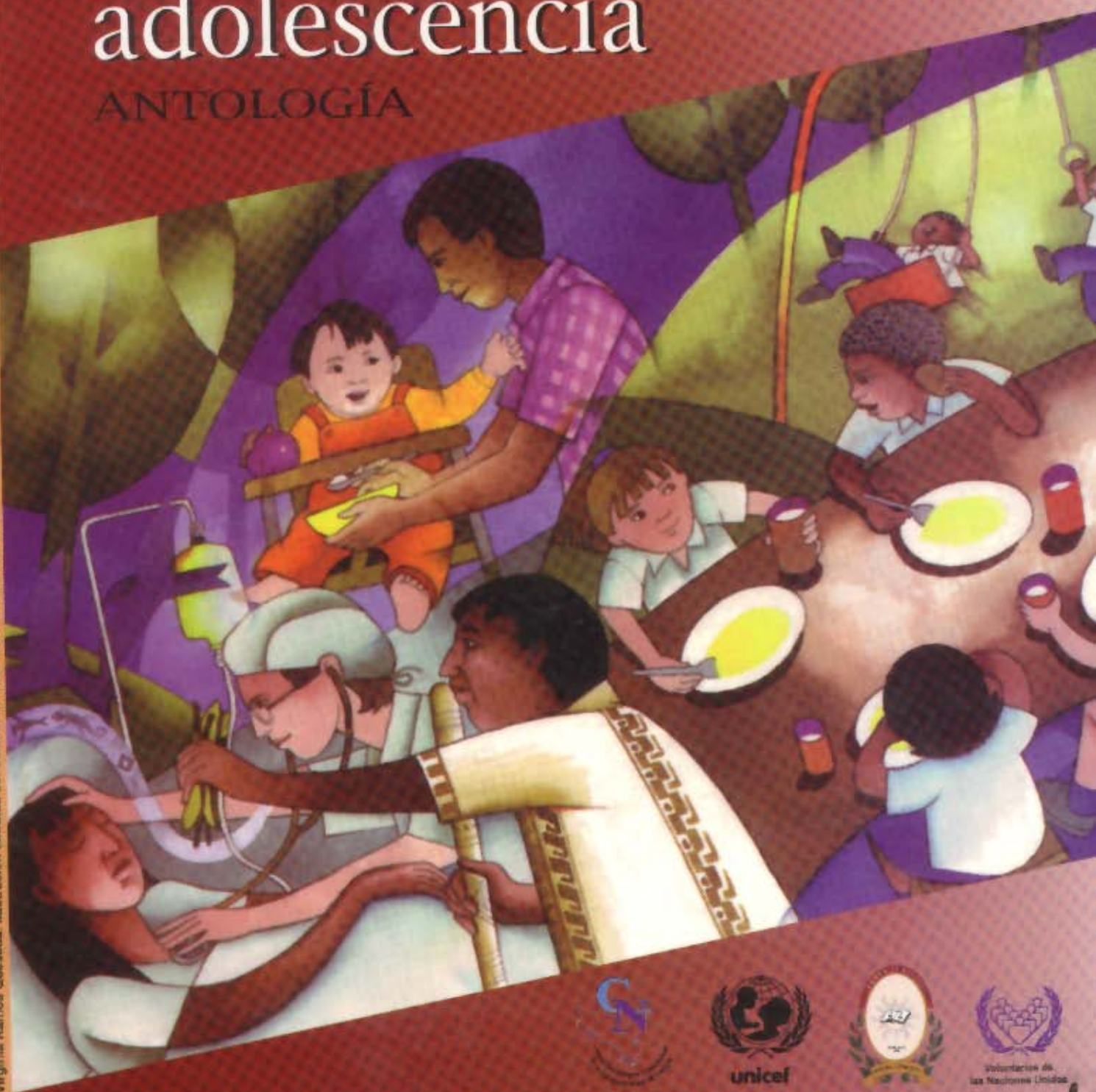


Derechos de la niñez y la adolescencia

ANTOLOGÍA

Virginia Ramos Quesada. Ilustración extraída del Calendario CRE 2000 del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)



**COMISIÓN NACIONAL PARA EL MEJORAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA
PODER JUDICIAL, ESCUELA JUDICIAL
VOLUNTARIOS DE NACIONES UNIDAS**

DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA ANTOLOGÍA

COMPILADORES:

MAURICIO GONZÁLEZ OVIEDO

ELIETH VARGAS ULATE

ASISTENTES:

YADIRA BRIZUELA GUADAMUZ

ADRIANA HIDALGO FLORES

VIVIANA MADRIGAL BORLOZ

ISBN

EDICIÓN:

Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
Poder Judicial, Escuela Judicial
Voluntarios de Naciones Unidas

Compiladores: Mauricio González Oviedo
Elieth Vargas Ulate

Asistentes: Yadira Brizuela Guadamuz
Adriana Hidalgo Flores
Viviana Madrigal Borloz

Corrección de pruebas: Adrián Alfaro Obando

Diseño y diagramación: Luis Gerardo Romero Araya

Impresión y diseño de portada: GiovaColor S. A.

Las opiniones expresadas en los textos son responsabilidad exclusiva de los autores
y no reflejan necesariamente la posición de ninguna de las instituciones.

© CONAMAJ, ESCUELA JUDICIAL, UNICEF, COSTA RICA 2001

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados,
se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia a CONAMAJ, ESCUELA JUDICIAL,
UNICEF-Costa Rica.

ÍNDICE

TEMA 1. El nuevo derecho de la niñez y la adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño al ordenamiento jurídico interno.	
• <i>La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido</i>	15
Daniel O'Donnell	
• <i>El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño</i>	31
Miguel Cillero Bruñol	
• <i>El niño como sujeto de derechos y participante en el proceso democrático</i>	47
Alessandro Baratta	
• <i>Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: modelos y tendencias</i>	59
Emilio García Méndez	
• <i>De menores a ciudadanos: política social para la infancia bajo la doctrina de protección integral</i>	73
Emilio García Méndez	
TEMA 2. Derechos fundamentales de la niñez y la adolescencia y justicia constitucional.	
• <i>Infancia y democracia</i>	85
Alessandro Baratta	
• <i>La tutela constitucional del interés difuso. Un estudio según el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica</i>	
Capítulo I: El interés difuso	107
Capítulo II: La configuración constitucional del interés difuso	125
Capítulo III: El interés difuso en el Código de la Niñez y la Adolescencia	147
Gilbert Armijo Sancho	
TEMA 3. Régimen de protección especial al trabajador adolescente según el Código de la Niñez y la Adolescencia.	
• <i>El debate actual sobre el trabajo infanto-juvenil en América Latina y el Caribe: tendencias y perspectivas</i>	171
Emilio García Méndez - Hege Araldsen	
• <i>Trabajo infantil y educación en América Latina</i>	183
María Cristina Salazar	
• <i>El trabajo infantil y adolescente en Costa Rica</i>	197
Lidia Torrico - Pilar Ramos - Luis Davis	
• <i>Análisis de la normativa costarricense sobre trabajo infanto-juvenil</i>	
Capítulo I: Los cuerpos normativos que regulan el trabajo infanto-juvenil en Costa Rica: su evolución y estado actual	251
Capítulo III: De las labores prohibidas para los adolescentes	265
Capítulo IV: Las medidas de control y represivas como medio de defensa de los derechos de los adolescentes trabajadores y de lucha contra el trabajo infantil	275
Douglas Durán Chavarría	

TEMA 4. Justicia penal juvenil.	
• <i>Prehistoria e historia del control sociopenal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América Latina</i>	293
Emilio García Méndez	
• <i>Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina</i>	301
Mary Beloff	
TEMA 5. Niñez y adolescencia como víctimas y justicia penal.	
• <i>Explotación sexual en Costa Rica: análisis de la ruta crítica de niños, niñas y adolescentes hacia la prostitución</i> Capítulo I: Comprendiendo el problema	325
María Cecilia Claramunt	
• <i>Niñez y adolescencia como víctimas y justicia penal</i>	345
Carlos Luis Redondo Gutiérrez	
TEMA 6. Derecho a la convivencia familiar y adopciones.	
• <i>Manual de procedimientos para la formación de la familia adoptiva</i>	371
Francisco Pilotti	
• <i>El derecho a la convivencia familiar</i>	379
María Esther Brenes Villalobos	
• <i>La adopción internacional en el Derecho costarricense y la Convención de La Haya</i>	401
Fabián Volio Echeverría	
TEMA 7. Garantías procesales y proceso especial de protección según el Código de la Niñez y la Adolescencia.	
• <i>Niñez y adolescencia</i>	433
Óscar Corrales Valverde	
Bibliografía general	453

PRESENTACIÓN

Desde años atrás la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia ha realizado esfuerzos por trabajar los derechos fundamentales de los niños y las niñas, pues del conocimiento que tengan los habitantes que van creciendo, de sus propios derechos, dependerá en gran parte la fortaleza de nuestro sistema jurídico y nuestra democracia.

En los últimos años hemos venido desarrollando un esfuerzo más sistemático, junto a la UNICEF, por desarrollar entre las instituciones del sector justicia, y aquellas que trabajan con los derechos de la niñez y la adolescencia, un proceso de sensibilización, divulgación y formación de los distintos actores y en diferentes agencias judiciales, en el tema de los derechos de la niñez y la adolescencia.

Sin duda este esfuerzo ha sido fructífero y esto mismo ha creado nuevas necesidades y demandas que deben ser cubiertas. Los esfuerzos de actualización y de capacitación se hacen cada vez más profundos y exigentes: aparecen nuevos problemas y dilemas jurídicos que resolver y los propios niños, niñas y adolescentes exigen con más fuerza y claridad sus propios derechos, haciendo más amplia la demanda. De ahí que apareciera, a su vez, la necesidad de un texto que cubriese una amplitud de temas en este campo, abarcando los principales aspectos y que fuese útil tanto para la consulta como para la capacitación.

Por ello, nos es muy grato presentar esta antología de derechos de la niñez y la adolescencia que publicamos gracias al esfuerzo conjunto y coordinado entre la CONAMAJ, UNICEF y la Escuela Judicial. Era esta una tarea pendiente de singular urgencia. Estamos seguros que este será un instrumento de suma utilidad tanto al interior del Poder Judicial, para las capacitaciones y seminarios de actualización jurídica que imparte la Escuela Judicial, como para otras entidades que trabajan en el ámbito de los derechos de la niñez y la adolescencia.

Si bien no se trata de un esfuerzo enciclopédico, es claro que en este volumen se logró incluir a los principales autores y los textos más representativos en el tema aludido, abarcando los temas más importantes en este campo, ya de por sí nuevo en la ciencia jurídica.

Cabe destacar el encomiable esfuerzo de la licenciada Adriana Hidalgo Flores, sin cuya dirección y entusiasmo no hubiese sido posible la publicación de este valioso texto. Así mismo, agradecemos el esfuerzo de las licenciadas Elieth Vargas y Yadira Brizuela de la Escuela Judicial, y Viviana Madrigal, estudiante de Derecho.

Finalmente, agradecemos el apoyo decidido en esta tarea del Lic. Mauricio González, Oficial de Proyectos de UNICEF, del Dr. Alfredo Chirino, Director de la Escuela Judicial y de la Licda. Lena White, Directora Ejecutiva de la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia.

Magistrada Ana Virginia Calzada Miranda
Presidenta
CONAMAJ

PRÓLOGO

Es evidente que hay una propensión decidida en todo el continente, orientada a convertir al Estado, pese a las tendencias a su reducción, en un ente facilitador y proveedor de protección a sus ciudadanos. Estas inclinaciones no necesariamente brotan en el contexto ideológico de la seguridad nacional, donde el fácil expediente a utilizar los efectos simbólicos del Derecho Penal han desvirtuado la mayor parte de esfuerzos que se han venido haciendo por alcanzar esa ansiada seguridad. Más bien, pueden encontrarse las fuentes de este interés por la protección de los ciudadanos en los grandes movimientos legislativos de los últimos años en materia de niñez y adolescencia y, por supuesto, en materia de protección de la mujer, la familia y los grupos indígenas de la región.

Estos movimientos legislativos enfatizan la importante tarea del Estado de crear las condiciones para el libre desarrollo de la personalidad de sus ciudadanos y ciudadanas en un marco de paz, solidaridad, igualdad y libertad.

Se ha notado que hay una mayor sensibilidad hacia los grupos especialmente carenciados y marginalizados de las políticas estatales, y las leyes orientadas a estos grupos han ido rompiendo, poco a poco, con los años de autoritarismo y arbitrariedad que habían impregnado las políticas estatales hacia ellos.

Dentro de estos grupos olvidados y mal entendidos en las políticas públicas destaca, sin duda, la niñez. Dicho olvido no encuentra, por supuesto, un parangón constitucional, ya que la misma Carta Magna estatuye claramente la obligación del Estado de velar por el niño y la madre; deber que se acentúa con los compromisos internacionales adquiridos por el país a través de la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Efectivamente, el beneplácito de esta Convención marca el nacimiento de un campo del Derecho completamente novedoso: el derecho de la niñez. Significa un cambio de concepción, ya que se reconoce por primera vez al menor de edad como persona sujeto de derechos y ya no como objeto de tutela por parte del Estado. Se acogen los postulados de la Teoría de la Protección Integral, que ostenta como principio fundamental el interés superior del menor, el cual implica que, toda decisión, ya sea de política social o legislativa, o incluso de decisión jurisdiccional, ha de tomarse de manera que se protejan mejor los derechos de las personas menores de edad y garanticen su normal desarrollo y bienestar.

La ratificación de esta Convención se da en un momento histórico en que Costa Rica se encuentra inmersa en un panorama social no muy alentador. Se anuncia un vertiginoso aumento de la criminalidad juvenil, se destacan, en grandes titulares, diversos casos de violencia doméstica y se ha producido una enorme atención periodística a la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Aunque estos temas son tratados como los signos de los tiempos, los cuales requieren una respuesta rápida y efectiva por parte del Estado, también han generado un prudente análisis jurídico, económico y social, el cual ha permitido el diseño de estrategias de atención más acordes con las necesidades reales de la niñez y la adolescencia, víctimas de todos estos males.

Dentro de estas estrategias adecuadas e idóneas podemos ubicar los cuerpos legales que han sido puestos en vigencia, los cuales significan un avance en la lucha contra los males sociales apuntados, y quizá, los instrumentos indispensables para ir abriendo camino hacia una protección efectiva y real de los derechos de la niñez costarricense.

La entrada en vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia, desde 1994, significó la concreción en una ley, de los principales postulados de la Convención. No solo se hace allí una enumeración y definición de derechos y principios, sino que se crean mecanismos específicos para garantizar su protección. Así se imponen obligaciones a instituciones estatales para garantizar su participación en la protección de las personas menores de edad y se deja patente su deber de participación efectiva en la búsqueda de soluciones para los ingentes problemas sociales que, de una u otra manera, afectan el goce efectivo de estos derechos. Por medio de la creación de procesos especiales de protección se da la potestad al Patronato Nacional de la Infancia de dictar medidas, aun en sede administrativa, que no se limitan solo a la tutela de menores en situación de abandono, lo que había sido su función típica, sino que puede dictar cualquier medida que se requiera para el cumplimiento efectivo de los derechos de los niños. Se involucra directamente a los jueces de familia como garantes de la situación de la niñez, al preverse la judicialización de las medidas de protección. Pero los alcances de la normativa de comentario no quedan ahí, sino que se da participación a la sociedad civil por medio de la creación de juntas de protección de la niñez en todo el país.

En materia penal, el cambio no fue menos importante. Vigente la Ley Tutelar de Menores, inspirada en la concepción de que el menor no podía ser considerado sujeto de derechos sino un simple objeto de tutela por parte del Estado, se daba al menor que delinquía el mismo tratamiento que al de cualquier menor en situación de riesgo social. No se le reconocían, ni siquiera, los derechos procesales mínimos que se aplicaban en materia de adultos, mucho menos los requeridos por su especial condición de edad y desarrollo. Esta situación empieza a cambiar primero con una reforma a esta ley y luego, definitivamente, con la entrada en vigencia, en 1996, de la Ley de Justicia Penal Juvenil, que fue inspirada en la doctrina de la protección integral. Punto de arranque de esta legislación es el ámbito de aplicación subjetiva, el cual se fijó para las personas menores de edad entre los doce y los dieciocho años, en el cual se entiende, no sin interesantes problemas interpretativos desde la óptica jurídico penal, que las personas que se hallan entre estas edades son capaces de comprender el carácter ilícito de sus actos, por lo que son responsables penalmente. Pero debido a las condiciones apuntadas no pueden ser juzgados ni sancionados de la misma manera que los adultos. La ley se fundamenta en principios como el de justicia penal especializada y obliga al Estado a crear, dentro de la estructura del Poder Judicial, juzgados, fiscalías, defensa y policía penal juvenil. Se requiere ahora de centros de internamiento especializados y alternativas que permitan la aplicación de las sanciones previstas por la ley. En fin, la entrada en vigencia de la nueva normativa penal juvenil necesitó de un largo proceso de reestructuración de la administración de justicia de menores, que aun continúa y que necesita de un arduo trabajo en el campo de la capacitación de todos los llamados a actuar en la implementación de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

Más recientemente, la opinión pública ha empezado a tomar conciencia de un problema que, aunque no es nuevo, ha adquirido una magnitud inimaginable en los últimos años. Se trata de la situación de explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Instituciones como el Patronato Nacional de la Infancia y algunas organizaciones no gubernamentales se han dado a la tarea de tratar el tema e identificar las causas del mismo para encontrar soluciones efectivas. El avance más significativo en el ámbito legislativo se encuentra, quizá, en la reciente promulgación, en agosto de 1999, de la Ley de Explotación Sexual Comercial, que reforma los artículos 156 y siguientes del Código Penal actual que tipifican los delitos sexuales, penalizan por primera vez la conducta de aquel que pague por favores sexuales a menores de edad, y mejoran, en otros casos, los tipos penales ya existentes.

Todos estos cambios requieren de una labor de capacitación integral y sistemática de jueces, fiscales, defensores, de la policía y de todos aquellos involucrados en la aplicación de la ley y corresponsales de la protección de la niñez. En este contexto surge la idea por parte de la Escuela Judicial, la UNICEF y la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (CONAMAJ) de realizar una serie

de actividades dirigidas a construir una estrategia interinstitucional de capacitación, que permitiera atender las necesidades más inmediatas del Poder Judicial y propiciar el intercambio y la discusión sobre temas jurídicos y sociales en un campo de tanta importancia para el país.

Gracias a la labor en equipo, de las tres instituciones involucradas, fue posible diseñar un plan de trabajo sumamente ambicioso, que con el apoyo económico y de coordinación de UNICEF, le permitiera a la CONAMAJ y a la Escuela Judicial incidir positivamente en esta área.

Esta compilación es una parte importante de los materiales que serán utilizados durante las actividades de capacitación que se tienen planeadas en el año 2001, pues se inscribe en los esfuerzos realizados por la Escuela Judicial, en los últimos tiempos, por reorientar sus tareas hacia el ámbito del análisis técnico jurídico, apoyando la reflexión sobre temas de interés para la Administración de la Justicia. Por eso creemos que esta obra que ahora se encuentra en sus manos, tiene un especial valor simbólico, no solo porque pone en común criterios doctrinales, legislativos y jurisprudenciales sobre el tema de la niñez, sino también porque de seguro generará un importante debate en el país.

Grandes áreas de desarrollo de esta temática han sido incluidas en esta compilación, entre ellas destacan, por supuesto, el principio de interés superior del niño, el niño como sujeto de derecho, la justicia penal juvenil y la explotación sexual comercial. Todos los trabajos han sido escritos y editados de una manera muy cuidadosa, por parte del equipo de expertos contratados al efecto, así como del equipo de trabajo interinstitucional que ha respaldado todo el proceso de compilación y publicación.

Es un honor para mí, como Director de la Escuela Judicial, presentar esta obra a la comunidad jurídica nacional, porque estoy seguro que servirá positivamente en la formación técnica de nuestros profesionales, enriquecerá la práctica judicial y privada, coadyuvará a una mejor comprensión del derecho de la niñez e incentivará el estudio y reflexión del tema, con la seriedad que se merece, haciendo que la lucha por la defensa de los derechos de los niños y el acceso a la justicia se conviertan en posibilidades reales, más allá de la letra fría de la ley.

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Director, Escuela Judicial

TEMA 1

***El nuevo derecho de la niñez y la adolescencia:
de la Convención sobre los Derechos del Niño
al ordenamiento jurídico interno***

LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: ESTRUCTURA Y CONTENIDO*

Daniel O'Donnell

INTRODUCCION

El 20 de noviembre de 1909, trigésimo aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, unánimemente, la Convención sobre los Derechos del Niño. La iniciativa de elaborar una Convención sobre los Derechos del Niño fue presentada a la Asamblea General en 1978 por Polonia, que pretendió que la aprobación de ésta coincidiera con la celebración del Año Internacional del Niño, en 1979. La intención de Polonia subestimó seriamente la magnitud y complejidad de la tarea, que con dificultades recién pudo ser completada en tiempo para el décimo aniversario del Año Internacional del Niño, en 1989.

Si bien el proceso de desarrollo de la Convención parecía a veces interminable, al final de cuentas los diez años de reflexión, consultas, debate y negociaciones no transcurrieron en vano. El anteproyecto original presentado por Polonia, como observaron varios gobiernos en la consulta inicial celebrada en 1978, consistía, esencialmente, en una mera reformulación de los derechos ya reconocidos en la Declaración de 1959. La Convención transforma al niño de objeto de derecho a recibir una protección especial en sujeto de una amplia gama de derechos y libertades; 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. La Convención y su proceso de elaboración han contribuido a ampliar y hacer más dinámicas las actividades de las principales organizaciones internacionales, cuyos mandatos abarcan la protección de la niñez, entre ellos el UNICEF.

ESTRUCTURA DE LA CONVENCION

Preámbulo

Los preámbulos de los instrumentos internacionales tienen varios propósitos. En los instrumentos sobre derechos humanos, adoptados en el ámbito de la ONU, generalmente se incluyen algunas disposiciones que establecen un vínculo entre la materia tratada por el instrumento y los objetivos básicos de la organización mundial. El preámbulo también señala los antecedentes más relevantes, y, en muchos casos, contiene algunas disposiciones que se refieren en términos generales a la existencia de prácticas o de situaciones que hacen necesario el instrumento.

Los primeros dos párrafos del preámbulo a la Convención sobre los Derechos del Niño, que vinculan la Convención con la Carta de la ONU, son tradicionales en los instrumentos sobre derechos humanos. El párrafo 7 también vincula la Convención con la Carta Magna de la Organización, señalando la importancia

* *En: Derecho a tener derecho: Infancia, Derecho y Políticas Sociales en América Latina, Caracas, La Primera Prueba, C.A., sin fecha de publicación.*

de educar a los niños en el marco de los ideales allí proclamados, en particular "en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad". Igualmente tradicional, en instrumentos internacionales de esta índole, es el tercer párrafo preambular, relativo a la igualdad de las personas.

Cuatro párrafos recogen los antecedentes más relevantes de la Convención. Los párrafos cuarto y quinto aluden al derecho del niño a la protección, atención y cuidados especiales, consagrado por la Declaración Universal sobre Derechos Humanos de 1948, por las declaraciones de 1923 y 1959 sobre los Derechos del Niño y por los pactos internacionales sobre los Derechos Civiles y Políticos y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Políticos, de 1966. El énfasis dado a dicho derecho del niño pone de manifiesto su relevancia en la interpretación del contenido de la Convención.

El sexto párrafo preambular cita, en forma sintética, el más bello y significativo de los principios consagrados por la Declaración de 1959, reconociendo que "el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión". El quinto, haciendo eco de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, subraya la importancia de la familia "como elemento básico de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular los niños" y la consecuente necesidad de prestar a la familia "la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad". El tema de la relación triangular Estado-niño-familia ocupa un lugar importante en la Convención, como veremos oportunamente y las consideraciones vertidas en los párrafos quinto y sexto preambulares, ciertamente tendrán gran valor en la interpretación de muchos aspectos relativos a esa problemática.

Otros antecedentes citados en el párrafo noveno se refieren a tres declaraciones, más recientes, sobre aspectos específicos de los derechos del niño, a saber: la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado, de 1974; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (más conocidas como "Reglas de Beijing") de 1985; y la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y al Bienestar de los Niños con particular referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda en los Planos Nacional e Internacional, de 1986.

Como veremos más adelante, algunos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño incorporan o sintetizan los elementos medulares de dichas declaraciones, especialmente, de las dos últimas, de manera que la mención de las mismas en el preámbulo realza su valor jurídico, sobre todo a los efectos de la interpretación de las disposiciones pertinentes de la Convención.

El otro párrafo relativo a los antecedentes, el noveno, tiene una explicación diferente. Se cita textualmente el párrafo tercero preambular de la Declaración de 1959, según el cual el niño "por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". La inclusión de esta cita, de la Declaración de 1959, fue una solución de compromiso entre partidarios de posiciones opuestas relativas al alcance del derecho a la vida; un grupo, compuesto esencialmente por países católicos e islámicos, que apoyaba el reconocimiento del derecho a la vida a partir de la concepción y otro grupo, compuesto por países que reconocen la legalidad del aborto, entre ellos los socialistas, nórdicos y asiáticos. Los primeros se opusieron a una cláusula del texto inicial que definía al niño como toda persona humana desde el nacimiento hasta los 18 años y propusieron una redacción sustitutiva que reconocía la efectividad del derecho a la vida antes del nacimiento. Dicha propuesta no prosperó, pero logró la eliminación de la referencia al nacimiento como elemento de la definición que ahora figura en el artículo primero de la

Convención. Además, argumentando que la Convención no debería derogar la protección reconocida por la normativa internacional existente, este grupo de países consiguió la reiteración de la cláusula mencionada en el preámbulo de la Convención.

El valor jurídico de este párrafo preambular es limitado, pues, si bien las disposiciones del preámbulo pueden ser empleadas en la interpretación de un tratado, carecen de valor dispositivo. A la hora de interpretar el primer artículo de la Convención, la no aceptación por el Grupo de Trabajo de la propuesta que reconocía los derechos del niño desde la concepción es más determinante que cualquier disposición del preámbulo que pudiera sustentar una interpretación diferente. Además, las implicaciones para el derecho a la vida de la citada disposición preambular no son tan claras. A diferencia del artículo 6 del Pacto de San José, que dispone que "en general" el derecho a la vida debe ser protegido a partir de la concepción, la disposición en comentario no precisa el momento a partir del cual dicho derecho debe ser protegido. La mayor parte de los países que permiten el aborto lo reglamentan a fin de proteger el derecho del niño a la vida, a partir de una específica etapa de la vida fetal, reconociendo así la existencia de determinados derechos con anterioridad al nacimiento. También cabe señalar que el significado de la introducción de este párrafo, "Teniendo presente", es más ambiguo que las frases empleadas en otros párrafos del preámbulo, como por ejemplo "Considerando", "Convencidos" o "Reconociendo".

Los conceptos expresados en los tres últimos párrafos preambulares, si bien, en el fondo no son tan originales, adquieren cierta importancia por su inclusión en un instrumento de esta índole. El undécimo, recogiendo un concepto ampliamente difundido por UNICEF en los últimos años, reconoce que hay niños que viven en "circunstancias excepcionalmente difíciles" en todos los países del mundo. Lo significativo no es tanto la referencia al concepto como tal, sino el reconocimiento de que las violaciones graves de los derechos del niño no son monopolio de ningún grupo de países, sino un fenómeno tristemente universal.

El duodécimo señala "la importancia de las tradiciones y los valores de cada pueblo en la protección y desarrollo armonioso del niño". En materia de derechos humanos, los instrumentos internacionales, a veces, parecen contemplar los valores y tradiciones culturales "no universales" únicamente como posibles limitaciones u obstáculos a la realización de los derechos fundamentales de la persona. Aunque esos efectos negativos no pueden ser desconocidos, la manifestación de fe en tales tradiciones y su llamado implícito al rescate de aquello que favorece al niño en cada cultura y sociedad, representa una nueva óptica, más pluralista y, por lo tanto, más universalista, en el verdadero sentido de la palabra.

El decimotercer párrafo, finalmente, recalca la importancia de la cooperación internacional "para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo". En efecto, la necesidad de una mayor cooperación internacional estuvo presente en el espíritu de los que participaron en la elaboración de la Convención, cuyas disposiciones sobre temas tan diversos como la cultura, la educación, la salud, la adopción, la pensión alimentaria, los refugiados y el tráfico y secuestro de niños contienen múltiples referencias a la cooperación bi o multilateral, de carácter legal, técnico, económico y otros.

LA DEFINICIÓN DE NIÑO

El artículo primero define al niño, para efectos de la aplicación de la Convención, como "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".

La definición contenida en la versión inicial propuesta por Polonia, en 1978, del entonces proyecto de Convención, definía al niño como toda persona, humana, desde su nacimiento hasta los 18 años de edad. Como vimos, algunos países propusieron una redacción sustitutiva al artículo primero definiendo al niño como persona desde la concepción. La imposibilidad de lograr un consenso sobre una u otra alternativa —o sea, la que proponía la concepción como elemento de la definición y la que empleaba el nacimiento para este efecto— llevó al Grupo de Trabajo a adoptar un texto de compromiso, eliminando la referencia al nacimiento contenida en el texto original. En consecuencia, la Convención no se pronuncia sobre el particular y los trabajos preparatorios dejan constancia de que el texto final del artículo primero tiene el propósito expreso de evitar la incompatibilidad entre la Convención y la legislación nacional, en cuanto a los eventuales derechos del niño antes del nacimiento.

También figuraba en el proyecto inicial la excepción genérica, que permite sustraer de la aplicación de la Convención a las personas menores de 18 años cuando, por mandato de la legislación del país, la mayoría de edad es alcanzada antes. Los trabajos preparatorios demuestran la necesidad de esa cláusula, sin la cual habría sido difícil lograr un consenso sobre la edad de 18 años como criterio principal de la definición contenida en el artículo primero. Algunos países consideraron que la aplicación de la Convención a toda persona menor de 18 años era inconveniente y propusieron la edad de 14 ó 15 como límite. Sin la cláusula escapatoria, posiblemente estos países hubieran insistido en rebajar la edad mencionada en la definición.

Dicha cláusula no limita el margen de apreciación de los países en cuanto a la definición de la mayoría de edad, dando pie así a la posibilidad de serias restricciones de aplicabilidad en la Convención. Tan solo dos artículos de la Convención fijan una edad precisa que debe ser respetada en lo referente a los derechos en ellos consagrados: el artículo 37, que prohíbe la aplicación de la pena de muerte y de penas de prisión vitalicias a personas menores de 18 años de edad y el artículo 38, relativo a los conflictos armados. Este último, como veremos enseguida, impide la participación directa de personas menores de 15 años en conflictos armados, así como su reclutamiento por las fuerzas armadas.

¿Sería posible, entonces, limitar la aplicación de los derechos reconocidos por la Convención mediante una legislación que defina la mayoría de edad a 16, a 15, o aun menos? Los trabajos preparatorios de la Convención no proporcionan una respuesta categórica, pero podemos adelantar algunos criterios.

En primer lugar, el artículo primero parece presumir que en la legislación nacional del país en cuestión existe una definición única de mayoría de edad. Esta presunción no coincide con el Derecho Comparado, en el cual la mayoría de edad cambia para efectos distintos. Si bien algunas discrepancias encontradas al respecto en el Derecho Comparado son difíciles de justificar, en general la presunción de que las personas están preparadas para asumir algunas de las responsabilidades de la vida adulta antes que otras no parece irracional.

No obstante, el uso de criterios diferentes en cuanto a la mayoría de edad para efectos de la legislación interna, la cual reglamenta todos los pormenores de la vida privada y pública, no debe confundirse con el uso de criterios diferentes a efectos del reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de la persona humana. Tratándose de estos derechos reconocidos en la Convención, toda orden del derecho interno que restrinja su aplicación tendría que ser justificada tomando en cuenta tanto las realidades sociales del país en cuestión como los principios fundamentales que inspiran la Convención y los principios generales del Derecho Internacional sobre los derechos humanos. Cuanto más grande sea la discrepancia entre los 18 años y la norma nacional, más difícil será fundamentarla. En principio, será particularmente difícil justificar la inaplicabilidad de algunos artículos de la Convención y no de otros, so pretexto de que la legislación nacional establece criterios de mayoría de edad diferentes a tales efectos.

Cabe recordar que el artículo 41 de la Convención contiene la cláusula usual en los pactos sobre derechos humanos, según la cual nada en la Convención afectará las responsabilidades de los Estados Partes bajo otros instrumentos internacionales o el derecho consuetudinario vigente. En cuanto a la edad del sujeto, varios instrumentos definen específicamente la aplicabilidad de determinados derechos del niño, entre ellos los diversos convenios internacionales de trabajo relativos al trabajo de menores y los instrumentos internacionales sobre la edad mínima para el matrimonio, por ejemplo.

El artículo 38, que fija la edad de 15 años como límite para el reclutamiento por las fuerzas armadas y la participación en conflictos armados, es para muchos el artículo más decepcionante de la Convención. Como requisito mínimo para estos efectos, la edad de 15 años proviene de los protocolos adicionales a los convenios de Ginebra. El artículo 4.3 c del Protocolo II, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional dispone que "los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades". El artículo 77.2 del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales también prohíbe el reclutamiento y participación en las hostilidades por parte de personas menores de 15 años, añadiendo que, en caso de reclutamiento de personas entre 15 y 18 años de edad, debe "procurar alistar en primer lugar los de más edad".

La primera versión del actual artículo 38 de la Convención, sometida al Grupo de Trabajo en 1985 por Bélgica, Finlandia, los Países Bajos, Perú, Senegal y Suecia, se refería a los niños en general. Otras propuestas planteadas el mismo año por Polonia y, sorprendentemente, por la República Islámica de Irán, también se referían a niños en un sentido general.

La propuesta de limitar la aplicación de este artículo, o por lo menos los párrafos sobre reclutamiento y participación en hostilidades, fue presentada por el Reino Unido cuando el Grupo de Trabajo pasó a considerarlo en 1986. No obstante las justificaciones posteriores, sobre todo de los Estados Unidos, que pretendía que fuera posible soslayar dichas prohibiciones mediante la definición de la mayoría de edad por debajo de los 15 años, la propuesta tenía por finalidad, en efecto, sustraer de la aplicación de esas prohibiciones a personas entre la edad de 15 y 18 años.

Recién terminada la guerra de las Malvinas, el Reino Unido, cuya legislación permite el reclutamiento de personas mayores de 15 años de edad, temía que la presencia de jóvenes marineros en navíos de guerra pudiera resultar incompatible con la Convención si este artículo ampliaba la protección reconocida por el Derecho Humanitario vigente, o sea, los protocolos adicionales a los convenios de Ginebra.

La propuesta del Reino Unido, apoyada por Bangladesh, Canadá, Finlandia y Noruega, fue aprobada, siendo Venezuela la única delegación que manifestó claramente su preferencia por la edad mínima de 18 años. Entre 1986 y 1988 hubo una fuerte campaña contra la decisión de bajar la edad mínima a 15 años, liderada por Suecia y las organizaciones no gubernamentales Rädde Barnen y los Cuáqueros, con el apoyo del Comité Internacional de la Cruz Roja. En la denominada reunión de "revisión técnica", celebrada en diciembre de 1988, una evolución significativa en las posiciones de los participantes se puso de manifiesto. Nada menos que veinticinco Estados, en cuenta el Reino Unido, expresaron su apoyo a los 18 años como edad mínima para participación en hostilidades (Argelia, Angola, Argentina, Australia, Austria, Canadá, China, Colombia, España, Finlandia, Francia, la República Democrática de Alemania, India, Italia, México, Mozambique, los Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, la Santa Sede, Suecia, Suiza, el Reino Unido, la Unión Soviética y Venezuela). Pero la oposición de los Estados Unidos impidió un consenso con respecto a la edad de 18 años como edad mínima para la participación en hostilidades.

DISPOSICIONES GENERALES

La Parte III de la Convención contiene las disposiciones generales sobre la entrada en vigencia de la Convención, las enmiendas, la denuncia de la Convención y aspectos afines, usuales en todo tratado. Dos de estas disposiciones merecen un breve comentario.

El artículo 49 dispone que la Convención "entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión..." Evidentemente, la entrada en vigor de un tratado se ve afectada por el número de Estados Partes requerido para este efecto. La tendencia, en el ámbito de la ONU, es reducir el número al mínimo exigido de ratificaciones, a fin de acelerar este proceso. Los pactos internacionales sobre los Derechos Civiles y Políticos y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados en 1966, requerían 35 ratificaciones, cifra que fue alcanzada a los 9 años de la adopción de esos instrumentos. El número de Estados Partes necesario para la entrada en vigor de la Convención contra Toda Forma de Discriminación contra la Mujer de 1979 y la Convención contra la Tortura de 1984, se redujo a 20, al igual que para la Convención sobre los Derechos del Niño. La primera entró a regir menos de dos años después, en 1981 y la segunda dos años y medio después de su adopción.

Otra disposición que cabe mencionar es la que se refiere al financiamiento del Comité sobre los Derechos del Niño, creado por la Convención para controlar su implementación. El único punto relativo al texto de la Convención dejado a la Asamblea General para resolver en plenario fue el determinar si los gastos del Comité deberían ser subvencionados por los Estados Partes o por el presupuesto general de la ONU. Dos argumentos prevalecían en favor de la segunda opción. En primer lugar, es más compatible el financiamiento del Comité por la ONU, que por los Estados Partes, con el concepto de la responsabilidad común de todos hacia la niñez, sin fronteras ideológicas, culturales, religiosas, nacionales o de otra índole. El segundo argumento era de otro orden: el control del presupuesto de un Comité de esta índole por los Estados Partes puede menoscabar su independencia y autonomía. Por 137 votos contra 1 (los Estados Unidos), una abstención (Japón), la Asamblea General determinó que la ONU pagara los gastos del Comité.

EL CONTENIDO DE LA CONVENCIÓN

El alcance de la Convención

La Declaración Universal de Derechos Humanos abarca todos los derechos fundamentales de la persona humana, incluyendo los de carácter civil, político, social, económico y cultural. Posteriormente, como es sabido, con la elaboración de los primeros grandes tratados en la materia, se efectúa una separación de los derechos humanos en dos grandes categorías: una que comprende los derechos civiles y políticos y otra los derechos sociales, económicos y culturales. Esa decisión —que no fue tomada en forma unánime ni por consenso sino más bien al contrario, de manera controvertida— obedecía a la idea de que existirían diferencias importantes en la naturaleza de tales derechos.

Algunos sostenían inclusive, que los derechos sociales, económicos y culturales ni siquiera eran verdaderos derechos sino más bien meros objetivos, no susceptibles de la protección jurídica. Una versión más matizada de ese punto de vista mantenía que, si bien ambas categorías podrían considerarse como derechos fundamentales de la persona humana, únicamente la primera era susceptible de realización inmediata, pues su protección se reducía esencialmente a una cuestión de voluntad política, mientras la protección de la segunda categoría solo podría ser alcanzada progresivamente, por necesitar inversiones

en infraestructura en el campo de la salud, la educación, etc. Merced a tales argumentos, los países de tradición jurídico-social-liberal impidieron la adopción de un pacto único en materia de derechos humanos.

Desde entonces, la tendencia, al considerar instrumentos sobre derechos de los grupos vulnerables, es incorporar en un solo instrumento todos los derechos fundamentales, cualquiera sea su naturaleza. Tal es el caso de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, por ejemplo y de la Convención contra Toda Forma de Discriminación contra la Mujer. La Convención sobre los Derechos del Niño, dentro de esa tradición, abarca todos los derechos fundamentales del niño independientemente de su categoría. Sin embargo, a diferencia de los instrumentos antes mencionados, los objetivos de la Convención sobre los Derechos del Niño no se reducen a la eliminación de la discriminación, lo que explica su amplitud, conteniendo en su Parte I cuarenta artículos sustantivos. Existen, sin embargo, dos clases de derechos que no figuran en la Convención. Según la normativa internacional vigente, los derechos políticos, *strictu sensu*, es decir, el derecho de votar, de ser candidato y de tener acceso a la función pública, son propios de los "ciudadanos", concepto que reúne la nacionalidad y la mayoría de edad. Esos derechos, por lo tanto, no figuran en la Convención sobre los Derechos del Niño. No obstante, la omisión de los derechos políticos *strictu sensu* no implica negación del niño como sujeto de los derechos políticos en el sentido amplio. En efecto, la Convención reconoce al niño como sujeto de la libertad de expresión y de reunión, por ejemplo, sujeto únicamente a los límites inherentes a dichas libertades (es decir, las mismas aplicables a las personas en general) y a las consideraciones de carácter general establecidas en el artículo 5 de la Convención, o sea, en consonancia con la evolución de las facultades del niño y la correspondiente dirección y orientación de los padres.

El derecho de la libre determinación, reconocido por los pactos internacionales de 1966 como derecho de los pueblos, tampoco figura en la Convención sobre los Derechos del Niño. La niñez forma parte intrínseca de cada pueblo, no habiendo entonces, necesidad de reafirmar dicho derecho en cuanto derecho de los pueblos, en un instrumento de esta naturaleza. No obstante, podemos considerar que algunos artículos en efecto tutelan determinados aspectos del derecho de cada niño a formar parte de un pueblo, como el artículo 11.(1), sobre la lucha contra el traslado ilícito de los niños al exterior de su país; el artículo 21 (b), que dispone que la adopción de un niño por personas provenientes de otro país debe ser excepcional; y los artículos 7 y 8, que reconocen el derecho a una nacionalidad y a la identidad, respectivamente.

LOS PRINCIPIOS GENERALES

Después de la definición de niño, contenida como vimos en el artículo primero de la Convención, los cuatro artículos siguientes reconocen algunos principios generales y definen, a grandes líneas, las obligaciones de los Estados Partes.

El artículo 2 contempla la prohibición de discriminación, semejante a la que figura en los demás instrumentos en materia de derechos humanos. Solo dos aspectos de este artículo merecen un breve comentario. Por primera vez se hace una prohibición expresa de la discriminación basada en el origen étnico de la persona. El artículo 2 amplía la protección contra la discriminación, ya establecida en otros instrumentos, al prohibir expresamente no solo la discriminación basada en las características del individuo, sino también la discriminación contra un niño, fundada en las características de sus padres o tutores.

El artículo 3 de la Convención consagra el principio de que "el interés superior del niño" será "una consideración primordial" en todas las medidas que le afectan. El concepto del "interés superior del niño" ha despertado ciertas inquietudes. Algunos recelan que este principio debilita la fuerza de la Convención en cuanto afirmación del niño como sujeto de derecho, pues el goce y ejercicio de todos los derechos enumerados

en ella estaría condicionado a eventuales conflictos con los intereses del propio niño. Otros se preguntan si este principio no permitiría condicionar el contenido de los derechos reconocidos en la Convención, no tanto con base en supuestos conflictos con el bienestar del niño en casos concretos, sino para la niñez en general, basados en los valores "superiores" de una sociedad o cultura.

Este principio tiene su origen en el derecho común, donde sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona. Esencialmente el concepto significa que, cuando se presentan conflictos de este orden, como en el caso de la disolución de un matrimonio, por ejemplo, los intereses del niño priman sobre los de otras personas o instituciones. Interpretado así, este principio favorece la protección de los derechos del niño y el lugar central que debe ocupar en la Convención constituye, a nuestro criterio, un valioso aporte a la ideología de los derechos del niño.

Por cierto, la Convención permite imponer a los derechos del niño límites destinados a asegurar la "protección especial" que necesitan los niños debido a su mayor vulnerabilidad y limitada madurez. Esa posibilidad no se deriva exclusivamente del principio de los intereses superiores del niño, sino que está reconocida explícita o implícitamente en varias disposiciones de la Convención. De todos modos, la posibilidad de una interpretación abusiva —quizá inherente a toda disposición relativa a los límites de los derechos fundamentales— no invalida al principio mismo, que a nuestro criterio es fundado e inclusive necesario, en un instrumento que pretende definir los derechos de toda persona hasta los 18 años de edad.

El concepto de los intereses superiores del niño fue recogido del Principio 2 de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959. La Declaración dispone que el interés superior del niño debe ser "la consideración fundamental" únicamente en cuanto a "la promulgación de leyes" destinadas a la protección y bienestar del niño. La Convención amplía el alcance de este principio que, a tenor del artículo 3. (1) debe inspirar no solo a la legislación sino también a "todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas ..."

El artículo 5 de la Convención, relativo al papel de los padres en el ejercicio de los derechos del niño, establece el principio siguiente:

"Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los familiares o la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores y otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención."

El impacto de la Convención en el seno de la familia es otro tema que ha despertado mucho interés y hasta inquietud. En los países nórdicos existe, en el Derecho y en la política social, una tendencia a ampliar cada vez más los derechos del niño frente a su familia; la cual se puso en evidencia durante los debates del Grupo de Trabajo. También se pusieron de manifiesto posiciones opuestas, tanto por países industrializados como por países periféricos que se esfuerzan por mantener valores sociales tradicionales. En la última reunión ordinaria del Grupo de Trabajo, por ejemplo, el representante de Senegal propuso incluir en la Convención una disposición sobre la responsabilidad de los niños de respetar a sus padres. La República Federal de Alemania, en un memorando dirigido a los participantes en la reunión de revisión técnica, propuso la inclusión de un artículo que disponía que la legislación nacional pudiera fijar una edad al llegar a la cual el niño tendría competencia para ejercer algunos de sus derechos sin el consentimiento de sus padres,

argumentando que, salvo disposición contraria, los derechos de los niños no son ejercidos por ellos sino por sus padres.

En general, la Convención pretende definir los derechos del niño más frente a la sociedad que frente a la familia. La Convención y su contenido no debe ser analizado como hecho aislado, sino en su contexto, como un aporte a un *corpus juris* existente, o sea, al derecho internacional de los derechos humanos. Dos derechos, ya ampliamente reconocidos, tienen especial relevancia para la Convención, a saber, el derecho del niño a una protección especial y el derecho de la familia a protección, en particular a ser protegida contra "injerencias arbitrarias o ilegales". Podemos considerar que la interacción de esos dos derechos fundamentales determina la legitimidad de una injerencia del Estado, o del Derecho, en la vida familiar. Si la injerencia es necesaria para la protección del niño, es legítima, caso contrario, constituye una injerencia arbitraria en la intimidad de la familia, "elemento natural y fundamental de la sociedad". Esa relación permite apreciar la Convención en su contexto y ayuda a entender que el propósito del artículo sobre la libertad de expresión, por ejemplo, no es el de permitirle a un niño demandar a su padre ante la justicia por haberle negado el derecho de expresarse libremente durante la cena, sino el de recurrir ante la justicia cuando es expulsado del liceo por haber expresado sus opiniones sobre cuestiones sociales o políticas.

Por otra parte, el deber del Estado y la sociedad de proporcionarle al niño la necesaria protección legítima la intervención en la vida familiar, cuando la desprotección o la negación de los derechos de un niño llegan a perjudicar su bienestar, su desarrollo físico o psicológico. Si bien el principal objetivo de la Convención es definir los derechos del niño frente a la sociedad, muchas de sus disposiciones también buscan aclarar el difícil equilibrio entre el derecho de la familia a la intimidad y el derecho del niño a la protección de la Convención. Como principio general que inspira la Convención, el artículo 5 establece un marco general para los diversos artículos que tratan aspectos concretos de la relación entre la familia, el niño y el Estado. Las consideraciones fundamentales vertidas en el artículo 5 son tres, a saber: la reafirmación del rol natural de los padres en la crianza y educación de los niños; la confirmación de que son los niños mismos quienes ejercen sus derechos; y la introducción al concepto de la evolución progresiva de la competencia del niño a ejercer sus derechos con creciente autonomía, que permite superar una aparente contradicción entre los dos primeros conceptos.

LA REAFIRMACIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención representa un esfuerzo de reafirmación y de consolidación de los derechos del niño. La importancia de la reafirmación es doble. Jurídicamente, la reafirmación de una amplia gama de derechos fundamentales en la Convención elimina 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". Si eso parece indiscutible hoy, no era tan evidente ayer, como lo comprobaría un rápido cotejo de la mayor parte de los códigos de menores vigentes con los instrumentos internacionales, tales como el Pacto de San José o el Pacto Internacional sobre los Derechos Humanos, Civiles y Políticos.

Además, la reafirmación de la mayor parte de los derechos fundamentales, aun los ya reconocidos en otros instrumentos vigentes, realza el valor didáctico de la Convención, facilitando su utilización en cualquier programa de concientización, movilización, educación y capacitación de toda índole.

Un aspecto importante de la Convención es la incorporación al Derecho Internacional vinculante de algunos derechos previamente reconocidos a nivel de declaraciones. Un ejemplo es el artículo 37 (b) de la

Convención que dispone en su parte pertinente que "La detención, encarcelamiento y/o prisión de un niño se utilizará tan solo como último recurso y por el período más breve que proceda". Antes de ser añadido a la Convención durante la reunión de revisión técnica, en diciembre de 1988, este principio o derecho solo figuraba en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia o "Reglas de Beijing". El artículo 40 de la Convención, sobre la justicia de menores, también contiene algunas disposiciones inspiradas directamente por las Reglas de Beijing, entre ellas el inciso 3 (a) sobre la conveniencia de establecer una edad mínima para la presunción de la incapacidad penal total; el inciso 3(b), sobre la conveniencia de mecanismos de remisión para evitar la adjudicación cuando sea posible y el inciso 4), sobre las medidas alternativas a la institucionalización del menor.

De igual importancia es la incorporación en la Convención de algunas disposiciones de la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños con particular referencia a la Adopción y a la Colocación en Hogares de Guarda en los Planos Nacional e Internacional de 1986. El artículo 21 de la Convención incorpora, entre ellos, el principio de que la adopción se efectuará únicamente por medio de las autoridades competentes; el principio según el cual la adopción internacional debe ser admitida exclusivamente como último recurso; y la prohibición de adopción con fines de lucro.

El citado artículo 21 fue uno de los más controvertidos de la Convención. En primer lugar, los países de Derecho Islámico manifestaron la misma renuencia observada anteriormente en la Asamblea General con respecto a la Declaración de 1986 sobre la aceptación de cualquier norma que reconociera la adopción. Su oposición fue superada con la inclusión, en el artículo 21, de una cláusula que limita su aplicación a los países que reconocen o permiten la adopción, así como la inclusión, de una referencia a la institución del Derecho Islámico llamada "Kafala" en el artículo 20 de la Convención, que define las obligaciones de los Estados Partes hacia los niños privados o separados de su medio familiar.

Otra controversia se centró en la cuestión de la licitud de la adopción con fines de lucro. La versión inglesa del artículo 21 (d) prohíbe "undue financial gains", mientras que las versiones española y francesa de este inciso emplean los vocablos "beneficios financieros indebidos" y "profit material indu" respectivamente. Estas versiones se prestan a una interpretación en el sentido de que el lucro sería legítimo, a condición de no ser excesivo. Sin embargo, la palabra "gain" en inglés no tiene necesariamente la connotación de lucro y es el texto inglés el que debería considerarse más exacto, pues fue esa la versión adoptada por el grupo de redacción nombrado durante la reunión de revisión técnica, encargado de buscar un texto de consenso sobre el controvertido tema de la adopción. Los debates en el plenario de la reunión de revisión técnica confirman que la intención no era la de reglamentar la adopción con fines de lucro, sino más bien la de prohibir la realización de lucros por intermediarios bajo el pretexto de cobrar remuneraciones desproporcionadas. Así, en la medida que pudieran interpretarse como legitimadoras de una comercialización de la adopción, las versiones en español y francés del texto del artículo 21 (d), aprobado por la Asamblea General, deben considerarse inexactas. Cabe esperar que el Comité de los Derechos del Niño aclare oportunamente el significado del inciso d) del artículo 21, descartando definitivamente la interpretación que permitiera la percepción de beneficios por servicios profesionales legítimos y necesarios.

Otros ejemplos de la consolidación de "soft law" en obligaciones vinculantes son los artículos 23 y 25 de la Convención. El artículo 23 recoge en forma sintética los elementos centrales de la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975 y el artículo 25, que garantiza a todo niño privado de libertad "para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental" el derecho al examen periódico de su situación, se inspira en el artículo 7 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental de 1971.

EL NIÑO, LA FAMILIA Y EL ESTADO

El complejo tejido de derechos y responsabilidades que unen al niño, con la familia y el Estado, ocupa un lugar importante en la Convención. Por cierto, la mayor parte de los artículos dedicados a la definición de los derechos y libertades del niño (del 6 al 41), tratan de las obligaciones del Estado hacia el niño sin referirse al papel de la familia. No obstante, al menos 11 artículos son dedicados a diversos aspectos de la relación entre Estado, familia y niño, explicitando el papel de la familia en cuanto corresponsable 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 el bienestar del niño, y, finalmente, definiendo las responsabilidades del Estado en la tutela de esos límites.

Globalmente, esas disposiciones representan un aporte importante al concepto de la familia como "elemento básico de la sociedad", ya reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como por los más importantes pactos sobre derechos humanos. Al mismo tiempo, esas disposiciones representan uno de los aspectos más innovadores e interesantes de la Convención.

El artículo 5 establece, como hemos visto, un principio general que constituye, a nuestro criterio, la piedra angular de la Convención. "Las responsabilidades, los derechos y los deberes" de los padres hacia el niño, según este principio, son dobles: por una parte, ha de permitirle ejercer los derechos reconocidos en la Convención y, por otro, ha de proporcionarle la "dirección y orientación apropiadas" para su ejercicio. Ambas funciones, la permisiva y la orientadora, han de ser consonantes con la "evolución de las facultades del niño".

La obligación principal del Estado, de acuerdo con el artículo 5, es la de respetar esta dinámica entre los padres y los hijos. El Estado también tiene la obligación, no menos importante, de ayudar a los padres y a las madres en el cumplimiento de sus responsabilidades, como señalan otros artículos que se examinan a continuación. Asimismo, los derechos del niño condicionan el respeto del Estado a la autonomía de la familia. Estos corolarios al principio enunciado en el artículo 5 y sus implicaciones para determinadas situaciones, son el hilo que une los artículos de la Convención sobre la relación entre el niño, la familia y el Estado.

Una de las disposiciones más relevantes es el artículo 18, cuyo primer inciso establece que "la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño" radica en los padres o, en su defecto, los tutores y agrega que "el interés superior del niño" será "la preocupación fundamental" de los padres o tutores.

La obligación del Estado de prestar asistencia a los padres, para efectos de garantizar y promover los derechos reconocidos en la Convención, está consagrada en el inciso segundo del artículo 18. El reconocimiento de esta obligación del Estado hacia la familia le aporta a la Convención un enfoque equilibrado y realista, evitando caer en un tratamiento excesivamente liberal que atribuiría a la familia toda la responsabilidad para el bienestar del menor, ignorando la corresponsabilidad del Estado. Nada expresa mejor la importancia de esta forma de enfocar la corresponsabilidad del Estado y de la familia que el aforismo brasileño "No hay menor abandonado sin familia abandonada".

Dos artículos más se refieren a las funciones del padre y de la madre como corresponsables en la protección de determinados derechos del niño. El artículo 24 dispone que las obligaciones del Estado en materia del derecho a la salud incluyen esfuerzos encaminados, a través de la familia en particular, en cuanto a la obligación de proporcionar a los padres educación y orientación en la materia.

Mediante el artículo 27 los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a "un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social" y reconoce a los padres como detentores de "la responsabilidad primordial para proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño". Al mismo tiempo, este artículo hace hincapié en la obligación del Estado de adoptar —también dentro de las condiciones y medios existentes— "medidas apropiadas para ayudar a los padres... a dar efectividad al derecho del niño a un nivel de vida adecuado". Un aspecto específico de esa obligación, a saber, la de promover guarderías para los padres y madres que trabajan, está mencionada expresamente por el artículo 19 de la Convención.

La inserción del niño en su familia es un elemento clave de la temática de los derechos del niño y varios artículos de la Convención lo abordan, desde ángulos distintos. El artículo 7 (l) reconoce el derecho del niño "desde su nacimiento... a conocer sus padres y a ser cuidado por ellos". En el mismo sentido, el artículo 8 consagra el derecho del niño a preservar las relaciones familiares como elemento de su derecho a la identidad. El artículo 8 también reconoce en forma expresa la obligación del Estado de ayudar al niño a restablecer rápidamente todos los elementos de su identidad, en caso de ser privado de ella en forma ilegal. En casos de padres separados de sus familias, a raíz de medidas como la prisión o el exilio, el artículo 9 contiene una disposición semejante que obliga al Estado a proporcionar al niño determinadas informaciones sobre el padre ausente.

La integridad de la familia también está protegida por los artículos 10, 11 y 22, relativos a la reunificación familiar y al traslado o retención ilícitos. El artículo 10, en su inciso primero, se refiere a la situación de niños y padres que se encuentran en países diferentes por cualquier motivo y obliga al Estado a atender toda solicitud relativa a su reunificación "de manera favorable, humanitaria y expeditiva". El artículo 22, relativo a los niños refugiados, consagra la obligación de los Estados de cooperar en la búsqueda de los parientes de niños refugiados que han sido separados de sus familias, a fin de facilitar la reunión familiar.

El artículo 10 también contempla, en su segundo inciso, la situación de los niños cuyos padres y madres radican en países distintos, estableciendo algunos principios tendentes a eliminar obstáculos al disfrute de contactos personales entre el niño y ambos padres. El artículo 11, por su parte, establece la obligación del Estado de tomar medidas contra el traslado o la retención ilícitos de los niños en el extranjero, entre ellas mediante la celebración o ratificación de acuerdos bi o multilaterales.

La intimidad ha sido reconocida desde hace tiempo por el Derecho Internacional como derecho fundamental de toda persona. En su artículo 16, la Convención reconoce como derecho del niño la intimidad de la relación entre él y su familia. El alcance de este derecho está delimitado por la Convención en términos idénticos a los que figuran en otros instrumentos de derechos humanos, es decir, la intimidad está protegida contra "injerencias arbitrarias o ilegales".

El asunto trascendental de saber cuándo una injerencia deja de ser arbitraria, o sea, las circunstancias en las cuales el deber del Estado hacia el niño mismo y su bienestar justifican una intervención en el ámbito familiar, es abordada por el artículo 9 de la Convención. El principio general, según dispone dicho artículo, es que "ningún niño será separado de sus padres contra la voluntad de estos excepto cuando ... tal separación es necesaria en el interés superior del niño". Se mencionan el maltrato o descuido como ejemplos de circunstancias en las cuales el interés superior del niño podría hacer necesaria su separación de los padres.

Este principio está rodeado de garantías y salvaguardias. En primer lugar, según su inciso primero, la decisión de separar un niño de su familia solo puede ser tomada "por las autoridades competentes, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables" y "a reserva de revisión legal". En principio, conforme con lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención, el niño tiene derecho a ser escuchado y su opinión debe

ser tomada en cuenta, en función de su edad y madurez. En caso de procederse, efectivamente, a la separación del niño de sus padres, el artículo 19 (2) reconoce el derecho del niño de mantener "relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular", a menos que tal contacto sea contrario al interés superior del niño.

Otros artículos complementan, en alguna forma, los principios generales consagrados por los artículos citados, señalando sus implicaciones para situaciones específicas. El más pertinente es el artículo 19, que consagra la obligación del Estado de adoptar medidas para la protección del niño "contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres ... o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo". Evidentemente esas medidas no conllevan forzosamente a la separación del niño de su familia, puesto que la separación, como dispone el artículo 9 (1), está sujeta al principio de necesidad, vale decir, es una medida de último recurso. No obstante, la mayor parte de las medidas que podrían imponerse para estos efectos, incluso la investigación, constituyen una injerencia en la intimidad de la familia y, por lo tanto, según el artículo 16, deben ser proporcionadas y justificadas.

Los límites entre la autonomía e intimidad de la familia y la legítima preocupación del Estado por el bienestar del niño también están señalados en forma implícita en otras disposiciones de la Convención. El artículo 24 (3), por ejemplo, impone al Estado el deber de adoptar todas las medidas posibles para eliminar las llamadas "prácticas tradicionales perjudiciales para la salud" que, por su naturaleza, son aplicadas con la participación o complicidad de los padres.

Otro límite se desprende del artículo 22, que dispone que el niño refugiado, tanto solo como acompañado de un padre, tiene el mismo derecho de reconocimiento de su condición de refugiado que el adulto. Esa disposición, plasmada en el artículo 22 (1), reconoce implícitamente el derecho del niño de buscar asilo por decisión propia, una vez que haya alcanzado el nivel de madurez necesario para apreciar los factores inherentes a esa decisión (es decir, de tener un temor fundado de persecución). Así, el país de asilo tiene el derecho, o mejor dicho el deber, de amparar al niño que efectivamente tenga un temor fundado de persecución, aun cuando eso implique la separación de su familia.

APORTES A UNA APRECIACIÓN GLOBAL DE LA CONVENCION

La Convención, como vimos, representa un valioso avance en el reconocimiento de los derechos del niño, aunque su verdadero valor no puede ser reducido a sus aportes a la normativa internacional.

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, vale decir, su relación con nosotros los adultos.

El problema de la "aplicación" o puesta en práctica de los instrumentos internacionales de derechos humanos es, a veces, conceptualizado exclusivamente en términos jurídicos, o sea, 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, independiente de consignas ideológicas. Por otra, como instrumento que afirma y codifica valores universales, se presta a esfuerzos de concientización y capacitación a nivel sectorial, local o inclusive popular, cuyo valor real muchas veces no depende de su vigencia formal.

La amplitud de los derechos y libertades enumerados en la Convención también realza su valor didáctico. El carácter global de la Convención que, a pesar de las protestas de algunos juristas, reafirma derechos fundamentales previamente reconocidos por la comunidad internacional, además de aquellos propios del niño, indudablemente ayudará a que la Convención tenga un impacto más profundo y duradero en nuestras sociedades.

El valor de la Convención también depende de la eficacia del Comité de los Derechos del Niño, previsto por su Parte II y que velará por el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes. Como es sabido, casi todo pacto en materia de derechos humanos establece un comité internacional para ese efecto.

El Comité de los Derechos del Niño, como la mayor parte de los comités semejantes, lo constituirán expertos elegidos en su capacidad personal por los Estados Partes según la Convención. A diferencia de otros comités, el de los Derechos del Niño no tiene competencia alguna para conocer denuncias de casos específicos de violaciones de los derechos reconocidos por la Convención. La función esencial del Comité consiste en la consideración de los informes de los Estados Partes sobre "las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos", así como "las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afectan al grado de cumplimiento" con las obligaciones consagradas en la Convención.

El primer informe de cada Estado Parte debe ser sometido al Comité dos años después de la entrada en vigor de la Convención, o de su ratificación por el Estado de que se trate, mientras que los informes posteriores serán quinquenales. Si el informe contiene lagunas o no es adecuado, el Comité puede pedirle al Estado Parte informaciones adicionales. Esta práctica ha sido adoptada por otros comités, pero nunca antes reconocida formalmente. La Convención establece que los Estados Partes deben poner sus informes "a la amplia disposición del público", una norma innovadora que invita a una participación más activa de la sociedad en el proceso de realización de los derechos del niño.

A raíz de la consideración del informe, el Comité adoptará "sugerencias y recomendaciones" que serán encaminadas a los Estados interesados, e incluidas en el Comité a la Asamblea General. Aquí también encontramos otro avance, pues siempre ha sido controvertida la competencia de otros comités semejantes para la adopción de observaciones concretas dirigidas específicamente a determinados Estados, en lugar de meras "observaciones generales" para los Estados Partes en general.

La innovación potencialmente más importante, a nuestro criterio, radica en los dos primeros incisos del artículo 45, que vinculan la función de control del cumplimiento de la Convención y las funciones de asistencia técnica y material, no solo con el Centro de Derechos Humanos de la ONU, sino también con la amplia "familia" de agencias y órganos de las Naciones Unidas que desarrollan actividades que inciden sobre los derechos del niño. Lo esencial de este sistema figura en el artículo 45 (b), que permite al Comité transmitir al UNICEF y a las demás agencias y órganos competentes tanto "solicitudes de asesoramiento o de asistencia", contenidas en los informes de los Estados Partes, como informes cuyo contenido revela "la necesidad" de tal asesoramiento o asistencia, junto con los criterios del Comité al respecto.

El artículo 45 (a), en efecto, invita a tales entidades a participar en forma permanente en el trabajo del Comité, reconociendo su derecho de estar presentes en el examen de los informes de los Estados Partes, así como el derecho del Comité de pedirles asesoramiento sobre asuntos relativos a la aplicación de la Convención e información sobre la utilización de la Convención en situaciones concretas. El Comité puede, además, solicitar a la Secretaría General la preparación de informes sobre "cuestiones concretas relativas a los derechos del niño", competencia también innovadora que, aprovechada cabalmente, podría resultar de utilidad para la tarea del Comité.

La crisis económica que afecta a gran parte del mundo, hace más de una década y cuya solución para muchos parece más remota que nunca, es ampliamente conocida. Sus consecuencias para la política social y para la niñez también han sido ampliamente documentadas. Esa realidad estuvo muy presente para algunos de los países que participaron en la elaboración de la Convención, así como la contradicción entre las metas que la comunidad internacional se proponía en cuanto a la protección de los derechos de los niños y las políticas económicas y sociales impuestas a los países periféricos por algunas instituciones internacionales. Pese a que era evidente que la búsqueda de políticas económicas internacionales más justas recae dentro de la competencia de otros foros, no hubiera sido serio, ni realista, elaborar un tratado con base en la presunción de que la totalidad de los Estados dispone de los medios necesarios para la realización de todos los derechos reconocidos por la Convención.

La conciencia de ese dilema llevó al énfasis que la Convención pone en la cooperación internacional, inspirado en el concepto de una responsabilidad hacia el niño que trasciende las fronteras nacionales o, para citar las palabras de un delegado africano, en una visión del "niño como patrimonio común de la humanidad". El artículo 45, que hace del Comité de Derechos del Niño no solo un órgano de control, sino a la vez instancia de coordinación de asistencia material y técnica, representa una tentativa de llevar a la práctica este concepto profundamente humanista. Conceptualmente, no cabe duda que es un avance sumamente importante. Ahora bien, ni la Convención ni las decisiones del Comité son obligatorias para las agencias especializadas y otras entidades que realmente tienen las posibilidades materiales de coadyuvar con los Estados en la realización de los derechos del niño. Solo el tiempo dirá si todas ellas —y el propio Comité— están a la altura de este desafío.

* * *

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO*

Miguel Cillero Bruñol

1. Introducción

La aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX.

El análisis histórico jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados al amparo general de los derechos humanos.

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños.

El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina, pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios —nunca sustitutivos— de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (véase el art. 41 de la Convención). Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

En este sentido, cualquier pretensión de autonomía del derecho de infancia que no respete estos fundamentos, como la que se sostuvo hasta hace un tiempo por algunos autores que propiciaban un derecho de menores autónomo, es contraria a la concepción de los derechos del niño que emana de la doctrina universal de los derechos humanos.

* En: *García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comp.)*, Derecho a tener derecho: Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1998.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de "interés superior del niño".

Es en este marco que propongo analizar la noción del "interés superior del niño", fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporada en el artículo 3º de la Convención.

Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico.

Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en "el interés superior" se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

En este artículo intento desarrollar una interpretación que supere estas objeciones, favoreciendo una concepción jurídica precisa de interés superior del niño que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica.

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, asimismo, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio "rectorgía" de ella.

De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el "interés superior del niño" deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención.

No es posible permanecer indiferente ante interpretaciones del interés superior del niño, que tienden a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce. El objetivo principal de este artículo responde a la necesidad de aportar a la discusión hermenéutica, sobre el interés superior del niño, una concepción garantista que promueva la conciliación entre interés superior del niño y la protección efectiva de sus derechos.

2. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: expresión de un consenso universal

Durante el siglo XX, la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos del niño es la aprobación de la Convención Internacional. En el ámbito internacional es posible destacar dos hitos fundamentales que le sirven como antecedente: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño de 1959. En el plano nacional se pueden encontrar numerosas iniciativas legales que, con mayor o menor eficacia, buscaron proteger a la infancia y promover sus derechos y bienestar.

Pese a las perspectivas culturales tan diversas y a la dificultad de la materia que aborda, la Convención es un instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y de masiva aceptación social.

Si bien el consenso, como dice Lyotard, es siempre un horizonte a realizar, se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado y la sociedad en general, de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos.

La Convención supera, por decisión de los propios Estados, visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todas las personas, relativos a sus derechos fundamentales. Esta es una de las principales consecuencias de la positivización internacional de los derechos humanos¹, avance significativo de la humanidad en la segunda mitad del siglo XX que también se hace extensivo a los niños a partir de la ratificación casi universal de la Convención.

Se ha señalado, sin embargo, que el proceso de redacción de las normas internacionales no puede considerarse como un ejemplo de formación de un consenso universal, dada la diferente posición negociadora de los Estados. Esta objeción es particularmente débil en el ámbito de la infancia, ya que no cabe duda de que los procesos de ratificación nacional unidos a la posibilidad de formular reservas específicas y a la existencia de una nueva legislación nacional que surge desarrollando los derechos de la Convención en diversos contextos culturales, demuestran que la debilidad de negociación de un Estado perteneciente a una cultura no dominante o minoritaria puede ser superada de diversos modos y que el Estado que ratifica lo hace adhiriendo al consenso reflejado en las disposiciones de la Convención.

Al margen del argumento político, sostenido en favor de la legitimidad de la pretensión de observancia para todos los Estados Partes de las reglas de la Convención, independientemente de su diversidad cultural, también desde un punto puramente conceptual se llega a conclusiones similares.

El problema de la universalidad o relatividad de las reglas jurídicas, según las distintas culturas, ha dado origen a un rico debate que ha acompañado toda la trayectoria de la filosofía jurídica moderna. Esta polémica ha alcanzado también el ámbito de las relaciones sociales de la infancia y, en particular, a ciertas reglas relativas a la crianza, iniciación sexual u otras prácticas que, conforme algunos autores, parecieran ser especialmente significativas para defender una flexibilidad normativa atendiendo a las costumbres locales.

¹ Cfr. G. Peces-Barba, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1987.

En este contexto han surgido argumentos que sostendrían que el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural.

El estudio que dirigió Alston en 1994² recoge este debate en diversos contextos culturales, con atención específica a la relación entre diversidad cultural, derechos del niño e interés superior. Pese a que los diversos estudios analizan casos de difícil conciliación entre derechos del niño y valores culturales, se concluye que se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos.

Igualmente, en la literatura especializada, e incluso en autores que son adscritos a la vertiente "comunitarista" —crítica del "universalismo"—, se abre paso la idea de un "minimalismo" que es el resultado de un mutuo reconocimiento, por los protagonistas de diferentes culturas morales de igual desarrollo, de reglas comunes que no son expresión de ninguna cultura en particular y regulan los comportamientos de todas las personas de una manera ventajosa o claramente correcta (Walzer, 1994).

También, en un interesante estudio sobre modernidad e identidad latinoamericana, se sostiene que tras las formas absolutas de relativismo subyace la negación de una naturaleza compartida entre participantes de culturas supuestamente inconmensurables³ que puede llevar hacia concepciones irracionales del hombre o favorecer nuevas formas de racismo o de dominación.

En este sentido, si —como se desarrollará más adelante— la única interpretación posible del principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, es posible afirmar que en aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo. El principio del "interés superior", entonces, no puede ser una vía para introducir el debate sobre el relativismo cultural que ha pretendido afectar la expansión de la protección universal de los derechos humanos.

3. Los derechos del niño son derechos humanos

Durante el siglo XX y particularmente en los últimos decenios en América Latina, los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin discriminación. Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad y, por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social⁴.

2 *Philippe Alston (ed.), The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights, Oxford University Press, 1994.*

3 *J. Larrain, Modernidad, razón e identidad en América Latina, Santiago, Ed. Andrés Bello, 1996.*

4 *Germán Bidart-Campos, Teoría general de los derechos humanos, México, Universidad Autónoma de México, 1993.*

Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que, tanto los instrumentos internacionales como nacionales, son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

Uno de estos grupos es la infancia-adolescencia, el segmento de personas que tienen entre cero y dieciocho años incompletos, a las que se les denomina genéricamente niños. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello, con justa razón puede denominarse como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño.

Pero la Convención no es, meramente, una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia-adolescencia; también, es fuente de derechos propios de la infancia-adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos y sus derechos y deberes recíprocos.

Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantías frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar, desde una perspectiva diferente, las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.

América Latina es una región en la que existe un grupo importante de derechos insatisfechos y de sujetos vulnerados en sus derechos. La pobreza en la población infantil y la escasa posibilidad de participación de los niños en los asuntos de su interés, son un ejemplo de ello.

La Convención representa una oportunidad, ciertamente privilegiada, para desarrollar un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño con el Estado y las políticas sociales y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños y sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos.

Por su parte, la subsistencia de legislaciones y prácticas en el ámbito de la infancia, que constituyen sistemas tutelares discriminatorios o que estructuran modelos de protección y control de las infracciones a la ley penal, al margen de las garantías que la Constitución reconoce a todas las personas, exige una radical modificación de las legislaciones de menores vigentes en América Latina, que entran en contradicción con los derechos de los niños reconocidos en la Convención.

La Convención, entonces, opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Siguiendo la tradición contenida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales.

En consecuencia, al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños —incorporadas a aquél por medio de la ratificación de la Convención y por normas de fuente nacional— cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños; establecer derechos propios de los niños —como los derivados de la relación paterno-filial, o los derechos de participación—; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación con la infancia.

El reconocimiento jurídico del "interés superior del niño" tendrá conexión con estas dos últimas finalidades, en cuanto actuará como "principio" que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva, a través del conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales.

4. El principio del interés superior del niño: origen y proyecciones

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el Derecho Internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de Derecho codificado.

El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el Derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos.

Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos, diversos de sus padres. En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que solo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres⁵. Igual trayectoria se observa en el Derecho francés.

Esta segunda fase, tiene como característica principal, que el Estado podía asumir, en ciertos casos, la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como ocurría con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona británica, o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía que el Tribunal —para un mayor bienestar de los niños— pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio⁶. En consecuencia, se puede decir que los intereses de los niños (y de algún modo una incipiente semilla de derechos) pasan a ser parte de los asuntos públicos.

5 S. Goonesekere, *The Best Interests of The Child: South Asian Perspective*, en *Alston*, *op. cit.*

6 *Cfr. Rubellin-Devich*, *The Best Interests Principle in French Law and Practice*, en *Alston*, *op. cit.*

En América Latina esta evolución se deja ver también en el Derecho de Familia, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo⁷.

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de consideración del interés del niño como un interés que debía ser públicamente y por consecuencia, jurídicamente protegido. Tanto en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia y en muchos lugares han sido refrendadas por legislación posterior.

Una de las paradojas de la evolución del Derecho de la infancia es que si bien, en un primer momento, se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, tema que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños.

Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia⁸. Solo con el proceso iniciado con la Convención, en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado.

También, la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como "los niños primero", hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5º y 16).

De este breve análisis se desprende que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este principio sea interpretado según este nuevo contexto.

Cuando los niños eran considerados meros objetos, dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad, el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

7 Miguel Cillero, Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile, en Francisco Pilotti (ed.), *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*, Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1994, págs. 75-138.

8 Emilio García Méndez, Derecho de la infancia y la adolescencia: de la situación irregular a la protección integral, Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis, 1997.

5. El interés superior del niño como "principio garantista"

La Convención contiene "principios" —que a falta de otro nombre, denominaré "estructurantes"— entre los que destacan: el de no discriminación (art. 2º), de efectividad (art. 4º), de autonomía y participación (arts. 5º y 12) y de protección (art. 3º). Estos principios —como señala Dworkin— son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia⁹. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría presume que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

Más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención, comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades:

"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño."

En consecuencia, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas, a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

En este punto, es posible afirmar, que lo que aquí provisionalmente denominamos "principio", siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como "garantía", entendida esta última "como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos"¹⁰. Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño, en el marco de la Convención, es un principio jurídico garantista.

9 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, 2ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1989.

10 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

6. ¿Qué es el interés superior del niño?: la satisfacción de sus derechos

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del "interés superior del niño" y es posible afirmar que dicho interés es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, solo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior".

Antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de "interés superior" pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de "derecho". Es cierto que, en ausencia de normas que reconozcan derechos y ante la precariedad del estado jurídico de la infancia, una norma que remitiera al "interés superior del niño" podía orientar positivamente, aunque solo fuera en forma ocasional, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad. Sin embargo, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño.

En las legislaciones preconvención y lamentablemente en algunas que siendo posconvención no han asumido plenamente el enfoque de los derechos, la interpretación del contenido del interés superior quedaba entregado a la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales, o a la judicial, en el ámbito del control-protección de la infancia. Desde la vigencia de la Convención, en cambio, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable —realizado por una autoridad progresista o benevolente— y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.

En este sentido, debe abandonarse cualquier interpretación paternalista-autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

En el esquema paternalista-autoritario, el juez, el legislador o la autoridad administrativa "realizaba" el interés superior del niño, lo "constituía" como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o autoridad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que el juez se comportara de acuerdo con ciertos parámetros que supuestamente reflejaban su idoneidad. El ejemplo clásico es el juez buen padre de familia, presentado como modelo en las legislaciones y en la literatura basadas en la doctrina tutelar o de la situación irregular. En aquella orientación teórica, el "interés superior" tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes-deberes (potestades) a los adultos, que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños.

La función del interés superior del niño, en este contexto, es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas.

La Convención propone otra solución. Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez, o a la autoridad de que se trate, que ella no "constituye" soluciones jurídicas desde la

nada sino en estricta sujeción, no solo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente.

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (arts. 5º y 12 de la Convención). En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no autoritarias en aquellas situaciones difíciles, en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja, efectivamente, los derechos amenazados o vulnerados.

Esta interpretación, sin embargo, haría innecesario el principio del interés superior del niño, ya que lo único que expresaría es que las autoridades se encuentran limitadas en sus decisiones por los derechos fundamentales de los niños, asunto del todo evidente —aunque no por ello respetado— considerando la adhesión de las constituciones liberales al principio que establece que la soberanía se encuentra limitada por los derechos de las personas. No obstante, al margen de otras funciones adicionales que el principio puede cumplir, la historia de la relación de la infancia con el sistema de políticas públicas y de justicia revela que esta reafirmación no es para nada superflua, sino que es permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño como un límite y una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general.

Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo 3º de la Convención como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados en la Convención.

Cualquier otra definición, ya sea de base biopsicosocial, como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez, o jurídica, identificándolo con la obtención de la plena capacidad, dificulta la aplicación de los derechos, resta valor y eficacia a los catálogos de derechos que se reconozcan.

Hecha esta salvedad, señalaré que una concepción garantista del principio no solo supera estas dificultades, sino que muestra la profunda utilidad del principio del interés superior del niño en el contexto de una nueva legislación de la infancia y adolescencia, basada en el reconocimiento de los derechos de los niños.

7. Función del interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Además del cometido principal ya desarrollado, consistente en limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, expondré, a continuación, otras importantes funciones que cumple el principio tal cual se encuentra formulado en el artículo tercero de la Convención.

7.1 Carácter interpretativo

Sin duda, el aporte más específico del artículo 3º es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia-adolescencia en

cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño.

Los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente, ya que en su conjunto aseguran la debida protección del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. Durante la infancia-adolescencia la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención.

En segundo término, permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño.

En estos casos el principio permite "arbitrar" conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención, en diferentes situaciones de esta naturaleza, toma una decisión —establece un orden de prelación de un derecho sobre otro— para luego relativizarla o dejarla sujeta al "interés superior del niño". El ejemplo más característico está dado por el artículo 9º de la Convención, referente a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos; otro caso es el artículo 37 que alude a la privación de libertad en recintos separados de los adultos "a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño", en el que la Convención toma una decisión —otorga una garantía— pero deja abierta la posibilidad (judicial) de tomar una resolución diferente atendida la circunstancia de que se afecte, en el caso particular, algún otro derecho del niño que justifique modificar la regla. Es evidente que este tipo de soluciones, propuestas en algunos artículos de la Convención, pueden aplicarse a otros casos similares en que aparezcan conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

En síntesis, el principio del interés superior del niño permite resolver "conflictos de derechos" recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Para evitar un uso abusivo sería conveniente establecer, en la legislación nacional, ciertos requisitos para la utilización del principio en la resolución de conflictos entre derechos como la reserva judicial y la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta.

También debe establecerse que, especialmente en el ámbito de las garantías frente al sistema de persecución de infracciones a la ley penal, se restrinja absolutamente la posibilidad de aplicar medidas en razón del "interés superior del niño" que puedan afectar su derecho a la libertad personal o su integridad.

Finalmente, algunos autores como Parker sugieren que el "interés superior del niño" puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley. Es decir, permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa.

7.2 Prioridad de las políticas públicas para la infancia: interés del niño e interés colectivo

Como se ha señalado reiteradamente, la formulación del artículo tercero de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada, ni desmedrada, por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo.

Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño —es decir, sus derechos— no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.

Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros, que no tienen el rango de derechos. Por ejemplo, el derecho a la educación no puede ser desmedrado por intereses administrativos referentes a la organización de la escuela, o a los intereses corporativos de algún grupo determinado.

En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en las infracciones a la ley penal, los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de los terceros.

Es materia de resolución de cada Estado el grado de prioridad que otorga a la infancia en un sistema social donde los diversos grupos "compiten" por recursos escasos, sin embargo, la Convención exige considerar con alguna prioridad a la infancia. En este sentido parece adecuada la solución de la Constitución del Brasil, que señala una prioridad absoluta referida a las materias más importantes y otorga, para estos y otros asuntos, la posibilidad de acciones de interés público que pueden ejercerse contra la autoridad en caso de no respetarse la prioridad de la infancia.

7.3 ¿Cómo aplicar el principio?: integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo cinco de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art. 27.1 de la Convención).

Por ello, una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos; esto no solo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible —siempre perfectible— de la intervención a través de recursos "penales" sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar; en efecto, este tipo de medidas, que afectan la libertad personal y el medio de desarrollo del niño, obstaculizan severamente el ejercicio no solo de los derechos expresamente privados, sino también, de un conjunto de otros derechos que se hacen imposibles de satisfacer en privación de libertad o del medio familiar. Este es el fundamento para señalar que la privación de libertad y del medio familiar son excepcionales y medidas de último recurso.

Pero, incluso, en estos casos se deben proveer todos los mecanismos para que el niño pueda ejercer los derechos que expresamente no se le han privado. Así, el adolescente privado de libertad por haber cometido un grave delito contra la integridad física o la vida de otra persona, tendrá derecho a que se le satisfaga su derecho a la educación; también el niño separado de uno o ambos padres tendrá derecho a

que se le asegure la posibilidad de "mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño" como dispone el artículo 9.3 de la Convención.

7.4 El interés superior del niño y las relaciones parentales

Es sabido que uno de los ejes fundamentales de la Convención consiste en regular la relación niño-familia y en particular la relación niño-padres; numerosas disposiciones reglamentan la materia. Los artículos 5º y 18 reconocen el derecho de los padres a la crianza y la educación y, a su vez, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva de acuerdo con la "evolución de sus facultades".

Por su parte, uno de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativo (como la Declaración de 1959) o judicial (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia), además de extenderlo hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres.

Así el artículo 18, luego de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo con una orientación fundamental: el interés superior del niño (art. 18.1). Esta disposición debe interpretarse en conjunto con el artículo quinto, que señala que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es "que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención" de acuerdo con la evolución de sus facultades. Al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación con la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior.

El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes-deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior.

8. Conclusión

De las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño, reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos.

Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud, ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente, es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

BIBLIOGRAFÍA

- ALSTON, PH. EDITOR: *"The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights"*, Oxford University Press, 1994.
- ALSTON, PH., BRIDGET, GILMOUR-WALSH: *"El interés superior del niño. Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales"*, Argentina, UNICEF, 1996.
- ÁLVAREZ-VÉLEZ, M. I.: *"La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español"*, Madrid, Facultad de Derecho-ICADE, Universidad Pontificia de Comillas, 1994.
- AN-NA'LM, A.: *"Cultural transformation and normative consensus on the best interest of the child"* en Alston, op. cit.
- BIDART-CAMPOS, GERMÁN: *Teoría general de los derechos humanos*, México, Universidad Autónoma de México, 1989.
- CILLERO, M.: *"Leyes de menores, sistema penal e instrumentos internacionales de derechos humanos"*, en Sistema jurídico y derechos humanos, C. Medina y J. Mera editores, Santiago, Chile, Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, 1996.
- *"Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile"*, en Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile, F. Pilotti coordinador, Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1994, págs. 75-138.
- DETRICK, SH.: *"The United Nations Convention on The Rights On The Child"*. Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1992 .
- DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, 2ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1989.
- FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal, Madrid, Ed. Trotta, 1995.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: *Derecho de la infancia y la adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Bogotá, Forum Pacis, 1994.
- GOONESEKERE, S.: *"The Best Interests of The Child: South Asian Perspective"*, en Alston, op. cit.
- HIMES, J.: *"Implementing The Convention On The Rights Of The Child"*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995.
- LARRAÍN, J.: *Modernidad, razón e identidad en América Latina*, Santiago, Ed. Andrés Bello, 1996.
- LYOTARD, J. F.: *La condición posmoderna*, Madrid, Ed. Cátedra, 1994.
- O'DONNELL, D.: *"La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y contenido"*, revista Infancia núm. 230, t. 63, julio de 1990, Montevideo, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, 1990, págs. 11-25.

PARKER, STEPHAN: *"The Best Interests of The Child- Principles and Problems"*, en Alston, op. cit.

PECES-BARBA, GREGORIO: *Derecho positivo de los derechos humanos*, Madrid, Ed. Debate, 1987.

PEÑA, CARLOS: *"El derecho civil en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos"*, en C. Medina y J. Mera, op. cit.

RUBELLIN-DEVICH, J.: *"The Best Interests Principle in French Law and Practice"*, en Alston, op. cit.

VEERMAN, Ph.: *"The Rights of The Child and The Changing Image of Childhood"*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1992.

* * *

EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS Y PARTICIPANTE EN EL PROCESO DEMOCRÁTICO*

Alessandro Baratta

El "contexto democrático" de las políticas públicas, en lo que respecta a la protección de los derechos de la infancia, puede adquirir un significado e importancia diferentes, dependiendo esto si se considera o no a los niños como parte de las relaciones democráticas, así también de la manera como entendamos las relaciones entre los niños y los adultos.

I. Podemos enunciar el concepto de democracia de dos maneras. Una de ellas es desde el punto de vista de las relaciones entre los individuos, donde se distingue una dimensión de democracia institucional y una social, en el caso de que se considere a las instituciones de la sociedad civil (familia, escuela, asociaciones) o a las instituciones del Estado o el orden legal internacional (entidades territoriales públicas o estatales, instituciones de la comunidad internacional). Desde la perspectiva de la extensión territorial, se destaca una dimensión de la democracia, local, central (nacional) y global (internacional).

Teniendo en cuenta ambos enunciados, podemos observar seis dimensiones diferentes de democracia, así como otros aspectos de relaciones funcionales entre el contexto democrático y las políticas públicas. Sería conveniente, antes de analizar estas dimensiones, puntualizar algunos motivos generales acerca de las políticas públicas, en lo que respecta a la protección de los derechos de los niños hacia una acción positiva por parte del Estado.

a) Personalmente creo que una interpretación sistemática del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989, exige que traspasemos el límite sugerido por el texto en la sección 1, donde se afirma que: "en todas las medidas concernientes a los niños" suponiendo que normalmente todas las medidas "que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social" son de importancia directa o indirecta para la infancia. Así, el criterio del "interés superior del niño" se transforma en un principio de relevancia universal de su interés, que implica interrelación de políticas públicas y medidas internacionales tendentes a la protección de los derechos de la niñez. Esto significa que la protección de tales derechos no es solamente el deber de las autoridades competentes, sino de una estrategia general que interese potencialmente a toda institución privada y pública y a todo órgano del Estado, o sus entidades territoriales, así como a la comunidad internacional, para lo que se requiere la coordinación y sinergia de todo individuo competente potencialmente.

b) La diferencia entre lo público y lo privado no coincide necesariamente con lo que se refiere a los individuos públicos y particulares. Las actividades emprendidas por los sujetos particulares pueden conducir, o contribuir, al cumplimiento de una función pública. Por su parte, la participación de la sociedad civil en las políticas sociales constituye un momento esencial en el desarrollo de la democracia participativa y puede desempeñar una función primordial en las políticas que se refieren a la protección de los derechos de la infancia.

* En: *Revista Espacios*, San José, N° 10, 1997.

c) Es posible que, en el sentido más amplio, las políticas públicas en lo que respecta a la protección de la niñez, dentro de la Convención, se dividan en 4 niveles. Los cuatro niveles están estructurados en forma piramidal y su área disminuye, en tanto nos alejamos de la base y nos acercamos al vértice.

Justamente la sección más amplia está constituida por las políticas sociales básicas (escuela, salud). Conforme nos dirigimos hacia la parte posterior de la pirámide, el área se torna más pequeña. En principio se ubican las políticas de asistencia social (medidas de protección en el sentido más estricto), posteriormente las políticas correctivas (medidas educativas-sociales como respuesta a la delincuencia juvenil) y, finalmente, las políticas institucionales relacionadas con las autoridades administrativas o los órganos legislativos y los derechos procesales fundamentales de los niños.

El principio fundamental de toda estrategia dirigida a implementar la protección integral de los derechos de la infancia consiste en restablecer la primacía de las políticas sociales básicas, respetando la simetría establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño. Esto significa que: primeramente, las políticas sociales básicas tienen una función universal y de acuerdo con esto todas las demás políticas deberían ser complementarias. En segundo lugar, que el concepto dinámico del principio de igualdad impone sobre los Estados Partes y sobre la comunidad internacional, respectivamente, una concordancia mínima en lo que respecta a las normas de los principios del Estado benefactor y la adhesión al concepto de desarrollo económico, regulado a través de criterios de desarrollo humano.

Las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño contienen ejemplos elocuentes de un concepto dinámico de igualdad, en lo que se refiere a las disposiciones del Estado benefactor y al principio de solidaridad internacional (que apuntan hacia un tipo diferente de globalización de la que conocemos en la actualidad). Ver artículos 4 y 18, párrafos 2 y 3, artículo 20, artículos del 22 al 28, artículos 31, 32, 38, párrafo 4 y 39; (en lo que se refiere al principio de igualdad ver artículo 23, párrafo 3, artículo 28, artículo 31, párrafo 2).

d) La gama de los derechos fundamentales del niño, que exige la Convención que sean amparados por los Estados Partes, es quizá la más amplia que actualmente se encuentra vigente, dada la forma específica y detallada en que ha sido formulada. Para ilustrar, veamos la cláusula de salvedad presente en el artículo 41. Esta cláusula afirma el predominio de todas las normas nacionales e internacionales aplicables en el Estado Parte (ya sea antes o después de la Convención) que sean más favorables para los niños. Esta cláusula, que, en nuestra opinión, se amplió y se relacionó en favor de los intereses de los niños, también se aplica a todo documento de leyes nacionales e internacionales en donde los derechos fundamentales y humanos son definidos y protegidos, independientemente de la edad.

La amplitud de esta gama de derechos de acción positiva, por parte del Estado en la Convención, no solo se debe a su extensión y su especificidad, sino también al hecho de que parte de los derechos civiles y derechos de libertad que gozan los niños en el sistema de la Convención no están siquiera amparados en forma negativa, esto es, como derechos de protección, pero además con derechos complementarios hacia una acción positiva por parte del Estado mismo o de terceras partes (artículos 13, 14, 15, 16, párrafos 1°, 30, 28 y párrafos, 2, 3 y artículo 40), (artículos 10, 37, inciso C), 39).

Asimismo, la protección de los derechos de la infancia, con respecto a los delitos cometidos por terceras partes, está provista de una serie de normas específicas que dan forma a un grupo particular de derechos con el fin de recibir protección del Estado contra aquellos delitos cometidos por terceras partes (artículos 11 y 16, párrafo 2, artículos 19, 21, 32 al 36 y artículo 38, párrafo 2).

En lo que respecta a la distribución de los medios financieros y humanos, esta se tornará crucial si sumamos a los subgrupos considerados hasta este momento, todos los derechos de una acción positiva por parte del Estado establecidos en la Convención (art. 17, párrafo 2, artículos 3, 20, 22 al 26, 28 y artículo 38, párrafo 4), las normas que establecen las políticas correctivas públicas (art. 37, incisos c) y d) y art. 40) y el volumen de políticas públicas que el Estado tiene que cumplir.

Con estas observaciones, podemos ilustrar la razón por la cual el "contexto democrático" debe ser considerado como una premisa en el desarrollo de estrategias adecuadas tendentes a la implementación de la Convención. Tomemos como referencia las seis dimensiones del concepto de democracia que mencioné anteriormente.

1. Los principios de municipalización y participación en políticas públicas (que fueron aplicados por el "Estatuto da Criança e do Adolescente" brasileño, como un excelente ejemplo de traducción legislativa de la Convención) únicamente se pueden llegar a cumplir en forma exitosa si existe un adecuado desarrollo local de enlace en cuanto a las relaciones democráticas del poder y la participación en la comunidad. Por otro lado, la experiencia ha demostrado que las necesidades de los niños y la percepción de estas necesidades como derechos pueden transformarse en un momento evolutivo y constructivo de la cultura de la democracia y la legalidad democrática dentro de la comunidad local.

2. Se debe enfatizar la función que desempeñan las diferentes asociaciones en el nivel central de la sociedad civil: la importancia de su democracia organizacional y de la participación popular y el control sobre los procesos de elaboración e implementación de leyes en el campo de los derechos de la infancia. En este nivel, la discusión política básica en los temas de los derechos de la niñez puede convertirse en un elemento de reagregación democrática de la sociedad.

El pluralismo y el control democrático de los medios, como también la libertad de acceso a ellos, son factores esenciales para la formación de una opinión pública crítica, así como para la liberación de una inventiva social capaz de ver más allá de lo que existe. No solo el tema de los niños, sino los niños per se, (si somos capaces de escucharlos y aprender de ellos) podrían llegar a ser una fuente extraordinaria de renovación y transformación positiva de la democracia de los adultos.

Sería conveniente tener en cuenta la democracia social, a un nivel nacional, como el pluralismo cultural y étnico, con respecto a las minorías, como una fuerza de dónde aprender. Si esta dimensión de democracia social está suficientemente desarrollada, será posible una política de implementación del derecho del niño a una identidad étnica y cultural (CRC¹ art. 29, párrafo 1, inciso c) y art. 30). Por su parte, el respeto a la identidad étnica y cultural del niño constituye la condición para la existencia y reproducción de esta dimensión pluralista de la sociedad democrática.

3. Veamos ahora la dimensión política de la democracia a nivel local. En el contexto del proceso contemporáneo de la transformación del Estado y la crisis de su soberanía, condicionado por la creciente y rápida globalización del sistema económico y su estructura de adopción de decisiones, somos testigos de una autoctonización del sistema político y de una reevaluación de la autonomía local, que se centra sobre

¹ CRC, corresponde a las siglas en inglés de la Convención sobre los Derechos del Niño.

todo en la ciudad. En lugar de una descentralización tecnocrática —un movimiento de poder delegado que va de arriba abajo— el fenómeno de autoctonización, en sus aspectos más nuevos y promisorios, adquiere la forma de una descentralización democrática, de una refundación parcial del poder, tendente a producir un movimiento de abajo hacia arriba. Este movimiento está conformado de tres partes: federalismo, políticas públicas locales e interrelación municipal para coordinar sectores específicos de las políticas públicas.

Me parece sumamente importante tener en cuenta esta tendencia y la potencialidad que implica, en cuanto a la reagregación de los enlaces políticos en la comunidad (que es mucho más difícil a nivel central), incluyendo las estrategias para la implementación de la Convención en el proceso actual de autoctonización. La autoctonización es favorable para el desarrollo de experiencias interinstitucionales y de organismos multilaterales que mejoran la democracia política y social a nivel local.

A este nivel, el potencial temático de las políticas públicas inclinadas a la implementación de la Convención está lejos de agotarse, tanto en América Latina como en Europa.

4. La importancia adquirida por la democracia local, la crisis de soberanía de los Estados centrales, ciertamente no implican que sus funciones en el cumplimiento de las políticas públicas sean de alguna manera menores. Los posibles cambios producto del federalismo y la autoctonización pueden modificar las formas de intervención de las instituciones centrales, pero no su importancia. Las políticas locales de empoderamiento y de desarrollo alternativo no requieren de un Estado débil, sino de uno fuerte, un Estado que apoye las políticas locales a través de acción financiera y legislativa.

Los principales problemas para el Estado benefactor surgen a nivel central y no local, esto es, el financiamiento de las políticas públicas. Este problema se agrava significativamente debido a la crisis del Estado benefactor. La ley constitucional considera los derechos fundamentales hacia una acción positiva del Estado (los derechos culturales, sociales y económicos) como sujetos a una salvedad general en lo que se refiere a lo que es económicamente viable. Esta salvedad parece limitar la obligación del Estado a garantizar la implementación de las políticas adecuadas. La Convención también se refiere a esto (ver artículos 4 y 27, párrafo 3).

No obstante, debemos evitar aquella interpretación de la salvedad, que nos pueda proporcionar una excusa o una justificación en cuanto al incumplimiento del Estado. Una interpretación correcta de la salvedad, que considera los derechos fundamentales de los ciudadanos seriamente, supone que ésta solo empieza a regir cuando el Estado ha agotado todas las posibilidades con el fin de cumplir totalmente con el deber de suministrar los recursos necesarios mediante las herramientas de las políticas fiscal y financiera. Esta salvedad no se aplica si el Estado no trata de regular los sistemas de producción y de distribución social de la riqueza en forma seria, así como de evaluar técnicamente y controlar legalmente su distribución.

Por otra parte, no es correcto asignar todas las variables, de las que dependen los problemas de financiamiento de las políticas públicas, dentro del radio de acción del Estado. Es un hecho que las variables fundamentales se ubican en el desarrollo económico mundial y su relación de complementariedad u oposición con respecto al desarrollo humano, esto es, al sistema de necesidades humanas y derechos fundamentales.

Los problemas que se refieren a la justicia y la igualdad social y aquellos relacionados con el desarrollo humano y económico son estrictamente interdependientes. Ambos están excluidos en su mayoría del sistema interno de toma de decisiones del Estado y solo se controlan de manera muy insuficiente, por medio de los modelos presentes de organización y cooperación internacional. El deber de la democracia del Estado termina cuando el deber de la democracia internacional comienza.

5 y 6. La ausencia más grave de democracia se encuentra en su dimensión internacional y es ahí donde actualmente necesitamos la democracia. La creciente interdependencia de las sociedades y de los Estados nacionales está acompañada por el crecimiento y no por la disminución en las diferencias entre la riqueza y la pobreza.

El crecimiento "económico" de la comunidad mundial y la universalización del mercado no parece tener algún impacto positivo en la tragedia global de la infancia. Los niños son los que pagan más que cualquier otro ciudadano debido a las tergiversaciones del desarrollo, con una pobreza absoluta (240 millones de niños), hambre y enfermedad (40.000 niños mueren cada día). En un desarrollo económico estructurado separadamente de las necesidades humanas, la lógica del mercado algunas veces hace que la producción de alimento sea improductiva, dado que las necesidades humanas no necesariamente convergen con cada demanda de alimentos o prioridades de producción.

Si observamos la comunidad internacional en su dimensión social, podemos notar que es similar a una oligarquía anárquica, en donde el verdadero poder está concentrado mayormente en unos cuantos centros financieros compitiendo unos con otros y cuyo volumen de actividades económicas sobrepasa la suma total del presupuesto de la mitad de las naciones del mundo.

La necesidad para obtener apoyo financiero y técnico de parte de la comunidad internacional para políticas públicas sobre derechos del niño, es todavía desproporcionadamente más grande que el grado actual de satisfacción.

Este discurso expuesto es muy amplio para ser desarrollado aquí. Por lo tanto, solamente trazaré tres posibles tendencias:

A) Al igual que el nivel nacional y local, el mejorar la democracia de la estructura de poder, a un nivel global, es una condición que no puede ser desatendida en el proceso de definición de estrategias para una política sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño;

B) El control de las condiciones "globales" para la implementación de la Convención —y no solo las acciones de emergencia o estructurales para la protección de los derechos del niño— forma parte de la competencia y responsabilidad de todas las instituciones de solidaridad y política internacional que pueden causar impacto en estas condiciones. Entre estas las más importantes y generales son la paz y el orden económico internacional. La Convención sobre los Derechos del Niño contiene, en mi opinión, una referencia implícita a estas condiciones.

C) Al vernos enfrentados a este tipo de responsabilidades, se torna indispensable considerar la necesidad de ampliar las competencias, mejorar la estructura y fortalecer el poder de esas instituciones y organizaciones internacionales mencionadas anteriormente. Su democratización es una condición esencial, pero no suficiente si no se aplican otros cambios cualitativos. Sin paz ni orden económico capaz de garantizar que la producción y la distribución de riqueza esté orientada hacia las necesidades y el desarrollo humano, no existirán las condiciones estructurales y financieras requeridas para la implementación de la CRC.

No obstante, garantizar la paz en un orden económico más justo presupone que el orden legal y las organizaciones internacionales ejerzan un control eficaz y justo sobre los centros de poder dentro de una sociedad civil mundial, que se ha emancipado en gran parte, a sí misma, del control de Estado y que vigila parcialmente los Estados mismos. Esto conlleva a una reevaluación crítica inevitable de las relaciones de subvención entre los Estados y la comunidad internacional.

La manera limitada y no satisfactoria con la que la Convención ha exigido la colaboración internacional y la intervención de la ONU en lo que se refiere al financiamiento (ver artículos 4, 24, párrafo 4 y art. 28, párrafo 3) y al control (ver artículos 43, 44 y 45) de las políticas de los Estados es un signo elocuente de la necesidad de llevar a cabo la reexaminación.

II. El argumento desarrollado hasta ahora puede considerarse válido, aun si concebimos el "contexto democrático" de un modo que no incluya a los niños. Sin embargo, éste ilustra la importancia de la democracia, incluso de una democracia adulta y exclusiva, para la definición e implementación de las políticas públicas exigidas en la Convención. También nos muestra que si consideramos seriamente los derechos fundamentales y humanos de los niños, podremos contar con una forma de enriquecer la democracia adulta. Pero ¿cuáles serían las consecuencias para poder comprender y practicar la democracia y el contexto democrático de las políticas públicas, si nosotros utilizamos en cambio el concepto de una democracia inclusiva con respecto a los niños?

Primero que todo, debemos observar que tal concepción inclusiva de la democracia es incompatible con un límite histórico que se hace evidente si examinamos las teorías más renovadas de la democracia.

De acuerdo con mi conocimiento, ninguna de las famosas teorías contemporáneas le ha proporcionado a los niños y a los adolescentes la oportunidad para ejercer sus derechos políticos. Esta exclusión está formulada explícitamente por Norberto Bobbio y Robert A. Dahl, quienes representan extremos opuestos de esta gran gama de teorías. Por otro lado, con respecto a las relaciones externas entre la democracia y los derechos de los niños, existe una falta de simetría entre los dos grupos de autores que trabajan en estos temas: aquellos que escriben acerca de los derechos de la infancia también hablan acerca de la democracia, en cambio aquellos que escriben sobre la democracia no mencionan los derechos de los niños. Aun en el texto de la Convención encontramos este límite histórico.

Sin embargo, en mi opinión, tanto las teorías de la democracia como la Convención contienen elementos importantes para la formación de un discurso normativo teórico que pueda conducirnos más allá de este límite. Si analizamos la Convención en el sentido literal de sus artículos y de una manera estática y fragmentaria, podremos detectar los rastros dejados por este límite histórico. Estas huellas son evidentes, en particular, cuando afectan el significado y el alcance del principio fundamental e innovador introducido por la Convención mediante el artículo 12: un niño que es capaz de formarse su propio juicio tiene derecho a expresar su opinión libremente, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño y el derecho a ser escuchado.

La autonomía y la subjetividad del niño, la debida atención que se le deba y pueda prestar a su opinión en las decisiones de los adultos nunca antes había sido reconocida de tal manera explícita. El nuevo principio está también presente en el artículo 13, párrafo 1; art. 14, párrafo 1; art. 9, párrafo 2. No obstante, con el propósito de equilibrar esto con el principio de oposición, se presentan dos grupos de normas suficientemente significativas.

El primer grupo garantiza a los adultos el derecho de identificar los intereses superiores del niño, de una manera definitiva y objetiva (artículo 9, párrafo 1; artículo 18, párrafo 1; artículo 21 y artículo 40, párrafo 2, inciso b III) y de determinar lo que promueve su bienestar moral, espiritual y social y su salud mental y física (artículo 17, párrafo 1, inciso e) y artículo 40, párrafo 4). El segundo grupo condiciona el ejercicio de los derechos del niño, no solo con respecto a los derechos y libertades de otros (artículo 10, párrafo 2, artículo 13, párrafo 2, inciso a); art. 14, párrafo 3), que es justo y necesario, sino también con respecto a la interpretación

de los adultos acerca de las cláusulas generales o de conceptos indefinidos como la seguridad nacional, el orden público, la salud y moral públicas (artículo 10, párrafo 2; artículo 13, párrafo 2, inciso b); artículo 14, párrafo 3 y artículo 15, párrafo 2).

No obstante, los límites internos de estos derechos no son menos importantes. Primero que todo, el ámbito de los tres derechos se reduce conforme pasamos del primero al segundo y del segundo al tercero. La libertad del niño de formarse su propio juicio no está restringida en su contenido. De hecho, se refiere a la actitud total del niño hacia el mundo. El derecho a expresar sus propias opiniones, sin embargo, no se extiende a su visión integral del mundo. Su alcance está limitado a asuntos que afectan al niño o niña. En lo que concierne a estas situaciones, el primer párrafo del artículo 12 apenas afirma que se le debe prestar la debida atención a la opinión del niño: pero "la debida" ¿de acuerdo con qué? Respuesta: "De acuerdo con la edad y madurez del niño". El derecho del niño a ser escuchado, un derecho establecido en el segundo párrafo del artículo 12 es más restringido. Este derecho no se refiere a una experiencia total del niño, a lo que él o ella piensan acerca de las decisiones que los adultos toman por ellos; simplemente se refiere a aquellas decisiones que los adultos toman a nivel institucional en el caso de "cualquier procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño".

En segundo lugar, el poder de los derechos expuestos en el artículo 12 se considera mucho menor. Sabemos que su intensidad, con base en la doctrina de los derechos fundamentales, puede variar dependiendo del caso; que existen derechos firmes y derechos no convincentes; que únicamente algunos derechos tienen la validez de los derechos "definitivos" (derechos que pueden ser defendidos en la Corte), de acuerdo con la expresión usada por Robert Alexy. Los derechos previstos por el artículo 12 de la Convención no son derechos "definitivos", son derechos no convincentes, dado que se caracterizan por una falta de simetría entre los deberes del Estado y las expectativas de los interesados o personas involucradas.

En tercer lugar, no hay una relación explícita en la Convención entre estos derechos y el sistema democrático.

Si consideramos el tenor literal del preámbulo y de los artículos, deberíamos concluir que la Convención protege los derechos del niño —aun aquellos derechos que podrían desempeñar un papel primordial para la participación de los niños en el proceso democrático dentro de la sociedad y dentro del Estado— no como los derechos de un ciudadano pleno pero como un preciadano, o de un futuro y potencial ciudadano.

Por el contrario, el futuro de la democracia, en mi opinión, para nombrar el título de un famoso libro escrito por Norberto Bobbio, está relacionado, fundamentalmente, con el reconocimiento del niño, no como un ciudadano futuro, sino como ciudadano con plenos derechos. A continuación, presentaré las tres tesis que sustentan este planteamiento.

Primeramente, si en lugar de una interpretación estática y fragmentaria de la Convención, utilizamos una interpretación dinámica y sistemática, desarrollando su esencia con todo el debido respeto a su Carta, el niño, en cualquier fase de su desarrollo, aun siendo un niño de corta edad, goza de una ciudadanía plena. En segundo lugar, esta ciudadanía es compatible enteramente con la debida consideración de su diferencia respecto de los adultos, por ejemplo, su identidad como un(a) niño(a). Finalmente, las diferencias en el modo de ejercer las funciones y poderes democráticos entre el niño y el adulto se compensan en favor del niño mediante el sistema de derechos que está implícito en la Convención y por la posición central que ocupa el niño en la base de un nuevo Estado democrático benefactor. En este sentido, el principio de prioridad absoluta del niño, no solo se ocupa de los objetivos de un desarrollo alternativo, sino también del medio, el método comunicativo de este desarrollo, que significa "democracia inclusiva".

De modo que, en lo que se refiere al primer punto, debemos tener en cuenta que la teoría más avanzada de los derechos fundamentales nos permite considerar los principios democráticos como el punto focal de su clasificación y sistematización dentro del marco del Estado benefactor. Por ejemplo, veamos la sistematización propuesta por K. Stern. De acuerdo con su teoría, los derechos fundamentales pueden dividirse en 4 grupos: a) derechos civiles y el derecho a la libertad (derechos de protección contra el Estado); b) derechos culturales, sociales y económicos (derecho de acción positiva por parte del Estado); c) derechos políticos y derechos de participación política; y d) derechos procesales fundamentales.

El desarrollo democrático de la estructura comunicativa y de la toma de decisiones de la familia, de la escuela, de la iglesia, de las asociaciones culturales, económicas y políticas, como también la participación activa en ellas de todo ciudadano y los indicadores decisivos de la libertad política en un país no son menos importantes que la calidad y la buena implementación de los reglamentos relacionados con las elecciones y el nombramiento de los funcionarios públicos. El ejercicio de lo que denominamos el *uso público de la libertad* depende de todo esto. Es por eso que los derechos a la participación están en estrecha interrelación funcional con los derechos a la libertad y, especialmente, con los llamados derechos comunicativos de libertad, que, a su vez, están vinculados con el derecho de pensamiento, de información, de asociación y reunión y, de acceso a los medios. Mientras el *status negativus* de los ciudadanos (de acuerdo con la terminología de Georg Jellinek) se obtiene con los derechos civiles clásicos y los derechos a la libertad, el *status positivus* se logra con los derechos de acción positiva por parte del Estado. Por su parte, el *status activus* se obtiene con los dos últimos grupos de derechos antes mencionados.

Siguiendo el modelo de una "democracia inclusiva", el *status activus* representa el momento cumbre de todo el sistema de derechos fundamentales. El análisis sistemático y exhaustivo de la Convención nos permite establecer que el niño tiene derecho —no solo en forma integral, sino también de una manera privilegiada con respecto a los adultos— a todos los derechos fundamentales que constituyen su *status negativus* y su *status positivus* y que, en lo que concierne al *status activus*, el niño goza plenamente de los derechos procesales fundamentales y de una gran parte de los derechos de participación.

La segunda tesis consiste, en que el reconocimiento de una identidad distinta se manifiesta a través de una manera privilegiada y específica en la cual se reconocen a los niños los derechos civiles de la libertad y los derechos procesales, culturales, sociales, económicos y, en particular, los derechos comunicativos de la libertad. Estas diferencias ventajosas para los niños se establecen en consideración a las necesidades especiales de protección y cuidado que el preámbulo de la Convención ha derivado de la Declaración sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959.

Sin embargo, estas diferencias también pueden interpretarse a la luz de ventajas positivas del niño y no únicamente de su vulnerabilidad y falta de madurez mental y física.

La tercera tesis consiste en que no solo los privilegios que goza el niño, con respecto a los tres grupos fundamentales de derechos que he señalado, le dan una amplia compensación por las desventajas que los afectan en el campo de los derechos políticos clásicos, debido a su identidad diferente y a su situación específica en el contexto de las relaciones sociales, sino también contribuyen las prerrogativas de sus derechos a participar en los procesos de toma de decisiones y procesos comunicativos en la esfera social y del Estado. Esta tesis significaría que: la ciudadanía del niño, su participación activa en la democracia política y social, es diferente, pero no menos importante, que la de los adultos.

El apoyo de estas tres tesis implica una interpretación de los derechos formulados en el artículo 12 de la Convención, que permite una visión más amplia y provee un significado fundamental y nuevo al *derecho*

del niño a ser escuchado. Para ser consistentes con esta nueva interpretación, debemos comprender en un sentido más amplio la idea de libertad, como se articula en el numeral 12: en lugar de un uso privado de la libertad, nuestra visión debe estar orientada hacia un *uso público de la libertad*. Lo anterior es posible si la libertad implícita en el artículo 12 se ubica en una relación funcional con el concepto, de libertad expresado por la Convención en el tercer párrafo del preámbulo. A la luz de este concepto, podemos concluir la siguiente interpretación sistemática del artículo 12, junto con el artículo 13 y el 17. La libertad del niño y el derecho a formar su propio juicio y expresarlo conlleva una obligación de parte de los adultos (de todos, no solo de las autoridades o aquellos que son responsables por los niños) con la misma intensidad de esa libertad.

La reinterpretación necesaria de la Carta de la Norma, con el fin de establecer esta relación y simetría entre los derechos del niño y los deberes de los adultos, se puede lograr lógicamente mediante la extensión correcta del significado del concepto de "procedimientos que afectan al niño". Cada procedimiento, tanto social como institucional, en donde intervienen los adultos con sus decisiones y acciones, afectan y son del interés de los niños ya sea directa o indirectamente. Y, ¿cuáles serían los procedimientos que no los afectan? Así, se establece un *principio de relevancia universal* de los intereses del niño, lo que, por su parte, implica un *principio de reciprocidad estructural entre los derechos de los niños y los derechos de los adultos*.

Vayamos más allá del artículo 12 y podremos darnos cuenta que el derecho del niño a ser escuchado tiene el mismo alcance que el derecho de expresar sus propias opiniones.

Llegamos a esta conclusión mediante los siguientes dos procedimientos de interpretación sistemática: primero, ampliando el contenido de la expresión "procedimientos administrativos" a lo máximo, de manera que se incluyera cada interacción formal, semiformal y aun informal entre cualquier funcionario público y ciudadano-niño. En segundo lugar, teniendo en cuenta la frase en el segundo párrafo del artículo 12: "la oportunidad a ser escuchado...ya sea directamente o por medio de un representante" en los procedimientos, como una especificación de un principio general que cubre todo el artículo 12 e incluye todas las demás relaciones entre los niños y los adultos. Este principio implica el derecho fundamental y general del niño a ser escuchado y el deber paralelo de los adultos a escucharlo.

Por otro lado, esta responsabilidad no debe ser reducida simplemente a la libertad del niño de expresar su experiencia en relación con otros niños y adultos. Si interpretamos el derecho de los niños a ser escuchados como un deber de los adultos a escucharlos a ellos y a aprender de ellos, el principio contenido en el artículo 12 se convierte en el núcleo de la Convención, lo que nos guía hacia el camino de las relaciones futuras entre los niños y los adultos. Pero esta es también la vía del futuro de la democracia.

Para poder percibir lo anterior, debemos recapacitar acerca de la manera en que los derechos de los niños a ser escuchados o el deber de los adultos a aprender de ellos está relacionada con los conceptos de participación y representación. La ciudadanía, como un medio de expresar la libertad política, se transforma en participación, tanto directa como indirecta, en las decisiones públicas. La participación indirecta puede efectuarse mediante mandato representativo. Sin embargo, el concepto de representación es más general que el del mandato.

Los adultos y las autoridades, quienes toman decisiones sobre la base de la realización de su deber de aprender de los niños, llevan a cabo una forma de representación sin mandato, pero con una responsabilidad comunicativa que no es la única manera de democracia moderna que funciona. Existe además la investigación científica y el conocimiento institucional, consideradas actividades de investigación en las universidades y en otras instituciones de la sociedad, del Estado y de la comunidad internacional, que cumplen con la función de representar las necesidades, opiniones e intereses de los ciudadanos. Otra

forma que se considera de participación del niño en la democracia política y social, mediante la representación, la constituye el ejercicio del derecho a ser escuchados a través de la ejecución por parte de los adultos del deber de aprender de los niños.

El principio incorporado en el artículo 12 es válido como el principio general de la Convención. Se refiere no solo a la expresión verbal y juicios propios, sino también a todo signo de las experiencias emocionales e intelectuales del niño, así como sus necesidades en cada situación, en cada edad, en cada contexto social micro y macro en donde el niño o la niña pueden ser escuchados.

Un bebé prematuro que necesita ser revisado por un especialista con el estetoscopio tiene el derecho a ser escuchado. Un adolescente que quiere hacer ver su presencia en la escuela, también tiene derecho a ser escuchado en la clase. Finalmente, el derecho del niño a ser escuchado también significa el derecho a ser respetado, en su capacidad de orientación autónoma, una capacidad que se inicia desde muy temprano en la vida y continúa en el campo moral e intelectual.

No se trata de denegar a los padres y a los educadores el derecho a fomentar y a prestar atención al desarrollo físico, afectivo, intelectual y moral del niño, sino más bien a reconocer las restricciones sobre el cuidado y educación para evitar que éstos se transformen en manipulación y represión de las capacidades del niño, especialmente del niño de corta edad.

En el concepto democrático de la relación funcional entre el conocimiento y la sociedad, la investigación científica y el conocimiento institucional son formas de representación de los ciudadanos sin mandato, de manifestación de sus necesidades y derechos. Esto también se aplica a la investigación científica y al conocimiento institucional que se relacionan con la situación de los derechos de los niños y que contribuye con las instituciones públicas y privadas, cuyo objetivo consiste en protegerlos. El conocimiento científico e institucional constituyen vías por las cuales se puede lograr el derecho de los niños a ser escuchados y el deber del adulto a escucharlos y aprender de ellos.

Si tomamos el conocimiento institucional de este campo, podemos observar que aquí también existen tres niveles: local, nacional y global. En cada uno de estos niveles existe una producción de conocimiento que está dirigido directamente hacia la formación de programas de acción y a su evaluación.

A nivel local, la metodología participativa ha demostrado su eficacia siguiendo los principios de investigación-acción. A nivel nacional y global, el conocimiento institucional puede apuntar hacia el diagnóstico de situaciones en las esferas nacionales e internacionales y hacia la realización de programas o estrategias de apoyo técnico y evaluación de políticas locales y nacionales. En todo nivel más alto que el local, encontraremos un doble objetivo de conocimiento institucional. Uno que apunta hacia el monitoreo y apoyo de la acción llevada a cabo a niveles más bajos y el otro hacia el automonitoreo.

Es sumamente importante que el conocimiento institucional sea acompañado por la investigación científica libre y que las instituciones nacionales e internacionales, que producen conocimiento institucional, colaboren con centros de investigación libres o que tengan sus propios centros. Es un hecho, que el conocimiento científico puede integrar y orientar la producción de conocimiento institucional. Pero a diferencia de esto, está "libre" de los deberes de monitoreo y automonitoreo, característico de los programas de acción

y debe tener la libertad de escoger autónomamente su propio objetivo y sus propias metodologías, aun si su objeto lo constituyen los programas y las necesidades sociales a que ellos responden.

El conocimiento científico, como también el conocimiento institucional, pero de diferente manera, escuchan a los niños y representan sus necesidades. Su relación con los programas y sus ejecutores en cada nivel pueden describirse como un pulmón que también se alimenta libremente de las experiencias de los programas y de su contexto social, y puede transmitir conocimiento a cada célula del organismo planetario formado por estos programas. La promoción y aun la organización de investigación científica libre pertenece a los deberes de las instituciones dedicadas a la implementación de la Convención, particularmente de aquellas que pertenecen a la comunidad internacional.

La investigación científica es un medio importante, e indispensable, a través del cual la voz de los niños puede ser escuchada en las políticas públicas orientadas hacia la protección de sus derechos.

* * *

LEGISLACIONES INFANTO-JUVENILES EN AMÉRICA LATINA: MODELOS Y TENDENCIAS*

Emilio García Méndez

1. LOS ORÍGENES

El tratamiento jurídico diferenciado de la infancia-adolescencia en América Latina, se remonta a la primera década del siglo XX. En 1919 se promulga, en Argentina, la primera legislación específica, Ley 10.903, más conocida como Ley Agote. Hasta entonces, la única diferenciación normativa existente se encontraba en los todavía vigentes códigos penales retribucionistas del siglo XIX. En general, dicha especificidad se limitaba a reducir las penas en 1/3, tratándose de autores de delitos con edad inferior a los 18 años¹. Existen además, pocas, dispersas e insignificantes leyes de carácter civil.

El niño propietario resolvía sus conflictos como adulto. Sin duda, el origen de la especificidad jurídica de la infancia es de naturaleza estrictamente penal².

Más allá de lo ya señalado, ninguna otra diferenciación normativa era prevista para el momento de ejecución de las penas que, casi siempre, consistían en la privación de libertad. Adultos y menores de edad, indiscriminadamente, eran alojados en las mismas instituciones penitenciarias.

Las deplorables condiciones de encerramiento y la promiscuidad entre menores y adultos, generaron, con mayor o menor intensidad en todo el continente, una fuerte indignación moral que se tradujo en un vasto movimiento de reformas.

El resultado del movimiento de reformas fue la instauración en América Latina, en un lapso de 20 años (Argentina 1919 - Venezuela 1939), de legislaciones de menores, que legitimadas en la protección de una infancia supuestamente abandonada y supuestamente delincuente³, abrían la

* *En: Derecho a tener derecho: infancia, derecho y políticas sociales en América Latina, Caracas, La Primera Prueba, C.A., sin fecha de publicación.*

1. *Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1984, p. 94).*
2. *Entre los escasos trabajos de naturaleza histórica en el contexto latinoamericano cfr. "Infancia, Adolescencia y Control Social en América Latina" (E. García Méndez - E. Carranza, 1990) y "Del Revés al Derecho" (E. García Méndez - E. Carranza, 1992). Para una visión europea y que se remonta hasta comienzos de la edad media cfr. W. Sanders (1970).*
3. *El término "supuestamente" abandonado, hace referencia a la inexistencia de disposiciones jurídicas que prohíban la declaración judicial del estado de abandono por meros motivos de carencia de recursos materiales. La primera excepción normativa a este principio, aparece formulada en el art. 23 del nuevo Estatuto brasileiro (art. 23. "La falta o carencia de recursos materiales, no constituye motivo suficiente para la pérdida o suspensión de la patria potestad"). Para uno de los mejores enfoques críticos, desde un punto de vista sociojurídico de la declaración del estado de abandono, cfr. el trabajo de E. Bisig y M.I. Laje (1989). El uso del término "supuestamente" delincuente, es aun mucho más evidente. La violación de prácticamente todos los principios jurídicos básicos del derecho liberal en el (no) derecho de menores latinoamericano, determina que esta última categoría designe mucho más un concepto seudosociológico impreciso, que una verdadera categoría jurídica garantista.*

posibilidad de una intervención estatal ilimitada, para "disponer"⁴ de aquellos menores material o moralmente abandonados.

La fuerte tendencia a la institucionalización (eufemismo destinado a designar privaciones de libertad de carácter indeterminado), puso inmediatamente en evidencia que la indignación moral de los reformadores, se refería mucho más a los "excesos" y a la promiscuidad del encierro, dejando intacta una cultura hegemónica de secuestro y segregación de los conflictos sociales.

Este enfoque específico del desajuste social, producto de un modelo de desarrollo basado en la exclusión, es decir, en la incapacidad política del sistema de universalizar los servicios básicos (salud-educación), tenía en la nueva figura del juez de menores el centro de irradiación de las prácticas concretas. Unido de una competencia omnimoda penal-tutelar, el juez de menores resulta el encargado de resolver "paternalmente"⁵, las deficiencias individuales del sistema. Sin embargo, aun en el contexto político-cultural dominante, la materialización de este nuevo enfoque estuvo lejos de ser pacífica y consensual. El poder-saber de la corporación médica, interfirió profundamente en la propuesta de judicialización de los problemas sociales. En el marco conceptual de un positivismo bioantropológico, en el que los desajustes sociales remitían automáticamente a deficiencias genéticas de carácter hereditario, la figura del juez y la institución de los tribunales de menores, resultaban absolutamente inútiles⁶.

El resultado concreto de esta tensión médico-jurídica, que se resuelve en un pacto de las corporaciones médico-jurídicas se traduce concretamente en:

- a. El escaso nivel de materialización institucional de las nuevas ideas. La creación de los tribunales de menores, que debía ser la consecuencia lógica de la creación de las leyes de menores, se produce en tan pequeña escala, que reduce a meramente simbólica la función de estos tribunales. Resulta interesante observar, la forma como el enfoque tradicional de este tema, reduce la no implantación efectiva de los tribunales de menores a simples deficiencias burocráticas administrativas.
- b. La exacerbación del carácter arbitrario de la acción de estos tribunales. La falta absoluta de respeto a los derechos y garantías (comenzando por las constitucionales)⁷, que constituyen muchas veces la deformación y los abusos en los procesos de los cuales son objeto los adultos pertenecientes a

4. El término "disponer", presente en la letra o el espíritu de todas las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular, constituye un excelente ejemplo del carácter totalmente arbitrario que impregna esta legislación. Como afirma Raúl Horacio Viñas, "(el término disposición) Recuerda más a acto del derecho patrimonial, a enajenación, aunque admito que abarca otras acepciones. Evoca la idea de facultades omnimodas" (1984, p. 299). Este comentario, a partir de la realidad argentina, es válido para todas las leyes "minoristas" del continente.

5. Sin excepción, todos los textos clásicos de la cultura "minorista", establecen que el juez de menores debe actuar como un buen padre de familia. Recuérdese que conocer el Derecho y asegurar la justicia no forman parte de las funciones institucionales de este último.

6. "No habiendo castigo para los niños delincuentes, sino acción protectora del Estado, ¿qué significado tendrían los tribunales para menores?... Para un criterio estrictamente científico, el propósito es proteger y no castigar. El tribunal por lo tanto es innecesario?" (A. Foradori, 1938, p. 343).

7. La violación sistemática de las más elementales garantías constitucionales, constituye una característica dominante de todo el derecho de "menores" basado en la doctrina de la situación irregular. Solo a modo de ejemplo, recuérdese que todas las constituciones latinoamericanas incluyen un precepto en el que se establece que "Ningún habitante de la república podrá ser detenido sino en flagrante delito o por orden escrita de autoridad judicial" (obviamente el estilo de redacción varía de país en país, pero la sustancia permanece inalterada). A pesar de lo anterior, ninguna ley de "menores" hasta la aparición del Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil en 1990, había traducido dicho precepto constitucional a nivel de la legislación específica.

los sectores más vulnerables de la sociedad, aparecen normativamente consagrados en el llamado derecho de menores. Resulta paradójico observar, que la falta de límites, garantías y formalidades, hace práctica y técnicamente imposible que el derecho de "menores" sea violado por aquellos encargados de su aplicación.

Este proceso de reformas sucintamente descrito, poseyó, indudablemente, una dinámica y autonomía propias; sin embargo, constituye también y, principalmente, el resultado de un movimiento más amplio originado en los EE.UU. de fines del siglo XIX, que repercutió con inusitada fuerza en la Europa occidental de comienzos del siglo XX⁸. Desde sus orígenes, también las leyes de "menores" nacen vinculadas a un dilema crucial. Satisfacer simultáneamente el discurso de la piedad asistencial junto a las exigencias más urgentes de orden y control social. En este sentido, no es infrecuente que el discurso se torne transparente, para justificar formas de tratamiento diferenciado de los menores. "El movimiento democrático de este siglo ha provocado un acercamiento de las clases sociales anteriormente desconocido. En consecuencia, son numerosas las personas que comprenden los peligros de las familias obreras y pobres. He aquí otra influencia que favorece una modificación del derecho penal y procesal". (Actas 1912, p. 57). La propia "libertad" resulta al servicio de las exigencias de control social. En el artículo 71, parágrafo III del reglamento interno de uno de los más importantes abrigos de menores de Río de Janeiro de la década del 20 puede leerse: "A los menores deberá concederse toda la libertad durante los recreos, porque es la manera en que mejor pueden ser estudiados" (I. Rizzini, 1993, p. 73).

2. LAS LEYES DE MENORES: ¿UNA LEY PARA QUÉ INFANCIA?

Instauradas a nivel latinoamericano entre las décadas del 20 y 30 de este siglo (primera ley, Argentina 1919, última ley, Venezuela, 1939), estas leyes entran en vigor, en general, en el contexto de una economía agroexportadora, insertada en forma subordinada pero privilegiada en el mercado mundial. La crisis del modelo económico (1930), puso en evidencia rápidamente la clientela real de las "revolucionarias" legislaciones de menores⁹.

Como sabemos, las diferencias que se establecen al interior del universo infancia, entre los sectores incluidos en la cobertura de las políticas sociales básicas (educación y salud) y los sectores excluidos es tan enorme, que un concepto único no podrá abarcarlos. Los incluidos, se transformarán en niños y adolescentes, los excluidos se transformarán en "menores"¹⁰. La profundización de la crisis, provocará un aumento en el número de los "menores" y una disminución en el número de niños y adolescentes. La inexistencia de recursos para revertir los procesos de exclusión, en la mayoría de los países con las potencialidades de la región latinoamericana, resulta un claro ejemplo de falta de voluntad política —se

8. *Para un análisis de la influencia de los movimientos reformadores de los EE.UU. de fines del siglo XIX y la Europa de comienzos de este siglo. Cfr. E. García Méndez (1992).*

9. *A pesar de que todos los textos clásicos de la cultura minorista en América Latina, se refieren al carácter revolucionario de estas reformas, el diputado francés Paul Deschanel, inauguró el Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores, en París, en 1911, con las siguientes palabras: "Estas conferencias son necesarias para demostrar que las reformas que queremos no tienen nada de revolucionario y que pueden ser realizadas sin alterar sustancialmente los códigos existentes, con una simple adaptación de las viejas leyes a las necesidades modernas" (Actas, 1912, p. 48).*

10. *Sobre el proceso de construcción estigmatizante y excluyente de la categoría "menor". Cfr. E. García Méndez, (1991).*

sustituirá con la judicialización del problema—, "disponiendo" coactivamente de aquellos casos más problemáticos dentro del grupo de los excluidos. Resulta casi obvio afirmar, que la intervención judicial solo puede suplir selectiva y simbólicamente, las deficiencias estructurales de las políticas sociales básicas.

La prueba más evidente de esta función simbólica de las leyes de "menores", se encuentra en la pérdida de importancia de la competencia tutelar de los jueces durante el período de fuerte implantación de las políticas distribucionistas. Políticas que provocaron una expansión cualitativa y cuantitativa de los servicios básicos en el período de fines de la década del 40 y comienzos de la década del 50. Durante este período, la justicia de "menores" creció y se consolidó en su fase más estrictamente penal. Al mismo tiempo, puede afirmarse que estas alteraciones se produjeron "naturalmente" en el plano fáctico, sin que mediara ninguna reforma legislativa de real importancia.

De hecho, la lenta pero irreversible crisis fiscal del Estado de fines de los años 60, que repercutió directa e inmediatamente en las políticas básicas para la infancia, retrotrajeron las cosas a su estado anterior, provocando un nuevo crecimiento de la intervención judicial de carácter tutelar. Como puede apreciarse, la dimensión real de la competencia de la justicia de "menores", se encuentra directamente relacionada con el tipo y extensión de la cobertura de las políticas sociales básicas.

3. LAS LEGISLACIONES DE "MENORES": CRITERIOS DE ANÁLISIS Y CLASIFICACIÓN

Desde un punto de vista estrictamente formal, cada país posee su propia e individualizada legislación de menores. Sin embargo, nada justifica un análisis pormenorizado por país, en la medida en que, inspiradas invariablemente en la doctrina de la situación irregular, estas legislaciones se parecen unas a otras como gotas de agua. Por el contrario, en términos sustanciales me parece posible realizar una primera y general clasificación, según se trate de legislaciones producidas antes o después de la vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20.11.89)¹¹. Esto significa afirmar que la Convención, constituye la división de aguas fundamental en la historia de los derechos de la infancia en América Latina.

Antes de la Convención, todas las legislaciones de menores se inspiraban, sin excepción, en los principios de la doctrina de la situación irregular. Una doctrina, que aunque vagamente formulada, marcó decisivamente las legislaciones de "menores" de nuestro continente, otorgándoles los rasgos que en el próximo punto se enumeran.

3.1. Algunos rasgos centrales de las legislaciones minoristas latinoamericanas

- a. Estas leyes presuponen la existencia de una profunda división al interior de la categoría infancia: niños adolescentes y menores (entendiéndose por estos últimos el universo de los excluidos de la escuela, la familia, la salud, etc.). En consecuencia, estas leyes que son exclusivamente de

11. En adelante nos referiremos a este texto solo como la "Convención".

y para los menores, tienden objetivamente a consolidar las divisiones aludidas dentro del universo infancia.

- b. Centralización del poder de decisión en la figura del juez de menores con competencia omnímoda y discrecional.
- c. Judicialización de los problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo, con la clara tendencia a patologizar situaciones de origen estructural.
- d. Impunidad (con base en una arbitrariedad normativamente reconocida) para el tratamiento de los conflictos de naturaleza penal. Esta impunidad se traduce en la posibilidad de declarar jurídicamente irrelevantes los delitos graves cometidos por adolescentes que pertenecen a los sectores sociales medio y alto.
- e. Criminalización de la pobreza, disponiendo internaciones que constituyen verdaderas privaciones de libertad, por motivos vinculados a la mera falta o carencia de recursos materiales.
- f. Consideración de la infancia, en la mejor de las hipótesis, como objeto de la protección.
- g. Negación explícita y sistemática de los principios básicos y elementales del Derecho, incluso de aquellos contemplados en la propia Constitución Nacional como derecho de todos los habitantes.
- h. Construcción sistemática de una semántica eufemística que condiciona el funcionamiento del sistema a la no verificación empírica de sus consecuencias reales.

Estos rasgos sumariamente descritos, constituyen la esencia de la llamada doctrina de la situación irregular. Por medio de esta doctrina jurídica, que en realidad poco tiene de doctrina y nada de jurídica, los jueces pueden declarar en situación irregular (y por ende objeto explícito de cualquier tipo de disposición estatal) al niño o al adolescente que enfrente dificultades —nunca definidas taxativamente— independientemente de que las mismas puedan (ej. adolescente infractor) o no (ej. niño víctima de abusos o malos tratos) ser atribuidas a su voluntad. La única distinción posible de realizar, dentro de las legislaciones inspiradas en esta doctrina, se refiere al Código del Menor de Bolivia de 1975 (Código derogado en 1992). En una solución, tal vez más coherente con el espíritu de estas leyes, Bolivia optó por tratar de manera administrativa (eliminando la figura del juez) los problemas de los "menores". Niños y adolescentes en situación irregular eran sometidos a un "Tribunal Tutelar", que a pesar del eufemismo "Tribunal", constituía un órgano administrativo dependiente del ejecutivo nacional. Conviene recordar también, que este Código, prohibía expresamente en su procedimiento la presencia de abogados (art. 148).

4. LA DOCTRINA DE LA "SITUACIÓN IRREGULAR"

En pocas palabras, esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad. Definido un "menor" en situación irregular (recuérdese que al incluirse las categorías de material o **moralmente** abandonado, no existe nadie que potencialmente no pueda ser declarado irregular), se exorcizan las deficiencias de las políticas sociales, optándose por "soluciones" de naturaleza individual que privilegian la institucionalización o la adopción.

Solo un análisis histórico-crítico, permite mostrar los mecanismos que explican la asombrosa sobrevivencia de una doctrina como la de la situación irregular, que en la práctica ha resultado en la negación de todas y cada una de sus funciones declaradas. El enfoque propuesto, remite a la necesidad de analizar su metodología y lugar institucional de producción, así como su capacidad de crear mitos y utopías negativas funcionales al mantenimiento de un cierto orden y autoconservación.

Me parece audaz, aunque no desprovisto de sentido, comenzar trazando un cierto paralelismo entre la doctrina de la situación irregular y algunos de los mitos —jamás realizados— que se encuentran en la base de la doctrina del llamado socialismo real.

En primer lugar y contrariamente a lo que sucede en otras áreas del Derecho, donde el grueso de la producción teórica se realiza por individuos no pertenecientes al sistema (judicial) encargado de su aplicación, un relevamiento de la literatura existente en el contexto latinoamericano demuestra que los textos "clásicos" del Derecho de menores son producidos, mayoritariamente, por quienes tienen o tuvieron responsabilidades institucionales directas en su aplicación. Parece además oportuno recordar aquí, que la doctrina de la situación irregular resulta prácticamente hegemónica en América Latina, por lo menos hasta bien entrados los años 80. En segundo lugar, también esta doctrina ha mostrado eficiencia en la creación del mito relativo a una excelencia en sus ideales, desvirtuados por la práctica. Una excelente legislación de menores latinoamericana, pero que no se aplica, constituía, hasta hace poco tiempo, una idea suprema fundamental del sentido jurídico y común en nuestro continente. En tercer lugar, no caben dudas de que son los eufemismos y los "como si" y en definitiva el desentenderse de las consecuencias reales de su aplicación, las bases que ayudan a entender su sobrevivencia, a pesar del carácter fisiológico del fracaso de sus objetivos declarados. La miseria de los programas de resocialización, el tratamiento indiferenciado de menores "supuestamente" abandonados y "supuestamente" delincuentes y los miles de jóvenes confinados en instituciones penitenciarias para adultos, constituyen solo la punta del iceberg de un inmenso proceso de mitificación. En cuarto lugar, conviene preguntarse, si no son otras funciones, distintas de aquellas declaradas, las que ayudan a mantener una doctrina que la conciencia sociojurídica nacional e internacional ha contribuido decisivamente en los últimos tiempos a colocar en SITUACIÓN IRREGULAR.

A pesar de todas las deficiencias antes señaladas, la mayor parte de los países latinoamericanos no ha realizado aún ningún tipo de movimiento en pro de la adecuación de la legislación nacional a los principios y al texto de la Convención. Esta situación se agrava ulteriormente llegando a los límites de la esquizofrenia jurídica, en la medida en que también prácticamente todos los países han ratificado y promulgado como ley nacional la propia Convención. En otras palabras, esto significa la vigencia simultánea de dos leyes, que regulando el mismo tema, resultan de naturaleza antagónica. Por este motivo, creo que vale la pena preguntarse, una vez más, por los motivos reales que explican la asombrosa sobrevivencia de cuerpos legislativos que representan la negación sistemática de los derechos humanos específicos de la infancia, hoy universalmente consagrados.

5. ¿EN QUÉ FUERZAS SE SUSTENTA LA VIGENCIA DE LEYES BASADAS EN LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR?¹²

A pesar de un creciente consenso —la más de las veces no formulado explícitamente— tanto en el área gubernamental como no gubernamental, respecto del carácter anticuado, regresivo, antijurídico e

12. Los puntos 5 y 6 de este trabajo fueron escritos originalmente para explicar la persistente vigencia en la Argentina de la ley de menores de 1919. *Mutatis mutandi*, los motivos son válidos para explicar el fenómeno a nivel latinoamericano. Por ello, reproduzco aquí sustancialmente dicho texto con pequeñas modificaciones.

inconstitucional de este tipo de leyes, tres corrientes de naturaleza bien diversa han contribuido objetivamente para su mantención:

- a. el conservatismo jurídico-corporativo
- b. el decisionismo administrativo
- c. el basismo de la atención directa

5.1. El conservatismo jurídico-corporativo

Esta corriente encuentra fundamento en las expresiones de deseos contenidos en estas leyes. Expresiones que sobreabundan en textos construidos exclusivamente sobre eufemismos. Esta posición, producto de una extraña combinación de omnipotencia e ignorancia, se expresa en la trillada frase "en América Latina tenemos maravillosas legislaciones de menores que infelizmente no se aplican". Un enfoque como este, remite a la ideología del juez que debe actuar como un buen padre de familia, permitiéndose ignorar las reglas y técnicas de funcionamiento del Derecho. Por este motivo, dado el carácter ilimitado de la competencia judicial, cualquier modificación (por ej. separación de la competencia penal y tutelar) produciría un recorte en las facultades existentes. En este caso, si las facultades jurídicas son omnímodas, la acción de un "buen" juez subsanaría todos los defectos normativos, convirtiendo a la reforma de la ley en superflua y hasta peligrosa. Llevada hasta sus últimas consecuencias, esta posición solo parece sustentarse en desnudos argumentos de carácter corporativo.

Conviene recordar, que el alto número de niños y adolescentes internados en instituciones totales (en realidad privados de libertad), por motivos no vinculados a la comisión estricta de una infracción de naturaleza penal —o no juzgados con las mínimas garantías necesarias— demuestra que estas legislaciones, ni son tan "maravillosas", ni tampoco en realidad son letra muerta¹³.

5.2. El decisionismo administrativo

Esta posición, que parte de un mero cálculo político coyuntural, se contrapone solo aparentemente a la posición anterior. La misma se apoya en el supuesto de la mayor eficacia y poder de acción directa de la esfera administrativa, desprovista de las trabas y formalidades propias del sector judicial.

En definitiva, la ley resulta también superflua en este caso. Desde esta posición, parece ser más conveniente mantener la legislación existente, ya que resulta más cómodo trabajar en el contexto de una ley relegada y desprestigiada, que ofrece objetivamente vacíos prácticamente infinitos de discrecionalidad. Esta posición es original de muchos organismos gubernamentales responsables de la ejecución de programas y políticas de protección especial.

13. Como ejemplo ilustrativo de la situación en América Latina, según la Gendarmería Nacional de Chile 19.8% de los menores ingresados en agosto de 1990 en unidades penales para adultos (sic), ingresaron declaradamente por motivos de protección. Citado en M. Cillero Bruñol (1993).

5.3. El basismo de la atención directa

Es la tendencia típica encarnada por algunos organismos no gubernamentales que trabajan en forma directa con la infancia, sobre todo con aquella en mayor situación de riesgo. Esta posición, remite al origen, desarrollo y cultura de grupos que nacen, crecen y se consolidan en un trabajo realizado al margen o contra la ley existente. Esta posición desconoce profundamente la calidad del vínculo existente entre la condición jurídica y material de la infancia, ignorando también, la importancia de la ley (otro tipo de ley) como instrumento esencial para la reproducción ampliada de las mejores experiencias concretas de trabajo directo con los niños.

Muchos de estos grupos, parten de la dicotomía falsa y reduccionista, según la cual la ley es asunto del gobierno y de los jueces, mientras los niños serían un problema de las organizaciones no gubernamentales.

En el contexto de la cultura de estos grupos, la lucha por la reforma legislativa significaría distraer esfuerzos preciosos del trabajo cotidiano. Es más cómodo trabajar vagamente contra la ley vigente, que iniciar un difícil, incierto y complicado proceso de articulación crítica con el mundo jurídico y las políticas gubernamentales.

6. ¿POR QUÉ UNA NUEVA LEY PARA LA INFANCIA?

En este contexto, la pregunta arriba formulada constituye todo lo contrario a una obviedad. Intentaré contestarla con un argumento simple pero que me parece contundente.

Existen en América Latina dos tipos de infancia. Aquella con sus necesidades básicas satisfechas (niños y adolescentes) y aquella con sus necesidades básicas total o parcialmente insatisfechas (los "menores"). Para los primeros y salvo circunstancias del todo excepcionales, una ley como aquellas basadas en la doctrina de la situación irregular resulta inútil o indiferente. Sus eventuales conflictos con la ley (civil o penal), se dirimen por otras vías normativas y judiciales, o, en el caso de constituirse en sujeto activo de la violación de dispositivos penales, la amplitud de las disposiciones jurídicas y el poder discrecional del juez, les evitan, en general, ulteriores complicaciones, pudiendo perfectamente evadir los circuitos judiciales en cuanto autores de una infracción penal. Para estos adolescentes, la impunidad resulta la cara opuesta y complementaria de la arbitrariedad.

Para los segundos, los "menores", esa suerte de producto residual de la categoría infancia, toda ley basada en la doctrina de la situación irregular, posee la capacidad potencial (y real) de decidir concretamente cada uno de los movimientos de su vida cotidiana. Desde su entrada coactiva en los circuitos de la asistencia social, hasta la facilidad en las declaraciones judiciales del estado de abandono, antesala de un corte decisivo e irrevocable de destrucción de la propia identidad.

Por estos motivos, cada uno de los mundos objetivamente vinculados a la materia de la infancia, han comenzado a percibir claramente, la inutilidad o ilegalidad, de una parte considerable de los esfuerzos realizados, en el contexto de leyes que criminalizan la pobreza, a la par que despojan de las más elementales garantías el tratamiento de los conflictos jurídicos de los sectores más vulnerables de la sociedad.

El consenso negativo en relación con estas leyes, se ha profundizado y ha crecido en los últimos tiempos, resultando imposible ignorar el clamor difuso por un vasto proceso de reformas legislativas.

Me parece posible, reconducir la intensidad actual de las demandas reformistas, a la existencia de un nuevo y radical paradigma de percepción de los derechos de la infancia (hago hincapié en el tema de la intensidad, ya que demandas por reformas a estas leyes, han existido siempre). Me refiero, obviamente, a la "Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989. Esta ley internacional, producto de una discusión tan amplia como su consenso, constituye, como ya fue dicho, una verdadera división de aguas en la historia de la condición jurídica de la infancia. De hecho, la Convención resulta el primer instrumento jurídico efectivamente garantista en la historia de las legislaciones de menores en América Latina. Más aún, el contenido, alcance y espíritu de la Convención, ha provocado una reflexión crítica en cada uno de los mundos que conforman el tema de la infancia, reflexión en la cual, la necesidad de articulación ocupa un lugar de destacada importancia. En este sentido, vale la pena detenerse aunque sea brevemente, en el tema de la necesidad de los cambios sustanciales que la Convención sugiere a cada uno de los actores envueltos en el asunto:

- a. El mundo jurídico. En este campo, su mensaje es de una claridad poco común, ya que la Convención introduce explícitamente la obligatoriedad del respeto a todos los principios jurídicos básicos, totalmente ausentes en las legislaciones minoristas latinoamericanas basadas en la doctrina de la situación irregular. Del menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos, es la expresión que mejor sintetiza la profundidad del nuevo paradigma.
- b. Las políticas gubernamentales. La percepción no eufemística del propio niño como sujeto de derechos y la libertad de expresar libremente sus opiniones (artículos 12 y 13 de la Convención), obligan a un replanteamiento profundo del estrecho concepto de políticas gubernamentales (las que, por otra parte, poseen el más absoluto derecho (y obligación) de expandirse y profundizarse). Este derecho, sumado al respeto al interés superior del niño (art. 3 de la Convención), obligan a las autoridades gubernamentales a repensar el concepto de políticas públicas, entendiendo estas últimas como una verdadera articulación de esfuerzos entre el Estado y la sociedad civil. Institucionalizar la participación de la comunidad constituye la mejor síntesis de este imperativo.
- c. Los organismos no gubernamentales. El carácter jurídico heterodoxo de la Convención Internacional pone en evidencia, tanto que la condición material de la infancia resulta directamente dependiente de su condición jurídica, como el hecho que la ley es demasiado importante como para que no sea preocupación y tarea del conjunto de la sociedad. Durante mucho tiempo, para aquellos que trabajan en relación directa con la infancia, constituyó un motivo de orgullo no ser convocados a los procesos y proyectos de reformulación jurídica. La Convención sugiere una inversión radical de tendencia en este aspecto.

La Convención Internacional aparece hoy, como el dispositivo central de una nueva doctrina: la doctrina de la Protección Integral. Este nuevo paradigma, posibilita repensar profundamente el sentido de las legislaciones para la infancia, convirtiéndolas en instrumentos eficaces de defensa y promoción de los derechos humanos específicos de todos los niños y adolescentes. La ruptura con la vieja doctrina es evidente. En el punto que sigue me propongo, en forma sucinta, indicar algunas características esenciales del nuevo paradigma.

7. RASGOS CENTRALES DE LAS NUEVAS LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS BASADAS EN LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

- a. Sin ignorar la existencia de profundas diferencias sociales, las nuevas leyes se proponen como un instrumento para el conjunto de la categoría infancia y no solo para aquellos en circunstancias particularmente difíciles.
- b. Se jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica. En las legislaciones más avanzadas de este tipo, no solo se prevé la presencia obligatoria de abogado, sino que además se otorga una función importantísima de control y contrapeso al Ministerio Público.
- c. Se desvinculan las situaciones de mayor riesgo, de patologías de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas. No es más el niño o el adolescente que se encuentra en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción u omisión.
- d. Se asegura jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley. En el tratamiento de casos de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia.
- e. Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión —debidamente comprobada— de delitos o contravenciones.
- f. Consideración de la infancia como sujeto pleno de derechos.
- g. Incorporación explícita de los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos del Derecho contenidos en la Convención Internacional.
- h. Tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociéndose explícitamente que la "internación" o la "ubicación institucional" (solo para dar dos ejemplos) según consta en las Reglas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad, constituye una verdadera y formal privación de libertad.

8. UN CAMBIO FUNDAMENTAL DE PARADIGMA: LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Con el término "Doctrina de la Protección Integral" se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos, de carácter internacional, que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. Reconociendo como antecedente directo la "Declaración Universal sobre los Derechos del Niño", esta doctrina condensa la existencia de cuatro instrumentos básicos:

- a. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
- b. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing).

- c. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad.
- d. Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad).

No hay duda, que a pesar de no ser el primero en términos cronológicos, la Convención constituye el instrumento más importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de esta normativa. Pero no son solo razones de carácter estrictamente jurídico las que explican la importancia de la Convención. Además, ha sido precisamente este instrumento el que ha tenido el mérito de llamar la atención, tanto de los movimientos sociales, como del sector más avanzado de las políticas públicas, acerca de la importancia de la dimensión jurídica en el proceso de lucha por mejorar las condiciones de vida de la infancia.

La Convención constituye, sin lugar a dudas, un cambio fundamental, determinando una percepción radicalmente nueva de la condición de la infancia.

8.1. La Convención y las legislaciones nacionales

La vigencia de la Convención ha comenzado a alterar sensiblemente el panorama legislativo latinoamericano, dando origen a las llamadas leyes de segunda generación, por estar claramente inspiradas en la doctrina de la protección integral. Conviene recordar, sin embargo, que en la mayor parte de los países latinoamericanos el proceso de reformas no ha dado inicio, a pesar de haberse ratificado y promulgado como ley nacional el texto de la Convención.

El movimiento de reformas legislativas posconvención, ha dado lugar a un proceso rico, heterogéneo y, muchas veces, altamente contradictorio. Esto, porque la Convención no solo representa un desafío en términos de contenidos de la ley, sino que además sugiere formas nuevas de producción legislativa.

Tradicionalmente, también las leyes de menores constituyen en América Latina el resultado de la labor "técnica" de pequeñas comisiones de expertos, sin ningún tipo de debate e interrelación real con aquellos sectores gubernamentales o no gubernamentales vinculados a su aplicación.

Días después de la aprobación de la Convención, Colombia aprobó, por decreto 2737 del 27.11.89, un nuevo Código del Menor. A pesar de ser posterior a la Convención y de haberse declarado en su momento a la misma como fuente de inspiración, esta ley repropone en su contenido y forma de producción, todos los vicios inherentes a las viejas legislaciones de menores. Puestos al descubierto sus eufemismos modernizantes, esta ley representa una mera adecuación formal a los principios de la Convención. Más aún, presenta una versión más elaborada y refinada de la anticuada doctrina de la situación irregular.

Algunos meses después, el Congreso Nacional aprueba en Brasil el "Estatuto del Niño y el Adolescente", Ley Federal 8069 del 13.07.90. Esta ley, representa tanto en su forma de producción, como en su contenido, una verdadera ruptura con la tradición anterior, así como un caso de aplicación rigurosa del nuevo paradigma¹⁴. Por primera vez en la historia, los detentores de la técnica jurídica tuvieron una función

14. De la abundante literatura existente sobre el Estatuto de Brasil, cfr. por todos en lengua castellana E. Seda (1992) y A.C. Gomes da Costa (1992).

generosamente subordinada en la construcción de una ley, traduciendo en normas las mejores experiencias gubernamentales y no gubernamentales del período anterior. La difusión del Estatuto de Brasil, ejerció una influencia aun no suficientemente analizada sobre otros países latinoamericanos. De este modo y con una buena dosis de participación popular, Ecuador aprobó un nuevo Código (persistiendo en el uso del término "menor") de Menores el 16.07.92. Esta ley constituye, sin dudas, un enorme paso positivo en la lucha por los derechos de la infancia en nuestra región. A fines de 1992, otros dos países aprobaron nuevas leyes para la infancia. El 18 de diciembre de 1992, el legislativo boliviano aprobó la Ley 1403, que dispone la creación de un Código del Menor. Esta ley, que significa sin duda un enorme avance —considérese que Bolivia representaba el país legislativamente más atrasado de la región, careciendo incluso de jueces de menores—, posee serias deficiencias en materia de técnica jurídica, que podrían inviabilizar su propia aplicación si no fueren oportunamente resueltas. En proceso similar, aunque desgraciadamente con el vicio original de ser aprobada por decreto del ejecutivo, Perú promulgó, a fines de 1992, un nuevo Código del Niño y el Adolescente. Esta ley, a pesar de su carácter intrínsecamente positivo, presenta también algunas deficiencias de técnica jurídica.

Los casos de Bolivia y Perú, confirman la necesidad de un proceso mucho más mediato para la aprobación de una ley, involucrando en su producción a todos aquellos que desde el gobierno o la sociedad tendrán directa o indirectamente responsabilidades en su aplicación.

Más allá de las diferencias señaladas, todas las leyes aquí mencionadas poseen en común la pretensión de constituir instrumentos omnicomprendidos de los problemas de la infancia. Esto incluye, su carácter de ordenador del conjunto de políticas y servicios, no restringiéndose a aspectos parciales del asunto. Sin embargo, comienza a surgir un nuevo tipo de ley más específica, como es el caso del anteproyecto salvadoreño de ley que regula, exclusivamente, el tratamiento de los infractores de la ley penal.

Aunque es de lamentar que dicho anteproyecto persista en la utilización del término "menor", debe reconocerse que se trata de un texto jurídico, que responde, en buena medida, a las exigencias de forma y contenido que se derivan del nuevo paradigma. Más aún, en términos de técnica procesal, trátase de un documento cuidadosamente elaborado, protector eficaz de las libertades individuales y de los más exigentes parámetros de un verdadero garantismo.

9. CONCLUSIÓN PROVISORIA

El proceso de reformas legislativas desencadenado por la Convención Internacional, es y debería permanecer, como un proceso altamente dinámico. No existen y no deberían existir, modelos rígidos de adecuación. Doctrinas y paradigmas deben interpretarse a la luz de las condiciones reales, pero mucho más de las condiciones deseadas para nuestra infancia latinoamericana. Toda diversidad sea bienvenida en el contexto del respeto riguroso de los derechos humanos específicos de la infancia, hoy universalmente reconocidos.

Bibliografía

- Actas, "Tribunaux pour Enfants, ler Congrès International"*, edición a cargo de M. Kleine, Imprimerie Typographique A. Davy, París, 1912.
- BISIG ELINOR-LAJE MARÍA INÉS , *"Abandono de menores, un enfoque jurídico-sociológico"*, Marcos Lerner Editor, Córdoba, 1989.
- BOBBIO NORBERTO, *"L'eta dei diritti"*, Einaudi, Turín, 1990.
- CILLERO BRUÑOL M., *"Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile"*, SENAME-IIN-FLACSO, Multigrafiado, Santiago de Chile, 1993.
- FORADORI AMÉRICO, *"El psicólogo en las cárceles y las colonias para menores delincuentes"*, en: "Archivos de Criminología, Neuropsiquiátrica y Disciplinas Conexas", II, 4, oct.-dic., pp. 340-359, 1938.
- GARCÍA MÉNDEZ E. - CARRANZA E., *"Infancia, adolescencia y control social en América Latina"*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990.
- GARCÍA MÉNDEZ EMILIO, *"Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América Latina"*, en: "Ser niño en América Latina. De las necesidades a los derechos", Emilio García Méndez - María del Carmen Bianchi (compiladores, Editorial Galerna), Buenos Aires, 1991.
- GARCÍA MÉNDEZ E., *"Elementos para una historia del control socio-penal de la infancia en América Latina"*, en: "El sistema penal argentino", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- GOMES DA COSTA A. C., *"Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano adolescente"*, en: "Del Revés al Derecho", edición a cargo de E. García Méndez y E. Carranza, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *"Sistemas penales y derechos humanos en América Latina"*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.
- RIZZINI I., *"Assistencia á Infancia no Brasil, Uma Análise de sua Construção"*, Ed. Universitaria Santa Úrsula, Río de Janeiro, Brasil, 1993.
- SANDERS W., *"Juvenile offenders for thousand years"*, The University of North Carolina Press, 1970.
- SEDA E., *"Evolución del Derecho Brasileño del Niño y el Adolescente"*, en: "Del Revés al Derecho", edición a cargo de E. García Méndez y E. Carranza, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992.

* * *

DE MENORES A CIUDADANOS: POLÍTICA SOCIAL PARA LA INFANCIA BAJO LA DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL*

Emilio García Méndez

Introducción

De "Menores a Ciudadanos" constituye una de las mejores descripciones de lo que ha acontecido a la perspectiva legal y social de la infancia, a raíz de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Justamente, en años recientes se ha constatado un énfasis significativo en lo que se refiere al cambio fundamental cualitativo en la percepción de la niñez implícita en la Convención Internacional. En este sentido, estoy convencido que no existe adjetivo suficiente para reflejar el potencial revolucionario del acuerdo internacional de derechos humanos, que ha generado mayor consenso político-legal y, sobretodo social, que cualquier otro en la historia de la humanidad.

Si la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959 puede considerarse como el mínimo ético con respecto a la infancia, la Convención Internacional —adoptada tan solo 30 años después— constituye un máximo legal. Transformada en derecho positivo a nivel nacional e internacional, destaca la enorme disparidad entre la nueva situación legal de los niños y la constante dificultad que existe en cuanto a su condición esencial.

Como sucede en otras áreas de la actividad humana, la percepción internacional se anticipa y sobrepasa en forma considerable, el reconocimiento nacional de los problemas y las soluciones. Uno de los mejores ejemplos de esto lo constituye la percepción no eufemística de los niños como sujetos de derechos, cuyas consecuencias aun no han sido determinadas. Con el fin de transformar en acción específica la nueva cultura para los niños se requiere, en gran medida, de dos condiciones indispensables: a) la capacidad de reproducir esta nueva cultura de una manera coherente y amplia, esto es, la facultad de transformar la nueva visión en políticas desarrolladas para y por los niños y b) el ámbito al que estén dispuestos los encargados de esas políticas (gubernamental y no gubernamental) de contrarrestar el maniqueísmo recurrente, así como la naturaleza social restrictiva de sus demandas inmediatas. En resumen, esto implica la capacidad de vincular los problemas de los niños a los problemas fundamentales de la democracia.

Desde este punto de vista, la Convención Internacional constituye una causa y una derivación de cierta decadencia que existe en la idea tradicional de la política social. Me refiero a la tensión constante que se da entre la visión tecnocrática, que ve la política como un dominio exclusivo de los expertos o de los especialistas y la visión democrática que la considera una preocupación de todos¹.

* En: *Revista Espacios*, San José, N° 10, 1997.

1 En este punto, cfr. A. Baratta, "La niñez como arqueología del futuro", en: "El Derecho y los chicos", María del Carmen Bianchi, compiladora, Editorial Espacio, Buenos Aires, 1995.

Sin embargo, no traté de hacer un análisis exhaustivo de política y políticas en términos generales, ya que considero más importante fomentar un debate más amplio desde un punto de vista y perspectiva específicos, que también se refieren a la decadencia de las ideas tradicionales acerca de la participación en la ejecución de políticas sociales, principalmente las políticas para los niños de la región.

El objetivo consiste en estimular el debate actual sobre política social desde un ángulo específico, que por lo general no se tiene en cuenta. Me refiero a la perspectiva que pretende una "unión" entre la dimensión político-social per se y la dimensión legal de la política social. Por tanto, creo conveniente presentar, en este momento, un resumen breve y esquemático acerca de la evolución de las políticas sociales para la infancia en América Latina.

1. Política social en América Latina. Orígenes

En América Latina las políticas sociales para la infancia, en su versión moderna, son relativamente nuevas. En general y con respecto a los modelos existentes para toda la región, el Estado compartió responsabilidad con la iglesia (predominantemente católica) para diseñar y llevar a cabo actividades relacionadas con niños (particularmente con los más pobres) hasta las décadas de 1920 y 1930. De hecho, todos los programas y políticas para los pequeños originaron la interrogante de qué hacer con los niños pobres. Obviamente, el alcance que tiene esta pregunta es evidente, dependiendo del tipo de políticas. En cuanto a las políticas llamadas universales (salud y educación), la participación del Estado es más fuerte y con antelación, tanto así que las medidas de este tipo se vinculan con la formación de la nación-Estado. Sin embargo, en el caso de las políticas de bienestar público o compensatorias, la iglesia ejerció un liderazgo incuestionable hasta la década de 1950. Si la inserción subordinada, aunque privilegiada, de América Latina dentro del mercado mundial, posterior a la crisis en la década de 1930, abrió camino hacia las políticas sociales universales, no fue sino hasta la década de 1950, bajo la influencia del populismo distribucionista, que el Estado empezó a intervenir más fuertemente en el área de las políticas de bienestar público.

2. El período autoritario

Se aplicó con el nombre genérico de política pública, una política exclusivamente gubernamental. En este sentido, la participación de la sociedad se desarrollaba, casi siempre, a través de un enfoque caritativo. En el área de los asuntos de la infancia, las organizaciones no gubernamentales, en el sentido moderno de la palabra, ni siquiera existían remotamente hasta la década de 1970. Las ONG nacieron durante la era autoritaria de esa década, período cuando la mayoría de los países de la región no contaban efectivamente con canales de comunicación entre el gobierno y la sociedad civil. Las ONG emergieron como una forma (tal vez la única en esa época) de respuesta y resistencia viable a las condiciones políticas y sociales más o menos crueles, impuestas por el autoritarismo. Está de más decir, que casi toda ONG establecida en la región estaba asociada a una institución no gubernamental en uno de los países industrializados del mundo. Aun tendrán que analizarse, en forma exhaustiva, las consecuencias específicas de esto. No obstante, en el caso de las ONG que trabajan el tema de la infancia en particular, surgieron dos tendencias obvias. La primera consistió en la vocación de servicio que implicaba la atención directa a los niños particularmente vulnerables que estaban en mayor riesgo y la segunda, en una crítica implícita o explícita del tipo de política social que predominaba.

La respuesta social y política de las ONG fue moldeada, en gran parte, por el autoritarismo (que deliberadamente borra los límites entre el gobierno y el Estado, al punto que los elimina completamente).

En ese momento, este enfoque alternativo pareció ser la respuesta más apropiada y eficaz para las condiciones impuestas por el autoritarismo. En este contexto, es fácil observar por qué las ONG fueron más antigubernamentales que gubernamentales. Al borrar las diferencias entre el gobierno y el Estado se eliminan también las diferencias entre lo antigubernamental y lo antiestatal. El maniqueísmo es un componente fundamental de la base ideológica que legitima estas prácticas. Durante este período, es ciertamente difícil contradecir la idea de que la sociedad representa lo bueno y que el Estado-gobierno representa lo malo.

Antonio Carlos Gomes da Costa traza una descripción clara de este proceso en el Brasil autoritario. Gran parte de su razonamiento puede aplicarse a otros países de la región, excepto por las distancias y las diferencias (particularmente cuantitativas). Es obvio que las políticas sobre la infancia ejecutadas bajo un mando militar en Brasil estaban sujetas a reflejar los aspectos generales del sistema predominante del gobierno, esto es: a) autoritarismo, b) verticalismo, c) hipercentralización, d) burocratismo y e) una preferencia por las respuestas que podían implicar institucionalización (un simple eufemismo para nombrar la privación de libertad). Estas son las características básicas de la política sobre la niñez durante el período autoritario. La otra cara de la moneda estaba conformada por la respuesta alternativa fortalecida por las ONG. Las características que mejor describen el modelo alternativo son: la descentralización democrática, el uso de los recursos de la comunidad y el rechazo de formas tradicionales de institucionalización. Durante este período, se desarrolló una diversidad de trabajo innovador con niños, niñas y adolescentes. No obstante, no fue sino poco después que las ONG más progresistas reconocieron la principal debilidad de este modelo: la dificultad y casi la cierta imposibilidad de reproducir experiencias pequeñas y exitosas a gran escala. Esto representó un dilema para aquéllos que empezaban a percibir que los problemas de sus niños estaban vinculados permanentemente con los del resto de los niños. En términos generales, el fin de la experiencia alternativista en la región coincidió con el agotamiento del modelo autoritario. Otra de las consecuencias se debe a que la democracia —aun en sus versiones más frágiles y dudosas— suprime muchas de las "verdades" maniqueístas del pasado. **El bien y el mal** se estableció en fronteras movibles e imprecisas. **El bien y el mal** comenzó a ser distribuido "democráticamente" entre el gobierno y la sociedad civil.

Con el agotamiento del alternativismo y el retorno a la democracia, surgió un tercer elemento que contribuyó, en forma decisiva, hacia un cambio profundo y hacia la iniciación de un proceso en el cual estamos ahora inmersos. Me refiero a la fuerza social y legal de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que se puso en vigor a finales de 1989.

3. La democracia y la Convención Internacional

A partir de este momento, se puede observar un nuevo vínculo entre la condición esencial y legal del niño, fundamentalmente. Después de más de 70 años de una hegemonía absoluta, legal y cultural, debido a las leyes para menores basadas en la doctrina de "situación irregular," la Convención Internacional incitó la ruptura más importante y radical que se recuerde en este campo específico. Bajo el alternativismo, las leyes y derechos se consideraron patrimonio exclusivo de jueces, abogados y, de una manera más ambigua, de las autoridades gubernamentales. Durante el período autoritario, para la gran mayoría, ésta no fue sino una buena razón. Entre muchos de sus méritos, la Convención Internacional es también el instrumento de carácter legal específico, escrito en un lenguaje comprensivo que incluye los movimientos sociales dedicados a los problemas de la infancia. Como instrumento específico de los derechos humanos de los niños, la Convención transforma las necesidades en derechos y ubica en primer plano el problema de la responsabilidad por los derechos, tanto en el sentido legal como en el político-social. Desde este punto de vista, el modelo legislativo de la Convención Internacional empezó a considerarse como un

medio muy apropiado y potencialmente apto para reproducir, en forma amplia, las mejores microexperiencias alternativas que se desarrollaron a lo largo de las décadas de 1970 y gran parte de la de 1980.

Los procesos actuales, en cuanto a la reforma legislativa en la región y sus consecuencias inmediatas con respecto a la reforma institucional, suprimen cualquier mito y dilema falso relacionado con los sujetos de producción exclusivos y con el uso colectivo de la ley. La naturaleza sin precedentes del involucramiento de las organizaciones de base en sus intentos por la reforma legislativa tendente a adaptar en forma significativa la ley nacional al espíritu del texto de la Convención, contiene lecciones fenomenales que van más allá del campo limitado de la política social de la infancia. Si la legislación infantil, basada en la doctrina de la "situación irregular" —que gobernó entre 1919 y 1990— fue el resultado de pequeñas comisiones semisubrepticias de los llamados expertos, los nuevos procesos de reforma legislativa muestran que es imposible alterar los contenidos de la ley sin transformar los mecanismos de su creación. Paradójicamente, ciertos problemas teóricos, que una vez fueron la causa del interés para la sociología de la ley, hasta cierto punto, se están resolviendo, a la vez que están siendo presentados en forma clara por los grupos involucrados en la lucha por los derechos de la infancia.

4. La nueva legislación para la infancia

La nueva legalidad de los niños se desarrolla, automáticamente, como una legalidad democrática. Esto implica la democracia en procedimientos formales, como también en formas no precedentes de involucramiento y la creación de nuevas instituciones legales motivadas por la participación de las organizaciones de base. Para ilustrar, me gustaría mencionar dos casos que son el resultado de la nueva legislación infantil en Brasil² y que han influido en otros países de la región, como por ejemplo en Guatemala. Ambos casos se relacionan con las instituciones legales y sociales innovadoras creadas bajo la ley brasileña, a saber: a) los Consejos sobre Derechos del Niño (federal, provincial y municipal) y los Consejos Tutelares, que existen solo a nivel municipal. Los Consejos sobre Derechos del Niño son organismos voluntarios que están conformados por una representación del 50% gobierno y 50% de la sociedad civil. Su propósito consiste en diseñar y perfilar una política de la infancia en las diversas áreas de la organización política administrativa del Brasil. Existen actualmente más de 3.000 consejos de este tipo (que están al servicio de las 5.000 municipalidades del país) y cuentan con un promedio de 12 miembros cada uno³, la mitad de quienes representan la sociedad civil. La impresión general es que solo una pequeña porción de estos representantes civiles están asociados con aquellas ONG organizadas y estructuradas en el sentido tradicional de la palabra. En este caso, la nueva legalidad ha ampliado cuantitativa y cualitativamente el concepto de la participación de las organizaciones de base en la política social para la infancia y ha hecho esto de una forma original y absolutamente sin precedentes. Esto es un claro ejemplo de la ley que se transforma en un instrumento adecuado para institucionalizar la base democrática de la política.

Si los Consejos sobre los Derechos del Niño suponen nuevas características y desafíos con respecto a la participación de la sociedad, los Consejos Tutelares hacen lo mismo en el campo de la ley pública.

2 *Me refiero a la Ley sobre los Niños y Adolescentes, la primera ley nacional en América Latina en ser adaptada significativamente a la Convención Internacional. Aprobada en julio de 1990, se puso en vigor en octubre de ese mismo año.*

3 *La ley estipula, únicamente, que la representación en estos consejos debe ser igual. El número de miembros puede variar, de acuerdo con el tamaño de la municipalidad.*

Estos son entes autónomos, no jurisdiccionales, compuestos por ciudadanos que son elegidos por la comunidad para realizar funciones sociales que no involucran conflictos legales (pero que implican un proceso genuino de judicialización). Estos entes públicos, con plenos derechos, asombran a los teóricos del Derecho Administrativo y son solo una pequeña muestra de cómo la nueva legalidad de la infancia ha desbaratado en forma significativa la manera tradicional en que se ha diseñado y aplicado la política social. Sin embargo, se ha reflexionado poco o nada sobre las consecuencias que esto implica.

La nueva legalidad de la niñez enfrenta problemas sin precedentes y su complejidad contradictoria debe ser comprendida completamente, con el fin de poder trazar una estrategia política para sobreponer los problemas actuales en el campo social. En primer lugar, nos referimos a la resistencia cultural, que florece aun en aquellos sectores que se consideran progresistas. La resistencia cultural impide la formación de las relaciones no discrecionales entre el niño y el Estado, o entre el niño y el mundo de los adultos⁴. En segundo lugar, es importante revelar las interrogantes propuestas por la situación contradictoria (esquizofrénica) que resulta de una legalidad que confirma y consolida una nueva forma de ciudadanía para la infancia (cuyos contenidos deben exponerse en detalle) en medio de una crisis económica poco común y caracterizada más por una exclusión social (y política) y una desigualdad distributiva en espiral, que por un decrecimiento efectivo en los recursos generales, en particular los reservados para el gasto social.

5. Niveles de la política de la infancia

Basado en los enunciados de Antonio Carlos Gomes da Costa, desarrollé, hace muchos años, un análisis dual y profundo (estático y dinámico) acerca de la manera en la que se han concebido y aplicado las políticas sociales para la infancia⁵. Luego de cuatro años y a la luz de una nueva evidencia política, estoy aquí con el fin de presentar el mismo análisis para comentario y autocrítica. El énfasis yace en el modo como operan los distintos niveles de la política social sobre la niñez.

Se pueden (y deben) identificar cuatro niveles en este campo. Un análisis profundo de estas políticas demanda un enfoque dual: descriptivo (una visión estática) y crítico (una visión dinámica). (Véase gráfico 1).

6. Visión estática

6.1 Políticas sociales básicas

Se caracterizan por tener una perspectiva universal, esto es, que constituyen un deber del Estado y un derecho de todo habitante. De una u otra forma en casi todos los países de la región, las políticas sociales básicas son de carácter constitucional. Se refieren, con poca diferencia, exclusivamente a los servicios fundamentales en el campo de la salud y la educación.

4 En el tema de la Convención Internacional, como instrumento que redefine en forma radical el tipo de relación que existe entre el niño y el Estado, y el Estado y el niño y los adultos, cfr. M. Cillero, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", Mimeógrafo. Santiago de Chile, 1997.

5 Cfr. "Informe Final Reunión de Puntos Focales, Área Derechos del Niño." Paipa, Colombia, 6-9 de diciembre, 1993. (Documento interno de la Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe).

6.2 Políticas de bienestar público

Su dimensión cuantitativa es mucho menor que la de las políticas sociales básicas. También constituyen un deber del Estado, pero son un derecho solamente de las personas necesitadas (tal es el caso de los programas de emergencia para combatir la pobreza, los servicios especiales para los que padecen discapacidad mental o física, etc.). Las políticas de este tipo no siempre tienen estatus constitucional, exceptuando aquellos países que cuentan con constituciones modernas fundadas en una tendencia social clara.

6.3 Políticas de protección especial

La dimensión cuantitativa es mucho menor que la de las políticas de bienestar público. Están diseñadas con el propósito de manejar situaciones de emergencia relacionadas con aquellos niños, niñas y adolescentes que están en situación de riesgo por causa de abandono, abuso sexual, maltrato, trabajo prematuro, explotación, conflictos armados u otras circunstancias de peligro.

6.4 Políticas sobre derechos civiles

Se refieren particularmente a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en problemas con la ley. Las políticas de esta clase cuentan invariablemente con un apoyo legal constitucional.

7. Visión dinámica

7.1 Políticas sociales básicas

La universalización eficaz de estas políticas alcanzó su auge en la década de 1950, durante la era de populismo distribucionista. En ese período, la salud y la educación para todos se estableció casi exclusivamente como un aprovisionamiento de los servicios del Estado entregados por "los de arriba". Existía poco o ningún impacto de la demanda. En algunos países de la región se creó, gracias a estas políticas, un relativo estado de bienestar pese a las limitaciones y restricciones de estas políticas.

Debido a la creciente crisis fiscal que enfrentó el Estado a finales de la década de 1960, se hicieron evidentes sus efectos negativos en lo que respecta a una reducción del abastecimiento de servicios públicos. Este proceso también se aceleró por la ausencia, casi total, de una demanda organizada.

En la década de 1970, la situación se agravó aún más debido al autoritarismo, lo que resultó en un incremento del número de "menores" (niños con necesidades básicas parcial o totalmente no satisfechas) y en un descenso del número de niños, niñas y adolescentes (jóvenes con necesidades básicas satisfechas). Es así como empezó a formarse la primera línea de resistencia específica en lo que se refiere a la cobertura decadente de las políticas sociales básicas. Sin embargo, esta resistencia era todavía una consecuencia de la lucha política antiautoritaria. La oposición al gobierno automáticamente se convirtió en la oposición al Estado. La demanda se reorganizó en movimientos sociales de un nuevo tipo (ligeramente considerados ONG) que estaban predispuestos a transformar la alternativa para el gobierno en una alternativa para el Estado (salud y educación alternativas originadas con y para los sectores de base). Los servicios de salud comenzaron a privatizarse en una forma ascendente y a desaparecer en forma descendente. La educación (la escuela) fue víctima de la asfixia económica de los de arriba y creció la desconfianza social de los de abajo.

7.2 Políticas de bienestar público

Incluso hasta la década de 1930 estas políticas eran diseñadas y aplicadas casi en su totalidad por la iglesia (la iglesia católica). No existía la remota posibilidad de que fueran estatales sino hasta la década de 1940. Por lo general, los programas de este tipo contienen un enfoque fragmentario y una influencia política. La ayuda social es vista más como un apoyo que como un derecho.

7.3 Políticas de protección especial

Asimismo, para este tipo de políticas es difícil avanzar más allá de la fase del programa. Por un largo período, su cobertura —extremadamente limitada considerando la magnitud de los problemas a mano— fue legitimada por su naturaleza experimental. La desconfianza de lo gubernamental-estatal generada durante el período autoritario quedó virtualmente intacta durante el difícil y complejo retorno de la democracia. La cultura antiestatal también penetraba en las operaciones de los proyectos y programas del país que no habían sido afectados directamente por el autoritarismo. Esto también demuestra la hegemonía cultural del alternativismo, que solo se empezó a cuestionar inmediatamente después de la **legalidad y los aspectos** generados por la Convención Internacional.

La acción, en este campo particular, se vio influenciada por una clara tendencia alternativista que impidió el éxito y aun el diseño de estrategias para la articulación con el sector estatal; estrategias que parecieron ser la mejor y más eficiente manera de resolver las disparidades cuantitativas entre la verdadera dimensión y el potencial real para responder bajo la perspectiva alternativista.

Posterior al apaciguamiento de la euforia motivada por la caída de los gobiernos autoritarios, muchos de los programas para los niños en riesgo afrontaron el problema de una cobertura limitada. Básicamente, esto se resolvió de dos formas: ignorando el tema de la cobertura como una dificultad principal. Por consecuencia, éstas se convirtieron en iniciativas "pilotas" indefinidamente por naturaleza. Esta perspectiva obviamente coincide con los pasos utilizados para limitar la función del Estado en el campo social y transformó muchos proyectos alternativos en algo más que mano de obra barata de los programas de pobreza para contribuir con los marginados. Al conocer el salto cualitativo demandado por las dimensiones cuantitativas de los problemas del momento, se iniciaron otras ONG en un proceso lento, complejo y difícil de articulación crítica con el sector estatal. El desafío consistía y consiste, en proponer estrategias que se pudieran utilizar junto con experiencias exitosas desarrolladas en una etapa previa.

7.4 Políticas sobre derechos civiles

Aunque estas son de carácter constitucional en casi todos los países (ya que, todos los países cuentan con un precepto constitucional que estipula, de diferentes maneras, que "ningún ciudadano del país debería ser detenido a no ser que se encuentre en flagrante delito o, a través de una notificación por escrito por parte de una autoridad competente") los derechos derivados de los principios generales de la ley (vía de derecho, igualdad ante los ojos de la ley, etc.) nunca se han aplicado a los niños menores de 18 años aunque sea nominalmente. La legislación para los "menores" basada invariablemente en la doctrina de "situación irregular", se encarga de mantener en forma explícita la contradicción de los derechos constitucionales. Como resultado, el sistema policial se convierte en un medio de admisión y de apoyo coactivo hacia las políticas de bienestar público. De hecho, la justicia juvenil ha diseñado normalmente (y ejecutado en la medida de lo posible) una política para los niños pobres en América Latina que son llamados en forma eufemística "menores en situación irregular".

Las maneras frecuentes, sistemáticas y legales en que la pobreza es criminalizada (institucionalización, declaraciones de abandono) son el resultado objetivo de las leyes tendentes a "proteger a los menores" bajo la legislación que, supuestamente, salvaguarda su bienestar, pero que constituye solo un poco más que una serie de medidas débiles para controlar los sectores considerados socialmente peligrosos.

GRÁFICO 1
POLÍTICAS DE LA INFANCIA

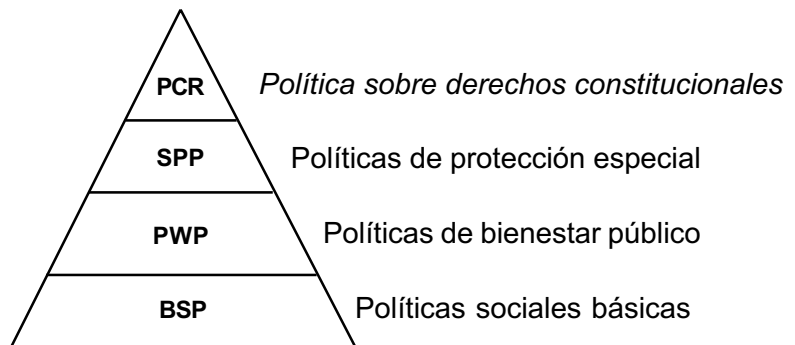
VISIÓN ESTÁTICA

* línea de puntos



VISIÓN DINÁMICA

** línea de puntos



Visión estática

* *La línea de puntos indica la persistencia de las leyes basadas en la doctrina de "situación irregular", que tiende a discriminar entre las infracciones de la ley criminal y los problemas de una naturaleza puramente social.*

Punto de vista dinámico

** *En este caso, la línea continua indica la distinción categórica entre las situaciones que implican conflicto de naturaleza legal y aquellas que no lo implican.*

8. ¿Dónde nos encontramos ahora y hacia dónde vamos? Una hipótesis

Cuatro años después de estas declaraciones existen serios señalamientos que verifican estas tendencias, en particular el descenso cualitativo y cuantitativo en las políticas sociales básicas y el creciente volumen e influencia de las políticas de bienestar público. Las causas son sin embargo sencillas, es decir, consisten en una simple reducción en el volumen total del gasto social. No obstante, creo que las razones son mucho más complejas y tienen que ver más con motivos "políticos" que con motivos meramente económicos.

Estoy completamente consciente de los obstáculos para demostrar esta hipótesis. El primero y más importante tiene que ver con la dificultad, si no imposibilidad, de determinar la verdadera dimensión cuantitativa del gasto social. En el contexto político que genera y permite esta situación, el hecho que un niño de edad escolar cruce un puente es con frecuencia una razón suficiente para acreditarle automáticamente su costo en el gasto social en educación. Estas son dificultades técnicas estrictamente; sin embargo, a su alrededor se ingenian todo tipo de maniobras políticas "eficaces". Como lo expresa en forma muy apropiada un artículo reciente, los ciclos electorales son fundamentales para comprender el significado y desarrollo de la política social⁶.

Sin ignorar la naturaleza de caja negra del total del gasto social, lo que vemos es una reorganización significativa (particularmente con respecto al tipo de gasto social). Desde este punto de vista, la crisis actual (en política social) podría transformarse en un conflicto entre la asistencia dirigida y la naturaleza universal de las políticas sociales básicas. También se trata de un conflicto entre la discreción y la autodeterminación. Si la discreción es clave para comprender este conflicto, entonces lo siguiente es cierto. El criterio básico para una distinción en la tendencia entre la política universal y la política de bienestar consiste en el grado de mediación del aparato político del gobierno o la parte (y no necesariamente el Estado) encargados de implementar en forma eficiente un servicio o beneficio en particular. Paradójicamente, la creciente crisis en cuanto a la legitimidad de acción política es apoyada por este "nuevo" tipo de política social, que encuentra en la tradición del caudillismo y la influencia política un criadero ideal.

Desde esta perspectiva, que alimenta la maquinaria política a través de la política social, la desarticulación del derecho objetivo, junto con el desarrollo casi automático de las políticas universales y su transferencia a la discreción burocrática (otro nombre para la influencia política en un Estado que no es capaz de constituirse a sí mismo como tal) se torna indispensable con el fin de garantizar o conservar el poder político. La razón fundamental de la discreción coincide de frente con la razón fundamental de los derechos, que constituye la razón fundamental de la autodeterminación. No obstante, si la crisis se define en términos de exclusión, sobrellevarla implicará justamente lo opuesto, por lo menos en cierto modo; esto es, el derecho a la integración social comprendida como la capacidad no mediata para el acceso a los servicios, lo cual es indiscutible según el esquema del reciente (y excelente) estudio basado en un análisis talentoso y profundo acerca de la extensión y el grado de articulación entre la democracia y la política social. Este estudio confirma que los derechos sociales no pueden ser entendidos ya como simples "derechos a algo", las "atribuciones" o derechos pasivos a la compensación. Debemos ir más allá de esto o si no contentarnos con una amplia gama de asistencia y no con la participación social para todos. La lucha contra la exclusión nos invita a explicar el tercer tipo de derechos: los de integración. El más importante es el derecho a la inserción⁷.

6 Cfr. E. Bustelo y A. Minujin, *"La política social esquiua," Mimeógrafo. Buenos Aires, 1997.*

7 Cfr. J. P. Ftoussi y R. Rosanvallon, *"La nueva era de las desigualdades", Editorial Manantial, Buenos Aires, 1997, p. 219.*

En mi opinión, el telón de fondo de esta crisis no es nuevo. Dos siglos de tensión no resuelta —que se originó con la Revolución Francesa— entre los derechos del hombre y aquellos de los ciudadanos⁸, probablemente contiene la clave para dirigirnos hacia adelante, no hacia algo superior a la democracia pero hacia una mejor democracia.

Habiendo agotado su papel revolucionario contra el viejo orden feudal, el concepto de ciudadanía fue remodelado como un medio político-legal apto para legitimar la exclusión de la mayoría de "hombres" (esto es, mujeres, niños, personas que no poseen propiedad, extranjeros). Por lo tanto, la estructura social en la cual todos los ciudadanos son "hombres" pero obviamente no todos los "hombres" son ciudadanos, se convierte en un derecho "natural". La ciudadanía es una condición necesaria para el ejercicio eficaz del derecho (no solo político) al cual todos "los hombres" están potencialmente autorizados. Esta tendencia también nos conduce hacia el conflicto entre la discreción y la autodeterminación. La Convención Internacional, como un instrumento específico de los derechos humanos de los individuos, en donde la única distinción que hace consiste en tener menos de 18 años de edad, podría provocar una solución positiva a la crisis y a las tensiones mencionadas anteriormente.

Si logramos transformar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en un instrumento para cerrar la brecha entre los derechos del "hombre" y aquellos de los ciudadanos, estaremos confirmando nuestro deseo de tomar todos los derechos seriamente y verificando la fuerza y eficacia del instrumento que ha sido más ratificado legalmente, más aceptado socialmente y más diseminado entre todos los derechos humanos en la historia de la humanidad.

⁸ *En términos de esta distinción, y la posibilidad de utilizar el concepto (e instrumentos) de derechos humanos para cerrar la brecha entre los derechos del hombre y aquellos de los ciudadanos, he seguido fervientemente y rigurosamente un excelente artículo por L. Ferrajoli.*

TEMA 2

***Derechos fundamentales de la niñez
y la adolescencia y justicia constitucional***

INFANCIA Y DEMOCRACIA*

Alessandro Baratta

1. DEMOCRACIA Y POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

El contexto democrático de las políticas públicas de protección de los derechos de los niños adquiere un sentido y una relevancia diferente, por un lado, si los niños son o no son considerados parte integrante en las relaciones de democracia y, por el otro, según como sean entendidas las relaciones entre los niños y los adultos.

El concepto de democracia puede ser articulado en una doble dimensión. Desde el punto de vista de las relaciones entre sujetos podemos distinguir una dimensión social y una dimensión institucional de la democracia¹, según se consideren las instituciones de la sociedad civil (familia, escuela, asociaciones) o las instituciones del Estado o del orden jurídico internacional (Estado o entidades territoriales públicas e instituciones de la comunidad internacional). Desde el punto de vista de la extensión territorial podemos distinguir un nivel local, un nivel central (nacional) y un nivel global (internacional) de la democracia.

Tomando en consideración estas dos diferentes articulaciones podemos llegar a seis diferentes dimensiones de la democracia y seis correspondientes aspectos de las relaciones funcionales entre el contexto democrático y las políticas públicas. Antes de examinar estas dimensiones y estos aspectos, es oportuno hacer algunas consideraciones generales con respecto a la implementación de las políticas públicas de protección de los derechos de los niños en relación con la acción positiva del Estado (derechos de prestación).

Una interpretación sistemática del artículo 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 exige —según mi opinión— que se supere el límite sugerido por el tenor literario del primer párrafo "en todas las medidas concernientes a los niños", asumiendo que normalmente todas las medidas "tomadas por instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos" tienen directa o indirectamente relevancia para los niños. De esta manera, el criterio del "interés superior del niño"² se convierte en el principio de la relevancia universal del interés del niño, lo cual implica la transversalidad de las políticas públicas y de las medidas internacionales dirigidas a la protección de los derechos de los niños. Esto quiere decir que la protección de estos derechos no es, necesariamente, solo la tarea de instituciones particulares con una competencia específica, sino de una estrategia general que potencialmente interesa a cualquier institución pública o privada y a cualquier

* En: García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comp.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá / Buenos Aires, Temis-Depalma, 1998.

1 NORBERTO BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1991, pág. 50.

2 PHILIP ALSTON, *The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights*, 1994, en PHILIP ALSTON, *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*, Unicef, Oxford, Clarendon Press, 1994, págs. 13-23; JOHN EEKELAAR, *The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism*, en PHILIP ALSTON, *The best interests...*, op. cit., págs. 42-61; ABDULLAHI AN-NA'IM, *Cultural transformation and normative consensus on the best interests of the child*, en PHILIP ALSTON, *The best interests...*, op. cit., págs. 76-80; GABRIELE DORSCH, *Die Konvention der vereinten Nationen über die Rechte des Kindes*, Berlin, Duncker und Humblot, 1994, págs. 103-108; PAOLA RONFANI, *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, *Sociologia del diritto* 1, 1997, págs. 27-45.

órgano del Estado o de sus entidades territoriales y de la comunidad internacional. Este principio exige la coordinación y la sinergia de todos los actores potencialmente competentes.

La diferencia entre lo público y lo privado no coincide necesariamente con la que existe entre sujetos públicos y privados. Las actividades de sujetos privados pueden cumplir o contribuir a cumplir funciones públicas. La participación de la sociedad civil en las políticas sociales es un momento esencial en el desarrollo de la democracia participativa y puede jugar un papel trascendente en las políticas de protección de los derechos de la infancia.

Consideradas en todo su repertorio, las políticas públicas de protección de los niños, en el marco de la Convención, se distribuyen en cuatro niveles. Estos se presentan —como lo ha mostrado GARCÍA MÉNDEZ³— en la forma de una pirámide cuya área disminuye cuanto más nos desplazamos desde la base hacia la cúspide. La sección más ancha está representada por las políticas sociales básicas (escuela, salud). En el segundo nivel encontramos las políticas de ayuda social (medidas de protección en sentido estricto); más arriba las políticas correccionales (medidas socioeducativas de respuesta a la delincuencia juvenil) y finalmente las políticas institucionales que se refieren a la organización administrativa y judicial, es decir, a los derechos procesales fundamentales de los niños.

El principio central de la estrategia, dirigida a implementar una protección integral de los derechos de la infancia, es el de restablecer la primacía de las políticas sociales básicas, respetando la proporción entre estas y las otras políticas públicas previstas en la Convención. Esto significa, en primer lugar, que las políticas sociales básicas tienen una función primaria y general y que con respecto a estas, todas las otras políticas deben ser subsidiarias y residuales; en segundo lugar, que la concepción dinámica del principio de igualdad impone a los Estados—parte de la Convención y a la comunidad internacional, respectivamente, el respeto de un estándar mínimo de las normas del Estado social y de una regulación del desarrollo económico que respete los criterios del desarrollo humano y no sea contrario a ellos⁴.

Las normas de la Convención ofrecen ejemplos elocuentes de una concepción dinámica de la igualdad⁵ en relación con las reglas del Estado de bienestar y de la solidaridad internacional⁶ (que apunta a una clase diferente de globalización de la que conocemos hoy)⁷.

3 EMILIO GARCÍA MÉNDEZ, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis, 1997, págs. 241 y ss.

4 Este concepto es utilizado por las Naciones Unidas. Las tres dimensiones más importantes del desarrollo humano son: llevar una vida larga y saludable, adquirir conocimientos y tener acceso a los recursos necesarios para un estándar de vida digno. En su informe anual los investigadores del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo describen el desarrollo de algunos indicadores que permiten cuantificar el grado de desarrollo humano en un nivel planetario. En relación con la definición de desarrollo humano, ver UNDP Human Development Report 1990, New York, 1991, págs. 9-16, especialmente en la página 10; sobre el derecho al desarrollo, ver ERHARD DENNINGER, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, Nomos, 1990, pág. 221.

5 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículo 2.

6 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 4, 18, párrafos 2º y 3º, 20, 22 al 28, 31, 32, 38, párrafo 4º y 39. Con referencia particular al principio de igualdad ver artículos 23, párrafo 3º, 28 y 31, párrafo 2º.

7 La perspectiva de una interacción global "desde arriba" a través de la iniciativa de estados subordinados, regiones y clases sociales y grupos ha sido recientemente descrita como "cosmo-politismo" en un impresionante texto de De Sousa Santos, quien comprende este cosmopolitismo como la mayor promesa para un desarrollo democrático a nivel internacional, ver BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Toward a multicultural conception of human rights*, en "Sociologia del Diritto" 1, 1997, págs. 27 a 45. Ver también nuestra discusión acerca de la solidaridad internacional y las alianzas políticas desde una perspectiva cosmopolita en relación con la fundación de un "Estado mestizo" en ALESSANDRO BARATTA, *Der Mischlings-Staat und die plurale Burgerschaft. Überlegungen zu einer weltlichen Theorie der Allianz*, en JOHN MILIOS, (ed.), *Social policy and social dialogue in the perspective of the Economic and Monetary Union and of the Europe of Citizens*, Atenas, European Cultural Center of Delphi/Kritiki, 1996, págs. 403 a 424; y también en ALESSANDRO BARATTA y CHRISTINA GIANNIOLIS, *Vom Europarecht zum Europa der Rechte*, en "Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", 3, 1996, págs. 237-240 y 253-266.

El catálogo de los derechos fundamentales del niño, contenido en la Convención, obliga a los Estados parte a proteger estos derechos y es quizás el más amplio que se encuentra en vigencia hasta ahora, debido a la manera detallada y específica como está formulado. La cláusula de reserva introducida por el artículo 41 permite considerar a este catálogo como una versión ampliada y corregida de conformidad con el interés superior del niño. Esta cláusula permite que prevalezcan todas las normas nacionales o internacionales —anteriores o posteriores a la Convención— aplicables en un Estado parte que sean más favorables al niño⁸. La cláusula se aplica, por supuesto, a cada documento del Derecho Internacional o nacional en el cual están definidos y protegidos los derechos humanos fundamentales, independientemente de la edad de las personas que gozan de estos derechos. De esta manera, la Convención hace explícita la relevancia de todo el sistema de los derechos humanos fundamentales para los niños, acabando con toda posible duda sobre este aspecto fundamental.

La extensión del catálogo de los derechos de prestación por parte del Estado en la Convención, no es solamente debida a la amplitud y especificidad sino también al hecho de que una parte de los derechos civiles y de libertad de que los niños gozan en el sistema de la Convención no están contemplados solamente de manera negativa, es decir, como derechos de protección⁹ sino que se añaden derechos complementarios de prestación por parte del Estado¹⁰.

La protección de los derechos del niño, en relación con violaciones por parte de terceros, se encuentra fortalecida a través de una serie de normas específicas que dan forma a un grupo particular de derechos a la protección proactiva o reactiva por parte del Estado respecto de estas violaciones¹¹.

Si le añadimos a los grupos de derechos considerados hasta ahora, todos los derechos de prestación por parte del Estado establecidos en la Convención¹², las normas que prevén lo relativo al conflicto con la ley penal¹³, así como el volumen de las políticas públicas que el Estado tiene que desarrollar, entonces el tema de los recursos humanos y financieros se convierte en un asunto crucial para las políticas públicas de protección de la niñez.

Esas observaciones ilustran las razones por las cuales el contexto democrático tiene que ser considerado como la premisa básica en el momento de definir estrategias adecuadas de implementación de los derechos de los niños establecidos en la Convención. Quiero indicar estas razones utilizando como referencia las seis dimensiones del concepto de democracia, indicadas precedentemente. Comenzaré con las dimensiones sociales.

1. El principio de la municipalización y de la participación en las políticas públicas (que ha sido formulado en el "Estatuto del Niño y el Adolescente" de Brasil¹⁴) es un excelente ejemplo de traducción legislativa de la

8 Ver por ejemplo G. DORSCH, *op. cit.*, págs. 123-126.

9 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 13, 14, 15, 16, párrafo 1º, 30, 38, párrafos 2º y 3º, 40, párrafo 1º.

10 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 10, 37 c) y 39.

11 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 11, 16 núm. 2, 19, 21, 32 a 36 y 38.2.

12 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 17, párrafos 2º y 3º, 20, 22 a 26, 28 y 38.4.

13 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 37 c) y d) y 40.

14 MUNIR CURY et al., *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, São Paulo, Malheiro Editores, 1992.

Convención, que puede ser cumplido con éxito solamente si la red de las relaciones democráticas de poder y de participación están desarrolladas de manera suficiente en la comunidad local. Por otro lado, la experiencia ha mostrado que las necesidades de los niños y la percepción de estas necesidades y derechos puede volverse un momento constructivo y evolutivo de la cultura de la democracia y de la legalidad democrática al interior de la comunidad local.

2. Al nivel central de la dimensión social, es necesario enfatizar el papel de las asociaciones de la sociedad civil y la importancia de la forma democrática de su estructura organizacional, así como de la participación y del control popular sobre los procesos de producción e implementación de la ley en el campo de los derechos de los niños que se llevan a cabo a través de ella. A este nivel, la discusión política de base sobre los temas de los derechos de la infancia puede convertirse, también, en un elemento importante de la consolidación democrática y política de la sociedad.

El pluralismo y el control democrático de los medios de comunicación, así como la libertad de acceso a ellos, son factores esenciales para la formación de una opinión pública crítica y la liberación de una imaginación social capaz de proyectarse más allá de lo existente¹⁵.

Es importante considerar la democracia social al nivel nacional igualmente como pluralismo étnico y cultural, como respeto por las minorías y como la capacidad de aprender de ellas. Si esta dimensión de la democracia social se encuentra suficientemente desarrollada, también será posible una política de implementación de los derechos de los niños coherente con su identidad cultural y étnica¹⁶. El respeto de la identidad cultural y étnica del niño es, a su vez, una condición para la existencia y la reproducción de esta dimensión pluralista de la democracia social¹⁷.

3. Consideremos ahora la dimensión política de la democracia en su nivel local. En el presente proceso de transformación del Estado y de crisis de su soberanía, condicionada por la rápida globalización del sistema económico y de su estructura decisional, somos testigos de una creciente localización del sistema político y de una reevaluación de la autonomía local, centrada sobre todo en la ciudad y el municipio. En lugar de una descentralización tecnocrática —un movimiento del poder desde arriba hacia abajo— es importante resaltar el fenómeno de la localización en sus aspectos más nuevos y prominentes cuando esta toma la forma de una descentralización democrática, de una reforma de la estructura del poder a través de un movimiento desde abajo hacia arriba. Este movimiento se expresa en tres fenómenos: el federalismo, las políticas públicas locales participativas y las redes de ciudades y municipios para la coordinación horizontal de específicos sectores de las políticas locales.

Es extremadamente importante, en mi opinión, tomar en consideración esta tendencia y la potencialidad de reagregación de la estructura política de la comunidad que ella representa, siendo las condiciones a nivel local, hoy día, generalmente más favorables para este proceso de reagregación que a

15 Sin embargo, no solamente el tema de los niños sino los niños mismos —como se verá más adelante— pueden convertirse en una fuente extraordinaria de renovación y de transformación positiva de la democracia de los adultos, si los adultos somos capaces de escucharlos y de aprender de ellos.

16 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 29, párrafo 1º c) y 30.

17 Ver como ejemplo de tal contexto de investigación empírica, CLAUDIUS MESSNER, *Soziale Lage und kultureller Kontext italienischer Jugendlicher im Saarland. Eine Pilotstudie*, Saarbrücken: Arbeiten aus dem Institut für Rechts und Sozialphilosophie, 1995.

nivel central. Una parte de las estrategias de implementación de la Convención podría y debería ser insertada en este proceso de localización. Esto es, entre otras cosas favorables al desarrollo de experiencias multiagenciales e interinstitucionales, que pueden enriquecer la democracia política y hacer más eficaces las políticas públicas de protección de la niñez a nivel local. A este nivel, el potencial de las políticas públicas dirigidas a la implementación de la Convención está bien lejos de estar agotado, tanto en América Latina como en Europa¹⁸.

La importancia adquirida por la democracia local y la crisis de la soberanía de los Estados nacionales no significa que su papel para la realización de las políticas públicas sea hoy día menos importante. Los cambios posibles resultantes del federalismo y de la localización pueden modificar las formas de intervención de las instituciones de los Estados nacionales, pero no disminuir su importancia. Las políticas locales de *empowerment* y de desarrollo alternativo exigen no un Estado débil, sino un Estado fuerte, un Estado que pueda y esté dispuesto a apoyar las políticas locales a través de la acción legislativa financiera y técnica.

4. Es a nivel central, más bien que al local, que emerge el problema central del Estado social: la financiación de las políticas públicas. Este problema se ha agravado dramáticamente a raíz de la crisis de esta forma de Estado. La doctrina del Derecho Constitucional considera los derechos fundamentales de prestación por parte del Estado —como son los derechos económicos, sociales y culturales— sujetos a una cláusula general de reserva concerniente a lo económicamente posible¹⁹.

Esta reserva parecería limitar la obligación del Estado de asegurar la implementación de políticas adecuadas. La Convención hace referencia explícita a esta reserva²⁰.

No obstante, no es correcto interpretar esta cláusula de reserva de una manera que pueda proporcionar una coartada o una legitimación por el incumplimiento de las obligaciones del Estado. Una adecuada interpretación de esta cláusula de reserva que tome en serio los derechos fundamentales de los ciudadanos, supone que esta solamente tiene vigencia cuando el Estado haya agotado todas sus posibilidades de cumplir su obligación de procurar los recursos necesarios, a través de los instrumentos de la política fiscal y financiera²¹. En general, la reserva no debería aplicarse si el Estado no realiza serios esfuerzos para regular el sistema de producción y de distribución social de la riqueza, así como para racionalizar técnicamente y controlar jurídicamente el empleo de los recursos disponibles.

Por otro lado, no sería correcto colocar todas las variables, de las cuales dependen los problemas de la financiación de las políticas públicas, solamente al interior del ámbito de acción del Estado. En efecto, las

18 CRISTINA SZANTON BLANC, *Urban children in distress. Global predicaments and innovative strategies*, Luxemburgo, Unicef, Gordon and Breach Publishers, 1995; GIOVANNI ANDREA CORNIA, y SÁNDOR SIPOS, *Children and the transition to the market economy. Safety nets social policies in Central and Eastern Europe*, Aldershot, Avebury, 1991.

19 Así se ha expedido el Tribunal Constitucional Federal de Alemania; ver ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1986, pág. 457 y DIETRICH MURSWIEK, *Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte*, en JOSEF ISENSEE y PAUL KIRCHHOF (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, V, Heidelberg, C. F. Muller, 1992, págs. 267-268.

20 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 4 y 27, párrafo 3°.

21 Cfr. las observaciones críticas de ALEXY, *op. cit.*, 68, en el sentido de que la cláusula restrictiva de este derecho no puede concluir en el nacimiento del contenido del mismo.

variables fundamentales se encuentran en el desarrollo económico mundial y en su relación de complementariedad o de oposición con respecto al desarrollo humano, es decir, al sistema de las necesidades humanas y de los derechos fundamentales²².

Las cuestiones concernientes a la igualdad social y a la justicia y las relativas al desarrollo económico y humano son estrictamente interdependientes. Ambas escapan ampliamente al sistema decisonal interno del Estado y son solo de manera insuficiente controlables a través de las formas existentes de organización y cooperación internacionales. La tarea de la democracia estatal termina ahí donde comienza la de la democracia internacional.

5 y 6. En el nivel global, es en las dimensiones social e institucional donde se encuentra el déficit más grave de democracia: es especialmente aquí donde necesitamos realmente la democracia. La creciente interdependencia de las sociedades nacionales y los Estados está acompañada del crecimiento en lugar de la disminución, de las diferencias entre riqueza y pobreza.

El "crecimiento" económico de la aldea global y la universalización del mercado no parecen tener un efecto positivo sobre la tragedia global de la infancia. Los niños pagan más que ninguno las distorsiones del desarrollo, con la pobreza absoluta (doscientos cuarenta millones de niños), el hambre, las enfermedades (cuarenta mil niños mueren diariamente en el mundo). En un "desarrollo" económico que se encuentra estructuralmente separado de las necesidades humanas, la lógica del mercado imposibilita a veces la producción de alimentos, debido al hecho de que las necesidades humanas no se convierten, necesariamente, ni en demanda de mercancía ni en prioridades de producción. Si observamos la comunidad internacional en su dimensión social, ella asemeja una oligarquía anárquica, en la que el poder real está altamente concentrado en pocas centenas de grupos de poder financiero en competición los unos contra los otros y cuyo volumen de actividades económicas ha sobrepasado la suma del presupuesto de la mitad de las naciones existentes en el mundo.

La capacidad técnica y financiera de intervención de la comunidad internacional para sustentar las políticas públicas, dirigidas a la implementación de los derechos de los niños, se encuentra todavía desproporcionalmente débil frente a la dimensión de las necesidades.

El discurso que se acaba de abrir sobre la dimensión institucional de la democracia, en el nivel internacional, es demasiado complejo para poder desarrollarlo exhaustivamente en el presente contexto.

Quiero en este trabajo limitarme a indicar tres posibles direcciones.

En primer lugar, así como en el nivel local y nacional, el fortalecimiento de la democracia, de la estructura del poder en el nivel global es una condición que no puede ser descuidada en el proceso de definición de las estrategias para una política de implementación de la Convención.

En segundo lugar, el control de las condiciones "globales" de la implementación de la Convención y

22 AGNES HELLER, *Theorie der Bedürfnisse bei Marx*, Westberlin, VSA, 1976; ALESSANDRO BARATTA, *Die Menschenrechte zwischen struktureller Gewalt und strafrechtlicher Strafe*, en *Festschrift für Günther Jahr*, Tübingen, Mohr, 1993, págs. 9-24 y ALESSANDRO BARATTA, *Bedürfnisse als Grundlage von Menschenrechten*, en *Festschrift für G. Ellscheid*, 1998.

no solamente las acciones estructurales o de emergencia de protección de los derechos del niño, se encuentran bajo la competencia y la responsabilidad de todas las instituciones del Derecho y de las políticas internacionales que sean capaces de tener incidencia sobre estas condiciones. Las más generales e importantes entre estas condiciones son la paz y el orden económico internacional. La Convención contiene una referencia implícita de ambas.

Con respecto a tareas como estas, es indispensable una ampliación de los recursos, un crecimiento de la organización y un fortalecimiento del poder de aquellas instituciones y organizaciones internacionales que tienen competencia para controlar las dos condiciones indicadas anteriormente. Sin embargo, su democratización es el presupuesto necesario, pero no suficiente, si no está acompañado de otras transformaciones cualitativas del ámbito de acción de las instituciones en la comunidad internacional y de su capacidad de incidir sobre la realidad. Sin la paz y un orden económico capaz de asegurar que la producción y la distribución de la riqueza sean orientadas a las necesidades humanas y al desarrollo social, no existen las condiciones estructurales y financieras necesarias para poner en práctica la Convención.

Asegurar la paz en un orden económico justo supone que el ordenamiento y las organizaciones internacionales ejerciten un control justo y eficiente sobre los centros de poder que actúan en el marco de la sociedad civil global y que se han emancipado ampliamente del control de los Estados y parcialmente controlan a los Estados mismos. Ello hace inevitable un reexamen crítico de las relaciones de subsidiariedad entre los Estados y la comunidad internacional²³.

La manera restringida e insatisfactoria como la Convención ha llamado, hasta ahora, a la colaboración internacional y a la intervención de la Organización de las Naciones Unidas con respecto a la financiación²⁴ y el control de las políticas estatales²⁵, representa un signo de la necesidad urgente de llevar a cabo este reexamen.

2. INFANCIA Y DEMOCRACIA: RELEVANCIA Y EXCLUSIÓN

A fin de dar un paso hacia adelante, sobre un tema fundamental, como el que estamos enfrentando, muchas veces nos vemos obligados a relativizar el significado de algunos axiomas con los que estábamos acostumbrados a convivir. Este es el caso de dos proposiciones que se volvieron clásicas en el discurso sobre los derechos de la infancia.

Se ha dicho: "la democracia es buena para los niños"²⁶. Otros han replicado: "los niños son buenos para la democracia"²⁷. Debo confesar que ni yo mismo que he usurpado estas eficientes formulaciones, me

23 Ver v. gr., STEFAN ULRICH PIEPER, *Subsidiarität, Köln, Heymanns, 1994, págs. 170-171.*

24 *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 4, 24.4 y 28.3.*

25 *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 43, 44 y 45.*

26 *Declaración del Director Ejecutivo de UNICEF, James P. Grant, en EMILIO GARCÍA MÉNDEZ, op. cit., pág. 178.*

27 *EMILIO GARCÍA MÉNDEZ (citado por Gomes da Costa, 1995:110); cfr. la discusión sobre este texto, en ALESSANDRO BARATTA, La niñez como arqueología del futuro, en MARÍA DEL CARMEN BIANCHI (comp.), El derecho y los chicos, Buenos Aires, Espacio, 1995, pp. 19-22.*

había dado cuenta de que ellas, en su oposición y complementariedad, testimonian simultáneamente la actual importancia del tema infantil dentro del sistema democrático y la histórica exclusión de los niños y de los adolescentes del concepto de los programas de acción de la democracia.

La crisis de los regímenes autoritarios, primero en Europa, entre finales de los años cuarenta y finales de los setenta y después en América Latina, a finales de los años ochenta, ha permitido, entre otras cosas, medir empíricamente la importancia del restablecimiento y del desarrollo del Estado democrático de derecho para el reconocimiento normativo y la real protección de los derechos de los niños y de los adolescentes, a nivel internacional y nacional. En diversos países latinoamericanos, el tema de la infancia ha sido en el transcurso de los últimos diez años, objeto y motor de una movilización de la sociedad civil y del proceso democrático.

Tanto en Europa como en América Latina, el nuevo discurso sobre los derechos humanos se extendió, durante la segunda mitad del siglo, hacia los derechos de los niños y de los adolescentes, con base en una línea de tendencia internacional que encontró expresión en la doctrina y en los documentos de las Naciones Unidas.

En esta doctrina, tal como sabemos, ya no se ve al niño como objeto de protección-represión por parte del Estado y de la sociedad de adultos, sino como un sujeto de derechos originarios con respecto a esas instituciones.

Por otro lado y en relación con la histórica exclusión, es posible mencionar que la titularidad de derechos humanos originarios es un presupuesto necesario, pero no suficiente, para que se extiendan a los niños y adolescentes el concepto y las reglas de la democracia. Esta cobertura requiere que ellos sean parte, como sujetos activos, de lo que propongo llamar "relación social o política, de autonomía, democracia y de autogobierno". La relación es social cuando se refiere a las instituciones de la sociedad civil, como por ejemplo la familia, la escuela, la fábrica, las asociaciones; es política cuando se refiere al Estado y a otros entes políticos territoriales como son la provincia, la municipalidad, el barrio. La relación es de autonomía cuando se refiere a las reglas sobre la base de las cuales se pueden tomar decisiones en nombre de la colectividad; y es de autogobierno cuando se refiere a la competencia de determinadas personas de decidir en nombre colectivo o a la participación directa en opciones colectivas. La relación social o política de autonomía y de autogobierno también podría ser denominada más sintéticamente relación social o política de democracia.

Una clase de sujetos está en una relación de democracia social o política con otros sujetos cuando el consenso de los miembros de la clase resulta determinante para la producción o para la validez de las reglas que disciplinan las decisiones en nombre colectivo, en una determinada institución de la sociedad civil, en el Estado o en otro ente político territorial y pueden participar en la toma de decisiones, directamente o por representación. Como se puede observar, esta definición abarca ambos polos, solo aparentemente opuestos, entre los cuales se pueden ubicar las actuales teorías de la democracia: el polo formal-procesal²⁸ y el polo substancial-participativo²⁹.

28 NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, págs. 4-7 y 63-84.

29 ROBERT DAHL, *Democracy and its critics*, New Haven, Yale, U. P., 1990 y JOHN FRIEDMANN, *Empowerment. The politics of alternative development*, Cambridge, Blackwell, 1992.

Adoptando una definición como la arriba indicada, democracia es más un "tipo ideal" que un concepto clasificatorio. Un tipo ideal no describe sino que estiliza la realidad, indicando un criterio regulativo, es decir, una meta a través de la cual resulta posible interpretar diversas fenomenologías de la sociedad civil y de los entes políticos territoriales, así como sus procesos evolutivos en curso, valorándolos según la mayor o menor aproximación al tipo. Es también evidente que el grado de aproximación entre la sociedad latinoamericana y la europea puede variar fuertemente, incluso en un mismo país, según las distintas instituciones y entes territoriales, la clase de sujetos (hombres y mujeres, blancos y de color, ricos y pobres, nacionales y extranjeros, adultos y niños) y el período histórico examinado, así como según la combinación de esas variables.

Volvamos la vista a nuestras dos valiosas proposiciones: la democracia es una ocasión favorable para reforzar los derechos de los niños y los derechos de los niños son, o pueden ser, una ocasión favorable para reforzar la democracia. Sin embargo, esto no significa necesariamente que los niños y los adolescentes sean sujetos de relaciones sociales o políticas, de autonomía y de autogobierno.

En realidad, tomadas en su tenor literal, nuestras dos proposiciones hablan más que todo de una relación funcional externa de importancia entre niños y democracia: en general, no señalan que el progreso de la democracia puede favorecer la participación de los niños y adolescentes en actividades de democracia social y política, ni tampoco que la democratización de la relación entre niños y adultos, en general, puede favorecer el progreso de la democracia. No se trata de una relación funcional entre el sistema democrático y uno de sus subsistemas, sino de la importancia recíproca entre el sistema democrático y el sistema de la infancia, que comprende el interés superior y los derechos de los niños. Pero ese interés, con esos derechos, corresponden necesariamente a su participación democrática en el ámbito social y en el ámbito político.

Consideremos ahora dos axiomas no menos conocidos que los que hemos encontrado hasta el momento: "del niño y adolescente hacia el menor"; "del menor hacia el ciudadano"³⁰.

Con el primero, es como si pasara frente a nuestros ojos un siglo de institucionalización y de exclusión del sistema normal escuela-familia, de una significativa minoría de niños y adolescentes, en Europa, o incluso de la mayoría de ellos, como ocurre en algunos países de América Latina.

El segundo axioma, al contrario, sugiere la transición desde el paradigma de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral de niños y adolescentes, la cual fue adoptada por las Naciones Unidas a través de la Convención de 1989 y sus antecedentes. Precisamente, la protección integral quiere evitar la construcción social que separa a los "menores" de los niños y se dirige a los niños y adolescentes como sujetos con derechos humanos originarios, con la finalidad de evitar su marginalización y de reintegrar a los "menores" en desventaja o infractores, lo más pronto posible, al sistema normal de la infancia y la adolescencia.

La doctrina de protección integral, que encontró su espacio en la Convención y en los documentos de Naciones Unidas que la han precedido, constituye también el resultado de un amplio movimiento social

30 ANTONIO CARLOS GOMES DA COSTA, *Del menor al ciudadano niño y ciudadano adolescente*, en EMILIO GARCÍA MÉNDEZ y ELÍAS CARRANZA (Eds.), *Del revés al derecho*, Buenos Aires, Galerna, 1992, págs. 131-153.

en favor de los derechos de los niños y de las reformas de los derechos de la infancia, que se han realizado y que se están realizando en América Latina y en Europa. No solo cambió profundamente el concepto y el rol de las principales instituciones públicas destinadas a la infancia, empezando por los tribunales de menores, sino que incluso se ha producido una revolución en el lenguaje, lo cual constituye una señal relevante de la transformación en el plano normativo. Siempre se habla y se escribe menos de "menores" y siempre más de infancia, de niños y adolescentes y de sus derechos.

Cuando usamos la fórmula "del menor hacia el ciudadano", nos colocamos frente a un proceso en curso, no cumplido aún. Este carácter abierto del proceso no se refiere solamente, como es obvio, a la implementación en la realidad fáctica de las normas internacionales y nacionales y de los principios teóricos en los cuales se expresa la nueva doctrina, sino que también se refiere a la producción normativa y doctrinal. En ese sentido (y para usar otra feliz expresión del mismo autor de aquella fórmula), cuando decimos "del menor al ciudadano", estamos expresando "nuestra memoria del futuro"³¹. Aun cuando el "menor" vuelva a ser niño no se convertirá, solamente por eso, en un ciudadano. Permanezcamos en el nivel normativo: ¿en qué medida es ciudadano el niño y el adolescente en el sistema de la Convención? La respuesta a esta pregunta nos permitirá establecer si en esta memoria del futuro existe más memoria o más futuro. Resulta importante establecerlo para saber cuán largo es el camino que tenemos frente a nosotros en lo que se refiere a las normas y a la doctrina.

3. LIBERTAD, PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN. EL DERECHO A EXPRESARSE Y SER ESCUCHADO EN EL SISTEMA DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La ciudadanía es el estado jurídico de plena participación en la comunidad estatal y en los otros entes políticos territoriales. En su forma integral ella presupone la vigencia, de derecho y de hecho, de principios y normas constitucionales propias del Estado social y democrático de derecho y la titularidad de todos los derechos fundamentales que caracterizan esta forma de Estado, incluyendo aquellos políticos y de participación política³². Por otro lado, como veremos a continuación, el pleno ejercicio de esos derechos tiene como condición el ejercicio de todos los otros derechos fundamentales, de los derechos civiles y de libertad y de los derechos económicos, sociales y culturales. La ciudadanía no es idéntica a la democracia, pero no puede existir ciudadanía sin democracia y no puede existir democracia sin ciudadanía.

31 ANTONIO CARLOS GOMES DA COSTA, *op. cit.*, 1992 y ALESSANDRO BARATTA, *La niñez como arqueología del futuro*, en MARÍA DEL CARMEN BIANCHI (comp.), *El derecho...*, *op. cit.*, págs. 20-21.

32 Se trata, en este caso, de una visión (restrictiva) de la ciudadanía, referida principalmente al ejercicio de los derechos políticos en un orden estatal dado. Además de esta definición, también es posible otra de tipo más extenso y sociológico, de uso frecuente en la literatura actual sobre derechos del niño. Esta versión ampliada de ciudadanía se refiere al "completo acceso a los derechos económicos, sociales y culturales" (I. RIZZINI et al., *Brazil: A New Concept of Childhood*, in: CHRISTINA SZANTON Blanc (ed.), *Urban Children in Distress. Global Predicaments and Innovative Strategies*, Luxemburg: Unicef/Gordon and Breach Publishers, pág. 96); en este último caso, el concepto de ciudadanía se transforma en sinónimo del concepto de democracia participativa, sobre este último significado, véase, entre otros, MARCHALL THOMAS, *Citizenship and Social Class and Other Essays*, Cambridge: Cambridge U. P. 1950; JEAN LECA, *Individualism and Citizenship*, in: TURNER BRYAN y HAMILTON PETER (eds.) *Citizenship. Critical Concepts*, London, Routledge, 1994, págs., 148-187; BRYAN TURNER, *Outline of a Theory of Citizenship*, in: TURNER BRYAN y HAMILTON PETER (eds.), *Citizenship. Critical Concepts*, London, Routledge, págs. 199-237.

La ciudadanía comprende las relaciones políticas de autonomía y autogobierno, pero no las sociales, o por lo menos, no directamente. Sin embargo, en una sociedad compleja y pluralista, como la nuestra, la democracia política no es posible sin la democracia social. Un ciudadano que goce de derechos democráticos en la esfera política (con capacidad de influir con sus opiniones y con sus decisiones sobre la comunidad), pero que resulta sujeto de relaciones autocráticas en las distintas instancias de la sociedad (la familia, la escuela, la fábrica o en las asociaciones civiles o religiosas en las cuales participa) será un ciudadano a medias. No obstante, es difícil plantearse hipotéticamente esa situación, porque sin poder social no puede existir poder político.

Esto fue ampliamente reconocido en la teoría del *empowerment*. Con referencia a los estratos más pobres de la población JOHN FRIEDMANN, que desarrolló esta teoría en el campo político, demostró cómo la exclusión política de los individuos pertenecientes a esta clase está condicionada por su exclusión social. "Es la pobreza —escribe él— la que efectivamente los excluye del pleno ejercicio de sus derechos políticos". La estrategia del desarrollo alternativo, que el autor propone aquí y que se basa en su larga experiencia en programas de desarrollo en América Latina y otras partes del mundo, está fundada en el incremento del poder social y en la transformación de este último en el poder político, comenzando con el fortalecimiento de la capacidad económica y comunicativa de los pobres, a partir del núcleo familiar y de la comunidad local. Esta es según FRIEDMANN, la vía principal para realizar el modelo de la "democracia inclusiva". Pero esta no es otra cosa que la efectiva extensión de la ciudadanía activa, es decir, de la participación de todos los individuos en las decisiones en la esfera social y política, de las cuales dependen sus condiciones de vida.

La historia de la democracia, en América Latina y en Europa es, ciertamente, la historia de un futuro. La reflexión sobre ella permite generalizar la teoría política del *empowerment* a todas las categorías de sujetos excluidos, de hecho o de derecho, del pleno ejercicio de los derechos políticos, es decir, gravemente limitados en su condición de ciudadanos. Se trata de una historia antigua, como antigua es la historia occidental; sin embargo, su última y decisiva fase empezó con la teoría y la praxis del pacto social propio de la modernidad. En otros trabajos he mostrado cómo se puede considerar este pacto como un pacto de exclusión, ya que en realidad, a pesar del potencial universal declarado de un principio, fue un pacto entre individuos del género masculino, adultos, blancos y propietarios, para excluir del ejercicio de la ciudadanía, en el nuevo Estado que nacía con el pacto, a mujeres, niños, personas de color y desposeídos, es decir, propietarios de nada más que su fuerza de trabajo. El desarrollo del pacto social moderno en la constitución formal y material de los países de América Latina y Europa, está marcado por los hechos de los excluidos y de aquellos que han tomado partido por ellos, para la integración de estos en la ciudadanía y en la democracia.

La historia y el futuro de la democracia tiene su norte en el pasaje de la exclusión a la inclusión, en la transformación del poder de un movimiento que va de arriba abajo, en un movimiento que va de abajo hacia arriba, es decir, en la extensión de la base social del ejercicio y de la legitimación de las decisiones tomadas en nombre colectivo.

Esta historia no es homogénea porque el proceso democrático fue hasta hoy discontinuo y fragmentado, tanto con respecto a los grupos de sujetos como a las áreas geográficas. Asimismo, hay algunos elementos fundamentales de unidad, que dependen sobre todo de la relación funcional entre aquello que se suele denominar "centro" y lo que se denomina "periferia" de la formación económico-social capitalista que los abarca a ambos. Las diferencias en el desarrollo de la democracia en América Latina y Europa son notables, pero no me ocuparé aquí de ellas, sino que me referiré a las diferencias existentes entre los grupos de sujetos. Por lo menos existen tres diferencias que desarmonizan, por no decir que tornan anómala, la historia de los niños en el camino hacia la democracia, en relación con la historia de todos los otros grupos de sujetos.

Los niños pueden encontrar protección en el estado civil, producto del pacto social, pero no forman parte de él. Aquello que para todas las personas excluidas del pacto parece ser una contradicción, para los niños es una situación normal, pero que los excluye del pleno ejercicio de los derechos de ciudadanía. El camino de los derechos que tienen los niños hasta su reconocimiento es más largo que el de los otros sujetos excluidos del pacto social moderno.

La segunda anomalía consiste en que la lucha de los niños por su derecho a la igualdad esté desvinculada de la lucha por el reconocimiento de su diferencia. El reconocimiento de su diferencia de género, de cultura y de posición en el mundo de la producción es el momento culminante en la lucha de los otros excluidos por la igualdad.

Para los niños, el argumento de la diferencia ha producido beneficios mínimos en términos de protección, pero le ha costado en términos de igualdad, mientras que el argumento de la igualdad ha producido efectos negativos, en cuanto se refiere a la identidad del niño y del adolescente —como se puede observar en las distintas excepciones y reservas hechas por los Estados signatarios con respecto a la Convención—, excepciones que han permitido igualar a los adolescentes con los adultos en sectores delicados, como el del trabajo, el reclutamiento militar y la edad penal, no solamente desde el punto de vista fáctico, como tan frecuentemente ocurre, sino también desde el punto de vista normativo.

Sigo pensando que no se trata, en el caso del niño y de los adolescentes, de una separación estructural de dos líneas de desarrollo: la de la igualdad y la de la identidad, sino de un retraso, de una costumbre ideológica, que podría incluso ser la señal —a pesar de los grandes progresos hechos en los últimos decenios— de que la lucha por los derechos de los niños no ha alcanzado su punto culminante; que entre el futuro y la memoria —retomando la metáfora de ANTONIO CARLOS GOMES DA COSTA— hay todavía mucha distancia. El retraso histórico que se refiere a la relación entre el movimiento por la igualdad y el movimiento por la diferencia impone colocar, en primer plano, el derecho del niño a una ciudadanía diferente en el desarrollo del Estado democrático de derecho.

La tercera anomalía es que la lucha por los derechos de los niños y de los adolescentes, a diferencia de los otros grupos de excluidos, no ha sido una lucha propia, sino que ha quedado y queda dependiente del discurso y del actuar de los adultos. Esta anomalía puede parecer una paradoja si pensamos que los adultos son los que ejercitan el poder sobre los niños y frente a los cuales se dirige la demanda de igualdad, de libertad, de integridad física y moral y de respeto en favor de los derechos de los niños.

Reivindicaciones semejantes han tenido éxito en los otros grupos, cuando se han dado las siguientes condiciones: 1) cuando han sido liderados por sujetos que forman parte del grupo o de un sector significativo del mismo; 2) cuando han sido liderados en forma colectiva y pública; 3) cuando las reivindicaciones han transformado las necesidades en derechos; y finalmente 4) cuando han existido acciones orientadas a contestar el poder de los grupos antagónicos. Así, la lucha de las mujeres se ha dirigido contra el poder de los hombres; los de las personas de color contra el poder de los blancos; los de los trabajadores contra el poder de los propietarios del capital³³.

33 *Esta última condición, del antagonismo específico, pudo tener un efecto positivo para la lucha de esos sujetos solo cuando fue acompañada de las otras tres. Como HEGEL ha demostrado en páginas que se han tornado clásicas, la simple relación individual de antagonismo entre el siervo y el patrón sirve para asegurar la identidad del siervo como siervo y del patrón como patrón y la relación de subordinación entre ellos. La experiencia de la lucha entre los grupos demuestra que el antagonismo se vuelve emancipatorio solo cuando toma la forma de un movimiento autónomo, colectivo y público y logra afirmar sus demandas, como demandas de derecho y de justicia. Solo la justicia "desde abajo", como lo ha demostrado ERNEST BLOCH, es la que ha logrado, hasta el momento, modificar las condiciones de subordinación de los grupos en desventaja y la estructura de poder. Realmente, esta estructura nunca se modificó por la voluntad de quienes detentan el poder, con un movimiento descendente, de arriba abajo, sino por la fuerza de los que resisten y contestan los dictados del poder.*

Sin embargo, se debe tomar en consideración que actualmente la lucha por la emancipación y por la justicia ha perdido, por lo menos en parte, la dimensión del antagonismo específico, que fue la característica de la histórica lucha de clases, asumiendo aquella, más general, la de un movimiento por la emancipación de la subjetividad y por la transformación de la estructura propia del poder, como lo ha planteado MICHEL FOUCAULT³⁴. A la luz de la teoría foucaultiana del poder y de la lucha por el poder, que tiene por objeto la transformación contemporánea, se pueda quizás entender la anomalía y la paradoja de la lucha de nuestros días por los derechos de los niños. En la lucha por los derechos de los niños, a la cual estamos asistiendo en América Latina y en Europa, ellos no son protagonistas, sino destinatarios de esos derechos.

Los niños no se han vuelto un sujeto colectivo, un movimiento público, no han creado un discurso sobre sus necesidades redefinidas como derechos, a pesar de que hayan ocurrido experiencias aisladas de altísima calidad en este sentido (piénsese en el movimiento de los "pibes unidos" en Argentina y en Uruguay, en el de los "meninos da rua" en Brasil, en algunos movimientos de escolares en Europa)³⁵.

Las anomalías han condicionado fuertemente el movimiento por los derechos de los niños y sus actuales resultados. Los adultos que se han hecho cargo del movimiento, han dado un amplio espacio a los derechos civiles y a los derechos económicos y sociales de los niños, pero un espacio muy pequeño a los derechos políticos y de participación política.

Los adultos han reformulado las reglas del juego y los procedimientos a través de los cuales pueden ser tomadas decisiones de las que dependen, directa o indirectamente, las condiciones de los niños, pero no han admitido compartir con ellos el poder de formular las reglas del juego y los procedimientos, de nombrar los representantes, o de participar directamente de las decisiones en nombre colectivo. Les han otorgado todos los derechos del ciudadano, salvo el de participar en el gobierno de la ciudad. La democracia se ha convertido en un límite de la ciudadanía de los niños, pero como veremos a continuación, la infancia se ha tornado la cuestión límite de la democracia. O para decir esto de otra manera, la democracia saldrá de la infancia solo cuando haya comenzado a medirse con la materia infantil como un aspecto interno, no más como un punto meramente externo.

Ninguna de las grandes teorías contemporáneas de la democracia, de acuerdo con mis conocimientos, ha extendido a los niños y a los adolescentes el ejercicio de derechos políticos. La exclusión es formulada explícitamente tanto por BOBBIO como por DAHL³⁶, cuyas posiciones se sitúan en los dos polos extremos de la entera gama de teorías. Por otra parte, en la atención que se ha dado a la relación externa entre

34 MICHEL FOUCAULT, *Das Subjekt und die Macht*, en HUBERT DREYFUS y PAUL RABINOW, *Michel Foucault. Jenseits von Strukturalismus und Hermeneutik*, Frankfurt/M. Athenäum, 1987, págs. 243-261; ver GILES DELEUZE, *Foucault*, Paris, Minuit, 1986, págs. 77-88; ALESSANDRO BARATTA, *Panoptische Subjectivering. Zur Ideologie aktueller Drogenpolitik*, en *Zur Aktualität von Michel Foucault. Wissen und Macht*, Tübingen, 1994, págs. 60-65.

35 *De las cuatro condiciones arriba indicadas, la lucha por los derechos de los niños realiza solamente, aunque con la gran intensidad de los procesos de psique profunda descritos por la teoría psicoanalítica, la del antagonismo específico del niño en relación con el padre, que, sin embargo, permanece en la esfera privada individual. En verdad, pueden ser frecuentes las expresiones colectivas del antagonismo intergeneracional con el cual se han intentado explicar comportamientos de grupos de adolescentes y de bandas juveniles, pero falta casi siempre a estas expresiones el carácter público y de reivindicación de derechos.*

36 NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, págs. 5-6 y 52; ROBERT DAHL, *op. cit.*, pág. 129. *En la práctica, los derechos del niño resultan objeto de una triple restricción: 1. En forma indirecta cuando en el Derecho de Familia, resultan automáticamente subordinados al derecho de cuidado de los padres. 2. En forma condicional, cuando la indisponibilidad de fondos legitima el incumplimiento por parte de los adultos. 3. En forma de no existencia (recuérdese que algunos derechos son solo para adultos) (MALFRID FLEKKOY; A Voice for Children. Speaking Out as Their Ombudsman, London: Jessica Kingsley Publishers 1991, págs. 178-179).*

democracia y derechos de los niños falta la simetría entre los dos grupos de escritores que se han ocupado de los respectivos temas: quien escribe sobre derechos de los niños habla sobre democracia, pero quien escribe sobre la democracia no habla de los derechos de los niños. Este límite histórico lo reencontramos incluso en el texto de la Convención de 1989. No obstante, tanto las grandes teorías sobre la democracia y sobre derechos políticos, como la Convención (si la consideramos en el contexto de una interpretación dinámica y sistemática³⁷) contienen elementos importantes para construir un discurso teórico y normativo que nos puede llevar más allá de este límite.

Examinemos la Convención, detengámonos ante todo sobre las huellas que este límite histórico ha dejado en ella. Estas huellas son evidentes, especialmente cuando inciden sobre el significado y el alcance del gran principio innovador introducido por la Convención en el artículo 12 y otros artículos (considérese, en particular, el artículo 13.1). Conforme este principio, el niño tiene derecho, en primer lugar, a formarse juicio propio, en segundo lugar, a expresar su opinión y, en tercer lugar, a ser escuchado.

Nunca habían sido reconocidas, de modo así explícito, la autonomía y la subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos. El nuevo principio encuentra también expresión en el artículo 13.1; en el artículo 14.1 y en el artículo 9.2³⁸. Pero, para contrabalancearlo con el principio opuesto, proveen dos robustas baterías de normas.

La primera parece asegurar firmemente a los adultos el derecho de interpretar, en modo objetivo y definitivo, el interés superior del niño³⁹ o aquello que corresponde al bienestar social, espiritual y moral, a la salud física o mental del niño⁴⁰. La segunda batería de normas condiciona el ejercicio de los derechos del niño, no solo al respeto de los derechos y de las libertades de los otros⁴¹ —lo que es correcto— sino —lo que es dudoso— a la interpretación dada por los adultos a cláusulas generales o conceptos indeterminados, como la seguridad nacional, la seguridad, la salud y la moral pública⁴².

Sin embargo, la Convención no establece solamente contrapesos y límites externos al derecho del niño a formarse un juicio propio, a expresar su propia opinión y a ser escuchado: no menos relevantes son los límites internos a esto. Estos límites derivan, en primer lugar, de la articulación de estos tres diferentes derechos y de la forma en que son colocados, relacionados entre ellos, en el artículo 12 de la Convención; en segundo lugar, del bajo grado de intensidad que tales derechos tienen en la formulación de este artículo; en tercer lugar, de la función relativa que tienen en el sistema de la Convención con respecto al principio democrático.

37 Cfr., RUDIGER STREMPPEL, *Fünf Jahre Geltung der Konvention über die Rechte des Kindes*, «Zeitschrift für Rechtspolitik», 3, 1996, pág. 82: "Im Zentrum der Konvention steht das 'Dreieck der Rechte': Wohl des Kindes, Nicht-Discriminierung und Partizipation (art. 3,2,12 KRK)".

38 Si la interpretación de este último artículo es correcta, el niño es una de las partes a ser tomada en consideración en el procedimiento que decide sobre la eventual separación de los progenitores en contra de la voluntad de ellos.

39 Cfr., MIGUEL CILLERO, *El interés superior del niño*, contenido en este libro. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 9.1; 18.1; 21; 40. 2, b), número III.

40 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 17.1, e) y artículo 40.4.

41 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 10.2; 13.2, a) y 14.3.

42 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 10.2; 13.2, b); 14.3 y 15.2.

Bajo el primer aspecto podemos observar que la extensión de los tres derechos disminuye en el pasaje del primero al segundo y del segundo al tercero. La libertad de formarse un juicio propio no tiene ninguna limitación de contenido, en verdad se refiere a la total posición del niño frente al mundo. Pero el derecho a expresar la propia opinión no se extiende a toda su visión del mundo, sino que comprende solamente las situaciones que afectan al niño. Solo, en relación con estas situaciones, el primer párrafo del artículo 12 prevé que su opinión sea tenida debidamente en cuenta. Debidamente, pero ¿en función de qué? "En función de la edad y madurez del niño". Sin una interpretación garantista y global de la Convención, estaríamos en presencia del viejo y fatal error del paternalismo: dejemos que el niño forme su propia imagen del mundo —dicen los adultos—, pero no tenemos nada que aprender de ella cuando se refiere a nosotros mismos. Escuchémosle cuando decidimos por él, pero no tomemos mucho en cuenta lo que él dice, si este resulta todavía muy pequeño o muy poco maduro⁴³. Aún más restringido resulta el derecho de los niños a ser escuchados, previsto en el artículo 12.2. Este derecho no se refiere a todo lo que el niño puede opinar acerca de las decisiones que los adultos toman por él, sino solamente a las decisiones que los adultos toman a nivel institucional, en el caso de "todo procedimiento judicial y administrativo". ¿Todo? Sí, pero, naturalmente, solo aquellos que afectan al niño.

Bajo el segundo aspecto, la intensidad de los derechos previstos en el artículo 12 es notablemente baja. Sabemos, por la doctrina de los derechos fundamentales, que su intensidad puede variar, según sea el caso. Que hay derechos fuertes y derechos débiles, que solo algunos de los derechos tienen la fuerza de los derechos "definitivos", según la expresión utilizada por ALEXY, es decir, de pretensiones que se pueden defender en juicio; que la intensidad depende también de la simetría o de la asimetría de las posiciones subjetivas del titular y del Estado, que resultan de la formulación de los derechos y por la aplicación a ellos de condiciones explícitas o implícitas, como la reserva de lo económicamente posible. Finalmente, sabemos que en general los derechos de prestación, aquellos que corresponden a una obligación positiva del Estado con respecto al titular, son derechos más débiles que aquellos de protección, los cuales corresponden a una obligación de no hacer del Estado (por ejemplo, abstenerse de prejuzgar la vida y la libertad del ciudadano).

A la luz de estos criterios, los derechos que el artículo 12 de la Convención reconoce a los niños no son derechos "definitivos", son derechos débiles, porque están caracterizados por una falta de simetría entre obligaciones del Estado y pretensiones de los titulares. El derecho de hacerse un juicio propio está configurado como un deber de prestación por parte del Estado (garantizar al niño las condiciones para formar su propio juicio —art. 17.1—), pero no corresponde a una posición jurídica subjetiva concretamente determinada en el niño y, además, está sujeta a la reserva de lo económicamente posible. El derecho a que se tengan en cuenta sus opiniones, está formulado sin que se precise si los que tendrían que tomar en cuenta sus opiniones, son los funcionarios o los adultos responsables por el niño. Finalmente, el derecho a ser escuchado, que es el único a ser configurado como un derecho del niño y no como un deber genérico del Estado, o de otros sujetos, está formulado a través de un reenvío a la legislación nacional sobre los procedimientos, sin que estén establecidos vínculos para ella⁴⁴. También, por eso, la Convención adopta una formulación bastante débil, utilizando el término "oportunidad" y no el término "derecho"⁴⁵.

43 *Lo mejor debería ser justamente lo contrario, debido a la gran capacidad de experiencia y de orientación de los niños pequeños y la enorme incapacidad de los adultos de sacar provecho, incluso, de los propios niños.*

44 GABRIELE DORSCH, *op. cit.*, págs. 259-260.

45 *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículo 12.2.*

Pero el tercer aspecto es el más importante, porque concierne a la conexión funcional de los derechos establecidos en el artículo 12 con la estructura democrática de la sociedad y del Estado, y con la posición del niño en esta estructura. No hay ninguna relación explícita de estos derechos con el funcionamiento del sistema democrático. Por el contrario, como se ha observado, la importancia de las opiniones del niño está estrictamente limitada a las situaciones y a los procedimientos que afectan sus intereses. No se extiende a los intereses generales y las opiniones del niño que pudieran relacionarse con intereses generales no son relevantes. La única vez que la Convención pone, de manera explícita, el ejercicio de los derechos de libertad del niño en relación funcional con el principio de la democracia, es en el segundo párrafo del artículo 15; pero no para indicar la función democrática de la libertad del niño, en este caso la libertad de asociación, sino para permitir que se pongan, con respecto a esta libertad, las limitaciones "que sean necesarias en una sociedad democrática"⁴⁶.

Si la consideramos en el tenor literario del preámbulo y de los artículos específicos, pero de manera fragmentaria, se debería concluir que la Convención protege los derechos del niño; también aquellos derechos que podrían tener una función decisiva para su participación en el proceso democrático en la sociedad y en el Estado, como son los previstos en el artículo 12, no como los derechos de un ciudadano que participa en las relaciones de autonomía y de autogobierno, sino como los de un ciudadano a medias, o mejor, de un ciudadano potencial o futuro. Al niño, mientras tanto, le estaría garantizado el desarrollo libre, disfrutando de los derechos civiles y de los derechos económicos, sociales, culturales (con las limitaciones y los contrapesos antes indicados), bajo las reglas y el gobierno de los adultos. Pero solo cuando se hubiere convertido, como ellos, en un ciudadano, podrá disfrutar finalmente de los derechos de participación política.

4. DESARROLLO HUMANO Y POLÍTICA DE LOS DERECHOS. LA INFANCIA COMO EL FUTURO DE LA DEMOCRACIA

En mi opinión, el futuro de la democracia, para utilizar el título de un conocido libro de NORBERTO BOBBIO, está fundamentalmente vinculado al reconocimiento del niño, no como un ciudadano futuro sino como un ciudadano en el sentido pleno de la palabra. Mi tesis es que si en lugar de una interpretación fragmentaria y estática utilizamos una interpretación sistemática y dinámica de la Convención, desarrollando su espíritu con el debido respeto de su letra, resultará que el niño, en cualquier fase de su desarrollo, incluso el niño pequeño, tiene una ciudadanía plena. Una ciudadanía plena que es compatible, con la debida consideración de su diferencia con respecto a los adultos, es decir de su identidad como niño. Por último, las diferencias en la forma del ejercicio de los poderes y de las funciones democráticas entre el niño y el adulto, por lo que concierne en particular a las posiciones de los niños y de los adultos en el funcionamiento del sistema de la representación política, están compensadas a favor del niño por el sistema de los derechos que se desprende de la Convención y por la centralidad del niño en una nueva fundación del Estado social y democrático de derecho. En este último sentido, el principio de la prioridad absoluta del niño no concierne solamente a la finalidad de un desarrollo alternativo sino a la forma misma, es decir, la metodología comunicativa de este desarrollo, en otras palabras, a la democracia inclusiva.

⁴⁶ *Lo que demuestra que, en el subconsciente de los adultos que han formulado el texto de la Convención, la asociación de niños y de adolescentes está vinculada antes que nada a la rebelión y a la ilegalidad en lugar de serlo a las innumerables y constantes experiencias que se hacen en todos los países de la capacidad y de la sabiduría de los niños y los adolescentes de autoorganizarse de forma ordenada, eficaz y democrática.*

En cuanto se relaciona con el primer punto, es oportuno tener en cuenta que la teoría más adelantada de los derechos fundamentales permite considerar el principio democrático como el enfoque central para su clasificación y sistematización en el marco del Estado social de derecho. Tomamos como ejemplo, la sistematización propuesta por KLAUS STERN. Si aceptamos como punto de partida una clasificación como esta, podemos establecer tres premisas importantes para nuestro discurso. En primer lugar, como ya se ha observado anteriormente, los derechos civiles y de libertad y los derechos económicos, sociales y culturales son condiciones para el ejercicio del tercer grupo de derechos, los derechos políticos y de participación, sin que la vida, la libertad personal, la libertad de opinión y de asociación sean realmente garantizadas, sin que esté asegurado el desarrollo económico, social y cultural de los sujetos y de los grupos, el sistema de la democracia política no puede funcionar.

En segundo lugar, es preciso recordar que es el ejercicio de los derechos políticos y de participación el que condiciona y garantiza todos los demás derechos. Sin tener voz y acceso en el proceso de información, de comunicación, de decisión, en todas las esferas de la vida de la sociedad civil y del Estado, los sujetos y los grupos no podrían ejercer, en concreto, la necesaria influencia sobre las condiciones de las cuales depende el ejercicio de sus derechos civiles, económicos, sociales y culturales.

El desarrollo democrático de la estructura comunicativo-decisional en la familia, la escuela, la iglesia, las asociaciones políticas, económicas, culturales y deportivas, así como la participación activa de todos los ciudadanos en ellas, son indicadores de la libertad política en un país, no menos importantes y decisivos que la calidad y el buen funcionamiento de las reglas sobre las elecciones y el acceso a las funciones públicas. De todo eso depende el ejercicio de lo que podríamos llamar "el uso público de la libertad". Por esto, los derechos de participación se encuentran en una fuerte interrelación funcional con los derechos de libertad y, especialmente, con los llamados derechos "comunicativos de libertad" que conciernen a la libertad de opinión, de información, de asociación, de reunión y de acceso a los medios de comunicación. También dentro de la esfera pública del Estado y de sus entidades funcionales y territoriales, así como de las organizaciones intermedias, el espacio de la participación ciudadana tiene un significado importante para el desarrollo de la democracia participativa, lo que concierne, por un lado, a la dinámica de los procesos formalizados, semi-formalizados o informales de interacción de la administración pública con la ciudadanía. Y por el otro, los llamados derechos fundamentales procesales que garantizan la participación y la representación del ciudadano en toda clase de procedimientos judiciales, de naturaleza civil, administrativa o penal. Así, en la clasificación de STERN, los derechos fundamentales procesales constituyen un cuarto grupo al que también se encuentran estrictamente vinculados con el tercero, el de los derechos políticos y de participación.

Mientras que con los clásicos derechos civiles y de libertad se realiza, según la terminología de GEORG JELLINEK, el *status negativus* y con los derechos de prestación el *status positivus* del ciudadano, con los últimos dos grupos de derechos se realiza su *status activus*⁴⁷. Es fácil darse cuenta, que estos tres estados de la ciudadanía están estrechamente vinculados entre ellos y que en el modelo de la democracia inclusiva el *status activus* representa el momento culminante y decisivo, en el entero sistema de los derechos fundamentales.

47 GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., 1919, Aalen, Scientia Verlag, 1979, págs. 87 y 94-105.

El análisis de la Convención permite establecer que el niño goza, no solo de manera plena sino de manera privilegiada con respecto a los adultos, de todos los derechos fundamentales con los que se realiza su *status negativus*, su *status positivus* y que, por lo que se refiere al *status activus*, el niño goza ciertamente de los derechos procesales fundamentales y de una parte importante de los derechos de participación.

La Convención reconoce al niño todos los derechos cuyo ejercicio constituye la condición para el desempeño de los derechos políticos y de participación, así como en el caso de los adultos. La manera específica con la cual está construida la ciudadanía plena del niño en el sistema de la Convención, depende de la identidad diferente de los niños, en sus distintas fases de desarrollo, en relación con los adultos.

Mi segunda tesis, consiste en que el reconocimiento de la diferente identidad se expresa en la forma específica, privilegiada y más intensa con la cual, con respecto a los adultos, se le reconocen al niño los derechos civiles y de libertad, los económicos, sociales, culturales, procesales y, en particular, los derechos comunicativos de libertad. Estas diferencias ventajosas para los niños son reconocidas, en parte, tomando en consideración las necesidades especiales de protección y de cuidado que el preámbulo de la Convención recoge de la Declaración sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959. Pero ellas también pueden ser interpretadas a la luz de las ventajas positivas del niño y de sus capacidades y no solamente de su debilidad y de su falta de madurez física y mental.

La tercera tesis, es que las ventajas de protección de las que goza el niño en relación con los adultos en los tres grupos de derechos fundamentales, así como las prerrogativas de sus derechos de participación en los procesos comunicativos y decisionales compensan las disminuciones que afectan al niño a raíz de su distinta identidad y su específica colocación en el contexto de los derechos políticos clásicos. De esta tesis derivaría que la ciudadanía del niño, su participación activa en la democracia social y en la democracia política es diferente, pero no menor que la de los adultos. Fundamentar estas tesis supone reconstruir el sistema de los derechos formulados en el artículo 12 de la Convención, de manera opuesta a la anteriormente indicada, que deriva de una interpretación literaria y estática, con el resultado de dar la máxima extensión y un significado nuevo y fundamental al derecho del niño a ser escuchado. Para reflexionar en esta dirección, es necesario proporcionar al uso de la libertad, a la cual se refiere el artículo 12, un sentido más amplio del uso privado y extenderlo al uso público. Esto es posible, si ponemos la libertad del artículo 12 en una relación sistemática con el concepto de libertad contenido en la Convención en el tercer párrafo del preámbulo, concepto que, en mi opinión, está en la base del conjunto entero de los derechos humanos del niño formulados en la Convención misma. El tercer párrafo del preámbulo habla de "un concepto más amplio de libertad" y lo pone en relación con dos principios básicos: el de la "dignidad de la persona" y el del desarrollo humano, expresado con la fórmula del "progreso social".

A la luz de este amplio concepto de libertad, que abarca tanto su uso privado como su uso público, es que se puede llegar a la siguiente interpretación del artículo 12: el derecho del niño de hacerse un juicio propio y de expresarse, conlleva el deber simétrico de los adultos (de todos, no solamente de los que tienen alguna responsabilidad con el niño) a escucharlo. La superación de la letra del artículo, necesaria para establecer esta relación de simetría entre el derecho del niño y el deber de los adultos, se alcanza dando una extensión correctamente amplia al concepto de "los asuntos que afectan al niño". Todos los temas sobre los que intervienen los adultos con sus decisiones y actuaciones afectan e interesan a los niños, ya sea de manera directa e inmediata, sea de manera indirecta. Y en realidad, ¿cuáles serían los asuntos que no les afectan?

Se establece así un principio del interés universal del niño, que a su vez conlleva el principio de la reciprocidad estructural de los intereses del niño y de los adultos. El resultado es, entre otros, un cambio de

perspectiva en la aplicación del artículo 12. El criterio de la relevancia universal de los asuntos para el niño no corresponde solamente a los asuntos definidos estrictamente como de sus intereses, sino a los intereses de todos los adultos. Es así que los adultos conseguirían, con la mayor extensión de su deber de tomar en cuenta la opinión de los niños, un criterio evaluativo y un método de decisión, del cual, hasta el momento, se ha hecho muy poco uso, con desventaja para todos.

Finalmente, es necesario dar un paso más allá de la letra del artículo 12. El derecho a ser escuchado tiene la misma extensión que el derecho a expresarse. A este resultado se llega por medio de los dos siguientes pasos: el primero consiste en proporcionar a la fórmula "procedimiento administrativo" el contenido más amplio posible, abarcando todas las interacciones formalizadas, semiformalizadas y hasta las informales, entre cualquier funcionario público o autoridad administrativa y el ciudadano-niño. El segundo paso radica en considerar la formulación del segundo párrafo del artículo 12 "oportunidad de ser escuchado ya sea directamente o por medio de un representante" en los procedimientos, como una especificación, con respecto a la integración entre niños y funcionarios, de un principio general que abarca todo el artículo 12 y se refiere también a las demás relaciones entre niños y adultos. De este principio se desprende el derecho del niño a ser escuchado y el deber simétrico de los adultos a escucharle.

Pero este deber no se puede reducir a la pura libertad del niño de expresar su experiencia a los otros niños y a los adultos, sino que significa, en concreto, el deber del adulto de aprender de los niños, es decir, de penetrar cuanto sea posible al interior de la perspectiva de los niños, medir a través de ello la validez de sus propias (del adulto) opiniones y actitudes y estar dispuesto a modificarlas⁴⁸. Al configurar el derecho del niño a ser escuchado, como deber de los adultos de escucharlo y aprender de él, el principio contenido en el artículo 12 se coloca como el principio central de la Convención e indica un largo camino hacia el futuro de la relación entre niños y adultos. Pero este es también el camino hacia el futuro de la democracia.

Para darnos cuenta de esto, debemos considerar la relación en la cual el derecho del niño a ser escuchado, o sea el deber de los adultos de aprender de él, se suma a los conceptos de participación y de representación. La ciudadanía, como expresión de libertad política, se realiza en el marco de los derechos políticos y de participación, con formas de participación directa e indirecta en las decisiones a nombre colectivo. La participación indirecta puede tener la fórmula del mandato representativo; pero el concepto de representación es más amplio que el de mandato.

Los adultos y las autoridades que toman decisiones a nombre colectivo, con base en la realización del deber de aprender de los niños, crean una forma de representación sin mandato, que no es la única en el funcionamiento de una moderna democracia. También la función científica, entendida como el conjunto de la actividad de investigación en el marco de las universidades y otras instituciones de la sociedad o del Estado, supone una forma de representación de las necesidades, las opiniones y los intereses de la ciudadanía. La calidad y la legitimidad de las formas de representación sin mandato, dependen, principalmente, de la realización del vínculo comunicativo o de interacción, que considero como un principio constitucional que regula la acción de las instancias representativas con respecto de la sociedad. El ejercicio del derecho a ser escuchado, en la forma de la realización del deber de los adultos de aprender de los niños, puede ser considerado también como una forma de participación, por representación del niño, en la democracia política

48 En este punto, la doctrina progresista está de acuerdo con rechazar cualquier forma de paternalismo en la determinación del interés superior del niño, así como en señalar el carácter sesgado ideológico del paternalismo. (JOHN EEKELAAR, *op. cit.*; PAOLA RONFANI, *op. cit.*, págs. 91-93).

o en la social. El vínculo de comunicación y de reciprocidad entre adultos y niños determina la calidad y la legitimidad de las decisiones que los adultos adoptan a nombre colectivo.

Es necesario, no obstante, dar un paso más allá y considerar, además de su posible sentido representativo, la variada y diferenciada articulación que el derecho del niño a ser escuchado manifiesta, si tenemos en cuenta la diversidad de las situaciones que se presentan en la interrelación de los niños con los adultos, según los distintos contextos institucionales e informales y las distintas fases de desarrollo en que se encuentra el niño. El punto de partida que propongo para afrontar este aspecto del tema es que se puede compatibilizar la vigencia general del derecho del niño a ser escuchado con todas las diferencias posibles de su forma de cumplimiento. No hay edad del niño y no hay ámbito institucional o informal de las relaciones niños-adultos en el cual la vigencia del principio normativo sea menos intensa. Sin embargo, para hacer esta afirmación, se tiene que dar al principio una extensión que va más allá de la esfera intelectual y verbal de las opiniones y del juicio propio que el niño puede formarse y expresar. El principio incorporado en el artículo 12 tiene vigencia como principio general de la Convención y se refiere, no solamente a la expresión verbal y las opiniones, sino también a todos los signos de la experiencia, sea intelectual o emotivo, y de las necesidades del niño en cada edad y situación.

El deber de aprender de los niños para orientar o modificar actitudes o acciones lo tienen los adultos, tanto con respecto a su uso público como a su uso privado de la libertad, entendiéndose por libertad el desarrollo mismo del niño, que requiere al mismo tiempo remoción de obstáculos y condiciones positivas de todo tipo (materiales, afectivas, sociales y culturales). El derecho a ser escuchado, a la luz de los principios de la Convención, lo tiene también el niño nacido prematuro, para que el especialista perciba con el estetoscopio los signos de sus problemas vegetativos y de sus necesidades; así como el adolescente que pretende hacer sentir su voz en la escuela, a la hora de establecerse los contenidos y la metodología de la enseñanza. Y finalmente, el derecho del niño a ser escuchado significa también el derecho a ser respetado en su capacidad de orientación autónoma a comenzar con la esfera vegetativa para llegar a la esfera intelectual y moral. No se trata, ciertamente, de negar el deber de los padres y los educadores de favorecer y acompañar al desarrollo fisiológico, afectivo, intelectual y moral del niño, sino de reconocer los límites que el cuidado y la función educativa encuentran allí donde se convierten, o puedan convertirse, en procesos de manipulación y en la represión de capacidades del niño y especialmente del niño pequeño.

Desde hace años, ALICE MILLER ha puesto en evidencia los graves inconvenientes que sufren los niños con estas formas de manipulación y represión, que les impiden disfrutar su natural capacidad de orientación a través de su propia experiencia, de aprender a resolver sus conflictos y elaborar sus angustias. No se trata solamente de inconvenientes que padecen los niños. ALICE MILLER, y otros autores, han señalado la importancia fundamental del tabú que la sociedad adulta impone al niño con respecto a la elaboración y la expresión de la violencia, de la que es víctima en su ámbito más cercano, en particular en el ámbito familiar, para la reproducción de los patrones de violencia en la sociedad.

La democracia tiene como condición necesaria la paz. La paz, según una definición de JOHN GALTUNG, es ausencia de violencia, de toda forma de violencia individual, física, psicológica o estructural. En este sentido, el hecho de que se tome en serio el derecho del niño a elaborar sus experiencias como víctima de la violencia, el hecho de que los adultos, la familia, la escuela, la iglesia, ofrezcan al niño la oportunidad de liberarse del peso del tabú y de esta manera de la herencia de la violencia padecida, es también un aspecto central de un autoanálisis colectivo de los adultos, que es necesario para tratar de interrumpir el círculo de la violencia y su reproducción a lo largo de las generaciones.

En un libro sobre los límites de la democracia, ETIENNE BALIBAR plantea la dificultad que encuentra actualmente la introducción, en el discurso y en la práctica del Estado social de derecho, del principio de la política como política de los derechos. La política de los derechos, escribe BALIBAR, es la que pone la democracia frente a sus límites, es decir, en aquella línea en la que se divide el presente del futuro. Una visión dinámica de la democracia, el proyecto de una democracia inclusiva de los niños como eje de una forma alternativa de desarrollo económico, que se compatibiliza y no choca con el desarrollo humano, implica una transformación del concepto mismo de política. De la política como administración del *status quo* de la sociedad, a la política como proyecto de sociedad. En la política como proyecto, el sujeto es la sociedad misma, entendida como forma constituyente y no como forma constituida del Estado. En la política como proyecto se realiza una siempre nueva fundación o refundación del Estado y del pacto —alianza— social. La política de los derechos, que es la política de la realización dinámica de la constitución del Estado social de derecho y de las convenciones internacionales que la integran, es la que permite, a través de su cumplimiento, la definición de nuevos derechos, que pone al Estado y al pacto —alianza— social en condición de renovarse continuamente. En este sentido, la política de implementación de los derechos de los niños y la realización del principio innovador, contenido en el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, indican, hoy día, un cambio de paradigma en el camino que puede llevar de la infancia de la democracia hacia una sociedad humana y madura.

5. LA DIMENSIÓN REFLEXIVA DEL DESARROLLO: EL SABER CIENTÍFICO Y LA REPRESENTACIÓN DE LAS NECESIDADES EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO

En una concepción democrática de la relación entre saber y sociedad, la investigación científica y el saber institucional son formas, sin mandato, de representación de los ciudadanos, de articulación de sus necesidades y derechos⁴⁹. Ello es cierto también para la investigación científica y el saber institucional, que tienen que ver con la situación y los derechos de los niños en cuanto soporte de las instituciones públicas y privadas que se encargan de su protección.

Si consideramos el saber institucional en este campo, podemos observar que también aquí se encuentran tres niveles: local, nacional y global (internacional). En el local, la experiencia ha demostrado la eficacia de las metodologías participativas que siguen los modelos de la "investigación acción". En el nacional y global, el saber institucional puede tener como objetivo el diagnóstico de situaciones en el marco nacional e internacional y el desarrollo de programas o estrategias para la colaboración técnica y la evaluación de las políticas locales y nacionales, respectivamente. En todos los ámbitos encontraremos una finalidad doble del saber institucional. En primer lugar, el monitoreo y el sustento de las acciones realizadas a nivel inferior; en segundo lugar el automonitoreo.

Es de importancia trascendente que el saber institucional sea acompañado por la investigación científica libre y que las instituciones nacionales e internacionales que producen los programas de acción y

49 Estas formas podrían ser subsumidas bajo el concepto amplio de "Derechos Humanos al conocimiento" (SANDKUHLER HANS JORG, *Die Wirklichkeit des Wissens*, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1991, págs. 370-391). Según este concepto, entonces, la democracia constituye una condición imprescindible para la búsqueda de la verdad científica (pág. 390).

el saber institucional colaboren con centros de libre investigación científica, o que, incluso, tengan centros propios. La libre investigación científica, puede en efecto, integrar y orientar la producción del saber institucional. Pero a diferencia de este, es "libre" de las tareas de monitoreo y de automonitoreo, que son características de los programas de acción; por lo tanto, debe conservar la libertad de elegir autónomamente sus objetivos y sus metodologías, incluso si su fin son los programas institucionales y las necesidades y problemas a los cuales se pretende responder.

Tanto el conocimiento científico como el institucional, pero en forma diferente, escuchan o deberían escuchar a los niños y representar sus necesidades. Su relación con los programas y sus operadores a cada nivel, puede ser vista como un pulmón que percibe y aspira libremente la experiencia de los programas y de su contexto social y puede volver a transmitir conocimiento a cada célula del organismo planetario formado por los programas. La colaboración con la libre investigación científica o, cuando sea conveniente la promoción de ella, ejecuta parte de las tareas de las instituciones dirigidas a poner en práctica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, especialmente de las que pertenecen a la comunidad internacional. Así, el saber científico es un medio importante e indispensable a través del cual la voz de los niños puede ser escuchada en la programación y evaluación de las políticas dirigidas a la protección de sus derechos.

* * *

LA TUTELA CONSTITUCIONAL DEL INTERÉS DIFUSO. UN ESTUDIO SEGÚN EL NUEVO CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA DE COSTA RICA*

Gilbert Armijo Sancho

CAPÍTULO I: EL INTERÉS DIFUSO

1. Introducción

Como una previa y obligatoria pauta, consideramos importante exponer, aunque de manera simple, los conceptos básicos sobre los cuales se construye la teoría del interés difuso, su defensa dentro del proceso, la intervención de los órganos públicos o de la colectividad para, seguidamente, aplicar estas premisas al análisis del Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica (en lo sucesivo CNACR); así como —en lo posible— a los diferentes modelos que ofrece el Derecho Comparado centroamericano, en materia de legitimación colectiva, tanto en general como en los diferentes órdenes jurisdiccionales.

2. Principales categorías de interés

Cuando la doctrina trata el tema de los intereses difusos, utiliza diversas denominaciones, entre ellas destacan: intereses de grupo¹, intereses sociales², intereses colectivos³, intereses supraindividuales, intereses de clase, etc.; para algunos autores estos conceptos deben utilizarse indistintamente, pues los consideran sinónimos. Como puede fácilmente constatarse, existe todo un problema nominal. Sin embargo, para tratar de comprender y definir qué entendemos por interés difuso, es necesario precisar qué alcances le da la dogmática a la voz "interés" para, acto seguido, y dentro de la necesaria concreción del estudio, indicar el significado de los derechos subjetivos.

* En: Armijo Sancho, Gilbert, *La tutela constitucional del interés difuso. Un estudio según el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica*, San José, UNICEF, 1998.

1 BIGLIAZZI GERI L.; BRECIA, U.; BUSNELLI, F.D.; NATULI, U.; *Diritto civile, 1.1. Nome, soggetti e rapporto giuridico*. Torino: UTET, 1987, p. 261.

2 ALMAGRO NOSETE, J., *La protección procesal de los intereses difusos en España*. En *Justicia*, núm. 83, Bosch, 1983, p. 82.

3 RECCHIA, G., *Considerazione sulla tutela degli interessi diffusi nella costituzione*, en AA.VV., *La tutela degli interessi diffusi*, Giuffrè, p. 187.

A Interés subjetivo

La doctrina suele cuestionarse si el "interés" es susceptible de una definición solo externa a la jurídica o si, por el contrario, éste es concebible como concepto unitario dentro del Derecho⁴. Las orientaciones sobre el punto son conflictivas y los intentos por trasladar el concepto de la esfera de la gnoseología al ámbito del derecho han provocado la aparición de diversas corrientes, entre ellas: la intelectualista, con un marcado acento en el carácter objetivo del concepto; y la voluntarista, que por el contrario propugna su carácter subjetivo. Estas concepciones teóricas sobre la relación sujeto-objeto, han sido asimiladas por el Derecho a través de lo que se denomina el realismo gnoseológico⁵ y el idealismo gnoseológico⁶. Para estas orientaciones, el interés jurídicamente relevante es solo el susceptible de tutela jurídica para la resolución de los conflictos. No obstante lo tajante de la afirmación, es indudable que bajo cualquier norma jurídica subyace el concepto gnoseológico que nace de la realidad, comprendida como el deseo de todo ser humano de que le sean satisfechas de manera individual o colectiva sus expectativas. De ahí nace la exigencia —para el Derecho— de resolver los conflictos que surgen de la convivencia en sociedad⁷. Debemos advertir, que el Derecho no tutela cualquier tipo de interés o el interés eminentemente personal, sino solo aquel que es considerado relevante por la colectividad para su normal convivencia. De ahí que sea a través del proceso político (Congreso de los diputados o Asamblea Legislativa) en donde se determine qué interés debe ser satisfecho con prioridad sobre otros; en síntesis, cuáles son los intereses jurídicamente protegidos a través de la ley⁸. De lo expuesto podemos desprender, provisionalmente, esta afirmación: los derechos subjetivos son aquellos inherentes al hombre por su sola pertenencia al Estado.

En un inicio la doctrina afirmó, que de su sola condición de hombre y de su voluntad depende el ejercicio o no de esta facultad que le concede la ley. En consecuencia, el derecho subjetivo lleva implícita la posibilidad del ejercicio de un poder o facultad respecto de un determinado "bien" para la satisfacción de un interés que la sociedad ha considerado digno de protección. Esta ha sido la concepción clásica, de lo que denominamos derechos subjetivos. En la actualidad se enfrenta sobre las nuevas posiciones. Estas demandan otro enfoque donde la voluntad ya no es absoluta sino que conlleva un poder de actuación, no arbitrario y concreto en cuanto a su contenido y funciones. Dentro de esta tesis se concibe al derecho subjetivo como el título que faculta el ejercicio de un poder encaminado a la defensa de un derecho. En resumen, el derecho subjetivo lleva implícita la facultad de exigir a otro, o al Estado, incluso coactivamente,

4 Indudablemente el interés es una idea prejurídica y poco delimitada, grosso modo, puede decirse que se trata de la actitud de alguien con respecto a algo, pero que tiene importantes consecuencias en el campo del Derecho. Véase, siguiendo la explicación de PORRAS NÁDALE, A. J., *Derechos e intereses. Problemas de tercera generación*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 10, 1991, p. 222, es PREUS quien "ha descrito la génesis del concepto interés en el pensamiento jurídico occidental a partir de una conformación diferenciada frente al ámbito de las 'pasiones' y de la 'razón' que en el primitivo esquema prehobbesiano configurarían un estado de naturaleza concebido como estado de guerra de todos contra todos".

5 En la doctrina intelectualista véase CARNELLUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: UTEHA 1944, tomo I, p. 11, indica que "interés no significa un juicio, sino una posición del hombre, o más exactamente: la posición favorable a la satisfacción de una necesidad"; también MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid, 1979, p. 87.

6 *Partidarios del voluntarismo, entre otros, MORRÓN, M., Sobre el concepto de Derecho Procesal, en Revista de Derecho Procesal, 1962, p.518.*

7 Para los clásicos, como CARNELLUTTI, F., *op. cit.*, p. 16, se produce un conflicto de intereses cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad es excluida por otra. Para MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso*. Madrid: Tecnos, 1976, p. 86 y ss., el conflicto supone la incompatibilidad de los intereses de dos sujetos en relación con un mismo bien.

8 PORRAS NÁDALE, A. J., *Derechos e intereses... op. cit.*, p. 222, afirma que esto sería el "resultado de una elevación privilegiada de determinados intereses que afectan a esferas prioritarias del ámbito vital de los ciudadanos, cuya satisfacción quedará asegurada por los correspondientes deberes de otras personas o instituciones, actuando el poder estatal como garante último de este cumplimiento".

la satisfacción de los fines que le han sido asignados por el ordenamiento jurídico, entre estos, derechos a la salud, a un ambiente sano, etc.⁹ Consecuentemente, se infiere que en el moderno Estado de Derecho, se debe garantizar al hombre o al niño el respeto de sus derechos subjetivos.

B. Interés jurídico o tutelar

También coexiste una amplia gama de intereses que se han objetivado como dignos de tutela jurisdiccional. Existen en doctrina diversas concepciones de los intereses jurídicos o tutelares. Independientemente de las corrientes doctrinarias, todos tienen en común que llevan implícita la exigencia de protección jurídica para el sujeto afectado. Cuando se habla de intereses tutelares existen tantas clasificaciones como autores, por ahora y solo para efectos didácticos, podemos agruparlos en: individuales, públicos y sociales¹⁰, o siguiendo la doctrina italiana, en intereses individuales y colectivos¹¹. En España, Almagro Nosete, uno de los primeros juristas que se ocupó del tema, afirma que "los intereses son múltiples y de naturaleza varia. Es muy difícil, por no decir imposible, reconducir la rica gama de éstos a clasificaciones cerradas"¹². De lo expuesto se deduce que en la actualidad podemos apreciar la existencia de intereses individuales e intereses generales, intereses privados e intereses públicos y, finalmente, intereses personales e intereses sociales (los denominados colectivos o difusos). Característico de estos intereses es que se le garantiza a la colectividad que tendrá una esfera de protección que no puede ser inquietada o perturbada mediante agresiones de carácter antijurídico.

C. Interés legítimo

En Italia, es quizá, donde mayormente se ha desarrollado este concepto típico del Derecho Administrativo¹³. De hecho, se le utiliza como instrumento teórico para separar la jurisdicción ordinaria (que conoce de los derechos subjetivos) y la administrativa (que se aboca a tratar los actos administrativos lesivos de un interés legítimo)¹⁴. Algunos autores propugnan que los intereses difusos sean incluidos dentro

9 En su momento, parte de la doctrina, aceptó que estos intereses y los difusos se encontraban íntimamente relacionados, así, Sgubbi, cuando afirmaba: "La característica fundamental de los denominados intereses difusos es la existencia de una continua interferencia entre el aspecto individual y el colectivo. Este aspecto colectivo no debe llevar a considerar dichos intereses como alternativos o antagónicos a las tradicionales situaciones jurídicas subjetivas, sino más bien se complementan, ya que el interés o la necesidad de salvaguarda de un específico derecho subjetivo es común a la colectividad, siendo compartido por sujetos distintos del que aparece como titular del específico bien lesionado. En la propia terminología utilizada se encuentra la base de la anterior afirmación: se trata de un 'interés', esto es una aspiración, 'difuso', o sea, presente de modo informal y propagado a nivel de masa en ciertos sectores de la sociedad". Ver SGUBBI, F., *Tutela penale di "interessi diffusi"*, en *La questione criminale*, 1975, pp. 439 a 481.

10 Los intereses individuales son aquellos que comprenden todo lo relativo a la personalidad (por ejemplo, la vida, integridad física, salud, etc.); los intereses públicos son los que corresponden al Estado en tanto que organización pública con distinta y determinadas necesidades; finalmente, los intereses sociales se configuran con los relativos a la paz y el orden, la seguridad general, el bien común, el progreso y difusión cultural, conservación de los recursos naturales, etc. Así POUND, R., *Social control through law*, Yale, 1942.

11 Véase, entre otros, COCCO, G., *Spunti problematici in ordine alla individuazione de alla tutela degli interessi diffusi*, en *Rilevanza a tutela degli interessi diffusi: modi e formedi individuazione e protezione degli interessi della collettività*. Milano, 1978, p. 348; DE VITA, A., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettive nella prospettiva del sistema francese. Aspetti del problema e specificazioni in tema di protezione degli interessi dei consumatori*, en *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparado*. Milano, 1976, p. 349 y ss.

12 ALMAGRO NOSETE, J., *Constitución y proceso*. Barcelona, 1984, p. 184.

13 GIANNINI, M., *Lezioni di diritto amministrativo*. Milan, 1950, t. I, p. 272.

14 ALMAGRO NOSETE, J., *Constitución... op. cit.*, p. 187.

de este concepto para así brindarles protección¹⁵. El término en sí, es problemático y no ajeno a la discusión doctrinaria¹⁶, pero, en general, se acepta que se trata de "un interés individual que se tutela a través de un interés público"¹⁷ protegido por el ordenamiento a través de los órganos jurisdiccionales.

A partir de Chiovenda, se consideró que el interés legítimo implicaba para el sujeto un poder de reacción procesal. En la actualidad, se afirma que es inconcebible conceptualarlo sin tomar en consideración el interés individual que asiste al individuo y su relación con el poder administrativo. Lo anterior implica que puede ser de importancia para comprender los intereses supraindividuales, pues, si aceptamos que es factible alejar este concepto del estricto marco administrativo, podemos entenderlo como aquellos intereses que son receptados por el ordenamiento jurídico como dignos de tutela, aun en forma indirecta o refleja¹⁸. Para quienes propugnan esta posición, lo expuesto tiene incidencia interpretativa constitucional, pues afirman que los intereses legítimos están íntimamente ligados con el derecho a la libertad o a la tutela jurisdiccional, e incluso en la defensa de esos derechos o libertades de otro, aunque no sea el titular directo. Lo anterior es fácilmente entendible si recordamos, como lo afirma Acosta Estévez que: "en el interés legítimo existe el interés general de una colectividad también defendida por normas jurídicas"¹⁹.

Al margen de lo expuesto, para Cappelletti, es sumamente difícil reconducir las situaciones tradicionales de "interés legítimo" a esta nueva categoría, precisamente porque los intereses difusos, en sentido estricto, serían iguales a los intereses públicos, pero no subjetivamente. En estos supuestos nadie es titular y al mismo tiempo todos los miembros de un grupo o de una categoría determinada son sus titulares²⁰. En algunas legislaciones como la española, es comprensible que se trate de recurrir a la figura del interés legítimo, como una manera de establecer un mecanismo de protección para los intereses difusos o de grupo, en especial, si recordamos que el derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales aparece en el artículo 24.1 de la Constitución Española vinculado al "ejercicio de los derechos e intereses legítimos" de toda persona. Para acceder, por tanto, a una tutela judicial efectiva, parece que se hace necesario ejercitar un derecho a un interés legítimo²¹.

15 GONZÁLEZ CANO, M. I., *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*. Valencia: Tirant Monografías, 1997, pp. 106 y ss.

16 Ver COLTELLI, R., *Considerazioni sugli interessi privati e sull'interesse legittimo nel giudizio amministrativo*, en *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1976, pp. 862 y ss., ACOSTA ESTÉVEZ, J., *Tutela procesal de los consumidores*. Barcelona: Bosch, 1995, p. 34.

17 BUJOSA VADELL, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona: Bosch, 1995, p. 35.

18 Este aspecto lo maneja la doctrina desde hace mucho tiempo, véase por ejemplo, ZANOBINI, G., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1954, t. I, p. 238.

19 ACOSTA ESTÉVEZ, J., *Tutela... op. cit.*, p. 38.

20 CAPPELLETTI, M., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, en *Rivista di diritto processuale*, 1975, p. 372. JIMÉNEZ MEZA, afirma: "Los denominados intereses difusos son parte de esa nueva gama del derecho actual y 'viviente' necesitado de tratamiento, estudio y aplicación protectora. Intereses que no entran en la categoría de los legítimos o de los derechos subjetivos, siendo los primeros de mejor ubicación frente a la Administración por los administrados y, los segundos, en el plano de las relaciones intersubjetivas y privadas". También puede consultarse JIMÉNEZ MEZA, M., *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*. San José: Editorial Lil, 1990, p. 329.

21 En contra ALMAGRO NOSETE, J., *El Derecho Procesal en la nueva Constitución*, en *Constitución y proceso*. Barcelona: Librería Bosch, 1984, p. 26.

3. Definición conceptual

Cuando abordamos la categoría del interés difuso, nos enfrentamos a una terminología, oscura por naturaleza, que niega, en principio, los dogmas clásicos del derecho individual y acepta y potencia la necesidad de tutela para las personas vinculadas por una necesidad común²². Los primeros antecedentes, de lo que hoy denominamos intereses difusos, los encontramos en algunos escritos de la doctrina italiana de 1911 y 1912²³. En estos trabajos se anticipaba ya el problema que constituía la existencia de unos intereses propios de una pluralidad de personas y se analizaba la posibilidad de que fueran defendidos por los sujetos privados cuando la tutela, a través de los poderes públicos, fuera insuficiente²⁴. Esta orientación se ve potenciada con el surgimiento del movimiento obrero, en el cual se articulan formas de solidaridad colectiva que obligan al Estado a replantear algunos de sus esquemas tradicionales.

A Interés difuso

En la actualidad, esta concepción es analizada desde la óptica de los derechos de la tercera generación. Se les denominó intereses difusos, porque el principal obstáculo por superar lo conformaba la teoría procesal de la legitimación, al no encontrarse las personas en el supuesto clásico del derecho subjetivo individual²⁵. Entre los requisitos que le son inherentes al derecho subjetivo, podemos mencionar que el sujeto que reclama como titular la violación del derecho debe acreditar que le asiste un interés directo, cierto e inmediato²⁶. Fue entonces que la doctrina comenzó a potenciar múltiples expresiones reformistas y se incluyó, dentro del ámbito de protección de los intereses difusos, todos aquellos denominados de la tercera generación. Entre estos destacan: el derecho al ambiente, el derecho al desarrollo, el derecho a la salud, el derecho a la paz, etc.²⁷

Estos derechos, en la mayoría de los ordenamientos, se encuentran deficientemente tutelados y cuando lo están responden a fórmulas abstractas e indeterminadas que dificultan su interpretación. Su tutela ha surgido para enfrentar el proceso acelerado de socialización que encara el hombre actual, caracterizado por la mayor interacción entre los grupos sociales y las relaciones de dependencia que lo

22 Para Jiménez Meza, "los denominados intereses difusos son parte de esa nueva gama del derecho actual y 'viviente' necesitado de tratamiento, estudio y aplicación protectora. Intereses que no entran en la categoría de los intereses legítimos o en el de los derechos subjetivos, siendo los primeros de mejor ubicación frente a la Administración por los administrados y, los segundos, en el plano de las relaciones intersubjetivas privadas". JIMÉNEZ MEZA, M., *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos. Procedimiento administrativo, tributario y contencioso administrativo*. 2 ed., San José: Mundo Gráfico S. A., 1998, pp. 454-455.

23 BUJOSA VADELL, L., *op. cit.*, p. 63.

24 Véase sobre este aspecto, TARZIA, G., *Le associazione di categoria nei processi civile con rilevanza collettiva*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1987, pp. 775-776.

25 "El interés individual es el supuesto normal contemplado por el derecho, bien porque el mismo se origina desde una concepción individualista de las relaciones entre los hombres en sociedad, bien porque tradicionalmente los conflictos jurídicos se han presentado entre dos personas. Por esas razones la legitimación se ha contemplado en los términos que hemos examinado antes, y tanto en el caso de la ordinaria como en el de la extraordinaria por sustitución. A lo más que se había llegado era a admitir la posibilidad de que existieran varios titulares de la relación jurídica material en sus posiciones activa o pasiva, con lo que las afirmaciones propias de la legitimación ordinaria deben hacerse por varios contra varios." Así MONTERO AROCA, J., *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*. Granada: Editorial Comares, 1997, p. 45.

26 ARAZI, R., *Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 199.

27 PELLOUX, R., *Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification*, en *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*. 1981-1, pp. 67-8.

colocan en situación de desventaja, tanto a niños como a otros grupos sociales, frente a los detentadores del poder, ya sean estos sujetos de derecho privado o público²⁸. Esta situación fáctica exige la ejecución de nuevas reglas que les permitan a los individuos, en situación de desventaja, una mayor protección jurídica y la tutela procesal de sus derechos.

En términos generales, podemos conceptualizarlos, indicando que estaremos en presencia de intereses difusos cuando estos pertenecen a todos y a cada uno de los miembros de un grupo, clase, comunidad, pero sin que medie la existencia de un vínculo jurídico determinado. Así, por ejemplo, el interés por respirar aire no contaminado por el humo de los autobuses y el de disfrutar del beneficio de la educación para los niños, puede pertenecer a un grupo pequeño, pero indeterminado como el de los habitantes del centro de una gran ciudad y los que ocasionalmente concurren a esa zona. De lo expuesto puede afirmarse, que están íntimamente relacionados con situaciones de hecho, en algunos casos, con un marcado carácter socioeconómico con relevancia jurídica, que pueden afectar a la niñez y a la adolescencia.

Se indica que se caracterizan por su naturaleza conflictiva y en un primer momento con un marcado acento de oposición a los esquemas jurídicos tradicionales²⁹. En efecto, salvo algunas excepciones, la mayoría de los ordenamientos se niegan a integrar los derechos difusos como parte importante de sus derechos constitucionales. La situación de Brasil es excepcional, pues es el Ministerio Público el órgano constitucional que ejerce la acción en defensa de los intereses difusos de los niños³⁰. En muchos otros ordenamientos, la interpretación es el parámetro que nos ha de permitir deducir si estos intereses son objeto de tutela constitucional en nuestros respectivos ordenamientos jurídicos.

B. Interés colectivo

En doctrina suele cuestionarse si los términos interés difuso y colectivo pueden ser utilizados como sinónimos. La respuesta no es unánime, pues algunos autores utilizan ambos conceptos en forma indiferenciada³¹. Lo cierto del caso, es que para aquellos que suelen separarlos, es claro que existen diferentes categorías:

a) Intereses propiamente individuales, referidos a bienes divisibles y por ello, susceptibles de apropiación y goce específico.

28 Para SUGUBBI, citado por ACOSTA ESTÉVEZ tales intereses representan instancias contrapuestas a las posturas jurídico-económicas dominantes en la sociedad actual, dirigidas a la consecución de un control sobre la actuación de la actividad económica y ejercicio del poder vinculado a la misma. Por ello, lo que intenta conseguir es que la libertad de obtención y apropiación del beneficio privado tenga un límite en la salvaguarda de determinados bienes de carácter colectivo o difuso. En definitiva, el interés difuso se presenta como una superación del modelo que entiende que el interés de la clase dominante en obtener el beneficio propio coincide con el interés de la colectividad. Así ACOSTA ESTÉVEZ, J., *Tutela procesal de los consumidores*. Barcelona: Bosch, 1995, pp. 40-41.

29 BARRIOS de ANGELIS, D., *Introducción al estudio del proceso. La psicología y la sociología del proceso. El Ombudsman. La defensa de los intereses difusos*. Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 126; también PELLEGRINI, A. G., *Tutela jurisdiccional dos interesses difusos*, en *Revista uruguaya de Derecho Procesal*, 1977, p. 13, entre otros.

30 En igual sentido la Constitución brasileña de 1988, artículo 129.

31 LIBSTER, M., *Delitos ecológicos*. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 253; VERONESE, J. R. P., *Acao civil pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos da populacao-juvenil*. Inédito, p. 7. Incluso para algunos autores como González Cano, "el interés difuso es un interés colectivo, un interés legítimo colectivo que en principio no cuenta con una representatividad identificable, organizada y estable, pero con igual contenido y con los mismos fines que dicho interés colectivo". Aunque agrega: "Interés colectivo e interés difuso son figuras iguales desde el punto de vista objetivo y diversas desde el subjetivo". Véase GONZÁLEZ CANO, M. I., *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*. Valencia: Tirant Monografías, 1997, pp. 105-106.

b) Por otra parte, tenemos a los intereses colectivos y difusos³². Estos, grosso modo, son los referidos a bienes no susceptibles de apropiación exclusiva, son intereses de cada uno y, a la vez, de todos los miembros del grupo social o colectividad indeterminada. Suele indicarse también que el individuo no es propiamente su titular, en el sentido clásico, ya que puede darse el caso de que la amenaza o la lesión propiamente dicha no lo afecte realmente. Lo expuesto, más que diferenciarlos parece confundirlos. Este problema ha sido estudiado desde diferentes puntos de vista. Así, para un sector de la doctrina, los intereses colectivos se refieren a grupos limitados a veces unidos por un vínculo jurídico para la persecución de fines propios (sindicato, asociaciones profesionales, familiares, etc.)³³. Mientras que los difusos afectan al individuo como miembro de la sociedad, en donde no existe, un particular ligamen jurídico y por ello, se permite que cualquiera gestione para hacer valer una tutela general y preventiva, pues estamos en presencia de bienes no susceptibles de apropiación exclusiva por un sujeto o colectividad; su goce o disfrute y su ejercicio son concurrentes con el de otros miembros de la sociedad. Se basan más en situaciones de hecho, genéricas, mutables y accidentales, como vivir en una determinada región, consumir determinados productos, etc.

Lo expuesto, no impide que las acciones que se presenten para tutelar cada uno de estos intereses, pueda contener múltiples aspectos procesales comunes. Sobre todo cuando responden a acciones interpuestas por asociaciones creadas para defenderlos como formas de acción social. Esta situación, que puede presentarse, no niega o excluye que en los ordenamientos que así lo permiten, cuando se trata de intereses difusos, cualquiera pueda defenderlos y esté legitimado para reclamar la tutela jurisdiccional.

4. Legitimación

Las particulares circunstancias del interés difuso han hecho que la doctrina se cuestione a quién corresponde la legitimación para su defensa³⁴. Algunas legislaciones han optado por la denominada protección publicista centrada en la figura del Ministerio Público, o incluso en otros órganos públicos especializados como el Defensor del Pueblo o *Ombudsman*. Para otros es preferible acudir a la opción de la acción popular como una forma de tutela colectiva.

32 La legislación brasileña, aunque utiliza indistintamente los conceptos difusos y colectivos, por ejemplo en el Estatuto del Niño y del Adolescente, art. 208, suele distinguir entre la acción colectiva en defensa de intereses colectivos, reconociendo legitimación a asociaciones que incluyen entre sus objetivos la defensa de esos intereses (Ley Nº 7347, de 24 de julio de 1985); y, por otra parte, la acción colectiva para la defensa de intereses individuales homogéneos, legitimando al Ministerio Fiscal, organismos públicos y asociaciones (Ley Nº 8078, de 11 de setiembre de 1990, que aprueba el Código de Defensa del Consumidor).

33 BARBOSA MOREIRA, J.C., *A acao popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados "interesses difusos"*, en AAVV, *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, vol. IV, Milano: Giuffrè, 1979, pp. 2674-2677.

34 "La legitimación es la aptitud de una persona para ser parte en un determinado proceso o asunto judicial. Esa aptitud se considera respecto a la posición en que se encuentre el actor respecto de la pretensión que dé lugar al proceso, entendiéndose por pretensión lo que el actor pide que le sea reconocido jurisdiccionalmente. Esa legitimación comprende simultáneamente dos cuestiones: una procesal o de forma dirigida a determinar si al actor le corresponde el ejercicio de la acción que promovió y otra, sustancial o material para determinar si el recurrente, dado el objeto que persigue con la demanda, está o no protegido por ese derecho para recibir el apoyo jurisdiccional." MARIENHOFF, M. S., *La legitimación en las acciones contra el Estado*, en *La Ley*, 1986-C-899.

A Alternativas de política jurídica

Estas decisiones de política jurídica no han estado exentas de crítica. Así, por ejemplo, se indica que el Ministerio Público no es el órgano apropiado por carecer de los mecanismos para litigar³⁵. Para otros, como Almagro Nosete, incide en esta situación lo que denomina la "*conflictualidad social*", pues enseña que en los procesos donde existen de por medio intereses difusos, estos pueden hacer peligrar la neutralidad y objetividad del Ministerio Público³⁶.

En respuesta a este planeamiento, se han ensayado diferentes alternativas procesales: caso del fiscal privado (*private attorney*), que ejerce una acción pública delegada por el fiscal general. También tenemos la *class action* norteamericana³⁷. En esta la acción la intenta un grupo por medio de un representante que se constituye en parte, en defensa de sus intereses. La característica de este sistema es que, en caso de recaer cosa juzgada, afecta a todos los que forman parte del grupo siempre bajo determinados supuestos. En caso de obtener una indemnización, esta se redistribuye entre los afectados. También se aceptan las acciones promovidas por asociaciones privadas en defensa de intereses colectivos determinados³⁸ y, desde luego, las acciones que pueden estar a cargo de individuos interesados, permitiendo que cualquiera pueda accionar en nombre de todos³⁹.

35 SMAYEVSKY, M., y FLAH, L. R., *Legitimación de los titulares de intereses difusos*, en *La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg. Abeledo-Perrot*, 1995, p. 401.

36 ALMAGRO NOSETE, J., *Nuevos horizontes del derecho a la justicia*. Madrid, 1977, pp. 33 y ss. También se muestra en contra de otorgarle esta representación al Ministerio Público, en los asuntos por intereses difusos, MONTORO PUERTO, M., *Intervención del Ministerio Fiscal en el Anteproyecto de la Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo*, en *Documentación Jurídica*, 1986, t. XIII, Nº 51, pp. 771 y ss.

37 El Dr. Manrique Jiménez Meza, distingue como elementos diferenciadores de la acción popular y de la acción de clase los siguientes. "A) La acción de clase es una acción de categoría; mientras que la acción popular es una acción efectuada por cualquier ciudadano, sea nacional o extranjero (al menos así debiera ser) con capacidad procesal para hacerlo. B) La acción de clase supone un conjunto de bienes y elementos identificados entre sí que componen la clase. En la acción popular basta la simple confirmación objetiva de la afectación para el ejercicio impugnatorio, sin la previa concertación colectiva, aun cuando sea en función de bienes colectivamente relacionados. C) En la acción de clase se da el fenómeno de unos pocos actores por muchos afectados, en la acción popular es uno o varios por todos, o casi todos. D) La acción de clase recae en un destinatario común que es parte componente de la generalidad social; en la acción popular el destinatario es todo ciudadano, nacional o extranjero, en el ejercicio de la tutela de un bien jurídico objetivo e instrumentalizable. E) Una clase o categoría absorbe a todos los sujetos adentrados en la hipótesis objetiva sustancial; en la acción popular podrían existir varias y coincidentes acciones para la protección de un mismo bien, suponiéndose a la sumo una posible acumulación de acciones, si ello fuere procesalmente factible. Pero nunca nacería como acción de clase sino como una acción ciudadana más amplia y diluida. F) La acción de clase se entiende como la suma de acciones individuales representada en una sola, lo que excluye, en hipótesis de normalidad aplicativa, la acción concurrente. La acción popular por definición no excluye la acción subjetiva y por ello es factible la confirmación procesal concurrente". JIMÉNEZ MEZA, M., *Justicia constitucional y administrativa*. San José: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1997, pp. 195-196.

38 Esta vía ha sido aceptada internacionalmente por la CE, ONU, etc.

39 CAIANIELLO, *La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali nella materia ambientale*, en *Foro Administrativo*, 1987, pp. 1317-1318, afirma que "se está ante intereses cuya titularidad, antes de que alguno se haga su valedor para invocar su tutela, es indeterminada precisamente porque es de todos: se trata de intereses que se hacen evidentes en su globalidad, no pueden considerarse fraccionales entre cada uno de los individuos, aunque también pueden ser ejercidos a título individual. Por ello, los intereses difusos pueden ser definidos 'adespoti', en cuanto referidos a una serie indeterminada de sujetos y en cuanto referibles a cada uno de ellos por entero".

B. Acción e interés difuso

La amplia variedad de alternativas procesales, pone en evidencia la problemática que surge ante el concepto "acción" e "interés difuso" y, sobre todo, el problema procesal que se abre en cuanto a la legitimación activa⁴⁰.

Tradicionalmente, se ha exigido la concurrencia de un determinado nexo entre los sujetos y el objeto del proceso para que aquellos estén habilitados para ser partes legítimas. Una vez aclarado esto, se afirma en doctrina, es fácil darle respuesta a la pregunta de ¿cuáles son los sujetos legitimados para la defensa judicial respecto de los no intervinientes?⁴¹ No obstante la importancia del punto, los diversos autores que han tratado el tema, lejos de aclararlo, lo han convertido en un verdadero nudo gordiano⁴². Quizá esto obedezca a que las discusiones han girado alrededor de las diversas concepciones de la acción y las relaciones que deben existir entre el derecho material y el derecho procesal. Verbigracia, la teoría concreta de la acción que propugna por lograr una sentencia favorable, desecha como concepto útil la legitimación, centrando sus intereses en los conceptos de capacidad y representación. En criterio de Ramos Méndez, este es un intento vano, porque se trata de que solo acudan al proceso los verdaderos titulares de la relación jurídica material, que por lo demás es inútil, porque será solo la sentencia la que determine quiénes son los verdaderos titulares⁴³. En los últimos años, conforme se expuso supra, se habla de la necesidad de un interés para accionar; este, por haber sido lesionado, precisa de una satisfacción jurídica a través de los órganos de la jurisdicción.

Allorio, señala que el problema de la legitimación no es un problema de la teoría, sino que responde a una decisión política del legislador, pues este, desde el momento en que aprueba una ley, señala a quién le corresponde la tutela y por consiguiente se sobreentiende la presencia del interés en la norma que lo autoriza para interponer la acción⁴⁴. Desde este punto de vista, el ordenamiento le reconoce al demandante la existencia de un interés protegido, con lo cual —en opinión de Lozano-Higuero Pinto— aparece otro criterio a considerar para establecer la legitimación procesal activa: el del interés del demandante a la tutela jurisdiccional⁴⁵, o lo que la doctrina alemana ha denominado "la necesidad de tutela jurídica" (*Rechtsschutzbedürfnis*). Ciertamente,

40 Ejemplo de la problemática es la tesis que propugna que la acción popular puede ser excluyente de la acción subjetiva, criterio que no comparte Jiménez Meza, cuando indica que: "Ilámese acción correlativa a la doble acción procesal incoada por el mismo sujeto, tanto en el ejercicio de la acción popular como en el ejercicio de una acción subjetiva. La simultaneidad procesal en modo alguno invalida una acción respecto de la otra, toda vez que ambas tienen causas e implicaciones diferentes, aunque no necesariamente sean contrapuestas y excluyentes. Supongamos que un determinado sujeto ejercita la acción popular en defensa de los valores históricos-arquitectónicos (interés difuso) que pudieran ser destruidos y, simultáneamente, como vecino que fuese afectado, pudiera ejercitar la acción subjetiva con reclamación de reconocimiento de daños y perjuicios en su favor". JIMÉNEZ MEZA, M., *Justicia ... Op. cit.*, pp. 184-185.

41 GÓMEZ DE LIAÑO, F., *La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en *Justicia*, N° III, 1986, pp. 550-551; CAPPELLETTI, M., *La protección de intereses colectivos y de grupo en el proceso civil*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de México*, N° 105-106, enero-junio de 1977, p. 76; BARRIOS DE ANGELIS, D., *Introducción al estudio del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 134, entre otros.

42 ALMAGRO NOSETE, J., *El "libre acceso" como derecho a la jurisdicción. Consideraciones de Derecho Procesal*. Barcelona: Librería Bosch, 1984, p. 115.

43 RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Bosch Editor, 1992, pp. 251-252.

44 ALLORIO, E., *¿Necesidad de una tutela jurídica?*, *Problemas de Derecho Procesal*, t. II, Buenos Aires: Ejea, 1963, p. 275.

45 LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *La protección procesal de los intereses difusos*. Madrid, 1983, p. 182.

tras la normativa que determina quiénes son los legitimados para accionar se ocultan, algunas veces, criterios de derecho económico. Estos restringen las legitimaciones amplias como la acción popular. Estas medidas tienden a impedir una alta litigiosidad ante los tribunales ordinarios y extraordinarios. Pero aun este aspecto que puede resultar razonable, no oculta el hecho de que la legitimación es una cuestión de elección política, luego vendrá el análisis técnico que determine a quién le asiste un interés legítimo para accionar. Sin perder de vista esta situación sociológica, consideramos pertinente exponer —de manera breve— algunas vías legitimarias que se abren para la tutela de estos intereses en el derecho comparado. Para ello, utilizaremos dos grandes grupos: la tutela pública de los intereses difusos y la tutela colectiva de los intereses difusos.

5. El acceso a la tutela judicial

En algunos ordenamientos, el ejercicio de la acción que trasciende la esfera individual es confiado a órganos, instituciones o entes públicos tales como el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo o a la colectividad a través de la acción popular, la "*class actions*" americana, etc. Instituciones, personas y asociaciones tienen competencia para iniciar o para intervenir en procesos en los que se ventilan intereses difusos.

Estas posibilidades han sido ampliamente discutidas por la doctrina, a modo de ejemplo, véase:

En Italia, los principales exponentes de la legitimación colectiva son: las asociaciones sindicales, aunque para Tarzia la legitimación sindical continúa siendo dudosa⁴⁶; también las organizaciones de inquilinos o propietarios, reguladas en la ley de 27 de julio de 1978, se han aceptado por vía de interpretación jurisprudencial, aunque su participación ha sido escasa; merecen mencionarse las asociaciones profesionales agrarias, de conformidad con el artículo 47 de la ley de 3 de mayo de 1982, entre otras. En el proceso civil existen diversos problemas para implementarla, lo que no ocurre en el proceso penal donde el ejercicio de la acción le corresponde al Ministerio Público, en especial, para efectos de la acción civil tendente a lograr el resarcimiento de los daños ocasionados por la vulneración de intereses difusos. Se intentó por esta vía la tutela de comités de barrio, organizaciones de defensa del ambiente o para la defensa de los consumidores, aunque es difícil verificar el daño resarcible, inmediato y directo que exige la ley ante estos supuestos⁴⁷.

En España, el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece la legitimación colectiva a favor de corporaciones, asociaciones y grupos, cuya única finalidad es actuar procesalmente en defensa de los intereses colectivos. También se encuentra regulada la acción popular. La ley le otorga a los ciudadanos la legitimación para que puedan solicitar la tutela judicial ante una determinada violación de los derechos difusos, como ocurre con el ambiente⁴⁸, urbanismo (art. 235 de la Ley del Suelo) y consumo, en defensa de

46 TARZIA, G., *Le associazioni di categoria nei processi civili con rilevanza collettiva*, en *Rivista di Diritto Procesuale*, 1987, pp. 775-782.

47 Así GUERCIO, V., MARIANI, E., MAZZACANE, E., VIRGILIO, B., *La giurisprudenza sugli interessi diffusi*, en *Giustizia civile*, II, 1981, pp. 478-479.

48 Artículo 16 del Decreto 833/1975 de 6 de febrero que desarrolla la Ley 38/1972 de protección del medio ambiente atmosférico.

los intereses generales de los consumidores y usuarios (art. 9.2 de la Constitución española). Asimismo, están facultados para actuar en defensa de estos intereses el Ministerio Público (art. 124 de la Constitución española) y el Defensor del Pueblo (art. 162 de la misma Constitución), entre otros⁴⁹.

En Alemania, se les reconoce la legitimación colectiva, a las asociaciones, por medio de la acción asociativa o "*Verbandsklage*". Se trata de una especie de defensa de intereses de grupo que permanecen individuales. Por esta razón las asociaciones solo pueden actuar en favor de sus miembros cuando exista una previsión legislativa que así las autorice ("*Gesetzliche Prozesstandschaft*") o si les han conferido mandato general o especial por sus miembros para accionar ("*gewillkürte Prozesstandschaft*"). Conscientes de las limitaciones de esta posición, parte de la doctrina alemana, propugna ampliar —por medio de la interpretación— la legitimación colectiva de las asociaciones, por ejemplo, para la competencia desleal (parágrafo 13 de la Ley de Competencia Desleal, conocida por sus siglas UWG), o a las asociaciones de abogados, de conformidad con la Ley de Abuso de Asociación Jurídica ("*Rechtsberatungsnissbrauchgesetz*"). Otros como Rehinder, E., Burgbacher, H.-E., Knieper, R., propugnan por la introducción de la "*Bürgerklage*" o acción ciudadana para conceder la legitimación a cualquier ciudadano en temas de ambiente⁵⁰.

En el Brasil, la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 (en adelante CRFB) amplió los entes legitimados para defender los intereses difusos. Esta alternativa se le brinda a las asociaciones, cuando están expresamente autorizadas y tengan un poder judicial y extrajudicial para representar a sus miembros (CRFB, art. 5, XXI). También se le otorgan amplias facultades a los partidos políticos, organizaciones sindicales, entidades de clase y se amplía el contenido de la acción popular (CRFB, art. 5, LXXIII); ocurre lo mismo con una amplia gama de legitimados activos para interponer la acción de inconstitucionalidad (CRFB, art. 103). Se le brinda también una amplia legitimación al Ministerio Público para ejercer la acción civil pública en defensa de los intereses colectivos y difusos (CRFB, art. 129, III, IV, V)⁵¹. Además, a los indios, tanto a nivel comunitario como de organizaciones, se les confiere la legitimación activa en defensa de sus intereses (CRFB, art. 232). La legislación secundaria le otorga la capacidad para actuar a un amplio grupo de personas, así la Ley número 7853, de 24 de octubre de 1989 (establece la acción civil pública en defensa de las personas portadoras de deficiencias), la Ley número 7913, de 7 de diciembre de 1989 (permite la acción pública para establecer la responsabilidad ocasionada por los daños que se derivan del mercado de valores mobiliarios), la Ley 8864, de 11 de junio de 1994, instituye en el artículo 88 la acción de responsabilidad por daños causados referentes a infracciones de orden económico, etc.⁵²

49 *Tratando este tema, y con referencia al proceso administrativo en España afirma GONZÁLEZ CANO: "Ahora bien, ¿debe entenderse que el Anteproyecto de 1996 implica el reconocimiento de la legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir en el orden administrativo, en defensa de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 de la CE, cuando dichos derechos constituyan o afecten a intereses legítimos de carácter colectivo o difuso? Según GIMENO, hay que contestar afirmativamente a este aspecto, partiendo de que, en primer lugar la expresión 'persona directamente afectada' del art. 162.1,b) de la CE hay que identificarla con la de portador de un 'interés legítimo'; y, en segundo lugar, de que tal interés puede no solo ser individual, sino también general, social, colectivo o difuso". GONZÁLEZ CANO, M., op. cit., pp. 140-141.*

50 REHBINDER, E., BURGBACHER, H.-E., KNIEPER, R., *Bürgerklage im Umweltrecht*, Berlin: Springer, 1972, pp. 163 y ss.

51 *Diferente ha sido la solución en otras latitudes, así por ejemplo las Relator Actions, características de algunos países del Common Law "es el órgano equivalente al Ministerio Público —en general, el Attorney General— hace valer un interés general o trata de impedir una actividad contraria a tal interés; los individuos particulares, en principio, no pueden actuar en su protección, pero pueden excitar a este órgano público para que actúe, si no lo hace, de forma subsidiaria, el propio particular puede ejercitar su pretensión en nombre y con el consentimiento (fiat) del Attorney General". Véase, BUJOSA VADELL, L., op. cit., pp. 246-247.*

52 *Véase en igual sentido, MAZZILLI, H. N., A defesa dos interesses difusos em juízo. Meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e colectivos. Sao Paulo: Saraiva, 1990, p. 10.*

A La tutela pública del interés difuso

En algunos de estos países, se reconoce la legitimación para la tutela de los intereses difusos a entes públicos especializados, básicamente al Ministerio Público, lo cual no implica que se acepte que ellos sean los titulares del derecho sino sus representantes, es decir, ejercen la acción en nombre de la colectividad⁵³.

Las razones que han llevado a otorgarle al Ministerio Público la defensa de los intereses difusos pueden resumirse de la siguiente manera: en representación del Estado defiende aquellos intereses que tienen un carácter legal general (los intereses difusos se encuentran en esta situación). La multiplicidad de titulares aconseja que sea un solo órgano en representación de la colectividad que fiscalice y vigile su estricto cumplimiento. Tiene por misión la acción de la justicia en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público. Es un órgano objetivo e independiente de los poderes del Estado, lo cual garantiza que asuma en nombre de los afectados la defensa de sus derechos.

Esta es una alternativa no exenta de críticas. Parte de la doctrina objeta esta elección por razones de oportunidad. Así, para Barrios de Angelis, el Ministerio Público solo debe intervenir subsidiariamente, pues indica que "no solo representa la causa de la comunidad total sino que lo hace cuando es presumible la debilidad institucional de otro sujeto para el ejercicio de la legitimación. Ese es el corolario de su acción en beneficio de los incapaces y la explicación de su gestión, sociológicamente considerada, en el proceso penal. El Ministerio Público actúa cuando otra gestión puede resultar inadecuada y en la mayoría de los casos los interesados "difusos" tienen individualización y medios suficientes"⁵⁴.

Para otros, como Almagro Nosete, el problema deviene por la dependencia del Ministerio Fiscal al Ejecutivo en la realidad española, lo cual puede incidir o hacer peligrar su neutralidad ante "complejos fenómenos económicos y sociales"⁵⁵. En todo caso, cuando el legislador concede legitimación al Ministerio Público para la defensa de los intereses difusos, dicha autorización debe quedar especificada en la ley. El ordenamiento brasileño, es un claro ejemplo, pues el artículo 129 de la Constitución de 1988, incluye como función del Ministerio Público el ejercicio de la acción pública para la protección del patrimonio público y social, del ambiente y de los intereses difusos y colectivos. De lo anterior, se deduce que su intervención en el proceso solo será lícita en aquellos casos que así lo establezca la Constitución, las leyes procesales y demás disposiciones sectoriales.

El Defensor del Pueblo, institución de origen escandinavo, se ubica en la Constitución sueca de 1809; posteriormente se propaga a los restantes países europeos⁵⁶. Algunas legislaciones como la española, siguieron este ejemplo y el Defensor del Pueblo tiene rango constitucional⁵⁷. Actúa de oficio o a petición de parte y se presenta como un organismo de control frente al posible abuso de la Administración Pública en el

53 GIANNINI, M., *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1974, p. 354.

54 BARRIOS DE ANGELIS, D., *op. cit.*, p. 136.

55 ALMAGRO NOSETE, J., *Nuevos horizontes del derecho a la justicia*. Madrid, 1977, pp. 33 a 35.

56 FAIRÉN GUILLÉN, V., *El Ombudsman y sus posibilidades en España y países iberoamericanos*, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Nº 3, 1979, pp. 11 y ss.

57 Según el art. 54 de la Constitución española, "una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa de los derechos".

ejercicio del poder. Cada legislación establece sus propias pautas que lo legitiman para accionar en favor del pueblo. En España, por ejemplo, su actuación está limitada a la litigiosidad ante el Tribunal Constitucional. En consecuencia, solo actúa ante ese alto tribunal, en aquellas situaciones donde exista la presunta violación del texto constitucional y de esta situación se deriven consecuencias negativas para el pueblo que representa. En este ordenamiento, en palabras de Acosta Estévez, es el "garante último o de cobertura de aquellos fenómenos jurídicamente relevantes huérfanos de justiciabilidad. Específicamente los intereses difusos"⁵⁸. Criterio que comparte el destacado procesalista iberoamericano Vásquez Rossi al señalar, como característica que sobresale, que este comisionado parlamentario es un funcionario representante de las acciones difusas "que se dan ante la existencia de un número considerable de partes reunidas por un problema genérico o común pero 'difuso' para cada uno en particular y que tiende a evitar multiplicaciones de procesos y a obtener pronunciamientos con fuerza y valor vinculantes para los miembros de un determinado grupo"⁵⁹. La doctrina dominante sostiene que el Defensor del Pueblo se ha convertido en un auténtico defensor de los intereses difusos⁶⁰.

B. La tutela colectiva del interés difuso

Esta concepción responde a las nuevas formas de tutela de los intereses difusos. En algunos ordenamientos se le reconoce a toda persona la legitimación para accionar en favor de la colectividad. Obviamente, esta orientación no es compartida por aquellos que exigen la existencia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo como presupuesto de legitimación (*legitimatío ad causam activa*) para actuar ante la justicia. Para Marienhoff, no podrían ejercer la acción aquellos que simplemente invocan la calidad de habitantes de una comunidad, pues el "interés simple" es insuficiente para ejercitar válidamente la acción ante los Tribunales del Estado⁶¹. Esta posición es correcta desde la óptica clásica de la acción, sin embargo, las respuestas que el Estado debe brindar a las nuevas exigencias sociales han hecho que este planteamiento sea superado.

En doctrina, encontramos diversas manifestaciones de lo expuesto. Así, por ejemplo, la "*class actions*" americana tiene como nota característica la existencia de una gran cantidad de interesados y la necesidad de solucionar el conflicto de manera general. Esta situación ha llevado a la jurisprudencia norteamericana a reconocerle al individuo la capacidad de accionar en nombre de la colectividad. Quizá los ejemplos más conocidos son aquellos que se implementaron en las décadas de los años 50 y 60, tendentes a terminar con la discriminación racial en los Estados del sur de los Estados Unidos, o la defensa de los intereses de los consumidores en la década de los 70 y 80 en el mismo país. Determinados ordenamientos (México y Brasil) permiten la defensa de los bienes colectivos a través del amparo. La acción es ejercida por cualquier ciudadano en favor de todos. Lo expuesto presupone que a la persona, por el solo hecho de serlo, se le otorga una legitimación para que pueda solicitar la tutela procesal de una determinada y concreta situación jurídica. Aquellos ordenamientos como el español, que aceptan la figura de la acción popular le reconocen, en ciertos

58 ACOSTA ESTÉVEZ, J., *op. cit.*, p. 102.

59 VÁSQUEZ ROSSI, J., *Apuntes para el encuadre de la problemática jurídica de los intereses difusos, presentado en la Ponencias Generales al II Encuentro Panamericano y XII Congreso Argentino de Derecho Procesal, Rosario, mayo de 1983.*

60 Sobre este extremo, RUIZ-GIMÉNEZ, J., *El papel del Defensor del Pueblo en la protección de los consumidores, en Estudios sobre consumo, 1988.*

61 MARIENHOFF, M., *La acción popular, en La Ley, 1993-D, p. 682, en igual sentido DENTI, V., Interessi... op. cit., p. 306.*

casos, esta capacidad para accionar incluso a las personas jurídicas, públicas o privadas, cuando se trata de problemas referentes a la contaminación⁶². Debe señalarse que la acción popular responde a determinados supuestos, se reconoce que es una forma de defensa del bien común, por ello cualquier ciudadano puede exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales en tutela de la legalidad vigente, en terminología del Tribunal Supremo español⁶³.

6. Conclusión

La doctrina suele distinguir, sin problema, el interés público (cuyo titular es el Estado) de los intereses privados (cuyo titular es el ciudadano). Entre estos existe en el Estado Social de Derecho, una serie de intereses que van más allá de los intereses individuales y, sin embargo, no podemos afirmar que estemos ante un interés público. Este último grupo, tiene la peculiaridad de que las personas están unidas entre sí por situaciones de hecho (interés difuso) o por un vínculo jurídico (interés colectivo). Podemos decir, en principio, que estaremos en presencia de un interés difuso, cuando este le pertenece a una serie indeterminada e indeterminable de personas ligadas por circunstancias de hecho. Se caracterizan, en cuanto a su titularidad, por ser situaciones transindividuales, al salir de la esfera individual de los sujetos afectados y suelen proyectarse a la colectividad. Por esta razón, cualquiera de los afectados está legitimado para reclamar su tutela.

62 Artículo 16 del Decreto 833/1975 de 6 de febrero que desarrolla la Ley 38/1972 de protección del medio ambiente.

63 Sentencia, 62/1983, de 11 de julio (FJ 2).

7. Bibliografía

- ACOSTA ESTÉVEZ, J., *Tutela procesal de los consumidores*. Barcelona: Bosch, 1995.
- ALMAGRO NOSETE, J., *Nuevos horizontes del derecho a la justicia*. Madrid, 1977.
- ALMAGRO NOSETE, J., *La protección procesal de los intereses difusos en España*, en Justicia, núm. 83, Bosch, 1983.
- ALMAGRO NOSETE, J., *Constitución y proceso*. Barcelona, 1984.
- ALMAGRO NOSETE, J., *El "libre acceso" como derecho a la jurisdicción. Consideraciones de Derecho Procesal*. Barcelona: Librería Bosch, 1984.
- ALMAGRO NOSETE, J., *El Derecho Procesal en la nueva Constitución, en Constitución y proceso*. Barcelona: Librería Bosch, 1984.
- ALLORIO, E., *¿Necesidad de una tutela jurídica?, problemas de Derecho Procesal*. t. II, Buenos Aires: Ejea, 1963.
- ARAZI, R., *Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.
- BARBOSA MOREIRA, J.C., *A acao popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados "interesses difusos"*, en AAVV, Studi in onore di Enrico Tullio Liebman, vol. IV, Milano: Giuffrè, 1979.
- BARRIOS DE ANGELIS, D., *Introducción al estudio del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1983.
- BARRIOS DE ANGELIS, D., *Introducción al estudio del proceso. La psicología y la sociología del proceso*. El Ombudsman. La defensa de los intereses difusos. Buenos Aires: Depalma, 1983.
- BIGLIAZZI GERI, L.; BRECIA, U.; BUSNELLI, F.D.; NATULI, U.; *Diritto civile, 1.1. Nome, soggetti e rapporto giuridico*. Torino: UTET, 1987.
- BUJOSA VADELL, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona: Bosch, 1995.
- CAIANIELLO, *La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali nella materia ambientale, en Foro Administrativo*, 1987.
- CAPPELLETTI, M., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, en Rivista di diritto processuale, 1975.
- CAPPELLETTI, M., *La protección de intereses colectivos y de grupo en el proceso civil*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de México, N° 105-106, enero-junio de 1977.

- CARNELLUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: UTEHA, tomo I, 1944.
- COCCO, G., *Spunti problemáticsi in ordine alla individuazioni de alla tutela degli interessi difussi*, en Rilevanza a tutela degli interessi difussi: modi e forme di individuazione e protezone degli interessi della collettività. Milano, 1978.
- COLTELLI, R., *Considerzioni sugli interessi privati e sull`interesse legítimo nel giudizio amministrativo*, en Rivista trimestrale di diritto processuale civile, 1976.
- DE VITA, A., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettive nella prospettiva del sistema francese*. Aspetti del problema e specificazioni in tema di protezone degli interessi dei conumatori, en La tutela degli interessi difussi nel diritto comparado. Milano, 1976.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *El Ombudsman y sus posibilidades en España y países iberoamericanos*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Nº 3, 1979.
- GIANNINI, M., *Lezioni di diritto amministrativo*. Milan, 1950.
- GIANNINI, M., *La tutela degli interessi collettivi nei procedimento amministrativi*, en Rivista di Diritto Processuale, 1974.
- GÓMEZ DE LIAÑO, F., *La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en Justicia, Nº III, 1986.
- GONZÁLEZ CANO, M. I., *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*. Valencia: Tirant Monografías, 1997.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Derecho Procesal Administrativo*. Valencia, 1993.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., GARBERI LLOBREGAT, J., Ordenanza sobre los tribunales administrativos de la República Federal de Alemania de 21 de enero de 1960 (Verwaltungsgerichtsordnung). *Introducción y traducción*, en *Documentación jurídica*, t. XVIII, 71, julio-setiembre de 1991.
- GRINOVER, A. P. (coord.), *A tutela dos interesses difusos*. Sao Paulo: Max Limonad, 1984.
- JIMÉNEZ MEZA, M., *Justicia constitucional y administrativa*. San José: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1997.
- JIMÉNEZ MEZA, M., *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*. Procedimiento administrativo, tributario y contencioso administrativo. 2 ed., San José: Mundo Gráfico S. A., 1998.
- LIBSTER, M., *Delitos ecológicos*. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *La protección procesal de los intereses difusos*. Madrid, 1983.
- MARIENHOFF, M.S., *La legitimación en las acciones contra el Estado*, en La Ley, 1986-C-899.

- MARIENHOFF, M., **La acción popular**, en La Ley, 1993-D.
- MONTERO AROCA, J., **Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso**. Madrid: Tecnos, 1976.
- MONTERO AROCA, J., **Introducción al Derecho Procesal**. Madrid, 1979.
- MONTORO PUERTO, M., **Intervención del Ministerio Fiscal en el Anteproyecto de la Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo**, en *Documentación Jurídica*, t. XIII, Nº 51, 1986.
- MORRÓN, M., **Sobre el concepto de Derecho Procesal**, en Revista de Derecho Procesal, 1962.
- PELLEGRINI, A. G., **Tutela jurisdiccional dos intereses difusos**, en Revista uruguaya de Derecho Procesal, 1977.
- PELLOUX, R., **Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification**, en Revue du droit public et de la science politique en France et a l' étranger. 1981-1.
- PORRAS NÁDALE, A.J., **Derechos e intereses. Problemas de tercera generación**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 10, 1991.
- POUND, R., **Social control through law**, Yale, 1942.
- RAMOS MÉNDEZ, F., **Derecho Procesal Civil**. Barcelona: Bosch Editor, 1992.
- RECCHIA, G., **Considerazione sulla tutela degli interessi diffusi nella costituzioni**, en AA.VV., La tutela degli interessi diffusi, Giuffrè, 1993.
- RUIZ-GIMÉNEZ, J., **El papel del Defensor del Pueblo en la protección de los consumidores**, en *Estudios sobre consumo*, 1988.
- SMAYEVSKY, M. y FLAH, L. R., **Legitimación de los titulares de intereses difusos**, en *La responsabilidad*. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg. Abeledo-Perrot, 1995.
- TARZIA, G., **Le associazione di categoria nei processi civile con rilevanza colletiva**, en Rivista di Diritto Processuale, 1987.
- TROCKER, N., **Processo civile e costituzione**, problemi di diritto Tedesco e Italiano. Milano: Giuffrè, 1989.
- VASAK , K., **Pour les droits de l'homme de la troisième generation: les droits de solidarité**. Lección inagural en el Instituto Internacional de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Estrasburgo, E. D., t. 158, 1979.
- VÁSQUEZ ROSSI, J., **Apuntes para el encuadre de la problemática jurídica de los intereses difusos**, presentado en las Ponencias Generales al II Encuentro Panamericano y XII Congreso Argentino de Derecho Procesal, Rosario, mayo de 1983.

VERONESE, J. R. P., *Acao civil pública e a defesa dos interesses difusos e colectivos da populacao-juvenil*. Inédito, 1997.

VERONESE, J. R. P., *Interesses difusos da cranca e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ZANOBINI, G., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, t. I., 1954.

* * *

CAPÍTULO II: LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL INTERÉS DIFUSO*

El Código de la Niñez y la Adolescencia, es un reflejo de las nuevas soluciones que brinda la Teoría de la Protección Integral y puede considerarse, en la actualidad, uno de los más garantistas. En igual situación se encuentran algunas de las regulaciones centroamericanas. Sin embargo, pretender solucionar los problemas sociales que afectan a los jóvenes, solo a través del fenómeno legislativo, no deja de ser una utopía. La transformación de los derechos de las personas menores de edad debe pasar, necesariamente, por la evolución de las estructuras económicas, políticas y sociales del Estado. Pese a lo dicho, el Derecho, como fenómeno social y político, también puede convertirse en un poderoso instrumento de cambio. Pero esta mutación solo ocurrirá si los operadores judiciales están comprometidos con los nuevos postulados de la Teoría de la Protección Integral. Ciertamente, resulta difícil la reforma desde la concepción clásica del proceso. Por ello, hemos considerado relevante analizar la jurisprudencia constitucional en busca de los criterios base de este tema que, indudablemente, pueden brindarnos la llave para comprender y determinar en qué grado son aplicables al Código la Niñez y la Adolescencia.

1. Introducción

La tutela constitucional del interés difuso forma parte de una temática más amplia que hace tiempo viene preocupando a la jurisprudencia y doctrina¹. En los últimos años, se ha planteado la necesidad de precisar los sujetos legitimados para accionar, la definición del concepto y sus alcances. No obstante, la discusión se ha limitado a algunas resoluciones de la Sala Constitucional y aun no trasciende al foro nacional con la fuerza necesaria². Nos referimos a la compleja problemática de lo que denominamos interés difuso. Resulta bastante difícil abordar el estudio de este tema y tratar de desentrañar, con la indispensable claridad, los aspectos más relevantes de la misma, ya que los distintos fallos que han analizado el punto, lo han hecho desde muy diferentes puntos de vista y han incluido, utilizando el mismo epígrafe general, situaciones de muy distinto tipo.

Pese a que coincidimos con la doctrina y la jurisprudencia constitucional en la dificultad de elaborar un concepto valedero para todas las situaciones, resulta indudable que este tema se sitúa en una encrucijada procesal en la que, por una parte, se trata, como lo afirma la Sala Constitucional, de intereses individuales, pero, que al mismo tiempo, le pertenecen a un conjunto más o menos extenso y amorfo de personas que

* En: Armijo Sancho, Gilbert, *La tutela constitucional del interés difuso. Un estudio según el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica*, San José, UNICEF, 1998.

1 Ver ALMAGRO NOSETE, J., *Constitución y proceso*, Barcelona: Bosch, 1984, pp. 205-211; PÉREZ GORDO, A., *La legitimación activa de las partes en la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, N° 3, julio-setiembre 1980, pp. 199 y ss.; MONTORO PUERTO, M., *Apuntes en torno a la legitimación en algunos procesos constitucionales*, en *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, enero-diciembre 1983, pp. 1375 y ss.

2 Desde el punto de vista legislativo, el Código Procesal Penal de 1997, significa la primera respuesta procesal al problema (arts. 38, 70 y 75 del NCPP). Hasta la fecha solo se ha publicado un libro. Este desarrolla en uno de sus capítulos, el problema del interés desde la óptica del Derecho Administrativo. Ver JIMÉNEZ MEZA, M., *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*. San José: Editorial Lil, 1990.

comparten un interés. Es decir, los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son, a la vez, colectivos —por ser comunes a una generalidad— e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter³. Esta confluencia de intereses y su doble naturaleza (colectiva e individual) que caracteriza al interés difuso, es lo que ha dado lugar a la discusión. En especial, cuando se trata de precisar a quién le corresponde la legitimación activa, sus elementos esenciales, o se pretende individualizarlos en cada caso.

El análisis de las sentencias de la Sala Constitucional que se efectúa a continuación, pretende mostrar el criterio de control que se utiliza, a veces con distintos métodos y modelos de argumentación. Se intenta conseguir, a través de su estudio, las reglas de decisión, generalizando a partir de motivaciones diferenciadas según los derechos fundamentales tutelados. Estas reglas pueden contribuir a solventar con carácter sistemático el problema del interés difuso. Para el estudio se ha empleado, indistintamente, la jurisprudencia que surge de los recursos de amparo como de las acciones de inconstitucionalidad; pretendemos precisar los elementos que distinguen al interés difuso, así como el contenido esencial que lo identifica, tratando a la vez de señalar la doctrina que ha ido perfilando la Sala Constitucional. De tal manera que, de forma muy resumida, el lector pueda conocer los principales criterios que definen esta materia a nivel constitucional.

2. Admisibilidad

De conformidad con el ordenamiento constitucional costarricense, los intereses difusos no se encuentran expresamente regulados en la Constitución Política o en la Ley de la Jurisdicción Constitucional (en lo sucesivo LJC)⁴. Esto hace que, en nuestro caso, no podamos definir el concepto y los sujetos legitimados normativamente (como ocurre en Brasil) y se haya hecho necesario que la jurisprudencia constitucional construya el contenido abstracto de la legitimación activa frente al interés difuso. Para el estudio de esta materia, dos tipos de recursos tienen importancia: la acción de inconstitucionalidad y el amparo.

A. La acción de inconstitucionalidad

Esta situación ha llevado en reiteradas oportunidades a la Sala Constitucional a analizar el contenido del artículo 75 de la ley que rige esta jurisdicción. Ciertamente, el artículo 75 LJC, recoge la denominada acción directa de inconstitucionalidad. Es decir, se exige al recurrente de acreditar que existe un asunto pendiente, como requisito previo de la acción, siempre que se invoque la vulneración de un interés difuso. Ello implica, también, que el legislador consideró apropiado ampliar la legitimación cuando estemos frente a este tipo de intereses, en el llamado recurso de inconstitucionalidad (art. 75 LJC). Lo expuesto no significa que estemos frente a una verdadera acción popular, no se admite que cualquiera pueda accionar, sino que

3 *Sala Constitucional*, N° 2331-96, a las catorce horas, treinta y tres minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis.

4 *ARMILIO SANCHO, Gilbert, El control constitucional en el proceso penal costarricense. 2 ed., San José: Editec Editores, 1992.*

es necesario acreditar la existencia de la causal como requisito de legitimación⁵. Básicamente, la reforma consiste en eliminar de las acciones de inconstitucionalidad, la necesidad de demostrar la vinculación con un asunto previo. En consecuencia, toda persona está legitimada para ser parte y defender sus derechos e intereses legítimos en el proceso, siempre que demuestre la existencia de un interés difuso como excepción al principio general (art. 963 del Código de Procedimientos Civiles)⁶. Tenemos entonces que se establece un límite al concepto tradicional de legitimación activa en los asuntos de inconstitucionalidad, pues la sola demostración de que nos asiste un interés difuso abre la instancia de este control.

B. El recurso de amparo

El contenido y efecto del interés difuso ha sido menos problemático para la jurisprudencia constitucional al tratar el tema del recurso de amparo. Ciertamente, la LJC regula todo lo referente a este, pero son los criterios de la Sala, los que, poco a poco, delimitan y definen sus alcances. Grosso modo, la LJC establece que le corresponde a la Sala Constitucional tutelar, mediante este recurso, los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Política y la normativa internacional sobre derechos humanos ratificados por Costa Rica. La ley exceptúa del amparo: a) las resoluciones jurisdiccionales (art. 30, inciso b) LJC); b) las leyes emitidas por la Asamblea Legislativa; c) los tratados internacionales; d) los actos consentidos de carácter patrimonial, que prescriben a los dos meses sin perjuicio de que el afectado pueda recurrir a la vía ordinaria (arts. 31, 35 y 36 LJC); e) los actos y disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones; etc. Son susceptibles del control constitucional de amparo: a) los actos administrativos; b) los actos legislativos; c) los actos de gobierno; d) las leyes autoaplicativas, e) contra sujetos privados (art. 57 LJC)⁷, etc. Procede el recurso contra acciones u omisiones, aunque la interpretación de los artículos 60, 35 y 61 LJC, ha dado lugar a dudas sobre los alcances del control constitucional cuando estemos en presencia de simples amenazas, perturbaciones y restricciones a un derecho fundamental⁸. En todos los casos, quien invoca la legitimación activa debe manifestar en qué consiste el acto lesivo. Como fácilmente se desprende, existe un amplio espectro de derechos fundamentales que son tutelados a través de este recurso. En esta vía no se

5 *Así, Sala Constitucional, N° 0058-97 de las quince horas, quince minutos del siete de enero de mil novecientos noventa y siete. Que la regulación de la legitimación en las acciones de inconstitucionalidad no permite aceptar la tesis del recurrente, en cuanto a que la sola consideración particular de la inconstitucionalidad de una disposición normativa legitima a dicha persona para interponer una acción sin requerir la existencia de un caso pendiente. Tal interpretación haría absolutamente innecesario el artículo 75 de la ley, pues es evidente que toda persona que interpone una acción considera que la disposición o acta que cuestiona es inconstitucional, con lo cual no habría nunca necesidad de invocar la infracción dentro de un asunto pendiente. Es claro que esta interpretación es contraria a la letra, al espíritu y a la lógica del artículo 75, todo lo cual lleva a la presidencia a prevenirle en auto de las dieciséis horas del dieciséis de febrero pasado, que precisara el carácter de su legitimación. Una vez evidenciado que el recurrente considera que existe acción popular para controlar sin límite la constitucionalidad de las normas y actos en esta vía, y demostrando que tal tesis no es acorde con la ley, es claro que en el presente asunto el licenciado ... no reúne los requisitos de legitimación que exige el artículo 75 de la ley. Esta es la tesis que se ha mantenido en relación con la acción popular desde los inicios de la Sala, véase por ejemplo, la resolución de la Sala Constitucional, N° 0234-90 de las catorce horas del veintiocho de febrero de mil novecientos noventa.*

6 *Criterio que se mantiene desde los inicios de la jurisdicción constitucional, véase, por todas, Sala Constitucional, N° 234-90 de las catorce horas del veintiocho de febrero de mil novecientos noventa.*

7 *El artículo 57 de la LJC establece lo siguiente: "El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de derecho privado, cuando estos actúen o deban actuar en ejercicio de sus funciones o potestades públicas o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 1, inciso 2 a) de esta ley. La resolución que rechace el recurso deberá indicar el procedimiento idóneo para tutelar el derecho lesionado. No se podrá acoger en sentencia recursos de amparo contra conductas legítimas de sujetos privados".*

8 *Para un estudio detallado del asunto en Costa Rica, véase HERNÁNDEZ VALLE, R., **Derecho Procesal Constitucional**, San José: Editorial Juricentro, 1995, pp. 255 y ss.*

exige, como ocurre ante la acción de inconstitucionalidad, que taxativamente el interés difuso sea el presupuesto de admisibilidad. En este caso, la violación de un interés difuso, por un sujeto privado o uno público, permite la interposición del recurso⁹.

3. Competencia y sujeto legitimado

Pero, podríamos preguntarnos ¿qué tipo de legitimación activa se requiere en el supuesto del interés difuso? La interrogante merece unas reflexiones previas. En primer lugar, para la Sala Constitucional lo expuesto implica toda una innovación, pues se potencia, a través de la reforma legislativa, una mayor apertura en cuanto a la legitimación para accionar (art. 75 LJC). Como resultado, la jurisprudencia retoma la orientación que establece que esta jurisdicción es solo instrumental, para garantizar la supremacía y efectividad de la Constitución.

A Legitimación activa menos formalista

Por ello, en las resoluciones donde se analiza el interés difuso, se fomenta la posición que establece que determinados intereses son de orden público¹⁰ y esenciales para la existencia del Estado¹¹. Para su defensa se impulsa un nuevo concepto de legitimación activa, o sea "una legitimación mucho más flexible y menos formalista, necesaria para asociar a los ciudadanos al interés del propio Estado de Derecho de fiscalizar y, en su caso, restablecer su propia juridicidad"¹².

Ese control surge a la vida jurídica por medio del interés difuso; para ello se aprovecha la experiencia del Derecho Administrativo, que establece una legitimación activa menos formalista y se traslada al Derecho Constitucional. Tenemos así, que un concepto operativo se transforma en instrumental¹³. Esta forma de conceptualizar la legitimación activa, permite construir una teoría diferente, más informal y menos rigurosa. También conlleva una mayor amplitud para reconocerle al ciudadano el derecho a la acción ante la posible vulneración de sus derechos constitucionales¹⁴.

9 *La primera resolución que admite, en sentido amplio, la defensa del interés difuso a través del recurso de amparo, es el voto redactado por la Magistrada Ana Virginia Calzada (Sala Constitucional, Nº 2331-96, a las catorce horas, treinta y tres minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis).*

10 *También en doctrina el interés difuso suele reconducirse al interés público. Así SILGUERO ESTAGNAN, J., **La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de grupos**, Madrid: Dykinson, 1995, p. 191. Se reafirma de esta manera que el derecho a la tutela judicial es fundamentalmente un derecho de defensa. Este aspecto es seguido por GONZÁLEZ PÉREZ al decir que "el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se haga justicia". GONZÁLEZ PÉREZ, J., **El derecho a la tutela jurisdiccional**, 2ª. ed., Madrid: Civitas, 1984, p. 27.*

11 *Este criterio es expuesto de manera reiterada cuando se analiza el concepto de interés difuso y se establece que "la jurisdicción constitucional, como medio jurídicamente idóneo y necesario para garantizar la supremacía del Derecho de la Constitución es, además de supremo, de orden público esencial, y ello implica, en general, que una legitimación mucho ... menos formalista. El concepto de 'interés difuso' ... tiene por objeto desarrollar una forma de legitimación ... como último ensanchamiento, novedoso pero necesario, para que esa fiscalización sea cada vez más efectiva y eficaz". Sala Constitucional, Nº 0058-97, a las quince horas, quince minutos del siete de enero de mil novecientos noventa y siete.*

12 *Sala Constitucional, Nº 0058-97, a las quince horas quince, minutos del siete de enero de mil novecientos noventa y siete.*

13 *Sala Constitucional, Nº 0058-97, a las quince horas quince, minutos del siete de enero de mil novecientos noventa y siete.*

14 *Sobre el derecho a la tutela judicial o el derecho a la jurisdicción, puede consultarse ALMAGRO NOSETE, J., **El "libre acceso" como derecho a la jurisdicción**, en **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid**, Vol. XIV, Nº 37, 1970, publicado nuevamente en **Consideraciones de Derecho Procesal**, Barcelona: Bosch, 1988, pp. 55 y ss. Véase también del mismo autor, **Instituciones de Derecho Procesal, tomo primero**, Madrid: Trivium, 1993, pp. 47 y ss.*

Debemos distinguir, que el interés difuso en la jurisprudencia constitucional de mil novecientos noventa, era la excusa formal que le permitía al ciudadano el acceso directo a la acción de inconstitucionalidad¹⁵. Posteriormente, se transforma en la opción para olvidarse del rígido concepto tradicional de legitimación activa y se admite la posibilidad de que el ciudadano ejerza un mayor control sobre los actos que lo afecten y que violen sus derechos fundamentales, para que pueda válidamente reclamarlo ante la Sala Constitucional¹⁶. En este caso, ya no se trata solo de la acción de inconstitucionalidad, sino también del recurso de amparo que le brinda la LJC¹⁷.

De lo expuesto podemos extraer los siguientes aspectos de relevancia que establece la jurisprudencia constitucional: el ciudadano se convierte así en un sujeto legitimado per se, cuando de intereses difusos se trata¹⁸. Si bien es cierto, la Sala admite que el interés difuso es el instrumento teórico que la faculta para admitir una legitimación menos formalista y rigurosa, ello no implica que cualquiera pueda accionar indiscriminadamente, sino solo: que la Sala conserva la facultad de analizar en cada caso si quien invoca esa legitimación más amplia realmente la tiene¹⁹. Estos pronunciamientos sientan las bases para que el ciudadano se convierta, junto a la Sala Constitucional, en un contralor más de los derechos consagrados en la Constitución²⁰.

B. Derechos fundamentales y sujeto legitimado

Para parte de la doctrina, estaremos frente a un sujeto legitimado para actuar cuando sea factible precisar que se ha lesionado un derecho fundamental. Sin embargo, para otros, esta afirmación es excesiva y tautológica porque: en primer lugar, existe una amplia gama de derechos constitucionales (primera, segunda,

15 Véase por todas, **Sala Constitucional**, N° 1775-90 de las 17:15 horas del 4 de noviembre de 1990.

16 Así lo enseña ESTÉVEZ, J.L., *Nuevas reflexiones sobre el Derecho Procesal*, en **Justicia** 89, N° II, p. 281, cuando afirma, que constituye una condición axiológica el que ningún requisito procesal atente contra el derecho a la tutela judicial efectiva.

17 Desde la perspectiva del derecho comparado, se constata un amplio movimiento internacional que propugna por brindar nuevas formas de acceso a la justicia en tutela del interés difuso. Véase por todos, CAPPELLETTI, M., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, en **Rivista di diritto processuale**, volumen XXX, 1975, pp. 363 y ss.

18 Sobre la admisibilidad, en cuanto a la legitimación, esta Sala ha dicho que "... algunos intereses relacionados con el medio ambiente, la defensa de valores históricos, o electorales por ejemplo, que sí constituyen intereses difusos propiamente dichos, siendo necesaria y justificable la acción directa para su protección". (El subrayado es nuestro) (Voto N° 1775-90 de las 17:15 horas del 4 de diciembre de 1990). En el caso aquí analizado, considera la Sala que no se requiere asunto previo, ya que la acción versa sobre valores electorales, que como se indicó constituyen intereses difusos. **Sala Constitucional**, N° 7384-97 a las quince horas, cincuenta y un minutos del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

19 Este es un criterio de admisibilidad que rige en la acción de inconstitucionalidad; véase, por ejemplo, la siguiente sentencia: "En la resolución cuya revocatoria se solicita, se citó la sentencia 463-93 como antecedente para calificar los conceptos de interés difuso e interés colectivo, e incluso en este último caso, se aclaró que no puede interpretarse que cuando la ley hace mención a los derechos que atañen a la colectividad en su conjunto, se refiera a la colectividad nacional, pues esto equivaldría a aceptar y reconocer una acción popular no regulada en nuestra legislación. Consideró la presidencia en su oportunidad —criterio que considera válido la Sala—, que en el caso concreto no es posible definir un grupo de personas o colectividad que conformen una unidad de intereses, oficios o vecindades, a quienes se les pudiera considerar como una colectividad en los términos del párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, y como se indicó, si eventualmente la norma cuestionada causara alguna lesión, esta sería claramente individualizable con la posibilidad de que el afectado reclame sus derechos conforme lo dispone al artículo 75, párrafo primero de la citada ley". **Sala Constitucional**, N° 0080-I-96, a las ocho horas, treinta minutos del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y seis.

20 La Sala retoma así la doctrina que sostiene que la legitimación es un concepto con dimensión constitucional. En este sentido, puede consultarse la teoría de la legitimación que expone ALMAGRO NOSETE, J., *Legitimación y amparo constitucional*, en **RDP** ib., 1980, N° 4, pp. 615-647. En la doctrina italiana, sigue esta orientación CARAVITA, B., *La tutela giurisprudenziale degli interessi diffusi e collettivi*, en **Rivista Critica del Diritto Privato**, marzo 1985, p. 36.

tercera y, últimamente, de cuarta generación). En segundo lugar, ante una lesión como la descrita, es obvio que solo los afectados están legitimados para reclamar en nombre propio o de la comunidad. Aceptar sin límites esta primera aproximación puede llevarnos a confusión, ya que, definiríamos la legitimación no por los elementos que la integran, sino por la necesidad de tutelar un derecho fundamental. Ciertamente, en ocasiones el objeto inherente al interés difuso y al derecho fundamental puede ser el mismo, pero no necesariamente siempre son coincidentes²¹. Al contrario, sí nos parece válido utilizar la tesis del derecho fundamental para precisar la competencia de la Sala Constitucional. Esto es, para determinar si la Sala carece o no de jurisdicción para conocer el asunto que se le somete. Asunto diverso es tratar de definir al sujeto legitimado asociado a la vulneración del derecho fundamental. No podemos dejar de reconocer el hecho de que será a través del derecho fundamental que se defina (en un primer estadio) si la Sala Constitucional es o no competente para conocer del asunto o si este es de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Para la doctrina procesal dominante, la simple invocación de un perjuicio a una garantía constitucional no es un parámetro objetivo que nos permita diferenciar al sujeto legitimado para accionar, salvo que aceptemos que el interés difuso se define casuísticamente. Debe recordarse que algunos derechos fundamentales pertenecen al ámbito exclusivo del individuo (solo a modo de ejemplo recuérdese el derecho a la libertad, reclamable a través del "*habeas corpus*"), por lo que resulta evidente que no son susceptibles de un tratamiento colectivo²². En estos casos, no existen múltiples sujetos implicados en el objeto que se plantea al proceso y, por tanto, tampoco es posible darles un adecuado tratamiento a los derechos e intereses supraindividuales²³.

21 Sin embargo, por las peculiaridades que le son inherentes al contenido abstracto de las garantías constitucionales, algunas veces es necesario utilizar un criterio de proporcionalidad de los valores, para determinar la amplitud de la tutela constitucional; véase en igual sentido, el siguiente extracto relativo al ambiente: "... al lado del conjunto de principios que la Constitución dedica a las relaciones económicas, debe situarse una serie de disposiciones de no menos trascendencia encaminadas a asegurar una protección básica a la vida humana considerada como valor en sí, al margen que se haga de los recursos humanos en atención a fines políticos o económicos. Se da así entrada a una nueva dimensión de las garantías constitucionales, cuyo núcleo esencial se halla en la protección de la libertad personal y de los demás derechos fundamentales vinculados de diversas maneras a esa libertad y que se manifiesta, ante todo, en un conjunto de reglas generales tendientes a crear una situación ambiental que facilite, lo más posible, el ejercicio de las libertades y el goce de los derechos fundamentales". **Sala Constitucional**, N° 2331-96, a las catorce horas, treinta y tres minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis.

22 Así por ejemplo, véase la siguiente sentencia, **SALA CONSTITUCIONAL**, N° 5942-97 a las diecinueve horas, tres minutos del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y siete. "1.- GMH, interpone acción de inconstitucionalidad contra el artículo 43, párrafo segundo del Estatuto del Servicio Civil y los artículos 47 a 57 del Reglamento Autónomo de Servicios del Instituto Nacional de Aprendizaje ya que —en relación con la norma estatutaria, establece que la gradación de las faltas en relación con su gravedad, se hará mediante reglamentación, con violación del principio constitucional que obliga a que el establecimiento de todas las características de las faltas vengan definidas mediante ley formal—. Con ello se infringe el principio de legalidad en materia sancionatoria establecido en el artículo 39 de la Constitución Política y además la regla de separación de poderes contenida en el artículo 9, en relación con los artículos 121 y 140, inciso 3) de la Carta Fundamental. Por otra parte, en relación con las normas reglamentarias, también contrarían la normativa señalada al constituir un ejercicio ilegítimo de las potestades reglamentarias por parte del Instituto Nacional de Aprendizaje, dado que reglan materia que por disposición constitucional tiene reserva de ley. Por ello, solicita que se declare con lugar la acción y se declare la nulidad tanto de la norma del Estatuto del Servicio Civil que contiene la delegación inconstitucional, como las normas reglamentarias que son producto del ejercicio de dicha facultad inconstitucionalmente delegada ... Que el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a la Sala para rechazar de plano cualquier gestión cuando resultara evidentemente improcedente o infundada ... Es fácil concluir de lo dicho que el caso del recurrente no cumple con las características establecidas para ser considerado como la defensa de un interés difuso, ya que se trata más bien de un interés individual claramente individualizado en cada uno de los afectados y que no existe posibilidad de que los efectos 'nocivos' de las normas discutidas puedan repercutir en la comunidad como un todo. Así las cosas, lo procedente es rechazar de plano la acción planteada".

23 Aunque como acertadamente lo enseña García de Enterría, la legitimación es un concepto con dimensión constitucional y, por lo tanto, que concierne al ejercicio individual pero también colectivo de los derechos fundamentales y libertades públicas. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Los ciudadanos y la administración: nuevas tendencias en Derecho español, en **Revista Española de Derecho Administrativo**, N° 51, julio-setiembre 1986, p. 757, en igual sentido, SAAVEDRA GALLO, P., La justicia de la Constitución y los órganos jurisdiccionales ordinarios, en **Justicia** 86, N° 1, p. 40.

C. Derecho reaccional

La Sala ha ensayado diversas teorías para justificar su competencia en este tipo de asuntos. Así, por ejemplo, ha aceptado reiteradamente que en presencia de la vulneración de un derecho fundamental que afecte los intereses difusos "... el presupuesto procesal de la legitimación tiende a extenderse y ampliarse en una dimensión tal, que lleva necesariamente al abandono del concepto tradicional, debiendo entender que, en términos generales, toda persona puede ser parte y que su derecho no emana de títulos de propiedad, derechos o acciones concretas que pudiera ejercer según las reglas del derecho convencional, sino que su actuación procesal responde a lo que los modernos tratadistas denominan el interés difuso, mediante el cual la legitimación original del interesado legítimo o aun del simple interesado, se difunde entre todos los miembros de una determinada categoría de personas que resultan así igualmente afectadas por los actos ilegales que los vulneran ..."24 La Sala Constitucional no solo reconoce que tratándose de intereses difusos, la concepción de sujeto legitimado debe ser lo más amplia posible, sino que ante esta categoría de intereses existe un verdadero derecho reaccional que "... como su nombre lo indica, lo que hace es apoderar a su titular para 'reaccionar' frente a la violación originada en actos u omisiones ilegítimos ..."25

Los efectos procesales de esta posición han llevado —a la jurisprudencia— a reconocer de oficio la legitimación activa del sujeto, aun en casos donde el recurrente erróneamente invoca una causal diversa al interés difuso (art. 75 LJC)²⁶. Por lo expuesto, se ha considerado necesario y justificable conceder directamente la legitimación para accionar cuando exista un interés difuso relacionado con la defensa de ciertos valores, como el ambiente²⁷. De esta manera, se acepta que el derecho a la tutela judicial efectiva no solo le corresponde a todos los afectados, sino que siendo notoria la violación de la norma procesal o constitucional y desprendiéndose de la acción (denuncia de la parte) que existe un grupo afectado, consideramos razonable y proporcionada la jurisprudencia de la Sala Constitucional que potencia la intervención de oficio, reconociendo en su caso, la legitimación por sustitución del actor, a fin de evitar la reproducción de pretensiones idénticas sucesivamente ante el órgano constitucional. De esta manera se hace realidad el principio de justicia pronta y cumplida que manda nuestra Constitución, el cual se vería afectado si admitiéramos restringir la tutela jurisdiccional en estos casos.

De lo anterior se desprenden las siguientes consideraciones: solo la violación de los derechos fundamentales que impliquen la afectación de un interés difuso conlleva la legitimación activa. Siempre que se acredite su violación, la Sala debe admitir de oficio el asunto. De esta manera se hace efectivo el principio de justicia pronta y cumplida (art. 41 de la Constitución Política).

24 **Sala Constitucional**, N° 2233-93.

25 **Sala Constitucional**, N° 2233-93.

26 *En igual sentido se pronuncia, SILGUERO ESTAGNAN, J., La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos, Madrid: Dikynson, 1995, p. 306.*

27 *Véase por ejemplo: "Lo que ocurre es que la actora fundamentó en forma errónea su legitimación, la cual deriva no de un interés colectivo como el que aquella expresión supone, sino de uno de los denominados 'difusos', en cuanto iguales y los mismos para un conjunto, indeterminado aunque determinable, de personas, quienes son sus titulares, colectivamente, todas y cada una de ellas como miembros de esa colectividad". Sala Constitucional N° 980-91 de las 13:30 horas del 24 de mayo de mil novecientos noventa y uno; en igual sentido, Sala Constitucional, N° 2883-96, a las diecisiete horas del trece de junio de mil novecientos noventa y seis.*

4. Criterios operativos

Quizá el criterio operativo más utilizado para descifrar quién es el sujeto legitimado en la acción por defender un interés difuso, lo constituye lo que la doctrina denomina la "doble naturaleza" de nuestro objeto de estudio y que la jurisprudencia redefine al indicar que estos intereses "... son a la vez colectivos —por ser comunes a una generalidad— e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter ..." ²⁸ Lo cual implica, que el recurrente debe acreditar que le asiste un interés individual en el tanto está siendo afectado (*interesse ad agire*)²⁹, por ejemplo, por la contaminación de que es objeto su comunidad; pero también le asiste un interés colectivo, ya que la lesión igualmente se produce para la población como un todo (múltiples sujetos afectados por el objeto que se plantea al proceso).

A La naturaleza individual y colectiva del interés difuso

Esta peculiar característica, inherente al interés difuso de reunir esa doble naturaleza, ha llevado a la Sala Constitucional a sostener que, tratándose de ciertos valores (ambiente, defensa de valores históricos, electoral, etc.), la legitimación corresponde al ser humano como tal, pues la lesión a ese derecho fundamental la sufre tanto la comunidad como el individuo en particular³⁰. En consecuencia, el sujeto legitimado debe tener esa doble condición y no basta que solo le asista un interés individual o solo colectivo, pues en esos supuestos no estaremos en presencia de un interés difuso y la Sala le niega la legitimación al sujeto para solicitar la defensa de esta jurisdicción.

Por el contrario, cuando estamos frente a un interés como el analizado, la Sala, de oficio, procede a admitir el reclamo³¹. No ocurre lo mismo, cuando se invoca solo un interés individual y se ordena su rechazo por falta de legitimación³².

28 **Sala Constitucional**, N° 2331-96, a las catorce horas, treinta y tres minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis.

29 Este tema ha sido tratado en Italia desde hace mucho, véase el clásico, de ATTARDI, A., *L'interesse ad agire*, Padova: CEDAM, 1955. En la doctrina francesa se utiliza bajo el concepto "sans intérêt pas d'action", puede consultarse FETTWEIS, A., *Manuel de Procédure Civile*, 2e. éd., Liège: Faculté de Droit, 1987, pp. 37 y ss. Con una terminología más actual, no habría inconvenientes para configurarlos como interés en accionar, si bien esta no es la posición del procesalista italiano citado, quien, limitado por la realidad positiva de su país, refiere el interés "ad agire" a la demanda y solo para los casos de incertidumbre o "periculum in mora".

30 **Sala Constitucional**, N° 2331-96, a las catorce horas, treinta y tres minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis.

31 **Sala Constitucional**, N° 1775-90 de las 17:15 horas del 4 de diciembre de mil novecientos noventa. En igual sentido ver sentencia N° 3294-92 de las 16:10 horas del 3 de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

32 Véase la siguiente resolución que en lo pertinente establece. "Por otra parte, alega también el accionante la existencia de un interés difuso al tratarse de la defensa de los demás empleados del Instituto Nacional de Aprendizaje que podrían ser sancionados de forma injusta. No es necesario profundizar mucho para notar que no lleva razón el accionante ... Es fácil concluir de lo dicho que el caso del recurrente no cumple con las características establecidas para ser considerado como la defensa de un interés difuso, ya que se trata más bien de un interés individual claramente individualizado en cada uno de los afectados y que no existe posibilidad de que los efectos 'nocivos' de las normas discutidas puedan repercutir en la comunidad como un todo. Así las cosas, lo procedente es rechazar de plano la acción planteada". **Sala Constitucional**, N° 5942-97, a las diecinueve horas, tres minutos del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

De lo expuesto podemos extraer los siguientes criterios: la doble naturaleza objetiva del interés difuso: individual y colectiva, es el supuesto que se utiliza como clave para acreditar o no la legitimación activa del recurrente. Esta orientación, por subjetiva, puede prestarse a injusticias; por ejemplo, al negarle el acceso a la tutela constitucional a determinados sujetos, al señalar como causal de falta de legitimación que, en el caso, se está en presencia de un interés claramente individualizable o solo colectivo, sin posibilidad para el que lo invoca de demostrar lo contrario³³. Esto puede traducirse en un aumento de la litigiosidad no deseado ante la Sala Constitucional, pues cualquiera de los otros afectados puede volver a gestionar un nuevo recurso o acción de inconstitucionalidad ante esta instancia extraordinaria. Para evitar caer en la arbitrariedad, consideramos prudente utilizar el criterio de proporcionalidad del bien afectado como parámetro de admisibilidad.

B. El ser humano

Tenemos entonces que el ser humano, como concepto genérico, está legitimado para accionar, siempre que demuestre que le asiste un interés difuso. Podríamos preguntarnos ¿Hasta dónde llegan los alcances de esta afirmación? La jurisdicción constitucional, creemos que de manera acertada, ha señalado las siguientes posibilidades: "... tratándose de la Jurisdicción Constitucional, la Sala estima que no solo la legitimación en sí, sino también las condiciones necesarias para estar en el proceso —ya sea como actor o como demandado— o, en su caso, para gozar o sufrir las consecuencias de la sentencia —como vencedor o vencido—, son y deben ser no solo lo más amplias que sea posible y prudente reconocer, sino también que, en esa amplitud, la capacidad misma para ser parte y aun para gestionar judicialmente, como condiciones previas a esa legitimación, debe ser tal que incluso, como en este caso, *un menor de edad, estudiante de primaria*, pueda gozar de ella, pero también cualquier otra persona con solo que tenga la condición de poder articular con claridad su pretensión y su interés"³⁴ (la cursiva no es del original).

Resulta interesante ver cómo la jurisprudencia constitucional rompe la distinción clásica de la legitimación activa cuando admite que, tratándose de intereses difusos, un menor de edad está facultado

33 *El tema es problemático y complejo y puede dar lugar a diversas interpretaciones, que podrían ser consideradas confusas, véase por ejemplo: "Afirma la accionante que interpone la acción sin necesidad de que exista asunto previo pendiente de resolución, en los términos del párrafo primero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional porque por la naturaleza del asunto no existe lesión individual y directa. La Sala difiere de tal criterio y considera que el acuerdo de Gobierno que se impugna podría eventualmente causar una lesión individual y directa a cualquier mujer interesada en ser nombrada directora de la autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y quien, luego de realizar las gestiones pertinentes a fin de obtener tal nombramiento, considere que a pesar de tener atestados suficientes, no se le nombró para designar en su lugar a un hombre y que esto constituye una violación al principio de igualdad. Es decir, la violación al principio de igualdad y no discriminación no ocurre en abstracto, sino en relación con sujetos y situaciones concretas. En consecuencia, se debe rechazar este fundamento de legitimación. También alega la accionante que 'se está en presencia de intereses difusos o que atañen a la colectividad' sin dar mayor explicación o justificación al respecto. Tampoco nos encontramos frente a estos casos de excepción que contempla el artículo 75 de la ley que rige esta jurisdicción. En relación con los intereses que atañen a la colectividad en su conjunto, la Sala ha precisado que con ella se refiere el legislador a la legitimación que ostenta una entidad corporativa, cuando actúa por intermedio de sus representantes, en defensa de las personas que conforman su base asociativa, pero además de lo anterior, siempre y cuando se trate del cuestionamiento de normas o disposiciones que inciden en aquel núcleo de derechos o intereses que constituye la razón de ser y el factor aglutinante de la agrupación, ello incluso cuando, en algunos casos, los efectos de tales normas pudieran repercutir de manera individualizada en cada uno de sus miembros, (véase por todos el pronunciamiento número 1631-91 de las quince horas, quince minutos del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y uno). Confrontado lo anterior con el caso en estudio, la accionante no cumple con los requisitos de esta forma de legitimación, ya que evidentemente no actúa en representación de ningún grupo o asociación de personas definido o fácilmente identificable, sino que lo hace a título personal. Tampoco es un caso de defensa de intereses difusos". Sala Constitucional, N° 2389-97, a las catorce horas, treinta y nueve minutos del veintinueve de abril de mil novecientos noventa y siete.*

34 *Sala Constitucional, N° 2331-96, a las catorce horas, treinta y tres minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis.*

para interponer la acción, actuar en el proceso y sufrir las consecuencias del fallo³⁵. Esta posición es coherente con las nuevas alternativas que se abren en doctrina para implementar otras formas de legitimación, pues de aceptarse los conceptos procesales clásicos, prevalecería el "formalismo" sobre el nuevo objeto que se pretende tutelar a través de esta construcción doctrinal. No ignoramos que tradicionalmente se ha hecho la distinción entre legitimación procesal y la capacidad de actuar. La primera hace referencia a la aptitud para figurar en un proceso; esta facultad le es inherente a cualquier persona física, independientemente de su edad. La segunda, se asocia a la capacidad para accionar en un proceso. La doctrina clásica le niega a los menores esta potestad y los obliga a actuar en el proceso por medio de un representante.

Sin embargo, conforme ya quedó aclarado, tratándose de intereses difusos, estamos frente a un proceso que es de interés público, donde el ciudadano actúa como un contralor más de constitucionalidad³⁶. Para facilitar ese control se establece una amplia e informal manera de legitimación activa. Ello no implica tampoco que estemos en presencia de una verdadera acción popular, pues en cada caso la Sala examina si concurren los supuestos del interés difuso. Cuando así acontece, el Estado, por medio de la Sala Constitucional, es el más interesado en fiscalizar y corregir los vicios que impliquen la afectación del bien común³⁷.

La respuesta que brinda la jurisprudencia constitucional es: tratándose de intereses difusos, cualquier miembro de la comunidad afectada, como lo son *los niños y adolescentes*, están legitimados para acudir a la vía de amparo en procura de la protección de sus derechos fundamentales. Esta posición puede ser conflictiva en doctrina, pero retoma la tesis predominante de que, tratándose de derechos fundamentales asociados a un interés difuso, la Sala puede actuar de oficio. Esta posición nos parece racional y proporcionada cuando tiene que ver con la protección de los intereses difusos. No debe olvidarse que se trata de dar una respuesta procesal a los derechos e intereses integrados en un número amplio de individuos, que supone: un elemento subjetivo difuso del poder de acción. De no admitirse esto, se produciría una doble lesión a los afectados. La que dio lugar a la lesión originaria y, la otra, a cargo de la propia Sala Constitucional, al negar la posible tutela constitucional.

35 Esta posición es coherente pues deja de lado la concepción decimonónica sobre el niño, en este sentido Ferrajoli afirma: "... en los orígenes de esta exclusión de los niños del horizonte del derecho, se encuentra una paradoja vinculada a la rígida separación entre esfera pública y privada que se genera en el nacimiento del derecho moderno. Producto de esta separación, los derechos de libertad de los individuos machos y adultos se han consolidado, en el viejo Estado liberal, como una garantía de inmunidad del derecho a la esfera privada, esfera a la que pertenecen, junto al patrimonio, la familia y la vaca. El universo doméstico, no muy diversamente de la fábrica, se ha configurado como sociedad 'natural', dentro de la cual los 'menores' —a través de tribunales y orfanatos— únicamente con problemas de policía o de asistencia caritativa resultado de sus actos desviados o de su abandono. Es por esta vía que se ha mantenido, también en las legislaciones europeas, una legislación al mismo tiempo paternalista y represiva ... el enfoque de este libro reivindica con fuerza para el derecho de la infancia la lógica de los derechos y sus garantías. Como se sabe, los derechos y las garantías constituyen siempre las leyes de los más débiles, contra la ley del más fuerte que se desarrolla e impera toda vez que los derechos y garantías resultan ausentes o inefectivos. Y son precisamente los niños más que nadie los sujetos 'débiles' por antonomasia, destinados a sucumbir en este estado de naturaleza en el cual son abandonados a la lógica de la fuerza y del mercado". FERRAJOLI, L., Prefacio, en **Infancia, ley y democracia en América Latina**. Buenos Aires, 1998, p. XII.

36 **Sala Constitucional**, N° 2331-96, a las catorce horas, treinta y tres minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis.

37 A similar conclusión llega el Magistrado español JORI TOLOSA, J.L., *Problemática procesal de la protección de los intereses difusos*, en AA.VV., **Intereses difusos y Derecho Penal**, Cuadernos de Derecho Judicial XXXVI, Madrid: CGPJ, 1994, pp. 98-99.

5. Clave para identificar el interés difuso

La jurisprudencia constitucional define al "*interés difuso*" de la siguiente manera: "Se trata, de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas"³⁸. Al interpretar este concepto, a contrario sensu, podemos deducir que no estaremos en presencia de un interés difuso, cuando: su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, o sea, un interés demasiado vago o amplio³⁹. Sean tan concretos que frente a ellos resulten identificadas o fácilmente identificables personas determinadas⁴⁰. Pertenezcan a grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos o que atañen a una comunidad en su conjunto.

En los primeros ejemplos, no estamos en presencia de un interés difuso, porque se reclama solo una faceta: individual o colectiva. El último supuesto, se refiere a los intereses corporativos que tienen un procedimiento propio y diverso al establecido para el interés difuso (Art. 75 LJC)⁴¹. En consecuencia, el interés difuso se identifica como aquél donde está presente esa doble naturaleza que los caracteriza: ser a la vez colectivo e individual. La lesión al derecho fundamental que se invoca la debe sufrir tanto la comunidad como el individuo en particular.

A El elemento subjetivo

Cuando se trata de precisar al sujeto legitimado, la Sala acude reiteradamente a conceptos abstractos; y no podría ser de otra manera debido a las peculiares características que son inherentes al interés difuso. Del estudio de las diversas resoluciones, se nota un importante esfuerzo por darle un contenido al sujeto,

38 **Sala Constitucional**, N° 2331-96, a las catorce horas, treinta y tres minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis; véase también en igual sentido **Sala Constitucional**, N° 2233-93.

39 Reiteradamente, la Sala ha deslindado este aspecto, al señalar, por ejemplo que "... a sabiendas del consenso jurisprudencial que existe sobre la inconstitucionalidad de la inclusión de normas generales no presupuestarias en el Presupuesto Nacional, el legitimar la acción directa en este supuesto equivaldría prácticamente a tener que autorizarla también contra toda la demás legislación ordinaria aprobada con vicios inconstitucionales, aun cuando esos roces sean de otra índole, siendo ese interés —aunque loable—, demasiado vago o amplio como para constituir por sí mismo un interés difuso o colectivo". **Sala Constitucional**, N° 1775-90 de las 17:15 horas del 4 de diciembre de mil novecientos noventa; en igual sentido, **Sala Constitucional**, N° 2883-96, a las diecisiete horas del trece de junio de mil novecientos noventa y seis.

40 **Sala Constitucional**, N° 5942-97, a las diecinueve horas, tres minutos del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y siete; en igual sentido, **Sala Constitucional**, N° 2389-97 a las catorce horas, treinta y nueve minutos del veintinueve de abril de mil novecientos noventa y siete.

41 "En relación con los intereses que atañen a la colectividad en su conjunto, la Sala ha precisado que con ello se refiere el legislador a la legitimación que ostenta una entidad corporativa, cuando actúa por intermedio de sus representantes, en defensa de las personas que conforman su base asociativa, pero además de lo anterior, siempre y cuando se trate del cuestionamiento de normas o disposiciones que inciden en aquel núcleo de derechos o intereses que constituye la razón de ser y el factor aglutinante de la agrupación, ello incluso cuando, en algunos casos, los efectos de tales normas pudieran repercutir de manera individualizada en cada uno de sus miembros, (véase por todos el pronunciamiento número 1631-91 de las quince horas, quince minutos del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y uno). Confrontado lo anterior con el caso en estudio, la accionante no cumple con los requisitos de esta forma de legitimación, ya que evidentemente no actúa en representación de ningún grupo o asociación de personas definido o fácilmente identificable, sino que lo hace a título personal. Tampoco es un caso de defensa de intereses difusos." **Sala Constitucional**, N° 2389-97 a las catorce horas treinta y nueve minutos del veintinueve de abril de mil novecientos noventa y siete.

42 **Sala Constitucional**, N° 0058-97, a las quince horas, quince minutos del siete de enero de mil novecientos noventa y siete.

pese a lo difícil del tema. Por ejemplo, la Sala ha señalado que se trata de un tipo de especial interés, "... distribuido en cada uno de los administrados, mediato si se quiere, pero no por ello menos diluido y constatable, para la defensa, ante esta Sala, de ciertos derechos constitucionales de una singular relevancia para el adecuado y armónico desarrollo de la sociedad ..."⁴² Del extracto anterior, que es retomado en múltiples resoluciones, podemos rescatar dos elementos que nos pueden ayudar a comprender la orientación que la Sala pretende darle al asunto. En primer lugar, el vínculo entre interés difuso y sujeto, puede ser muy débil e incluso subjetivo, pero es importante resaltar que, en caso de duda, debe admitirse la acción y, será al resolver el fondo, que se precise si estaba o no legitimado el sujeto para interponer el recurso. Consideramos que esta interpretación es la correcta porque está en juego el control constitucional sobre aspectos que atañen a la colectividad y a la Constitución. Derivado de lo anterior, tenemos el segundo aspecto. Este tiene que ver con la incertidumbre que existe alrededor del tema en estudio. En efecto, lo impreciso del tema ha llevado a la jurisprudencia a tratar de concretar cuándo estamos en presencia de un tema relativo a los intereses difusos. Se han ensayado diferentes alternativas para individualizarlos, una de estas hace énfasis en ciertos bienes constitucionales, como una manera de encontrar un criterio objetivo, que le permita a los ciudadanos saber (con algún grado de certeza) cuándo están en presencia de un interés difuso y, por ende, pueden gestionar en su defensa.

B. El elemento objetivo

Tenemos entonces que el elemento básico mediante el cual podemos identificarlos está, en palabras de la jurisprudencia constitucional, en las *"especiales características de estos derechos por sí mismos y no los sujetos que pueden ostentarlos, la clave para la distinción y determinación de la presencia de los llamados intereses difusos"*⁴³ (la cursiva no es del original). Lo importante de esta nota es que temporalmente refleja el último componente distintivo del tema, dado por la Sala Constitucional y este es: que no se trata de *numerus clausus* sino *apertus*. Lo que determinará si estamos o no frente a un interés difuso, digno de tutela constitucional, es la relevancia del tema y los efectos que pueda tener sobre el desarrollo armónico de la sociedad. Estos aspectos son, quizá, por objetivos, esenciales para precisarlos, pues ahora se invierte el supuesto de admisibilidad. Esto ocurre porque bastará precisar que estamos ante un supuesto de interés difuso, como el ambiente o el derecho a la educación, para justificar, en principio, que nos asiste un interés digno de tutela.

También quiere decir que los intereses difusos se definen por sus propias características. Admitiendo lo anterior, resulta ahora medular para el amparado, determinar o acreditar cuáles son los bienes que son considerados como tales para que la Sala, de oficio, le reconozca al sujeto la legitimación activa. Debe agregarse, que en este caso, no estamos en presencia de situaciones donde la persona humana deba acreditar que le asiste un interés difuso, más bien lo que debe demostrar es que la jurisprudencia o la doctrina acepta que la situación que vulnera uno de sus derechos fundamentales es considerada como un caso típico de afectación de un interés difuso.

⁴³ **Sala Constitucional**, N° 0058-97, a las quince horas, quince minutos del siete de enero de mil novecientos noventa y siete.

6. Consideración procesal-constitucional

El tema del interés difuso conlleva, al igual que todos aquellos con relevancia constitucional, el ejercicio por parte de la Sala de funciones de control abstracto de las normas. Sin embargo, hasta ahora no se han extraído las posibles consecuencias que se pueden derivar del ejercicio de este control, ni se ha desarrollado un sistema de reglas y de los modelos argumentales imperantes. Los magistrados de la Sala Constitucional, pese a esas carencias, han ido elaborando un instrumental adecuado que respeta y restablece la primacía de la Constitución como parámetro de interpretación. De esta manera se ha ido creando una jurisprudencia, que busca los instrumentos de control apropiados a su función. Ahora tenemos suficientes sentencias en este campo que nos permiten una determinación más precisa de las funciones y de los límites del contralor de constitucionalidad a través del ejercicio de la fiscalización de lo que denominamos "interés difuso". La intención de este apartado es analizar este material, agruparlo bajo conceptos simples y aventurar los primeros elementos de una breve sistematización provisional.

En este orden de ideas, consideramos que puede ser de interés mencionar dos temas que están íntimamente unidos: a) los presupuestos del control constitucional sobre la sociedad y el Estado y b) aquellos que desarrolla el CNACR. De esta manera, brevemente, pretendemos mostrar los supuestos que consideramos de mayor relevancia.

A. El interés difuso: relaciones Estado-sociedad

Hasta ahora, la integración de la Sala Constitucional ha considerado de relevancia temas muy puntuales, que son, de hecho, reconocidos por la doctrina como intereses difusos⁴⁴. Quizá en un futuro, muchos otros serán considerados como tales. Ciertamente, esta búsqueda de un criterio objetivo, ha llevado a la jurisprudencia, casi de manera casuística, a clasificar y asociar una serie de derechos constitucionales con intereses difusos. A modo de ejemplo y por ser los casos más reiterados, se acepta que estamos en presencia de estos cuando se invoca: el derecho al ambiente⁴⁵, la defensa del patrimonio histórico⁴⁶ y la materia electoral⁴⁷.

Lo cual no quiere decir que sean los únicos, o que estemos en presencia de numerus clausus. Por el contrario, los intereses difusos, como su nombre lo indica, comprenden muchas diversas y nuevas categorías de protección individual y social. Conforme pase el tiempo, los ciudadanos tendrán una mayor preponderancia en su fiscalización, que indudablemente llevará a la tutela de otras formas, incluso ahora no aceptadas por la jurisprudencia y la doctrina. No obstante, significa una importante decisión de política jurídica, realizada por la Sala Constitucional, el ir precisándolos desde ya. Debe recordarse que una sola sentencia, en este tema, soluciona con carácter general y vinculante un asunto que afectará a la sociedad y a las reglas que la rigen en nuestro Estado Social de Derecho, por ejemplo, todas aquellas relativas a derechos sociales reconocidos por nuestra Carta Magna.

44 *El siguiente extracto ejemplifica los temas más tratados, entre estos destacan los "... intereses relacionados con el medio ambiente, la defensa de valores históricos, o electorales por ejemplo, que sí constituyen intereses difusos propiamente dichos, siendo necesaria y justificable la acción directa para su protección". Sala Constitucional, N° 1775-90 de las 17:15 horas del 4 de diciembre de mil novecientos noventa.*

45 *Sala Constitucional, N° 3705-93 de las quince horas del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres.*

46 *Sala Constitucional, N° 5753-93 de las catorce horas, cuarenta y cinco minutos del nueve de noviembre de mil novecientos noventa y tres.*

47 *Sala Constitucional, N° 980-91 de las trece horas, treinta minutos del veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y uno.*

Por ello, debemos preguntarnos qué ha significado la intervención de la Sala en estos temas, sus relaciones con otros órganos estatales, cuyas decisiones tiene aquél que controlar en lo que se refiere al respeto de los derechos fundamentales o a su constitucionalidad. Esta labor relativa a la esencia de la Sala Constitucional, podemos replantearla en diversas facetas: las jurisdiccionales o las políticas. Las funciones jurisdiccionales constitucionales giran alrededor de la protección de los derechos individuales y colectivos que caracterizan a los intereses difusos. Las segundas tienden a acentuar los aspectos institucionales de esta jurisdicción, que parecen colocarla como un "cuarto poder" fiscalizador de la labor sociojurídica del Estado y de la sociedad.

Estos parámetros han permitido diseñar un grado óptimo de eficiencia de las sentencias de la Sala Constitucional. En efecto, consideramos errado buscar una diferenciación entre ambos tópicos cuando de intereses difusos se trata, pues precisamente su naturaleza dual: colectiva e individual, impone el necesario control sobre la doble faceta jurídica y política de las decisiones de los órganos del Estado o de la sociedad, cuando por acción u omisión amenacen o violen los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El otro aspecto que merece destacarse es que las posibles interpretaciones de la Sala, en materia de ambiente, salud, educación, cultura, deporte, vivienda, entre otros aspectos, tienden a perfeccionar la protección de la niñez y la adolescencia.

La Sala, en la actualidad, ha mostrado que siguiendo las reglas hermenéuticas es capaz de brindar nuevas respuestas al decimonónico derecho de adultos; y buen ejemplo de ello lo representa la sentencia que desarrolla la posibilidad de reconocerle legitimación a las personas menores de edad, cuando esté de por medio el derecho al ambiente⁴⁸. En otros casos, la Sala ha impulsado la orientación que potencia el principio de que los límites de la jurisdicción constitucional son los mismos de la interpretación constitucional. Esta situación ha hecho levantar algunas voces de protesta que afirman que la Sala Constitucional no debe imponerles a otros órganos del Estado su propia concepción de la Constitución; o, lo que consideran aún más gravoso, que supuestamente interfiera con los otros órganos, desconociéndoles sus funciones o competencias; pero lo cierto del caso es que, tratándose de intereses difusos, por la importancia de los bienes en juego y porque la Sala Constitucional actúa como un límite de límites al poder del Estado, debe intervenir cuando este se haya extralimitado en el ejercicio de sus funciones.

Debe recordarse que el Tribunal Constitucional, frente al Estado, tiene un aspecto material, institucional y funcional; por ello debe resolver con carácter de vinculación última, cuando se trata de derechos fundamentales, aunque en muchos casos debe reconocerle al Estado márgenes de actuación precisamente porque sus sentencias, si bien es cierto tienen validez general, no son omnicompresivas, lo cual permite restablecer el equilibrio entre la Sala y el Estado. En este tema es quizá donde los límites entre competencias pueden diluirse mayormente, pero hasta ahora el equilibrio y la proporcionalidad han sido la pauta que se ha impuesto como una forma de autolimitación judicial, no imperativa e implícita en los fallos que tienen que ver con intereses difusos; ejemplo de lo anterior es la siguiente resolución, donde se indica que: "... esta Sala también ha reconocido, que tanto el derecho a la salud como a un ambiente libre de contaminación, sin el cual el primero no podría hacerse efectivo, son derechos fundamentales, de modo que, es obligación del

48 *Sala Constitucional*, N° 0080-I-96, a las ocho horas, treinta minutos del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y seis.

Estado proveer a su protección, ya sea a través de políticas generales para procurar ese fin o bien, a través de actos concretos por parte de la Administración. El desarrollo sostenible es una de esas políticas generales que el Estado dicta para ampliar las posibilidades de que todos puedan colmar sus aspiraciones a una vida mejor, incrementando la capacidad de producción o bien, ampliando las posibilidades de llegar a un progreso equitativo entre un crecimiento demográfico o entre este y los sistemas naturales. Es el desarrollo sostenible, el proceso de transformación en la utilización de los recursos, orientación de las inversiones, canalización del desarrollo tecnológico, cambios institucionales y todo aquello que coadyuve para atender las necesidades humanas del presente y del futuro"⁴⁹.

La resolución transcrita refleja una situación de hecho, de cómo las sentencias de la Sala Constitucional definen los marcos de actuación del Estado cuando de intereses difusos se trata. Este es un aspecto que merece resaltarse porque, por lo general, cuando se trata del control de contenidos, la regla parece ser que los tribunales constitucionales se inclinan más por la protección de los derechos individuales (libertad, movimiento, integridad física, etc.) que por los sociales, económicos o culturales (ambiente, educación, alimentación, vivienda, etc.). Debemos recordar que el control constitucional conlleva el examen —cuando así se le solicita— de todas las decisiones de los poderes públicos, sobre la base del respeto a la Constitución y a la ley.

Otro aspecto que merece rescatarse es que cuando se alude a intereses difusos, la Sala Constitucional no se limita a un mero control superficial de evidencias, que lleva a declarar con lugar el reclamo solo cuando sea evidente u obvio; sino, por el contrario, es difícil para el Estado apelar a la presunción de "corrección funcional" en su favor. Desde este punto de vista, la Sala impulsa la protección del ser humano como fin último del sistema constitucional, lo cual no quiere decir que la Sala admita que esa sea la vía apropiada para entrar a cuestionar los peritajes técnicos que puedan resolver el fondo del asunto. En efecto, "... en lo tocante a la disconformidad del recurrente con el contenido del estudio técnico presentado por "S.F., Sociedad Anónima" —aprobado por la Comisión recurrida— y sin menospreciar las evaluaciones técnicas que aquel menciona en el libelo, ya la Sala ha señalado reiteradamente, que no es de su competencia entrar a examinar los criterios técnicos o científicos que unos y otros contienen, pues el papel de este Tribunal no es —ni debe ser—, el de árbitro en las controversias que las partes interesadas manifiesten con respecto a dictámenes técnicos o científicos. En efecto, no es esta jurisdicción la idónea para decidir sobre cuestiones técnicas o científicas, de manera que compete a otras instancias determinar si el dictamen aportado para lograr la autorización de la explotación forestal que se pretende está técnica y científicamente hecho. Con base en él se concluyó que el desarrollo industrial que se pretende realizar no es perjudicial para el ecosistema de la zona y en consecuencia, para la salud y en ello no observa la Sala infracción constitucional alguna. Así, la disconformidad que el recurrente tenga con el dictamen presentado por "Ston Forestal, Sociedad Anónima", es un asunto de mera legalidad, que como tal debe ser discutido no en esta vía, sino ante la legal correspondiente, motivo por el cual el recurso resulta improcedente y así debe declararse, con el voto salvado de la Magistrada Calzada, quien ordena dar curso al amparo"⁵⁰. El peritaje técnico es un límite que acepta la Sala Constitucional, lo cual permite concluir que existe una graduación de la densidad del control, que depende, en cada caso, de diversos supuestos.

49 *Sala Constitucional*, N° 1763-94, a las dieciséis horas con cuarenta y cinco minutos del trece de abril de mil novecientos noventa y cuatro.

50 *Sala Constitucional*, N° 1783-94, a las nueve horas con cincuenta y siete minutos del quince de abril de mil novecientos noventa y cuatro.

Tratándose de intereses difusos, el control del resultado es un punto que se considera esencial, pues el resultado de la decisión del órgano del Estado recae normalmente sobre el ciudadano, sea adulto o niño. Los actos del gobierno se miden en cuanto afecten los derechos sociales, económicos o culturales. Este control a posteriori de las disposiciones de otros poderes del Estado es fundamental, porque dispone de una amplia esfera de libertad de apreciación de la realidad para alcanzar un fin determinado, sea cultura, educación, salud, etc. Este aspecto tiene especial importancia cuando se trata de analizar los compromisos adquiridos con la ratificación o firma de tratados internacionales que otorgan un rango específico de protección a la niñez y a la adolescencia. Igual acontece cuando el Estado se obliga, por medio de una ley, a proteger a este sector de la población y no lo hace. En términos más sencillos, también el control opera a posteriori cuando las municipalidades, por acción u omisión, ponen en peligro la salud o el derecho al ambiente; por ejemplo, al tolerar el derrame de desechos contaminantes en los ríos, en estos casos, la Sala Constitucional ejerce un control de resultados y hasta ahora no ha admitido como eximente de responsabilidad la falta de presupuesto para garantizar y hacer cumplir su obligación de mantener un ambiente sano y ecológicamente equilibrado⁵¹. Normalmente, el control de resultado conlleva en nuestro medio una elevada densidad de control sobre los actos del Estado que amenacen o violen, de cualquier manera, los intereses difusos de la población.

B. El interés difuso: la protección de la niñez y la adolescencia

Esta rama del Derecho se nutre de una fuerte corriente de protección del ser humano, que tiene su fuente en la normativa internacional y que ha hecho exclamar a Ferrajoli "... en nuestra tradición jurídica, derecho-derechos e infancia son términos tendencialmente antinómicos. Por una parte, estando los niños privados de la capacidad de actuar, siempre han sido tratados y antes de ello incluso pensados, mucho más como objetos que como sujetos de derecho. Por otra parte, el derecho de 'menores' ha estado siempre concebido en nuestra cultura jurídica como un derecho menor, ajeno al horizonte teórico del jurista y escasamente compatible con las avanzadas formas jurídicas del derecho de los adultos. La mentada 'autonomía científica' del derecho de menores, ... se ha transformado de hecho en una autonomía del derecho constitucional, es decir, de aquel sistema de derechos y garantías que constituye la sustancia del actual constitucionalismo democrático"⁵² y es precisamente dentro de ese marco que la Sala Constitucional, incluso antes de la vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia, fue capaz de dar el paso de reconocerle a un estudiante de primaria la legitimación activa para figurar en un proceso por intereses difusos. En ese momento, se indicó: "... la Sala estima que no solo la legitimación en sí, sino también las condiciones necesarias para estar en el proceso —ya sea como actor o como demandado— o, en su caso, para gozar o sufrir las consecuencias de la sentencia —como vencedor o vencido—, son y deben ser no solo lo más amplias que sea posible y prudente reconocer, sino también que en esa amplitud la capacidad misma para ser parte y aún para gestionar judicialmente, como condiciones previas a esa legitimación, debe ser tal que incluso, como en este caso, un menor de edad, estudiante de primaria, pueda gozar de ella, pero también cualquier otra persona con solo que tenga el poder de articular con claridad su pretensión y su interés..."⁵³

51 **Sala Constitucional**, N° 4480-94, a las diez horas, cincuenta y un minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

52 FERRAJOLI, L., Prefacio, en *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Buenos Aires, 1998, p. XI.

53 **Sala Constitucional**, N° 3705-93, a las quince horas del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres.

Sin perjuicio de lo que luego se dirá (capítulos III y IV), el problema de los intereses difusos no es un asunto ajeno a la protección efectiva de los niños, niñas y adolescentes. En consecuencia, es apropiado preguntarse si algunos de los supuestos que contempla el CNACR pueden ser considerados intereses difusos. De previo debemos reflexionar sobre lo siguiente. Nuestro CNACR es el reflejo de la Convención sobre los Derechos del Niño y como consecuencia de la "Teoría de la Protección Integral" han surgido algunos países en América Latina que han plasmado estos principios en la legislación secundaria. Algunos de esos modelos, debido al éxito alcanzado, se han convertido en el ejemplo a seguir. Uno de estos casos lo constituye el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil. Desde este punto de vista, el ENAB puede ser de gran utilidad, pues señala, a modo de catálogo, las situaciones que son comprensivas de intereses difusos, entre estas destacan las siguientes: el derecho a la educación, que comprende tanto la enseñanza obligatoria como la atención educacional especializada para los minusválidos; la atención en guarderías y en el nivel preescolar; la enseñanza nocturna regular; también se tutela lo relativo a la oferta de material didáctico-escolar, transporte y asistencia a la salud del educando del nivel de enseñanza fundamental; los servicios de asistencia social para la protección de la familia, la maternidad, la infancia y la adolescencia, así como el amparo a los niños y adolescentes que lo necesiten; en igual sentido el acceso a las acciones y servicios de salud; entre otros⁵⁴. Debemos agregar que, el Estatuto establece solo el marco mínimo de protección, sin menoscabo de los otros intereses difusos, protegidos por la Constitución y por la ley (art. 208, párrafo único del ENAB).

Este primer ejemplo puede ser de gran utilidad porque, parodiando a la Sala Constitucional, afirmaríamos que uno de los parámetros con el cual podemos identificar a los intereses difusos, está constituido por las especiales características de estos derechos por sí mismas y no los sujetos que pueden ostentarlos⁵⁵. En consecuencia, si parte de las particularidades que le han permitido a la Sala señalar que estamos en presencia de un interés difuso, han sido aquellos sobre los cuales la doctrina no es controversial, como el derecho al ambiente, la materia electoral, el derecho del consumidor, entre otros; en el ejemplo comentado tenemos varios casos más que la doctrina brasileña acepta como situaciones típicas de estos intereses, precisamente porque reúnen, además, el segundo elemento que normalmente los distingue: el ser intereses individuales y colectivos. Si lo expuesto es razonable y no desproporcionado, no debe resultarnos muy difícil llegar a la conclusión de que si esos mismos intereses están tutelados por nuestro ordenamiento positivo, estaremos en principio, en presencia de una situación de hecho con relevancia jurídica que es digna de tutela por los tribunales ordinarios y extraordinarios.

En efecto, aun el más superficial estudio de la cuestión nos muestra que la mayoría de los temas a los que la legislación brasileña hace mención, también se encuentran reglados como derechos de la niñez y la adolescencia en nuestro CNACR. Puede consultarse, en igual sentido, la amplia gama de posibilidades que se deducen de los Capítulos III, IV, V, VI y VII del ENAB. Entre estos tenemos: el derecho a la familia y a percibir alimentos, a la salud, a la educación, a la cultura, recreación y deporte, a la protección al trabajador adolescente. En consecuencia, podemos afirmar que estos intereses tutelados por la normativa del CNACR pueden ser considerados por su naturaleza: individual y colectiva, intereses difusos. Diversa situación será determinar si le compete conocer a la Sala Constitucional o a la jurisdicción especializada de familia, de las presuntas violaciones que se denuncien, ya sea por acción u omisión de la sociedad o del Estado. Ciertamente, estos intereses, como ya vimos, tienen la peculiaridad que pueden afectar derechos individuales y también

54 *Estatuto del Niño y del Adolescente, de Brasil, Ley número 8.069/90, art. 208.*

55 **Sala Constitucional**, N° 0058-97, a las quince horas, quince minutos del siete de enero de mil novecientos noventa y siete.

a la colectividad; esto crea indudablemente fuentes de fricción en relación con su tutela, pero en términos generales consideramos que es importante definir, aun desde la teoría, cuáles grupos de derechos pueden ser tutelados bajo estos supuestos.

La Sala, previamente y en diversas oportunidades, ha aceptado que ciertos derechos que tienen que ver con la educación, son susceptibles de ser fiscalizados a través de los denominados intereses difusos; así se pronunció en relación con el régimen disciplinario en las escuelas y colegios. La jurisdicción constitucional resuelve, en este asunto, no solo el caso concreto para el alumno afectado con la decisión que lo perjudicaba, como, con carácter colectivo, para todos los alumnos que se encuentren en el mismo supuesto. Así concluye, que las autoridades administrativas estaban imposibilitadas para imponer una doble sanción por la misma situación de hecho, esto queda claro al indicar la sentencia que:

"No obstante lo dicho en el considerando primero de esta sentencia, debe recordarse que esta Sala ha vertido ya su criterio respecto de la imposibilidad de castigar doblemente una misma conducta. Al respecto, por sentencia número 3942-93, de las quince horas, cuarenta y ocho minutos del doce de agosto de mil novecientos noventa y tres, señaló:

'Sí debe advertir la Sala que la sanción disciplinaria impuesta, no debe exceder en sus efectos, los propósitos de la misma, ocasionando al alumno otros perjuicios académicos, como por ejemplo la pérdida de exámenes, los que deberán ser repuestos, ..., ni perder el año por causa de la suspensión, puesto que la expulsión es por sí misma la sanción. Lo contrario implicaría que el estudiante sufriría varias consecuencias por el mismo hecho ...'

Resulta de interés citar dicha sentencia, toda vez que se trata de jurisprudencia de la Sala, que de conformidad con el numeral 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, resulta vinculante *erga omnes*, por lo cual, aunque se haya rechazado de plano esta acción en lo referente a los numerales 18 a 22 del Reglamento General de Disciplina, Convivencia y Méritos Estudiantiles, debe considerarse la sentencia, transcrita parcialmente, cuando se trate de aplicar artículos que impongan dobles sanciones por un mismo hecho."⁵⁶

Tenemos, entonces, que los derechos relativos a la educación que regula el CNACR, vienen a constituirse, por los precedentes jurisprudenciales y doctrinarios, en un asunto más que, como señala el CNACR, no solo son de orden público y por consiguiente irrenunciables, sino un presupuesto que ya había sido tratado por la Sala como susceptible de ser reclamado bajo el concepto de los intereses difusos. En igual situación encontramos lo referente al derecho a la salud, aspecto que, también se encuentra entre los que merecen una especial protección del Estado, al tratarse de un derecho social, tutelado no solo por la ley, sino por los convenios internacionales ratificados por Costa Rica y sobre los cuales la Sala ya se ha pronunciado.

⁵⁶ **Sala Constitucional**, N° 5594-94, a las quince horas, cuarenta y ocho minutos del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

A modo de reflexión final, podemos señalar que la mayoría de los casos que contempla el CNACR pueden ser considerados, en principio, intereses difusos. Así también lo ha reconocido la Sala Constitucional en diversas oportunidades. De esta manera, surgen normativamente nuevos asuntos que pueden defenderse bajo los presupuestos mencionados y que, sin lugar a dudas, le darán una esfera más amplia de protección a la niñez y a la adolescencia costarricense. Desde este punto de vista, la Sala Constitucional ejerce importantes funciones de control sobre la sociedad y el Estado, en acatamiento de los principios que establece, no solo el CNACR, sino también la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta última, según reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional, incluso tiene un rango superior a la Constitución, cuando desarrolle de manera más garantista los principios y normas de nuestra Carta Magna.

7. Conclusión

La configuración constitucional del interés difuso conlleva que se alcancen importantes fines de control constitucional. Entre estos destacan: establecer una legitimación más flexible y menos formalista, necesaria para asociar a los ciudadanos con el interés del propio Estado de fiscalizar y restablecer su propia juridicidad. El concepto interés difuso establece un nuevo modelo de legitimación activa para que ese control sea cada vez más efectivo y eficaz. El interés difuso se identifica como aquel donde está presente esa doble naturaleza que lo caracteriza: ser a la vez colectivo e individual.

En cuanto al sujeto pasivo, tratándose de un tema directamente ligado con la protección de algunos intereses relacionados con la colectividad, se ha llegado a implementar un sistema de fiscalización del cual no escapan los particulares o los funcionarios del Estado. Así, por ejemplo, ante el incumplimiento de la normativa referente al ambiente, el control de la Sala, en tutela de los derechos violados, conlleva el análisis de si el quebranto de las normas ambientales fue provocado por la actuación u omisión "tanto de un sujeto de derecho privado como de derecho público. Este último, simplemente omitiendo ejercer el control debido sobre la actuación de los sujetos privados, cuando infringen las normas ambientales, ignorando su competencia funcional, que le exige ejercer ese control; o bien, infringiendo directamente con su actuación disposiciones jurídicas destinadas a proteger y conservar el ambiente"⁵⁷.

Debemos agregar, que el CNACR establece nuevas categorías de intereses difusos, que anteriormente y de manera aislada la Sala, en diversas oportunidades, había reconocido como tales, por ejemplo, los relativos al derecho a la educación o a la salud. En última instancia el derecho comparado brasileño nos muestra que diversos bienes que nosotros también regulamos, son supuestos típicos de intereses difusos que nacen para proteger de manera especial a la niñez y a la adolescencia. Estos aumentan nuestro catálogo de intereses que pueden ser tutelados, bien acudiendo a la Sala Constitucional y, en otros casos, como materia competencia del Juez de Familia. Los límites entre ambas jurisdicciones es un aspecto pendiente que deberá ser resuelto, posiblemente, por la Sala Constitucional a corto plazo.

57 En igual sentido véase, **Sala Constitucional**, N° 3705-93 de las quince horas del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres, también **Sala Constitucional**, N° 2331-96, a las catorce horas, treinta y tres minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis.

Por último, debemos indicar que esta nueva dimensión que se le da al interés difuso, puede llegar incluso a transformar nuestra concepción de la sociedad y del papel del Estado. Por primera vez, el ciudadano cuenta con un poderoso instrumento de control y a la Sala Constitucional, así como en los años noventa fue el motor que transformó el proceso penal, ahora se le presenta la oportunidad de abanderar una nueva revolución constitucional, donde de nuevo el ciudadano, como legitimado directo y la colectividad, como un todo, sea el objeto de su amparo y protección.

8. Bibliografía

- ALMAGRO NOSETE, J., *El "libre acceso" como derecho a la jurisdicción*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Vol. XIV, Nº 37, 1970.
- ALMAGRO NOSETE, J., *Legitimación y amparo constitucional*, en RDP ib., 1980.
- ALMAGRO NOSETE, J., *Constitución y proceso*, Barcelona: Bosch, 1984.
- ALMAGRO NOSETE, J., *Consideraciones de Derecho Procesal*, Barcelona: Bosch, 1988.
- ALMAGRO NOSETE, J., *Instituciones de Derecho Procesal*, tomo primero, Madrid: Trivium, 1993.
- ARMIJO SANCHO, G., *El control constitucional en el proceso penal costarricense*. 2 ed., San José: Editec Editores, 1992.
- ATTARDI, A., *L'interesse ad agire*, Padova: CEDAM, 1955.
- CARAVITA, B., *La tutela giurisprudenziale degli interessi difusi e collettivi*, en Rivista Critica del Diritto Privato, marzo 1985.
- ESTÉVEZ, J.L., *Nuevas reflexiones sobre el Derecho Procesal*, en Justicia 89, Nº II.
- FETTWEIS, A., *Manuel de Procédure Civile*, 2e. éd., Liège: Faculté de Droit, 1987.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los ciudadanos y la administración: nuevas tendencias en Derecho español*, en Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 51, julio-setiembre 1986.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2a. ed., Madrid: Civitas, 1984.
- HERNÁNDEZ VALLE, R., *Derecho procesal constitucional*, San José. Editorial Juricentro, 1995.
- JIMÉNEZ MEZA, M., *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*. San José: Editorial Lil, 1990.
- JORI TOLOSA, J.L., *Problemática procesal de la protección de los intereses difusos*, en AA.VV., Intereses Difusos y Derecho Penal, Cuadernos de Derecho Judicial XXXVI, Madrid: CGPJ, 1994.

MONTORO PUERTO, M., *Apuntes en torno a la legitimación en algunos procesos constitucionales*, en Revista de Administración Pública, N° 100-102, enero-diciembre 1983.

PÉREZ GORDO, A., *La legitimación activa de las partes en la cuestión de inconstitucionalidad*, en Revista Jurídica de Cataluña, N° 3, julio-setiembre 1980.

SAAVEDRA GALLO, P., *La justicia de la Constitución y los órganos jurisdiccionales ordinarios*, en Justicia 86, N° 1.

SILGUERO ESTAGNAN, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Madrid: Dikynson, 1995.

* * *

CAPÍTULO III: EL INTERÉS DIFUSO EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA*

Los intereses difusos, en doctrina, son considerados instrumentos operativos fundamentales desde la óptica de los derechos de la población infantil-juvenil¹. Ahora bien, es razonable preguntarse qué papel juegan en las nuevas regulaciones sobre la materia y por qué esta categoría de derechos resulta importante en el Código de la Niñez y la Adolescencia (en adelante CNACR), aprobado por la Asamblea Legislativa en diciembre de 1997 (con el consenso de todos los partidos políticos y bajo el auspicio de UNICEF).

1. Introducción

Debemos recordar que hasta hace muy poco tiempo, el derecho de acción, las normas procesales y la competencia atribuida a los jueces, estaba diseñada hacia la defensa individual de los derechos subjetivos. El tema de los intereses difusos, propio de un grupo indeterminado de personas, solo podía resolverse en sede administrativa². En nuestro caso, representó todo un avance el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, al establecer la posibilidad de que un ciudadano individualmente o en grupo pudiese emplear esta vía para obtener la tutela de los intereses difusos.

2. Interés difuso: conceptos operativos

Esta situación no responde a la casualidad, sino que es el producto de la evolución generacional de los derechos humanos y constitucionales. En efecto, el más somero estudio de la cuestión, nos muestra, los diversos períodos en cuanto a la defensa de los derechos de los ciudadanos, sean estos adultos, niños, niñas o adolescentes.

En un primer estadio tenemos los derechos individuales, que surgen con el constitucionalismo liberal clásico de fines del siglo XVIII y principios del XIX. Una segunda faceta, donde encontramos los derechos económicos, sociales y culturales, caracterizados por la lucha contra los excesos del poder y que afloran con el movimiento constitucional de entre las grandes guerras. Por último, lo que la doctrina denomina los derechos de la tercera generación. Dichos derechos tienen su fundamento básico en la idea de la solidaridad.

* En: Armijo Sancho, Gilbert, *La tutela constitucional del interés difuso. Un estudio según el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica*, San José, UNICEF, 1998.

1 Ver, VERONESE, J. R. P., *Interesses difusos da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997; también, GRINOVER, A. P. (coord.), *A tutela dos interesses difusos*. Sao Paulo: Max Limonad, 1984, entre otros.

2 Véase por ejemplo, en nuestro caso, los artículos 17 en relación con el 18, 51 y 61 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, publicada en La Gaceta N° 14 del 19 de enero de 1995. En doctrina, puede consultarse GONZÁLEZ CANO, M. I., *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*. Valencia: Tirant Monografías, 1997; GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., GARBERI LLOBREGAT, J., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Derecho Procesal Administrativo*. Valencia, 1993; también GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., GARBERI LLOBREGAT, J., Ordenanza sobre los tribunales administrativos de la República Federal de Alemania de 21 de enero de 1960 (*Verwaltungsgerichtsordnung*). Introducción y traducción, en *Documentación jurídica*, t. XVIII, 71, julio-setiembre de 1991, entre otros.

De esta manera, se responde a los problemas que enfrentan los individuos en la actual "sociedad de masas"³. Un ejemplo que podemos extraer de la doctrina clásica, es el concepto acuñado en Italia de la "plurioffensività"⁴, el cual responde a la realidad de que existen individuos afectados por infracciones al derecho que tienen relevancia colectiva.

Es dentro de la categoría de los derechos sociales y de los de la tercera generación, impulsados por los convenios y tratados internacionales y desarrollados en las constituciones democráticas, donde es susceptible reclamar el derecho a la educación de los niños y adolescentes, a no ser maltratados ni abusados o a exigir al Estado satisfacer las necesidades básicas de salud, seguridad e integridad efectiva para todas las personas menores de edad. Estos temas exceden lo meramente individual para convertirse en exigencias de la comunidad, en tanto afectan intereses difusos.

El desarrollo de esta protección especial para el niño ha implicado un largo proceso, que comienza con la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y continúa con la Declaración sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 y es reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10), en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan por su bienestar.

A. Problemas inherentes al interés difuso

Lo anterior conlleva el cuestionamiento sobre las nuevas vías que se abren para la tutela de los intereses difusos. En doctrina, ha sido constante la discusión sobre: ¿cuáles son estos intereses? o si ¿deben regularse expresamente o pueden inferirse de la Constitución o de los convenios y tratados internacionales? Desde el proceso, suele cuestionarse sobre el sujeto legitimado para reclamar la protección judicial de los intereses difusos. Básicamente, las interrogantes surgen alrededor de los siguientes tópicos relacionados con la legitimación: ¿en qué supuestos? y sobre todo ¿con qué alcance?

Indudablemente, lo anterior implica que el derecho está llamado a cumplir funciones, hasta hace poco tiempo desconocidas, que exigen nuevos tipos de tutela. La sociedad de masas actual exige la superación de los conceptos clásicos de la mera defensa individual de los derechos e intereses legítimos, así como de las estructuras procesales convencionales, pues estas se muestran inoperantes para garantizar la protección jurisdiccional propia de la heterogeneidad de las situaciones susceptibles de amparo difuso, como el ambiente, la defensa de los consumidores y usuarios o el derecho de los jóvenes a crecer con la dignidad y el resguardo que les es inherente por su sola condición de ser humano. Estos temas han sido debatidos intensamente. En algunos ordenamientos como el brasileño, se esbozan interesantes propuestas procesales y constitucionales⁵. En otros

3 VASAK, K., *Pour les droits de l'homme de la troisième generation: les droits de solidarité*. Lección inaugural en el Instituto Internacional de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Estrasburgo, 1979, E. D., t. 158, p. 959.

4 TROCKER, N., *Processo civile e costituzione, problemi di diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, p. 202.

5 VERONESE, J. R. P., *A acao civil pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos da populacao infanto-juvenil*. Inédito, 1998, pp. 5 y ss.

casos, como corresponde a nuestra realidad, apenas comenzamos a establecer algunas de las pautas básicas⁶.

B. La protección integral del niño

Este principio nace como consecuencia del nuevo "Derecho de los Niños y Adolescentes" que, a duras penas, da sus primeros pasos. Por ello, no es de extrañar que existan múltiples dudas e inquietudes. Una de ellas, tiene que ver con el tema en estudio y es válido cuestionarse si de la teoría de la "Protección Integral del Menor"⁷ se puede inferir un derecho a la tutela del interés difuso del niño, niña y adolescente⁸.

La doctrina brasileña es pacífica sobre este extremo y, en principio, parece que nada se opone a considerar algunos intereses de los niños, niñas y adolescentes como intereses difusos. Así Veronese entiende que los intereses sociales de los niños son una manifestación concreta de los intereses difusos y que, como tales, son adoptados por la Constitución y el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil⁹. Criterio que compartimos, al recordar, que la doctrina suele distinguir una dimensión social o colectiva y otra individual en el seno del interés difuso que se deriva de las garantías sociales.

Existe consenso, que esto ocurre ante la potenciación de nuevos derechos, como la defensa del desarrollo integral del niño y del adolescente, elevados por la Convención sobre Derechos del Niño al rango de garantías fundamentales (art. 4 CNACR). Estos derechos son individuales en el sentido tradicional del concepto y difusos, al pertenecer a una gama indefinida de personas menores de edad. Ciertamente, estas nuevas ideas se desprenden de los convenios internacionales a favor de la niñez, que tienden a ampliar su esfera de protección y colocan cada vez más al niño, niña y adolescente —por su sola condición de ser humano— en el centro de referencia obligado de los derechos individuales y sociales que le corresponde proteger al Estado Social de Derecho.

Esta situación es el resultado de la gravedad de los hechos que afectan a los niños. Hechos que han sido de tal trascendencia, que incluso un órgano de la dimensión política de las Naciones Unidas, reconoce que "en todos los países del mundo, hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que

6 En nuestro medio apenas empezamos a legislar, véase por ejemplo, en Guatemala el **Código de la Niñez y la Juventud**, aprobado el 11 de setiembre de 1996; en Honduras el **Código de la Niñez y la Adolescencia**, de mayo de 1996; en el Salvador, **Ley del Menor Infractor**, de 1994; en Nicaragua el **Código de la Niñez y Adolescencia**, de 1997 y por último en Costa Rica el **Código de la Niñez y la Adolescencia**, de diciembre de 1997.

7 Con el nombre de "teoría de la protección integral de los derechos de la infancia" se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que evidencian un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. Ver ARROYO VARGAS, Roxana, **Algunos elementos de análisis para una reconceptualización de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes trabajadores de la calle**. San José, ILANUD, 1994; también GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, **Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral**. Bogotá: Forum Pacts, 1994.

8 Consideramos que es apropiado aquí recordar parte del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se dijo en ese momento: "Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los **derechos fundamentales del hombre** y en la dignidad y el valor de las **personas humanas** y su determinación de promover el **progreso social** y elevar el nivel de vida ... reafirmamos que 'toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados' en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que éstos también le pertenecen a las personas menores de edad (la negrita no es del original). Se establecen en ese cuerpo normativo obligaciones para los Estados a favor de la infancia, se potencia la "Teoría de la Protección Integral", se postula como principio rector "el interés superior del niño" (art. 3 de la Convención). ONU, **Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

9 VERONESE, J.R.P., *Interesses...* **op. cit.**, pp. 83-97.

esos niños necesitan especial consideración"¹⁰. Debemos agregar, que los derechos y garantías no surgen solo para salvaguardar a un sector de niños, niñas y adolescentes. Son todos ellos, los que deben ser protegidos de manera especial, por su sola condición de seres humanos y los intereses difusos, por su propia naturaleza, tienen la posibilidad de extender su esfera de acción sobre este sector del universo de la humanidad.

C. La tutela del interés difuso

Así lo reconoce la primera y más garantista legislación sobre el tema: la brasileña. En este país, los intereses difusos del niño, surgen por una especial coyuntura política a través de los movimientos populares durante la Constituyente de 1988, que incluyó todo un capítulo dedicado a la familia, al niño, al adolescente y al viejo¹¹. Así se infiere del artículo 227 de la Constitución Federal, que en lo pertinente indica: "Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al ocio, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de colocarlo a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión". Dichas garantías se desprenden también del desarrollo de los derechos sociales consagrados en el artículo 6 de la Constitución Federal. El círculo de resguardo se cierra con el artículo 129, III de la Constitución, al establecer como funciones del Ministerio Público la defensa de los intereses difusos o colectivos.

La técnica legislativa empleada para consagrar estos derechos dio en principio problemas de interpretación. Se trataba de precisar si la "o" es disyuntiva, incluyente o excluyente. En este caso, ha predominado, de conformidad con el interés superior del niño, la tesis que permite ampliar la gama de protección. Así por ejemplo, todos aquellos casos que no estén cubiertos por las previsiones del interés difuso tendrán la protección de los colectivos.

A nivel de normativa secundaria, el Estatuto del Niño y del Adolescente desarrolla estos preceptos constitucionales en el Título VI, Capítulo VII a modo de *numerus apertus* y no *taxativos*, al señalar cuáles son los intereses individuales, difusos y colectivos que deben serle garantizados a los niños y adolescentes, cuando los responsables de implementarlos hayan incumplido (art. 208 del ENAB)¹². Por el especial diseño de gobierno descentralizado, producto de la municipalización, que favorece la democracia participativa en

10 ONU, *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, preámbulo, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

11 *Las fuentes internacionales de ese capítulo, a favor de los niños y jóvenes brasileños, fueron las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (XI, 1 y XXV, 2); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (9.1., 9.2 y 10.3); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (19); del proyecto de la Convención sobre los Derechos del Niño, los artículos, 3, 4, 8, 10, 11, 12, 14, 18 y 19. En igual sentido, AMARAL E SILVA, A. F., La nueva justicia de la infancia y la juventud, en **Derechos Humanos y Sistemas Comparados de Justicia Juvenil**. México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1996, p. 57.*

12 *El Estatuto dispone que cuando la autoridad incumpla, algunos de los siguientes supuestos, estaremos ante un caso de intereses difusos: "I.- la enseñanza obligatoria; II.- la atención educacional especializada para los minusválidos; III.- la atención en guarderías y en el nivel preescolar a los niños de cero a seis años de edad; IV.- la enseñanza nocturna regular, adecuada a las condiciones del educando; V.- los programas suplementarios de oferta de material didáctico-escolar, transporte y asistencia a la salud del educando del nivel de enseñanza fundamental; VI.- del servicio de asistencia social para la protección de la familia, a la maternidad, a la infancia y a la adolescencia, así como el amparo a los niños y adolescentes que lo necesiten; VII.- el acceso a las acciones y servicios de salud; VIII.- la escolarización y profesionalización de los adolescentes privados de libertad." Estatuto del Niño y del Adolescente, de Brasil, Ley número 8.069/90, art. 208.*

este país, estos entes tienen la responsabilidad de definir y ejecutar las políticas y programas sociales, por lo que las obligaciones derivadas del artículo 208 del Estatuto son prácticamente todas competencia de las municipalidades y serán estas las responsables por su incumplimiento o por su vulneración. Esto ha dado lugar, como lo afirma Veronese, a un cuestionarse sobre la capacidad técnico-financiera de estas para atender satisfactoriamente las nuevas demandas sociales¹³.

La importancia de lo expuesto, tal y como la refiere Amaral, es que todo el desarrollo constitucional y procesal tendente a la protección del niño y el adolescente tiene como fuente los documentos internacionales de protección¹⁴.

D. El sistema reforzado de defensa

Las disposiciones del nuevo CNACR dejan claro que los niños y adolescentes, además de los "*derechos fundamentales*", gozan también del derecho a una protección especial que se deriva directamente de los "*derechos humanos*" que les son inherentes como personas (arts. 1, 3, 4, 5, 6 y 10 del CNACR)¹⁵.

Se establece, así, un sistema reforzado de garantías a favor de los menores de edad, que tiene mucha importancia en relación con los intereses difusos. En efecto, tanto los derechos fundamentales como los humanos tienen la peculiaridad de un doble carácter. En primer lugar, son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto a los menores de edad en sentido estricto, sino en cuanto garantizan una determinada protección individual. Pero, a la vez, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional e internacional, que exige conjugar, a un tiempo, sus dimensiones personal y colectiva.

Por ello, creemos pertinente establecer algunos parámetros que permitan comprender las causas de política jurídica que llevan al legislador a establecer en el CNACR esta distinción. Especialmente, porque los conceptos "*derechos humanos*" y "*derechos fundamentales*" son utilizados, muchas veces, como sinónimos. En segundo lugar, en nuestro medio ha calado la orientación jurisprudencial encaminada a darles contenido diverso. Así, se acepta que "*derechos fundamentales*" son aquellos con los que se denomina a los derechos positivos a nivel interno en nuestra Constitución. Estos son los garantizados constitucionalmente a los ciudadanos, como miembros de un determinado Estado, en tanto que la fórmula "*derechos humanos*" es la usual para denominar a los derechos naturales que recogen las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de las personas, en nuestro caso menores de edad, que, en algunas situaciones, no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.

El ingreso al ordenamiento positivo de ambos tipos de derechos, supone no solo reforzar las garantías de este segmento de la población, sino también el encuentro entre los derechos humanos, fruto de la tradición

13 VERONESE, J.R.P., *Interesses...* *op. cit.*, p. 97.

14 Ver, AMARAL E SILVA, A.F., *La nueva justicia de la infancia y la juventud*, en ***Derechos Humanos y sistemas comparados de justicia juvenil***. México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1996, pp. 56-57.

15 *Con una fórmula diferente lo potencia también El Estatuto del Niño y del Adolescente*, de Brasil, Ley número 8.069/90 en su artículo 3, que en lo pertinente establece "El niño y el adolescente gozan de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana ..."

iusnaturalista de orientación democrática, con las garantías reconocidas positivamente por el desarrollo constitucional o, en su defecto, por la jurisprudencia de la Sala Constitucional¹⁶. Por otro lado, representan un punto de síntesis entre los derechos individuales, reconocidos a los menores por la legislación del Estado, con el sistema de derechos de carácter económico, cultural y colectivo a cuya satisfacción y tutela se dirigen los derechos sociales y que se desarrollan en el Capítulo II del Código de la Niñez y la Adolescencia y en el Título V de la Constitución Política costarricense, referido a los derechos y garantías sociales.

3. Formas de protección del interés difuso: los derechos fundamentales

El Código de la Niñez y la Adolescencia costarricense, es un instrumento operativo de protección de las garantías constitucionales inherentes a este sector de la población. También debe indicarse que es el resultado del desarrollo positivo de la "Doctrina de la Protección Integral"¹⁷. Esta teoría tiene su antecedente directo en la "Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", firmada por Costa Rica en enero de 1990 y ratificada como ley de la República en julio de ese año; asimismo, se citan como sus fuentes las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia (Reglas de Beijing); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad; las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Directrices de Riad); el Convenio 138 y la recomendación número 146 de la Organización Internacional del Trabajo y la Carta de la UNESCO sobre la educación para todos¹⁸.

No obstante, la pregunta que podríamos hacernos es si el CNACR expresa o tácitamente potencia la defensa del interés difuso. La doctrina brasileña es pacífica sobre el punto y realiza una simbiosis entre el interés del menor, dentro de la teoría de la protección integral, como interés difuso¹⁹. Ello implica reconocer un instrumento más en defensa de los derechos de la niñez y la adolescencia. De esta manera, se abre la posibilidad de controlar las políticas sociales estatales y privadas mediante el control jurisdiccional²⁰.

A. Alcances

A diferencia de otros cuerpos normativos como la "Ley de Justicia Penal Juvenil", el CNACR se ocupa, por primera vez, de hacer operativos los derechos fundamentales de toda persona menor de edad y no solo la de aquellos en conflicto con la ley penal. Dentro de su ámbito de acción, se fomenta el reconocimiento

16 Durante mucho tiempo a los menores se les vio como "objetos del derecho" que requieren de una protección especial. Criterio que cambia cuando se les ve como sujetos de derechos. Este último concepto nutre sus fuentes directamente de los Derechos Humanos y ha tenido diversas etapas, entre estas merecen destacarse: a) Proceso de positivización, b) proceso de especificación. Véase ARROYO VARGAS, Roxana, **Algunos elementos de análisis para una reconceptualización de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes trabajadores de la calle**. San José: ILANUD, 1994, pp. 4 y 34.

17 El **Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras**, en el art. 2, párrafo segundo, define de manera muy acertada esta doctrina cuando afirma: "Por protección integral se entenderá el conjunto de medidas encaminadas a proteger a los niños individualmente considerados y los derechos resultantes de las relaciones que mantengan entre sí y con los adultos".

18 Similar origen tienen el **Código de la Niñez y la Juventud de Guatemala**, de 1996, el **Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras**, de 1996, el **Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua** de 1997.

19 VERONESE, J.R.P., *Interesses...* *op. cit.*, pp. 23 y ss.

20 Ver Proyecto de Ley, **Código de la Niñez y la Adolescencia**, exposición de motivos, UNICEF-Defensoría de los Habitantes, 1997, pp. 11 y ss.

como derechos fundamentales de la niñez, entre otros: la educación y la salud; la vida; la libertad de pensamiento; la libertad de tránsito; los derechos a la personalidad; el respeto a la integridad física, psíquica y moral; el derecho a la intimidad; y el derecho de acceso a la justicia²¹. Estas y otras garantías se encuentran reguladas en nuestra Constitución Política, para todo ser humano. Desde este punto de vista, su desarrollo en una ley no representa mayor innovación, excepto, porque el CNACR supera la enunciación de los derechos y brinda los instrumentos que convierten los principios en una realidad. Así lo establece el Título I, Capítulo Único, cuando distingue y define diversas formas de regulación de los derechos constitucionales. A la vez, este sistema integra nueve tipos de disposiciones y principios generales que rigen los propósitos y objetivos de la ley denominados: objetivo, definición, ámbito de aplicación, políticas estatales, interés superior, medio sociocultural, desarrollo integral, jerarquía normativa y aplicación preferente (por su orden arts. 1 a 9 CNACR). Esa diversidad normativa da cuenta, sin duda, de la complejidad de los criterios operativos mediante los cuales se pretende caracterizar los distintos derechos y obligaciones del Estado y de la población menor de edad, así como de los parámetros de interpretación que se establecen para garantizar su efectividad, a modo de disposiciones directivas²².

B. Las garantías abstractas

Este concepto operativo puede ser considerado indispensable en nuestro Estado Social de Derecho, donde algunas de las normas constitucionales pueden conceptuarse como garantías abstractas. En estos casos, la Carta Magna no requiere que efectivamente un derecho fundamental sea lesionado, sino que constituyen condiciones o requisitos, de carácter general, para la actuación de los poderes públicos.

Estos mecanismos tienen como objeto regular que los poderes públicos, con su actividad o inactividad, puedan desconocer o vulnerar los derechos fundamentales de las personas menores de edad. Se trata, pues, de garantías como la que desarrolla el artículo 4 del CNACR, que le impone al Estado "adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para *garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad*" (la cursiva no es del original). Estamos ante el desarrollo de normas de garantía cuyo destinatario no es el individuo —aunque este puede invocarlas si lo considera pertinente— sino la colectividad. Este primer aspecto es de importancia porque nos coloca

21 En igual sentido el **Código de la Niñez y la Juventud de Guatemala**, de 1996, establece como derechos fundamentales el derecho a la vida (art. 9), el derecho a la igualdad (art. 10), el derecho a la integridad personal (art. 11), derecho a la libertad, identidad, respeto, dignidad y denuncia (art. 12 a 17), derechos a una vida digna y a la salud (arts. 25 a 38), el derecho a la educación, a la cultura, al deporte y a la recreación (arts. 38 a 47), etc. También el **Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras**, de 1996, establece en el artículo 11.- "Los niños tienen derecho a la vida, a la familia, a la salud, a la seguridad social, a la educación, a la cultura, a la dignidad, a la libertad personal y a la de expresar sus opiniones, a la nacionalidad, a la identidad y a la propia imagen, al deporte, a la recreación y al tiempo libre, al medio ambiente y a los recursos naturales y a los demás que señale la Convención sobre los Derechos del Niño, el presente Código y demás leyes generales y especiales". El **Estatuto del Niño y del Adolescente**, de Brasil, Ley número 8.069/90 en su artículo 3 establece: "El niño y el adolescente gozan de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona humana", agrega el artículo 4: "Es deber de la familia, de la comunidad, de la sociedad en general y del poder público asegurar, con absoluta prioridad, la realización de los derechos referentes a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al deporte, a la recreación, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria". El **Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua**, establece en igual sentido en el artículo 7: "Es deber de la familia, la comunidad, el Estado y la sociedad en general, asegurar, con absoluta prioridad, el cumplimiento de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes referentes a la vida, convivencia familiar y comunitaria, identidad, nacionalidad, salud, alimentación, vivienda, educación, medio ambiente, deporte, recreación, profesionalización, cultura, dignidad, respeto y libertad".

22 Afirma Ferrajoli que "las causas de las violaciones de los derechos de los niños, radican fundamentalmente, tanto en la pobreza endémica, cuanto en las escandalosas desigualdades sociales, responsables de la explotación del trabajo infantil, de los diversos estados de abandono y de la delincuencia juvenil, que es prevalentemente, en términos cuantitativos, una delincuencia de subsistencia. Es claro que la efectividad de los derechos del niño —del derecho a la alimentación, a la sobrevivencia y a la salud, así como el derecho real a la familia y a la educación— requieren, no menos que la prevención de la delincuencia juvenil, una decidida política del gasto público en materia escolar y de asistencia a las familias más necesitadas" FERRAJOLI, L., Prefacio, en **Infancia, ley y democracia en América Latina**. Buenos Aires, 1998, p. XIV.

ante el auge de normas con contenido constitucional que tienen la peculiaridad de poder ser reclamadas individual y colectivamente.

Esta obligación que se le impone al Estado (adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias, para proteger a los niños), es susceptible de afectar a la colectividad y al individuo como parte de la sociedad. En consecuencia, siempre que estemos en presencia de una norma de contenido abstracto, podemos afirmar, que su especial naturaleza jurídica lleva implícito el control al cual se puede someter por los tribunales ordinarios y extraordinarios invocándose el interés difuso.

Hay que recordar que lo expuesto es de acatamiento obligatorio, porque la Constitución tiene valor normativo y, como tal, produce efectos jurídicos. Por ello, los preceptos que protegen a la población infantil gozan de un carácter especial, que no solo permite, sino que obliga a su aplicación directa, sin necesidad de una norma secundaria que los desarrolle (arts. 50, 51, 53, 55, 56, 65, 74, 78, etc., de la Constitución Política)²³.

No obstante, por el contenido abstracto de la norma fundamental, se hace necesario que las normas secundarias redefinan el contenido constitucional de esta protección; cuando ello ocurre, podemos afirmar que la aplicabilidad directa de la norma será consecuencia directa de la propia Constitución (arts. 4, párrafo tercero, 6 y 8 del CNACR)²⁴. Lo cual, a nuestro criterio, implica que la norma secundaria, al desarrollar el contenido esencial del precepto constitucional más allá de lo establecido por la norma primaria, conlleva también la obligatoriedad para el Estado de acatarla y respetarla. Igual situación se presenta con los convenios internacionales suscritos por Costa Rica, a la vista de lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política, donde se establece que pasan a formar parte del ordenamiento interno, criterio que amplió la Sala Constitucional desde 1990 al afirmar que "... cuando las disposiciones del tratado resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que las desarrollen en el Derecho Interno, las legales que las contradigan deben tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado..."²⁵

C. Eficacia

Uno de los aspectos más conflictivos, en relación con los derechos fundamentales, es el de la eficacia de su protección respecto del poder del Estado. Ciertamente, característico de las "*normas abstractas*" o también llamadas "*garantías normativas*", es establecer límites al margen de actuación de los poderes

23 Así, por ejemplo, el párrafo segundo del art. 50 de la Constitución de Costa Rica ordena: "Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado". En igual sentido véase el art. 78 de la Carta Fundamental costarricense, que establece "La Educación General Básica es obligatoria, ésta, la preescolar y la educación diversificada son gratuitas y costeadas por la Nación. El Estado facilitará la prosecución de estudios superiores a las personas que carezcan de recursos pecuniarios. La adjudicación de las correspondientes becas y auxilios estará a cargo del Ministerio del ramo por medio de los organismos que determine la ley".

24 Esto ocurre, como lo afirma Pérez Luño, porque la "doctrina, en base a la propia experiencia de los textos constitucionales, suele distinguir tres grandes sistemas de positivación constitucional de los derechos fundamentales: a) mediante cláusulas generales, es decir, de declaraciones o postulados que enuncian genéricamente los valores o principios básicos (libertad, igualdad, dignidad humana...) sin explicitar su contenido; b) a través de catálogos, o sea, de disposiciones especiales o casuísticas que pormenorizan el alcance de los distintos derechos fundamentales reconocidos, y c) según un sistema mixto, procedimiento empleado en aquellas constituciones que tras el enunciado de los grandes principios o postulados sobre los derechos fundamentales, generalmente llevan a cabo en el preámbulo del texto constitucional, formulan detalladamente en el articulado de la norma constitucional el catálogo o sistematización de los principales derechos fundamentales" PÉREZ LUÑO, A., **Los derechos fundamentales**, 5ª. ed., Madrid: Tecnos, 1993, p. 53.

25 **Sala Constitucional**, N° 282-90 de las 17:00 horas del 13 de marzo de 1990.

públicos (poderes Legislativo y Ejecutivo) y su objeto es evitar que el Estado, de cualquier manera, despoje del contenido esencial y de la eficacia a las regulaciones del Convenio o de la Constitución en todo aquello que beneficie a la población menor de edad, ya sea en la formulación y ejecución de políticas deficientes o negándoles el acceso a los servicios públicos. Cuando esto acontece, ya sea por acción u omisión, estaremos en presencia de "... un acto discriminatorio que viola los derechos fundamentales de esta población" (art. 4, párrafo segundo del CNACR)²⁶. Se pretende, así, restablecer la eficacia normativa del precepto constitucional. De tal forma que el Estado no puede vulnerar los derechos fundamentales impunemente, ya que la Constitución y la ley le brindan a esta población su protección contra cualquier lesión.

El Estado, ante derechos de garantía que son considerados bienes sociales, debe respetarlos al igual que los particulares. De esta manera, ciertos derechos como la salud o la integridad física, la libertad personal o la educación, entre otros muchos, son oponibles, no solo ante terceros, sino también frente al poder público.

Un aspecto que tiene íntima relación con el objeto de estudio, es el referente a la legitimación para accionar cuando el Estado incumple sus deberes. Surge así el interés difuso, como un instrumento de fiscalización. Debemos recordar que algunos derechos constitucionales tienen la peculiaridad de tener una frontera difusa entre lo individual y colectivo²⁷. Este es un primer supuesto, que nos permitiría gestionar invocando encontrarnos en presencia de un interés que nos legitima para hacerlo. Ciertamente, la realización individual del derecho fundamental se corresponde en gran medida con su efectividad colectiva. Ello es así porque, tratándose de derechos fundamentales, detrás de la acción individual existe un interés colectivo, que se ve satisfecho a través de la acción individual. Esto ocurre no solo por la doble faceta objetiva y subjetiva inherente a estos derechos, reiteradamente señalada por la doctrina, sino porque, más allá del fundamento teórico o doctrinal, existe la realidad que señala que los derechos sociales son, por lo general, derechos de grupo dentro del Estado; de ahí que su satisfacción no es una cuestión individual, sino que incumbe a todas las personas menores de edad que se identifican con ese derecho. Así por ejemplo, la Constitución de Costa Rica reconoce el derecho a la salud (art. 73), al acceso a la cultura (art. 76), a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (art. 50), a disfrutar de una vivienda digna (art. 65), a la familia (art. 51), al trabajo (art. 56), a la educación (art. 78); todos ellos son manifestaciones de los valores superiores que la propia Constitución proclama (libertad, justicia, igualdad, seguridad, dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, etc.). Siendo así, cuando el Estado no asuma las obligaciones generales a favor de la niñez y la adolescencia, que consagra el artículo 4 del CNACR, estaremos ante un supuesto elemental de violación de un interés difuso.

26 En igual sentido el artículo 135, inciso a) del **Código de la Niñez y la Juventud de Guatemala**, establece que los organismos de defensa de los derechos humanos pueden intervenir, ante la presunta violación de los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes por "acción u omisión de la sociedad o del Estado". Entre los supuestos que se mencionan tenemos las "... violaciones a derechos económicos, sociales y culturales, las organizaciones de derechos humanos podrán intervenir como partes en el proceso" (art. 139 *ibídem*).

27 Para parte de la doctrina "... el concepto de intereses difusos puede ser en sí mismo confuso en cuanto no se considere que la 'difusoriedad' de los mismos no se refiere ni a su contenido ni a su naturaleza, sino específicamente a su titularidad; no se trata de derechos dilatados o imprecisos en cuanto a su consideración como tales, sino precisamente por lo que respecta a su titularidad; cada uno es titular de su derecho a la vida, a la integridad corporal, a la libertad ambulatoria, a la sexual, etc., pero es una colectividad —por trascender del ámbito meramente individual— la titular del derecho a la seguridad en el puesto de trabajo, a una vivienda digna, a la salud pública, a un medio ambiente sano, al acceso a los bienes de consumo, etc., se trata en todos los casos de bienes jurídicos de sujeto múltiple, de los que nadie puede disponer individualmente en forma que afecte la disposición de otro (Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*). Ver en igual sentido, JORI TOLOSA, J. L., *Problemática procesal de la protección de los intereses difusos*, en **Cuadernos del Poder Judicial**, XXXVI, Madrid: CGPJ, 1994, pp. 69-70.

El artículo 4 del CNACR se convierte, de esta manera, en un criterio clave que nos lleva a identificar los primeros casos típicos de interés difuso. En especial, si aceptamos, conforme lo dispone el artículo 3 del CNACR, que los "derechos y las garantías de este grupo son de interés público, irrenunciables e intransigibles"²⁸.

El más elemental estudio de la cuestión nos permite confirmar lo expuesto. En efecto, hemos dicho que el interés difuso permite que los problemas de los niños y jóvenes puedan ser abordados desde diferentes posiciones en orden a su naturaleza. Tenemos una dimensión individual y una perspectiva colectiva. La primera tiene íntima relación con la lesión real y actual que sufre el niño, niña o adolescente: salud, higiene, educación, vivienda, etc., que al mismo tiempo es colectiva porque la satisfacción del interés es común a todos los jóvenes que se encuentran en la misma situación de hecho²⁹.

Debemos agregar, que cuando se especifica en qué consiste la tutela de este interés, debe advertirse que también implica lo siguiente: una forma de justicia individual y social, porque una sola sentencia de la Sala Constitucional puede solucionar el problema que afecta a todos los interesados. La satisfacción del interés difuso, en esta materia, conlleva de manera implícita el reclamo para este sector de condiciones de vida más humanas, que les son inherentes a los niños, niñas y adolescentes, bajo la concepción de la Teoría de la Protección Integral³⁰. Si esto es cierto para la jurisdicción ordinaria, con mayor razón cuando esta es dictada por el órgano de protección constitucional de los derechos fundamentales.

Es cierto que lo normal es que la decisión y sus efectos debe limitarse a las partes en el proceso, pero tratándose de derechos fundamentales e intereses difusos, cobra mayor relevancia el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que establece el valor vincular "*erga omnes*" de sus sentencias; por esa razón, irradian sus efectos a toda la población menor de edad que se encuentre en el mismo supuesto. No podía ser de otro modo, pues en caso contrario, estaríamos ante el sin sentido de múltiples recursos por el mismo motivo, para lograr que se respete para otros lo mismo que obtuvo quien interpuso el primer recurso de amparo. La vinculación de los tribunales ordinarios a la jurisprudencia de la Sala Constitucional es, en este caso, más que una cuestión de derecho económico que lleva implícito el fin de evitar la reiteración de asuntos ante la Sala, por economía procesal, una cuestión de justicia que se deriva de la propia norma fundamental y de la exigencia de eficacia que se traduce en su acatamiento obligatorio para el ciudadano, la sociedad y el Estado.

28 En igual sentido el **Código de la Niñez y la Juventud de Guatemala**, art. 8, el **Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras**, art. 1 y el **Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua** de 1997, art. 11.

29 Resulta interesante recordar lo señalado por Sánchez Agesta en **Sistema Político de la Constitución Española de 1978**: "la evidencia de estas circunstancias a veces se ve oscurecida por el hecho de que entre el interés difuso, considerado globalmente y el estricto individual hay siempre una interrelación permanente, en el sentido de que los individuos particulares que en una situación determinada aparecen vinculados a un interés difuso, son al mismo tiempo titulares de un derecho individual del mismo carácter. Si pensamos en la lesión de la salud, en general, como consecuencia de la venta de alimentos en mal estado, de una forma genérica, incluso abstracta e impersonal, coincide sustancialmente con el interés exclusivamente personal, de que "mi salud no se vea afectada como consecuencia de comportamientos de ese tipo". Véase en igual sentido, FLAH, L. R., SMAYEVSKY, M., **Legitimación de los titulares de interés difuso, en La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg**, Abeledo-Perrot, 1995, p. 398.

30 Sobre la Teoría de la Protección Integral, como fundamento de todo el sistema operativo, puede verse el **Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras**, art. 2, el **Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil**, art. 1 y el **Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua** de 1997, art. 1.

4. Incidencia de los derechos humanos en la configuración del interés difuso

La protección de la infancia no puede ser desligada del tratamiento de los llamados derechos humanos³¹ y merece, por parte del CNACR, una atención mucho mayor de la que le ha concedido normalmente la legislación. Los Derechos Humanos llevan implícita la concepción de crear un mundo más justo a favor de las generaciones actuales y futuras³². Hasta ahora, esto ha constituido una especie de sueño que se ha manejado solo en el marco estricto de lo ideal o teórico, sin tomar medidas para hacerlo efectivo en el plano real.

A Tutela positiva de los derechos humanos

En el marco de la infancia, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, constituye la piedra angular de la protección de los derechos humanos. La defensa de la infancia conlleva aceptar, con una visión de conjunto, la simbiosis que existe entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional que regula los derechos humanos (art. 8 CNACR)³³. Esta labor no sería posible sin el intenso trabajo que en esta materia ha desplegado la ONU desde hace cinco décadas³⁴. Los derechos humanos se convierten, así, en un instrumento de análisis, que permite replantearnos si la actividad que realiza el Estado y sus órganos, es válida y legítima, si está en armonía con los valores en que se sustenta su respeto³⁵. Estos derechos son difusos, por naturaleza, al ser individuales y colectivos. Así, por ejemplo, la dignidad del ser humano la encontramos en la base de toda la estructura de protección, sea esta individual o colectiva (art. 33 de la Constitución Política de Costa Rica)³⁶. No podemos hablar, ni siquiera en el plano de la especulación, de una

31 Así véase, AMARAL E SILVA, A. F., *La nueva justicia de la infancia y la juventud*, en **Derechos humanos y sistemas comparados de justicia juvenil**. México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1996, p. 55 y ss.; en igual sentido, CARRANZA, E., *Nueva respuesta a la pregunta por las causas de la delincuencia juvenil y su prevención*, en **Derechos Humanos y sistemas comparados de justicia juvenil**. México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1996, p. 254.

32 Así lo postula el art. 3 del **Código de la Niñez y la Juventud de Guatemala**, cuando ordena que "Los niños, niñas y jóvenes son sujetos de derecho y gozarán de todos los derechos y obligaciones propios de la persona humana, sin perjuicio de la protección integral de que trata este Código, asegurándoles, por ley o por otros medios todas las oportunidades y facilidades, con el fin de facilitarles el desarrollo físico, mental, moral, espiritual, cultural y social, en condiciones de libertad y dignidad".

33 En igual sentido, el art. 8, párrafo segundo del **Código de la Niñez y la Juventud de Guatemala**, establece "La interpretación y aplicación de las disposiciones de esta ley deberán hacerse en armonía con sus principios rectores, con los principios generales del derecho, con la doctrina y normativa internacional en esta materia, en la forma que mejor garantice los derechos establecidos en la Constitución, los tratados, convenciones, pactos y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Guatemala".

34 Véase el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948. Desde ese momento se afirma que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

35 Entre la múltiple bibliografía sobre el tema véase, GROS ESPIELL, H., **Estudios sobre derechos humanos**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985; **La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez** (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, España). San José, Costa Rica: ILANUD, Programa Sistema Penal y Derechos Humanos: Comisión Europea, 1996; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., **Los valores superiores**. Madrid: Tecnos, 1986; **Derechos humanos y sistema comparado de justicia juvenil**. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1996.

36 El **Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua**, de 1997, es uno de los pocos centroamericanos que recoge de manera expresa este principio en su artículo 4, que en lo conducente refiere "Toda niña, niño y adolescente nace y crece libre e **igual en dignidad**, por lo que goza de todos los derechos y garantías universales inherentes a la persona humana, y en especial de los establecidos en la Constitución Política, el presente Código y la Convención sobre los Derechos del Niño, sin distinción alguna de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, situación física o psíquica, o cualquier otra condición, en relación con sus madres, padres o tutores" (la negrilla no es del original).

protección que sea solo individual o solo colectiva. Por ello, se afirma que todos los seres humanos tenemos los mismos derechos³⁷.

El análisis del contenido de los derechos humanos es muy amplio y excede las pretensiones de este trabajo, no obstante, es necesario señalar que, como ocurre en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, estos comprenden programas de acción a nivel estatal, como los que impone el artículo 4 del CNACR³⁸. Obviamente, el incumplimiento de la labor de promoción económica, social o cultural que corresponde al Estado o a sus organismos, implica una violación por omisión de los derechos humanos, susceptibles de ser reclamados por la vía del interés difuso, dado su carácter universal (arts. 1, 8 y 10 del CNACR). Por ello, cuando el CNACR le impone la obligación al Estado de prestar, formular y ejecutar políticas de acceso a los servicios públicos, su omisión es considerada normativamente como un acto discriminatorio de la población (arts. 4 y 10 del CNACR). De esta manera, el CNACR garantiza, promueve y protege esos derechos.

Esta es una forma de implantar medidas adecuadas que concilian el carácter universal de la dignidad humana con los derechos de los individuos y las colectividades. Sorprende que el Estado costarricense haya avalado normativamente, las obligaciones que se desprenden de los artículos 3 y 4 del CNACR, cuando la práctica mundial es otorgarles menos garantías para evitar cumplir esas obligaciones y de esta manera soslayar la posibilidad de una probable acusación de violaciones masivas a los derechos humanos³⁹.

La normativa comentada impone una actitud pasiva y activa del Estado, encaminada a respetar y a no impedir el goce de esos derechos, criterio que se complementa con la obligación de implementar todo lo necesario para no dejarlos sin contenido⁴⁰. De esta manera, se pretende que los derechos económicos, sociales y culturales sean asequibles a todos los menores de edad de manera justa e igualitaria, como corresponde a la dignidad que les es común como seres humanos (art. 10 del CNACR)⁴¹.

37 Véase PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. Con la colaboración de Rafael de Asís Roig; Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, **Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. En nuestra opinión, este trabajo constituye una de las mejores obras publicadas sobre el tema y no solo en lengua castellana.

38 Desde un inicio, se habla de derechos civiles y políticos, de derechos económicos, sociales y culturales. Durante mucho tiempo se consideró a los civiles y políticos como de ejecución inmediata y los restantes de ejecución progresiva, como si a ambos grupos no les fuera inherente el carácter progresivo característico de la naturaleza humana.

39 Esta situación solo es explicable por el fuerte impulso al sector social que ha caracterizado a Costa Rica históricamente, así por ejemplo: "La cobertura del Régimen de Enfermedad y Maternidad de la CCSS aumentó diez veces entre 1950 y 1980. Igualmente, la educación aumentó la cobertura en el nivel primario hasta alcanzar prácticamente el 100% a partir de 1980 y en el nivel secundario alcanzó el 60% en el mismo período. El avance en la calidad de vida de la población se vio reflejado por indicadores clave, como la tasa de mortalidad infantil, que se redujo de un 90.0% (por mil nacimientos vivos) en 1950 a un 12.0% en los años noventa. La esperanza de vida al nacer aumentó de 55.7 años en 1950 a 76 años en los años 90. El analfabetismo se redujo en un 21.2% de la población de 10 años y en 1950 a alrededor de un 6%; cifra oficial que se maneja en la actualidad". Proyecto de Ley, **Código de la Niñez y la Adolescencia**, exposición de motivos, UNICEF-Defensoría de los Habitantes, 1997, p.6.

40 Como afirma Cillero Bruñol, "los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantías frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad" CILLERO BRUÑOL, M., *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en **Infancia, ley y democracia en América Latina**. Prefacio de Luigi Ferrajoli, Buenos Aires: Temis, 1998, p. 74.

41 Ver en igual sentido, **Código de la Niñez y la Juventud de Guatemala**, arts. 3 y 5.

Dada la exigibilidad de esos derechos, por su carácter de intereses difusos, pero sin olvidar también que estamos frente a "*derechos de ejecución progresiva*", debe tomarse en consideración —cuando se reclamen— si el Estado ha realizado una actividad positiva tendente a desarrollar acciones dirigidas a satisfacerlos; en caso contrario, el reclamo sería procedente. Debe recordarse que el "Estado no podrá alegar limitaciones presupuestarias para desatender las obligaciones aquí establecidas" (art. 4, párrafo tercero del CNACR).

B. La aplicabilidad directa

En los Títulos I y II del CNACR se establece un bloque de garantías a favor de los derechos humanos de las personas menores de edad. Algunas de las normas son de carácter abstracto, otras concretas, tal es el caso, respectivamente, del disfrute de derechos inherentes a la persona humana o el derecho a la enseñanza gratuita y obligatoria (arts. 10 y 59 *ibídem*).

La directa aplicabilidad de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Constitución, ha quedado consagrada en el CNACR (arts. 6, 8 y 10). La obligatoriedad de los derechos humanos constituye un elemento relevante para su plena efectividad⁴². Esto significa que ni el legislador, ni la Sala Constitucional exigen que los derechos humanos sean desarrollados por normas de rango inferior. Por el contrario, se ha establecido el carácter prevalente de los tratados y convenios internacionales sobre la materia y la directa aplicabilidad de estos derechos. Hay que añadir que en materia procesal hace tiempo la doctrina ha aceptado la fuerza derogatoria del derecho inherente a la persona humana, que hace decaer la vigencia de las normas que se le opongan. En consecuencia, los principios y garantías que se derivan de los derechos humanos pueden ser desarrollados por el CNACR, que es la vía adecuada para esos efectos; en otras palabras, este ordenamiento instrumentaliza los derechos humanos. Esta situación es comprensible si se parte de que la Convención sobre los Derechos del Niño no es un código omnicompresivo. Los tratados y convenios sobre el tema contienen las normas generales o programáticas, que se traducen en los principios rectores de la sociedad. Sin embargo, no es un código donde se regulen todos y cada uno de los supuestos. Por ello, necesariamente debe remitirse, expresa o tácitamente, al resto del sistema jurídico. Solamente es cognoscible y comprensible a través de las disposiciones que la desarrollan. En esa medida, ese derecho positivo constituye la garantía para su ejercicio y goce; sin él, los derechos humanos quedarían reducidos a simples formulaciones teóricas.

C. La cláusula interpretativa

El artículo 8 del CNACR establece que la ley y las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de acuerdo con los tratados, los convenios y los demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Costa Rica.

Una primera aproximación podría indicar que esta precisión es innecesaria y reiterativa, a la vista de lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política, donde se establece que los tratados internacionales

42 La Sala Constitucional desde sus primeros fallos potencia esta tesis, véase, por ejemplo, N° 282-90 de las 17:00 h del 13 de marzo de 1990; sobre la vinculación normativa de los derechos fundamentales, véase, el N° 4207-96, de las 14:39 h del 20 de agosto de 1996. También WROBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1985, p. 94. De esta manera, nuestra ley deja de lado lo que se conoce en doctrina como "legislación negativa" (se aplica a los supuestos en que una determinada previsión normativa deba ser desarrollada por normas de rango inferior y ello no se lleve a cabo).

ratificados por Costa Rica pasan a formar parte del Derecho Interno, criterio que amplió la Sala Constitucional desde 1990 en el V-282-90 de las 17:00 h del 13 de marzo de 1990. Sin embargo, la previsión del artículo 8 del CNACR no es innecesaria ni reiterativa, sino que constituye una garantía más para la protección de los derechos fundamentales de las personas menores de edad. En efecto, por medio de este precepto normativo se incorporan expresamente al ordenamiento interno las declaraciones de derechos de carácter supranacional; lo que vincula directamente al ordenamiento costarricense con tales declaraciones. De esta manera, los tratados internacionales relativos a esta materia no son solo parte del ordenamiento interno; son, además, un patrón de interpretación de cualquier precepto, constitucional o legal, relativo al Código de la Niñez y la Adolescencia.

Quizá la regla más importante que puede derivarse a *futuro* es que tienen, además, el efecto de vincular la interpretación que los órganos internos realicen de los derechos humanos aplicables en esta materia, a la interpretación que de los preceptos de los tratados internacionales hayan realizado los respectivos órganos aplicadores o interpretativos que, en su caso, existan. De esta manera, se integra la jurisprudencia de dichos órganos a la nacional de manera vinculante, como ya ocurrió para adultos con algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴³. No debemos olvidar que, precisamente, la "*doctrina de la protección integral*" nace como resultado de la aplicación de la normativa internacional sobre este tema⁴⁴.

El punto de vista que aquí se postula para el tratamiento de los derechos humanos, es el que esquemáticamente se formula en el artículo 10 del CNACR. El legislador establece, en *sentido positivo*, un contenido esencial para los operadores del sistema al instaurar un límite de límites (*Schranken-Schranken*, según la expresión alemana). Grosso modo, significa que el funcionario estatal y privado debe garantizar el respeto, en un sentido amplio, de las garantías que desarrollen un derecho inherente a la persona humana (art. 6 del CNACR). En este punto se recibe la doctrina alemana, adaptándola a las necesidades nacionales⁴⁵. Consecuentemente, se establece un precepto dedicado en su conjunto a la cuestión de los límites de los derechos humanos como garantía de la persona menor de edad. En su desarrollo originario, el límite existe para el legislador, por ende, se establece un terreno que la ley no puede invadir. Para nosotros, el límite existe también para el Estado y el particular, en tanto debe respetar las garantías humanas básicas para su desarrollo integral —que como persona menor de edad le corresponde— y no le está permitido restringir esos derechos. Acto seguido, el artículo 8 del CNACR señala cuáles son los parámetros de interpretación para asegurar el respeto de los derechos humanos. Entre estos se mencionan los consagrados en la Constitución Política, en los instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica y en las leyes relacionadas con la materia objeto de la ley.

43 La Sala Constitucional declaró inconstitucional el art. 474 del C.P.P. pues se estimó contrario al derecho del imputado a recurrir contra toda sentencia condenatoria, según lo establece en forma expresa el artículo 8.1.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En lo pertinente el fallo señaló "...el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez, al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de la defensa y al debido proceso..." Véanse las sentencias de la Sala Constitucional N° 282 de 17:00 h del 13 de marzo de 1990; N° 719 de 16:30 h del 26 de junio de 1990; y N° 1739-92 de 11:45 h del 1° de junio de 1992.

44 V. la Declaración Universal de los Derechos del Niño; la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad). En igual sentido, TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, *op. cit.*, pp. 225 y ss.

45 En el Derecho alemán, aparece el contenido esencial como una reacción frente al vaciamiento de los derechos fundamentales reconocidos en WEIMAR unter Vorbehalt des Gesetzes. La garantía del contenido esencial vendría a cerrar así el sistema, contrapesando la libertad del legislador al establecer un tope, único, a su labor limitadora de derechos.

Lo expuesto significa que pueden interpretarse las normas para otorgar mayores garantías, pero no puede restringirse más allá de un límite esencial que establece el propio legislador (*sentido positivo*). Por ello, se autoriza al Estado para ampliar las condiciones de ejercicio de los derechos (art. 6 del CNACR). En algunos casos, será necesario determinar si la actuación del legislador o del Poder Ejecutivo ha invadido el núcleo intangible de los derechos humanos, conculcando su contenido esencial, o se ha limitado a modular su ejercicio dentro del margen de actuación de que disponen (arts. 3 y 4 del CNACR). Expresado en otros términos, habrá que definir dónde se sitúa la división que permite hablar del disfrute efectivo del derecho —con las restricciones legales que procedan— y de la imposibilidad material de ejercerlo.

5. El interés superior como parámetro del interés difuso⁴⁶

Este es un concepto abstracto, como es característico de cualquier principio de derecho. Haciendo caso omiso de esta premisa, parte de la doctrina critica esta denominación e indica que se trata de un término vago y subjetivo: cada país, cada sociedad puede tener un concepto distinto de lo que al menor le interesa y es precisamente esa falta de unidad lo que le resta objetividad⁴⁷. Consideramos que la objeción, aunque respetable, no es suficiente, pues desconoce que el sistema debe responder a las ideas de protección y garantía que se derivan de la propia Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, debemos reconocer que la realidad ha sido otra. El orden jurídico aplicable materialmente por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, no tiene, por lo general, otro enlace con la Convención que el de proceder de las fuentes del Derecho que esta define, pero esa procedencia se reduce a los aspectos formales organizatorios, sin expresarse en el sentido de una relación internormativa jerárquica. Esta situación se ha visto agravada porque el "*interés superior*" del niño y del adolescente, para la mayoría de los funcionarios estatales y judiciales, se expresa como un principio general, cuya aplicación práctica solo es enunciada por el artículo 3 de la Convención, pero que no es entendible ante la falta de desarrollo en la ley ordinaria⁴⁸.

46 Utilizamos el concepto "interés superior del niño" como parámetro de interpretación jurídico, pues indudablemente como lo afirma Cillero Bruñol, "... cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia-adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño" CILLERO BRUÑOL, M., *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en **Infancia, ley y democracia en América Latina**. Prefacio de Luigi Ferrajoli, Buenos Aires: Temis, 1998, p. 80.

47 Para aquellos que estén interesados en conocer una tesis crítica sobre la utilización de la noción de "interés superior del niño" por parte del juez y el peligro que supone su uso arbitrario, véase, DYER, A., *Questionary and Report on International Child Abduction by One Parent*, en **Actes et documents de la quatorzième session de la Conférence de la Haye de Droit international privé**, tomo III, 1982, pp. 22-23.

48 El criterio interés superior del menor, ya viene siendo utilizado por la jurisprudencia constitucional, si bien hemos de reconocer que de manera tímida como parámetro de interpretación de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Véase, a modo de ejemplo, la siguiente resolución: "Con la entrada en vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil, Ley N° 7576 de ocho de marzo de mil novecientos noventa y seis, la justicia penal en materia de menores dio un giro vertiginoso abandonando el llamado Derecho Tutelar y entró al ámbito de lo propiamente penal. La idea de esta nueva legislación es dotar, al menor acusado por la comisión de un delito, de todas las garantías procesales que disfruta el imputado en un proceso penal de adultos, más aquellas que sean propias de la condición de menor. Así se desprende del contenido de los artículos 10 a 27 de la citada ley, que integran el Capítulo II, Derechos y Garantías Fundamentales, del Título Primero. De modo que, aun cuando la protección integral del menor y su interés superior son principios que rigen esa ley, así como también debe buscarse la reinserción del menor en la familia y en la sociedad —como lo señala el artículo 44 de la Ley de Justicia Penal Juvenil—, no debe olvidarse que se trata de materia penal aplicada al menor y, por ende, deben observarse las disposiciones y principios del Código Penal, excepto en cuanto contradigan lo expresamente contemplado en esta legislación (artículo 9). Así, al menor le asiste la presunción de inocencia y debe probarse la comisión del delito, con la debida demostración de culpabilidad (artículo 15)..." Sala Constitucional, N° 3397-96, de las 11:51 h del 5 de julio de 1996; en igual sentido N° 3612-96, de las 14:39 h del 16 de junio de 1996.

A. Parámetro de interpretación

Debemos agregar que el "*interés superior*" se ha considerado deficiente porque no todas las legislaciones lo desarrollan de igual manera. Tampoco aceptamos esta objeción, pues el principio es solo un parámetro de interpretación⁴⁹, así como en materia penal lo es el *in dubio pro reo*⁵⁰. No es cierto que su efectividad esté condicionada a la existencia de "una absoluta coincidencia en la regulación establecida por todos los países obligados"⁵¹. Debemos recordar aquí, que lo que rige es el principio general que establece: ante la duda en cuanto al respeto de sus derechos o ante la adopción o no de políticas estatales (administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole) siempre debe interpretarse y aplicarse la normativa que más favorezca la protección de la niñez y la adolescencia (arts. 4, 5 y 7 del CNACR)⁵². A modo de ejemplo, la exposición de motivos del Código de la Niñez y la Adolescencia dejó establecido lo anterior cuando señala que para interpretar el "... interés superior del niño se deben tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- El niño, la niña y el adolescente son personas en condiciones de desarrollo, con derechos exigibles.
- El niño, la niña y el adolescente tienen derecho a su familia (nuclear o ampliada) y si por causas excepcionales no pueden permanecer con ella, tienen derecho a una familia sustituta en su comunidad y, excepcionalmente, fuera de ella.
- El niño, la niña y el adolescente tienen derecho a su desarrollo integral, físico, psíquico y social, para lo cual el adulto, tanto individual como socialmente, se compromete a garantizar tal desarrollo proporcionando las condiciones propicias; además los niños, niñas y adolescentes deben ser protegidos contra todas las formas de agresión, discriminación y explotación.
- Por "interés superior del niño" debe entenderse aquel que mejor procure al niño, niña y adolescente un ambiente que les permita prepararse para una vida independiente y responsable.
- En la formulación y ejecución de políticas, en el acceso a los servicios públicos y en su prestación, se tendrá presente el interés superior del niño, niña, adolescente. Toda acción u omisión en contra de

49 Para Cillero Bruñol "el principio permite 'arbitrar' conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención en diferentes situaciones de esta naturaleza toma una decisión —establece un orden de prelación de un derecho sobre otro— para luego relativizarla o dejarla sujeta al 'interés superior del niño'. El ejemplo más característico está dado por el artículo 9 de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos; otro caso es el artículo 37 relativo a la privación de libertad en recintos separados de los adultos 'a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño', en el que la Convención toma una decisión —otorga una garantía— pero deja abierta la posibilidad (judicial) de tomar una resolución diferente atendida la circunstancia de que se afecte, en el caso particular, algún otro derecho del niño que justifique modificar la regla. Es evidente que este tipo de soluciones propuestas en algunos artículos de la Convención pueden aplicarse a otros casos similares en que aparezcan conflictos sobre derechos igualmente reconocidos" CILLERO BRUÑOL, M., *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en **Infancia, ley y democracia en América Latina**. Prefacio de Luigi Ferrajoli, Buenos Aires: Temis, 1998, p. 81.

50 En igual sentido, el **Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua**, de 1997, art. 9 y el **Código de la Niñez y la Juventud de Guatemala**, art. 5.

51 Así MOYA ESCUDERO, M., **Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores**. Granada: Editorial Comares, 1998, p. 33.

52 En igual sentido, MOYA ESCUDERO, M., **op. cit.**, p. 34.

este principio constituye un acto discriminatorio, que viola los derechos fundamentales de esta población"⁵³.

La integración como supuesto de interpretación del "*interés superior del niño*" convierte esta premisa de la Doctrina de la Protección Integral, en el principio rector y base para la aplicación del CNACR.

Con fundamento en este razonamiento, se establece una línea de carácter obligatorio para las instituciones públicas, las entidades privadas de bienestar social y los órganos administrativos. De esta manera el "*interés superior del niño*", potencia de manera real y efectiva el respeto integral de los derechos de las personas menores de edad (art. 1 del CNACR). En consecuencia, es comprensible que se le imponga al Estado la obligación de adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad. Su incumplimiento conlleva que se establezca a modo de sanción que: "Toda acción u omisión contraria a este principio constituye un acto discriminatorio que viola los derechos fundamentales de esta población" (art. 4, párrafo segundo del CNACR). Este párrafo debe ser resaltado porque constituye un principio de acatamiento obligatorio del que se infiere que la inobservancia del "*interés superior*" conlleva la vulneración de una garantía constitucional.

Esto convierte el párrafo segundo del artículo 4 del CNACR —por definición del legislador— en un criterio operativo para determinar cuándo estamos en presencia de un interés difuso. Del inciso d) del artículo 5 del CNACR, se desprende el segundo, cuando lo define como un supuesto de interpretación que debe ser utilizado para establecer la correspondencia "*entre el interés individual y el social*". De este texto se deduce tácitamente el mandato de que, en caso de duda, se debe entender que los derechos de esta población que reúnan la doble condición de individuales y sociales, deben ser tratados como intereses difusos, lo que facilita su defensa o restitución en caso de amenaza o violación.

B. El interés superior: su dimensión jurídica

Conforme hemos visto, el interés difuso es una alternativa de política jurídica que permite solucionar, de manera general, problemas que afectan a un gran sector de la población. También hemos establecido que el "*interés superior del niño y del adolescente*" puede ser utilizado como un parámetro de interpretación para individualizar aquellos derechos que puedan ser considerados como intereses difusos⁵⁴.

53 Proyecto de Ley, **Código de la Niñez y la Adolescencia**, exposición de motivos, UNICEF-Defensoría de los Habitantes, 1997, pp. 18-19. En igual sentido, pero referido a la garantía de prioridad, el proyecto de **Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua**, de 1997, en su artículo 7, inciso c), dispone: "Especial preferencia en la formulación y ejecución de las políticas públicas encaminadas a crear las condiciones de vida que garanticen el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes".

54 También se ha utilizado en materia penal juvenil como un parámetro de interpretación, véase por ejemplo la siguiente resolución. "El artículo 89 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, establece como límites al Juez Penal para dictar la suspensión del proceso a prueba, que se encuentre en algunos de los supuestos que la misma ley establece (art. 132). Tales supuestos necesariamente deberán tener sustento probatorio en expediente, y no constituir meras suposiciones de parte del juzgador. En la resolución del señor actuario, se hace énfasis sobre la impresión diagnóstica de folio 46, de ahí se desprende que en el presente asunto concurren los supuestos de los incisos c) y d) del artículo 132 supracitado. Estos corresponden a la necesidad de establecer las bases necesarias para que el menor tenga acceso a la educación y que las condiciones sociales y familiares en las cuales se desenvuelva permitan deducir, con cierto grado de certeza, que el menor se apartará de la actividad delictiva. Agrega, además, que se suspende el proceso porque así lo exige el **interés superior del menor** (la negrilla no es del original). El Tribunal no comparte los argumentos del a quo. En efecto, según se desprende del estudio social estamos en presencia de un menor que la mayoría del tiempo permanece ocioso, pertenece a una pandilla de su comunidad, pese a que vive con su familia cuando le parece no llega a dormir y se dedica a deambular por los alrededores (f. 46). Debe recordarse, que la

En principio, podríamos afirmar que nada se opone a que consideremos ciertas normas consagradas en el CNACR, como intereses difusos. Aunque, ciertamente no todas las garantías que consagra el CNACR pueden ser consideradas difusas, por lo menos cuando se trata de su violación por parte del Estado o de los particulares. Algunos de estos derechos están concebidos para ser reclamados solo individualmente. En otros casos, tal y como ocurre con la salud o la educación, es factible distinguir una dimensión colectiva y una perspectiva individual que es característica del interés difuso. La dimensión colectiva se deriva de la afectación al bien jurídico que le ha sido reconocido a una población específica, como lo es la niñez y la adolescencia, ya sea a nivel rural o urbano o nacional. Esto puede ocurrir por la no creación de mecanismos apropiados para hacer efectivo el derecho a la educación o por simple omisión de implementar o mantener los existentes. Por el contrario, la faceta individual responde al individuo aislado que es afectado en su derecho, por ejemplo, por la decisión del Ministerio de Educación de proceder al cierre de la escuela donde se encuentra matriculado, o por no otorgar las condiciones oportunas para que el educando reciba apropiadamente sus lecciones, etc., lo que implica negarle el acceso a un servicio público; su disminución conlleva una afectación al "*interés superior*" de esta persona. Estas acciones u omisiones del Ministerio, constituirían, en principio, un acto discriminatorio que viola los derechos fundamentales de esta población y susceptibles de ser reclamados acusando la violación del interés superior del menor.

Este tema implica para el operador judicial, analizar el disvalor al que se ve sometido el sujeto titular del derecho con la situación concreta: sanidad, educación, salud, etc. Debe también precisar, si el hecho implica la afectación de un bien colectivo porque afecta un interés que es de todos y para todos los niños que se encuentran en la misma situación.

Esta doble postura colectiva e individual, es lo que caracteriza a los intereses difusos. Esta característica nos permite varias cosas: en primer lugar, por medio del "*interés superior*" es factible determinar, en el CNACR, aquellos derechos que implican la afectación de un interés difuso. El segundo elemento que se desprende es que la legitimación activa está condicionada a su violación, que debe reunir la peculiaridad de ser individual y colectiva. Como tercer supuesto, la sentencia que se dicte como consecuencia de la afectación del "*interés superior*", no solo será aplicable al caso concreto sometido al juez, sino tendrá valor vinculante a favor del resto de la población infantil. Si aceptamos como válido lo expuesto, este concepto se constituye, junto a los derechos fundamentales y humanos, en el otro criterio jurídico que nos permite identificar los intereses difusos.

Así se desprende también de la exposición de motivos cuando indica la necesidad de establecer "... una línea de acción de carácter obligatoria para las instituciones públicas, las entidades privadas de

suspensión del proceso a prueba, no es solamente un criterio de eficiencia, que permite de manera larvada descongestionar los tribunales, aunque, pueda tener una marcada orientación economicista (Derecho Económico). Por ello, la mayoría de las legislaciones establecen una serie de condiciones que fungen como límites al poder discrecional del juzgador; entre estos: una mayor participación a la víctima para que pueda controlar el proceso y así hacer valer el interés público que también le asiste en que se le haga justicia. En nuestro caso, le corresponde al Ministerio Público, como representante de los intereses de la colectividad, fiscalizar el respeto de los derechos garantizados constitucionalmente a las víctimas, entre estos a ver satisfechas sus pretensiones. Ciertamente, como lo afirma el a quo, no es necesario que concurran todos los supuestos del artículo 132 para que pueda darse la suspensión del proceso a prueba. Pero tampoco puede olvidarse que, requisito indispensable para que proceda actuar de la forma descrita es que, debe existir respaldo probatorio que justifique el dictado de la resolución. En el presente caso, existe incongruencia entre los elementos de prueba que se citan (impresión diagnóstica) y la fundamentación de la resolución que autoriza al dictado de suspensión del proceso a prueba. En consecuencia, se revoca la resolución recurrida y se ordena la prosecución del procedimiento para la celebración del debate." TRIBUNAL SUPERIOR PENAL JUVENIL, N°04-96, a las diez horas del dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

bienestar social, los tribunales de justicia, las autoridades administrativas y los órganos administrativos... y el deber de encontrar en este principio (el interés superior del niño) el límite a su discrecionalidad en la toma de decisiones con respecto a la niñez y la adolescencia" (los paréntesis no son del original)⁵⁵.

6. Conclusión

Debemos señalar que los intereses difusos se desprenden, por vía de interpretación, del Código de la Niñez y la Adolescencia, al garantizar el respeto de los "*derechos humanos*" y "*fundamentales*". De esta manera se convierten en instrumentos operativos, desde la óptica de los derechos de la población menor de edad. Esto es así porque, grosso modo, ambos tienen la peculiaridad de un doble carácter. En primer lugar, son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto a los menores de edad en sentido estricto, sino en cuanto garantizan una determinada protección individual. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional e internacional, que exige conjugar, a un tiempo, sus dimensiones personal y social. En consecuencia, es comprensible que se le imponga al Estado la obligación de adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de estos derechos. Su incumplimiento es sancionado como un acto discriminatorio que viola los derechos fundamentales de esta población.

Lo expuesto merece una consideración adicional. No desconocemos que la mayoría de las constituciones o convenios internacionales sobre la protección de los niños, convierten en operativos una serie de derechos (salud, cultura, ambiente, etc.), que en sí mismos no son intereses difusos. Es decir, el texto de derechos humanos, o la Constitución, en nuestro caso, no reconoce intereses difusos, sino derechos que pueden originar dichos intereses. Se trata de derechos derivados que pueden ser individuales o de naturaleza social, que es por donde se define al interés difuso. Es así que podemos hablar de interés difuso en cuanto la legitimación está inicialmente indeterminada. Esta situación se presenta porque, en algunas situaciones, el interés pertenece en estado de indivisibilidad a toda la comunidad, como la prestación deficiente del servicio público educación al grupo "A", de la escuela "Z". En este caso, debido a lo impreciso del daño que le causa el maestro a esos pequeños, las lesiones son casi insignificantes (desde la óptica del derecho económico como incentivo para litigar), por lo que la iniciación del proceso a petición de uno de los padres afectados es una posibilidad casi remota. No obstante, indudablemente su tutela deviene en esencial desde el punto de vista social, por lo que es factible que esas situaciones sean tuteladas judicialmente, lo cual sería posible si aceptamos que estamos en presencia de un interés difuso.

El "*interés superior*" del niño, niña y adolescente surge como un parámetro de interpretación que convierte esta premisa de la Doctrina de la Protección Integral, en el principio rector y base para establecer los criterios que permiten identificar las violaciones que son susceptibles de reclamo bajo los supuestos del interés difuso en el CNACR. Ciertamente, representa toda una innovación reconocerle derechos a los niños como consecuencia de una situación de hecho, como el pertenecer a un grupo, una comunidad o clase sin necesidad de que medie entre ellos un vínculo jurídico determinado. Pero también debe sopesarse que ellos son los más perjudicados por situaciones de hecho, en algunos casos, con un marcado carácter socioeconómico con relevancia jurídica. En consecuencia, le corresponde al Estado Social de Derecho establecer la vías menos complejas y más expeditas para defenderlos oportunamente.

55 Proyecto de Ley, *Código de la Niñez y la Adolescencia*, exposición de motivos, UNICEF-Defensoría de los Habitantes, 1997, pp. 17-18.

7. Bibliografía

- AMARAL e SILVA, A. F., La nueva justicia de la infancia y la juventud, en ***Derechos humanos y sistemas comparados de justicia juvenil***. México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1996.
- ARROYO VARGAS, Roxana, ***Algunos elementos de análisis para una reconceptualización de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes trabajadores(as) de la calle***. San José, ILANUD, 1994.
- CARRANZA, E., Nueva respuesta a la pregunta por las causas de la delincuencia juvenil y su prevención, en ***Derechos humanos y sistemas comparados de justicia juvenil***. México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1996.
- CILLERO BRUÑOL, M., El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en ***Infancia, ley y democracia en América Latina***. Prefacio de Luigi Ferrajoli, Buenos Aires: Temis, 1998.
- DYER, A., Questionary and Report on International Child Abduction by One Parent, en ***Actes et documents de la quatorzième session de la Conférence de la Haye de Droit international privé***, tomo III, 1982.
- FERRAJOLI, L., Prefacio, en ***Infancia, ley y democracia en América Latina***. Buenos Aires, 1998.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, ***Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral***. Bogotá: Forum Pacts, 1994.
- GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; GARBERI LLOBREGAT, J.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., ***Derecho Procesal Administrativo***. Valencia, 1993.
- GONZÁLEZ CANO, M. I., ***La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo***. Valencia: Tirant Monografías, 1997.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; GARBERI LLOBREGAT, J., Ordenanza sobre los tribunales administrativos de la República Federal de Alemania de 21 de enero de 1960 (Verwaltungsgerichtsordnung). Introducción y traducción, en ***Documentación jurídica***, t. XVIII, 71, julio-setiembre de 1991.
- GRINOVER, A. P. (coord.), ***A tutela dos interesses difusos***. Sao Paulo: Max Limonad, 1984.
- GROS ESPIELL, H., ***Estudios sobre derechos humanos***. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985; ***La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*** (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, España). San José, Costa Rica: ILANUD, Programa Sistema Penal y Derechos Humanos: Comisión Europea, 1996.
- MOYA ESCUDERO, M., ***Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores***. Granada: Editorial Comares, 1998.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. Con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, **Curso de derechos fundamentales. Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., **Los valores superiores**. Madrid: Tecnos, 1986; **Derechos humanos y sistema comparado de justicia juvenil**. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1996.

VASAK, K., **Pour les droits de l'homme de la troisième generation: les droits de solidarité**. Lección inaugural en el Instituto Internacional de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Estrasburgo, 1979.

VERONESE, J. R. P., **Interesses difusos da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
VERONESE, J. R. P., Acao civil pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos da populacao infanto-juvenil. Inédito, 1998.

WROBLEWSKI, Jerzy, **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1985.

* * *

TEMA 3

***Régimen de protección especial al trabajador adolescente
según el Código de la Niñez y la Adolescencia***

EL DEBATE ACTUAL SOBRE EL TRABAJO INFANTO-JUVENIL EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS*

Emilio García Méndez - Hege Araldsen

1. Introducción

Las pretensiones de este texto, se restringen a una revisión crítica de la literatura y tendencias generales frente al tema del trabajo infanto-juvenil en América Latina y el Caribe, con énfasis en la identificación y análisis de los argumentos implícita o explícitamente utilizados en el debate que se efectúa en la región. Además, se trata de introducir un cierto orden en el uso de conceptos y definiciones, con el objeto de contribuir, tanto a la urgente y necesaria desmitificación del tema, como a la elaboración de propuestas destinadas a la construcción de una política específica, realmente en concordancia con el espíritu y el texto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

2. El debate actual

La preocupación por el tema del trabajo infanto-juvenil no es nueva. Sin ir más lejos, el siglo XVIII está plagado de discursos y prácticas, que invariablemente pretenden dar respuesta a lo que en realidad constituye la verdadera preocupación: ¿qué hacer con los hijos de los pobres?¹ Constataciones similares son válidas para los siglos XIX y XX. De aquí, puede deducirse el carácter cíclico y recurrente del tema. La región de América Latina y el Caribe confirma esta tendencia general. Mientras la década de los 80, registra pocas preocupaciones significativas sobre el tema, a partir de los años 90, se produce una inversión radical de tendencia que coloca la problemática en un alto nivel de visibilidad. En sus sucesivas reapariciones, la forma de los argumentos utilizados varía considerablemente. Por ello, es necesario incluir en esta reflexión, tanto los motivos que explican su visibilidad presente, como el análisis de los diversos tipos de argumentos que imperan en el debate actual.

Parece posible identificar dos posiciones de naturaleza diversa, que han contribuido a colocar el tema del trabajo infanto-juvenil en un lugar relevante de la agenda política para la infancia.

En primer lugar, existe un sentimiento permanente de indignación moral abstracta, capaz de ser activado, cuando las circunstancias lo requieran, con efectos inmediatistas, por quienes son portadores de una ideología y práctica asistencial-clientelista. Más que referirse a la esencia del problema, esta posición se indigna esporádicamente frente a situaciones caracterizadas como excesos.

* *En: Derecho a tener derecho: infancia, derecho y políticas sociales en América Latina, Caracas, La Primera Prueba, C.A., sin fecha de publicación.*

1 *"The Children of the Poor" (H. Cunningham, 1991), constituye tal vez la mejor reconstrucción histórica realizada hasta hoy (particularmente en la Inglaterra del siglo XVII al siglo XX), sobre el debate educación/trabajo infantil. Resulta curioso, como argumentos y tendencias predominantes en el debate inglés de los siglos XVII, XVIII y XIX, se reproducen con asombrosa similitud en la América Latina de hoy.*

En segundo lugar, y generalmente con un signo político contrario al anterior, existen corrientes de pensamiento y acción, que autopercebiéndose como progresistas, defienden la perspectiva del trabajo infantil utilizando el argumento de su protección, por cuanto este sería no solo imprescindible para la sobrevivencia, sino además un factor fundamental de construcción y afirmación del niño como sujeto social².

La importancia asumida por el tema del trabajo infanto-juvenil, se refleja particularmente en el volumen de textos, de diverso tipo, publicados en los últimos años. Más allá de las discrepancias de enfoque, una breve evaluación del material disponible, permite constatar el carácter predominantemente empírico-descriptivo de esta nueva literatura. La información cuantitativa, muchas veces imprecisa e incorrecta, cumple a menudo la función de sustituir la ausencia de reflexiones más críticas y profundas.

Otra característica importante, de buena parte de los trabajos sobre este tema, resulta de la consideración indiferenciada de la categoría infancia, que abarca en forma indiscriminada a todos los menores de 18 años. En algunos trabajos de amplia circulación e influencia, se concluye, por ejemplo, que los "menores" colaboran en forma sustancial, con su trabajo, a la renta familiar, "ignorando" o subestimando el hecho de que el aporte más significativo que engrosa estas cifras proviene preponderantemente de la franja de 14 a 18 años incompletos (Prealc/OIT, Parlacen, UNICEF, 1993; pp. 79-81). Dentro de una lógica de "necesidades económicas", el tratamiento indiferenciado de los "menores" como una categoría supuestamente homogénea, abarcando a todos aquellos hasta los 18 años, legitima de hecho un enfoque, que utilizando el argumento de la protección, sostiene la tendencia de promover formas abiertas o encubiertas de trabajo infantil³.

Otro rasgo común, no menos importante, proviene del hecho que, en buena parte de la literatura actual, prevalece un enfoque de corte pseudoetnográfico, que insiste en explorar las "historias de vida" de los niños trabajadores, descuidando o simplemente ignorando el análisis de las políticas y las instituciones generadoras de dichas "historias de vida". En definitiva, una enorme confusión y afirmaciones ligeras constituyen el rasgo distintivo de esta literatura pseudoetnográfica.

Esta perspectiva cumple, en este ámbito, una función similar a la señalada en un excelente trabajo sobre las políticas para la infancia, a la tendencia actual de insistir en el estudio de la pobreza, ignorando el estudio de los mecanismos de concentración y distribución injusta de la riqueza (cfr. E. Bustelo, 1993).

En la manera de plantear un problema, se prefiguran invariablemente, en forma más o menos explícita, las políticas y estrategias para su resolución. En este sentido, la perspectiva histórica no solo ratifica la afirmación anterior, sino que además permite constatar que el carácter cíclico y recurrente del tema, responde al hecho de que el nudo central de la problemática ha permanecido invariable: ¿qué hacer con los hijos de los pobres?

Tanto es así, que motivaciones radicalmente antagónicas, han concluido con propuestas políticas en esencia similares. Cuando la perspectiva asumida es la de "defensa/protección" del trabajo infantil, resulta en realidad indiferente que los argumentos se refieran a una estrategia específica de control social de la pobreza o a propuestas supuestamente emancipatorias de los sectores sociales más desprotegidos.

2 *Para un ejemplo altamente representativo de esta posición cfr. G. Schibotto (1990), en especial el capítulo 9. Debe reconocerse, sin embargo, que la defensa explícita y abierta del trabajo infantil no constituye una posición mayoritaria. La confusión, la ambigüedad y supuestas estrategias de sobrevivencia, resultan en realidad la posición mayoritaria en la región.*

3 *Un claro ejemplo de esta posición lo constituye buena parte de los trabajos contenidos en el volumen colectivo editado por W. Myers (1991).*

También, en el tema del trabajo infanto-juvenil, el tipo de políticas que se adopten dependen estrechamente de sus definiciones. En función de esta postura, creemos útil convenir, en que la expresión trabajo infantil debería designar exclusivamente actividades realizadas por aquella parte de la infancia comprendida hasta los doce años, reservándose la expresión "juvenil" para designar el trabajo realizado por aquellos comprendidos en la franja de los 12 a los 18 años incompletos.

3. Normativa jurídica y definición de trabajo infantil

En el ámbito de la definición del trabajo infantil, el Derecho Internacional ha jugado un papel preponderante, antecediendo e impulsando, en muchos casos, a la normativa de carácter nacional. Uno de los primeros antecedentes y de mayor importancia, lo constituye, sin duda, la Convención N° 5 sobre edad mínima (14 años para el trabajo en la industria), adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1919. Sin ánimo de entrar en la casuística legislativa internacional de las últimas décadas, la Convención 138, sobre edad mínima de 1973, constituye el documento jurídico global más importante hasta la fecha, conteniendo propuestas inequívocas en el sentido de la definición y abolición del trabajo infantil (nota extraída de la Memoria del Director General de la OIT) (OIT, 1989).

Esta referencia a la normativa (en este caso internacional, aunque lo mismo puede decirse de la de carácter nacional), exige un breve repaso sobre su función real en el campo del debate sobre el trabajo infanto-juvenil, la que sin duda puede caracterizarse como marginal. La referencia a la importancia relativa desempeñada hasta ahora por la normativa internacional, puede verificarse por el hecho paradójico, de la indiferencia con que abolicionistas y propulsores del trabajo infanto-juvenil han considerado lo que puede denominarse la dimensión normativa del problema. En ambos casos, la certeza en la falta de eficacia de la legislación, explica, respectivamente, una ausencia casi total de adhesión (abolicionistas) o de oposición (propulsores).

Contrariamente a lo sucedido con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde la oposición a la misma estuvo vinculada, en mayor grado a los acontecimientos que le dieron origen, que al texto en sí mismo (A. Hirschman, 1991a, p. 34), en este caso las escasas adhesiones u oposiciones al texto se limitaron a un plano meramente formal.

Con pocas excepciones —sobre todo durante el siglo XIX— la gran industria no ha realizado una oposición real a las propuestas de abolición del trabajo infantil. La escasa oposición a estas medidas, ha asumido un carácter sordo y pragmático por parte de sectores más o menos informales de la economía.

Estos antecedentes sirven para explicar el carácter contradictorio y por ello singular, que asume el debate en esta área de la política social. Como trataremos de demostrar, los argumentos utilizados por los sectores enfrentados en el debate, no siempre corresponden a su visión global de los problemas sociales, asumiendo a veces, incluso, la perspectiva opuesta.

4. La retórica de la "Piedad"

El debate sobre el trabajo infantil, pertenece al área de los problemas sociales que cortan en forma transversal gobiernos, sociedades civiles, e incluso hoy, los propios organismos internacionales.

Resulta interesante verificar que toda propuesta inequívoca de erradicación del trabajo infantil, enfrenta resistencias difusas de variado signo político (cfr. M. Weiner, 1991, p.199). Resistencias que, más allá de sus discrepancias internas se basan en argumentos propios del pensamiento conservador, pero que en el contexto del debate sobre el trabajo infantil, se recubren de un manto de supuesta piedad que les otorga un barniz progresista. En definitiva, es posible afirmar que los "protectores-promotores" del trabajo infantil sostienen implícitamente —con diferencias de matices— que las propuestas de erradicación:

- a. aun cuando intrínsecamente positivas y deseables, producirían súbitamente resultados contrarios a los deseados. Esta posición, se manifiesta con el argumento de la conveniencia de ignorar activa y pasivamente convenciones internacionales y disposiciones nacionales que regulan el trabajo infanto-juvenil. Esta normativa, provocaría un aumento de la clandestinidad del trabajo infantil, determinando una ulterior pérdida de control sobre las condiciones de trabajo de estos grupos;
- b. resultan de una ingenuidad o un sin sentido por tratar de contradecir las tendencias "estructurales" del sistema. Esta posición, se manifiesta en la afirmación de que el trabajo infantil es, primordialmente, consecuencia directa de la pobreza, y que en tiempos de ajustes económicos es imposible evitar el aumento en el número de niños trabajadores. Desde esta perspectiva, la tarea principal consiste en mejorar las condiciones del trabajo infantil;
- c. aun cuando viables y deseables, podrían producir perjuicios mayores, empeorando la situación precedente. Esta posición, se sustenta en el simple razonamiento de que los "hijos de los pobres" deben trabajar, no solo por razones económicas (contribución al ingreso familiar), sino también como única forma de "integración social".

Estas posiciones, de hecho contrarias a cualquier propuesta de erradicación del trabajo infantil, pueden encontrar una explicación más profunda en el magnífico ensayo publicado hace pocos años "La Retórica de la Reacción" (A. Hirschman, 1991b). En este texto, se analizan en forma detallada y cuidadosa, los argumentos utilizados por el pensamiento conservador en su oposición a diversos procesos globales de emancipación social. En una secuencia histórica, ello se refiere a: 1) la afirmación de la igualdad ante la ley y de los derechos civiles en general; 2) la difusión del orden democrático a través del sistema del voto y 3) la implantación del Estado de bienestar social.

Tres tesis conservadoras (reaccionarias, para utilizar el lenguaje de Hirschman), han sostenido y defendido la oposición a los mencionados procesos:

- 1) la tesis del efecto perverso
- 2) la tesis de la inutilidad y
- 3) la tesis del peligro.

La primera tesis (del efecto perverso), se refiere a que algunas acciones de cambio —incluso cuando consideradas intrínsecamente positivas— producirán, mediante una serie de consecuencias imprevistas, exactamente objetivos contrarios a los buscados.

La segunda tesis (de la inutilidad) afirma, contrariamente, que todo intento de cambio acaba en frustración o en apariencia y que las estructuras "profundas" de la sociedad permanecerán intactas. No parece difícil identificar esta perspectiva, con un tipo de razón que podría denominarse cínica. Como afirma Hirschman, nos encontramos en este caso, en lugar de una "ley del movimiento", con una "ley de la inmovilidad".

Es de notar —como lo hace Hirschman— que las dos primeras tesis no son absolutamente compatibles, razón por la cual los argumentos que de ellas se derivan han sido invariablemente utilizados por actores diversos.

Por último, la tercera tesis (del peligro) se refiere a que el movimiento en una cierta dirección —incluso cuando viable, aceptable y hasta deseable— podría llevar a costos inaceptables, para intentar demostrar muchas veces, que la reforma nueva pondría en peligro una reforma antigua, muy apreciada, que solo recientemente se ha implantado.

En los tres casos, se confirma un rasgo característico de cierto pensamiento conservador, cual es, no oponerse frontalmente a reformas emancipadoras, que en general son sostenidas abstractamente por la opinión pública.

Lo curioso es que, en forma similar a los debates ocurridos en torno a la abolición de la esclavitud, en el debate referente al trabajo infantil, estas tesis han sido sostenidas y defendidas objetivamente, también por aquellos que se autoperciben como progresistas.

5. Esclavos blancos

En relación con los debates sobre la abolición de la esclavitud y el trabajo infantil, una percepción ahistórica o histórica ingenua, tendería a pensar que la asociación entre ambos movimientos, constituye un hábil ejercicio contemporáneo de retórica.

Por el contrario, Hugh Cunningham (1991), se encarga de demostrar, con abundante documentación histórica, que críticos del trabajo infantil en Gran Bretaña, durante comienzos del siglo XIX, ponían en evidencia que mientras la esclavitud fue abolida en 1807, persistía el "comercio de niños blancos, más cruel aún que la esclavitud de los negros" (p. 57). Por otra parte, las campañas para la abolición del trabajo infantil en las fábricas y del comercio de esclavos, coinciden en el tiempo desde 1780, hasta por lo menos 1807 (p. 72). En todo caso, más allá de las diferentes posiciones, resulta interesante observar, que la analogía entre la condición de los esclavos y el trabajo de los niños en las fábricas, resulta fuera de discusión. Tanto así, que el nivel de preocupación respecto del trabajo infantil, desciende al mismo tiempo que aminora la preocupación social sobre el comercio de esclavos.

La historia confirma además, que la oposición a la abolición del trabajo infantil, dista mucho de constituir un grupo homogéneo. Por el contrario, el paso de los siglos ha visto asumir, a actores social y políticamente enfrentados, argumentos disímiles, pero que conducen a proposiciones idénticas. De un lado, la preocupación por el mantenimiento del orden y el control social de las clases pobres, ya desde el siglo XVI (p. 24), del otro, la inevitabilidad del trabajo infantil en los marcos del sistema capitalista y la consecuente afirmación como sujetos sociales de los mismos trabajadores.

6. La retórica de la confusión

Parece posible reconducir las raíces de esta retórica de la confusión —mayoritaria hoy en la región— a un cinismo ilustrado de fuerte base economicista. A pesar de ser poco citado en forma explícita, ningún autor encarna con más propiedad la posición anterior que Clark Nardinelli (1990), en su trabajo "Child Labour and the Industrial Revolution". Los ingredientes de la receta de Nardinelli son sencillos y por eso tal vez resultan, a primera vista, atrayentes (aunque escasamente convincentes).

En primer lugar, la relativización (¿banalización?) de los efectos negativos del trabajo infantil (no existe argumento, por truculento que este sea, que no encuentre defensores). En segundo lugar, la atribución general de un carácter ingenuo y romántico a toda posición favorable a la erradicación del trabajo infantil⁴. En tercer lugar, la supuesta objetividad científica del análisis económico, acaba diluyéndose en un ideologismo de corto plazo: "Child labour in factories, then was an effect and not a cause of family poverty" (C. Nardinelli, 1990, p. 156). Por último, se apela a una variante de las teorías conspirativas para explicar el surgimiento de legislaciones restrictivas del trabajo infantil.

Desplazando la atención del problema central, es decir, la falta de eficacia de la legislación restrictiva del trabajo infantil, C. Nardinelli (1990, p. 154), encuentra justamente en la pérdida de importancia del trabajo infantil, una explicación "científica" para el surgimiento de dicha legislación. La retórica de la confusión, encuentra en este punto su expresión más acabada.

Sorprenderse con el resultado de sus propias conclusiones —banalización del efecto perverso a largo plazo del trabajo infantil— constituye un hallazgo ulterior de Nardinelli. La mención al bajo nivel de oposición actual al trabajo infantil en los países en vías de desarrollo, respecto de la oposición generada por el trabajo de los niños en las fábricas en la Gran Bretaña del siglo XIX (p. 6), constituye, como mínimo, una caricatura de las profecías que se autorrealizan.

En buena parte de la literatura pseudoetnográfica a que se ha hecho mención, predominan afirmaciones que rayan en lo que podría denominarse impunidad intelectual. "Levison encontró... que el color de la piel no afecta el empleo ni la asistencia escolar, aunque los menores no blancos fueron los que más probablemente se encontraban sin trabajo y sin escuela" (sic), (D. Levison, 1991), citado por M. C. Salazar (1994, p.13).

Pero la característica realmente dominante en las posiciones de "defensa-protección" del trabajo infantil, se refiere a la forma ambigua y confusa en que esta se presenta. La apelación permanente a "la gran complejidad del fenómeno" y a la necesidad interminable de continuar profundizando el estudio de los efectos del trabajo precoz sobre el universo infantil, funciona de hecho como elemento relativizador de cualquier propuesta inequívoca de erradicación del fenómeno. En este sentido, la remisión a cifras —nunca del todo confirmadas— y a formas de trabajo —nunca del todo bien definidas— en los países desarrollados, funciona como un elemento que de hecho sanciona la inevitabilidad del fenómeno en el resto del mundo.

4 A pesar de identificar cuatro posiciones diversas dentro de las corrientes críticas del trabajo infantil, Nardinelli insiste en enfatizar la homogeneidad de estas posiciones, bajo un prisma moralista-romántico. Cfr. especialmente el capítulo II del trabajo aquí citado.

Otro argumento implícito, pero que marcha en la misma dirección que el anterior, se refiere a la dificultad, cuando no a la imposibilidad de llegar a una definición clara y ampliamente aceptable de trabajo infantil. En verdad, si nos atenemos al contenido de la Convención 138, debe admitirse, por lo menos, la enorme dificultad para definir en forma clara y concisa lo que significa trabajo infantil.

El primer argumento (difusión del trabajo infantil en los países desarrollados), por su carga de mala fe o ignorancia, no merece otra crítica que la de ubicar la posición marginal de este fenómeno en el contexto de los países desarrollados. (Recuérdese otra vez, que con la expresión "infantil", se designa aquí en forma exclusiva a todos aquellos menores de 12 años).

En relación con la falta de una definición clara de trabajo infantil, los problemas que presenta, pueden ser rápidamente superados haciendo uso del espíritu y del texto de la Convención Internacional. En este sentido, el artículo 32 de la Convención, permite definir como trabajo infantil, toda interferencia sustancial de alguna forma remunerada, con el normal desarrollo del niño en el sistema educativo. Esta definición implica además, un cierto desplazamiento de la percepción del trabajo infantil, de un fenómeno social abstracto, hacia una realidad posible de ser medida con criterios más objetivos.

7. De la "protección" del niño trabajador a la erradicación del trabajo infantil

Si se admite que la retórica de la "protección" del trabajo infantil ha funcionado de hecho, como elemento ideológico de consolidación y reproducción de un "sentido común" legitimador del *status quo* existente, es preciso reconocer la necesidad de introducir un paradigma radicalmente diverso para elevar el nivel del debate actual.

En primer lugar, se debe reconocer que cualquiera sea la posición que se adopte frente al tema del trabajo infanto-juvenil, ella es tributaria y consecuencia de la posición más amplia que se adopte frente a las políticas para la infancia en general. En este sentido, no caben dudas de que persiste en toda la perspectiva pseudoetnográfica, un enfoque alternativista para enfrentar los problemas sociales que aquejan a los sectores sociales más desfavorecidos y vulnerables. Desde fines de los años 60, el comienzo de la crisis fiscal del Estado, coincide, en buena parte de los países de la región, con el bloqueo de toda forma de expresión política, producto de una instauración institucionalizada de formas autoritarias de gobierno de la sociedad. El nacimiento de los ONG en la región, particularmente en los países más vinculados con el tema de la infancia, concuerda, y en parte es resultado de una respuesta al proceso autoritario al que se ha hecho mención. Cerrados los canales naturales de participación política, el tema de la infancia asumido por los ONG se transforma en una verdadera "crítica en acto" de las políticas y programas gubernamentales⁵. Particularmente en el campo de aquellos preocupados con el tema de la infancia, la respuesta al autoritarismo, se organiza bajo formas "alternativas" de intervención en lo social.

5 Sobre este punto en particular y con especial referencia a la situación en Brasil, cfr. Antonio Carlos Gomes da Costa, 1991.

Esta posición se traduce, de hecho, en la renuncia a ocupar el espacio, que al mismo tiempo que es percibido como un "aparato ideológico" del Estado autoritario, paradójicamente constituye el lugar privilegiado de construcción de la ciudadanía de la infancia: la escuela. La escuela, castigada de un lado por las políticas de preajuste y ajuste de las últimas dos décadas, es castigada también con una actitud de indiferencia y aislamiento social por los ONG que, sin duda alguna, se autoperciben como progresistas. En este contexto, la perspectiva actual de "protección-defensa" del trabajo infantil (sobre todo en su consideración indiscriminada de los menores como categoría homogénea que abarca a todos aquellos, hasta los 18 años), puede ser entendida como una expresión actual de la continuidad de un alternativismo, que entre otras cosas, ignora las potencialidades y posibilidades de la reinstauración de la democracia en la región.

El interrogante, respecto de los motivos que explican la importancia asumida por el tema del trabajo infantil, remite a razones de naturaleza contradictoria.

Por una parte, la importancia del tema del trabajo infantil puede ser entendida como una forma de resignación frente a la incapacidad de la escuela de aumentar su calidad y universalizar su cobertura. Esta perspectiva constituye un buen ejemplo de profecía que se autorrealiza. Por otra parte, la importancia del trabajo infantil remite a un cambio profundo en la percepción de la infancia bajo el paradigma de la Convención Internacional, que reafirma el carácter de sujeto de derecho de la infancia, en la perspectiva del derecho irrenunciable a ser niño. Se deriva de este último enfoque, una posición inequívoca, en el sentido de la erradicación del trabajo infantil.

8. Trabajo infantil y pobreza

En toda posición "proteccionista-defensista" del trabajo infantil, subyace una postura ideológica inmediatista, que considera el trabajo de los niños como consecuencia y no causa de la pobreza. Este enfoque, que ignora la complejidad del vínculo entre pobreza y trabajo infantil (no todos los niños pobres trabajan y no todos los niños que trabajan son pobres), es profundamente ignorante de los procesos históricos ocurridos en el contexto de países hoy desarrollados. Contrariamente a lo que un sentido común —elevado a rango de "científico" en el contexto del esquema pseudoetnográfico— sostiene acerca de que la erradicación del trabajo infantil constituye un subproducto y un "lujo" que las sociedades pueden permitirse solo después de alcanzado un cierto nivel de desarrollo económico, la experiencia de Japón y los países escandinavos demuestra exactamente lo contrario. Tanto en Japón, como en los países escandinavos, la erradicación del trabajo infantil, vía universalización de la educación básica, constituye un factor decisivo para entender y explicar el desarrollo económico (M. Weiner, 1991). Incluso la propia experiencia inglesa, es ilustrativa en este sentido, demostrando que la voluntad política constituye un factor fundamental en la explicación de cualquier proceso de erradicación del trabajo infantil, sobreponiéndose a cualquier invento burdo de causalidad económico-mecanicista.

El carácter ideológico de la perspectiva "proteccionista-defensista" invalida, por otra parte, la mayoría de los resultados "científicos" de esta corriente de investigación predominante. La trillada frase conclusiva de las investigaciones pseudoetnográficas, "los niños contribuyen sustancialmente al ingreso familiar", constituye una doble falacia. En primer lugar, y como anteriormente fue señalado, los "niños" que supuestamente contribuyen al ingreso familiar, casi siempre pertenecen a la franja de 14 a 18 años. En segundo lugar, el inmediatismo imperante no permite responder a una cuestión fundamental: ¿dónde se encuentra en el mercado de trabajo como joven-adulto, quien contribuyó como niño al ingreso familiar? La observación de que el trabajo infantil destruye al ser humano dos

veces, como niño y como adulto, adquiere en este contexto un profundo significado (la frase es de Antonio Carlos Gomes da Costa).

Desde la perspectiva de entender a la infancia como sujeto pleno de derechos —donde el derecho a ser niño traduce el interés superior del niño consagrado por la Convención—, las investigaciones sobre la contribución del niño al ingreso familiar, asumen un sentido similar a preguntarse hoy sobre la conveniencia de abolir la esclavitud, o sobre la pertinencia de una campaña de inmunización. Por el contrario, investigaciones que parten de la necesidad de realizar una profunda tarea de desmitificación en este campo, permiten arribar a conclusiones que si no fueran obvias serían asombrosas. Para dar solo un ejemplo, la falta de educación básica impide acceder, incluso, a los sectores más bajos del mercado formal de trabajo, contribuyendo decisivamente no solo a la consolidación y reproducción del ciclo de la pobreza sino también del ciclo de la marginalidad (Iee/PUC/SP, 1994).

9. La escuela y la familia: base de la erradicación del trabajo infantil

Constituiría un grave error pensar y proponer la erradicación del trabajo infantil como un fin en sí mismo. Por el contrario, la erradicación del trabajo de los niños debería constituir un componente imprescindible de cualquier política integral de desarrollo. Por otra parte, la universalización de la educación básica es el único instrumento que asegura dicha igualdad, en un doble sentido. Como requisito mínimo —aunque obviamente no garantiza— de posible ingreso al mercado de trabajo y como "lugar" más idóneo de construcción de las bases de la ciudadanía de la infancia. Pero la escuela, por sí sola, no es suficiente para afrontar este problema. Una acción seria y decidida en el ámbito de la política de apoyo a la familia, constituye el complemento obligado de la política que es necesario implementar.

Esta nueva perspectiva implica un profundo cambio de enfoque político-institucional, que necesariamente debe traducirse a nivel de programas. Durante mucho tiempo, equivocadamente, se ha apoyado al niño (protección del niño trabajador) para que el niño apoye a la familia. Hoy es necesario revertir esta situación y apoyar a la familia para que esta apoye al niño (erradicación del trabajo infantil).

Dentro de este contexto, los adolescentes se encuentran en una situación que merece especial atención. La falta de acceso, o lo que es mucho más frecuente, el carácter deficiente de la educación básica, invalida automáticamente cualquier tipo de formación profesional. Es necesario cambiar el énfasis de la inserción precoz en el mercado de trabajo, por la inserción precoz y permanencia en el sistema educativo. En América Latina, la inserción prematura de jóvenes en la fuerza de trabajo es una de las principales determinantes de su condición de pobreza (OIT, 1994, p. 36).

10. Líneas de acción

La universalización de la educación básica, constituye un enorme desafío en un contexto caracterizado por transformaciones en el rol del Estado y ajustes económicos. Cómo lograr educación para todos dentro de una coyuntura de reducciones abruptas en las inversiones en las políticas sociales básicas.

En todos los países de América Latina, los servicios básicos de educación y salud constituyen, según la propia Constitución, un deber del Estado y un derecho de todos los habitantes. La disminución abrupta de los presupuestos y coberturas de las políticas sociales básicas configura una violación flagrante del más

elemental derecho de la ciudadanía. La "defensa-protección" del trabajo infantil ha tenido como consecuencia objetiva —y seguramente no deseada— legitimar la retracción de gasto público en materia de salud y sobre todo de educación.

La universalización de la educación básica exige que la escuela recupere su centralidad política hoy perdida. Dentro de la coyuntura actual, esto no puede ser enfrentado solamente desde el punto de vista de la oferta. Es necesario enfrentar el problema también desde el punto de vista de la demanda social. Sin presión y control por parte de la sociedad civil, resultará imposible contar con sistemas educativos que respondan a las necesidades de todos los ciudadanos.

Una de las formas de promover la demanda social por más y mejor educación, consiste en promover un amplio debate nacional con el objeto de colocar la educación en el centro de la agenda política y social, y exigir una educación de primera clase para todos. Esto implica la formulación de una estrategia multisectorial donde, por un lado, se desarrollen acciones destinadas a aumentar el presupuesto de los gastos sociales, y por otro, se desarrollen acciones para calificar la demanda y aumentar el control social sobre la educación a través de mecanismos de participación y autogestión.

En un contexto social en que se perciba la educación y la salud como un deber del Estado y un derecho de todos los habitantes, el desafío consiste en promover articulaciones no corporativas entre gobierno y sociedad civil, única base de creación de políticas públicas para la infancia. El análisis y comprensión del trabajo infantil, como consecuencia de omisiones del gobierno y la sociedad civil, debe necesariamente concluir en propuestas inequívocas de erradicación del trabajo infantil.

La política de apoyo a la familia debe asumir, como prioridad, acciones destinadas a aumentar tanto su poder adquisitivo como su capacidad de autorresolución de problemas sociales.

Para los menores de 12 años, no existe ninguna evidencia seria en la literatura actual —si exceptuamos aquellos niños que se dedican a actividades flagrantemente ilegales— de contribución sustancial al ingreso familiar. Y esto sin considerar los efectos perversos a mediano plazo del trabajo infantil.

Sin embargo, y sin ánimo de entrar en una discusión causalista y barroca, los niños que trabajan para una supuesta sobrevivencia, no deberían constituir jamás la base principal para definir una política en relación con el trabajo infanto-juvenil.

De los argumentos anteriores pueden deducirse tres grandes propuestas de acción, bases para la elaboración de políticas nacionales:

- a. Para los menores de 12 años, propuestas inequívocas en el sentido de la erradicación de trabajo infantil⁶, vía universalización de la educación básica y apoyo a la generación de ingreso familiar.

⁶ La edad de 12 años constituye una propuesta mínima de erradicación del trabajo infantil; cualquier propuesta de elevar dicha edad hasta los 14 años merece ser apoyada y considerada con la mayor seriedad.

- b. Para la franja entre los 12 y 14 años, es necesario promover políticas de profesionalización (en el contexto de políticas más amplias para la adolescencia) destinadas, no tanto a una inserción precoz en el mercado de trabajo, sino más bien a una inserción inteligente en el mismo.
- c. Para los mayores de 14 años es necesario insistir tanto en la continuidad en la formación profesional, como en la protección legal del trabajo juvenil.

En todos los casos, la prohibición absoluta de trabajos peligrosos, ilícitos o inmorales, tal como se desprende del artículo 32 de la Convención Internacional, constituye un requisito imprescindible de cualquier política infanto-juvenil en esta área específica.

Bibliografía

- BUSTELO, Eduardo, (1994), **"Hood Robin: ajuste y equidad en América Latina"**, UNICEF - TACRO, Bogotá.
- CUNNINGHAM, Hugh, (1991), **"The Children of the Poor. Representations of Childhood since the Seventeenth Century"**, Blackwell, Oxford UK.
- GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, (1992), **"Del menor al ciudadano-niño y ciudadano-adolescente"**, en: "Del Revés al Derecho" (E. García Méndez - E. Carranza, organizadores), Editorial Galerna, Buenos Aires.
- HIRSCHMAN, Albert, (1991a), **"200 años de retórica reaccionaria. El caso del efecto perverso"**, en: "Capitalismo, Democracia y Reformas", (N. Lechner, Editor), FLACSO, Santiago de Chile.
- HIRSCHMAN, Albert, (1991b), **"The Retic of Reaction"**, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.
- IEE/PUC/SP, (1994), **"Trabalho do Adolescente. Mitos e Dilemas"**, Instituto de Estudos Especiais, São Paulo.
- NARDINELLI, Clark, (1990), **"Child Labour and the Industrial Revolution"**, Indiana University Press, USA.
- MYERS, William E. (editor), (1991), **"Protecting Working Children"**, Zed Books Ltd., London, New Jersey.
- OIT, (1993), **"Trabalho Infantil. Memoria do Diretor Geral na 69ª Conferencia Internacional do Trabalho, 1893"**, Brasilia.
- OIT, (1994), **"América Latina. Grupos vulnerables en el mercado laboral: situación y políticas"**, Multigrafiado, Lima.

PREALC/OIT - PARLACEN - UNICEF, (1993), **"Los trabajadores menores de edad de Centroamérica"**, edición de las instituciones participantes, Guatemala.

SALAZAR, María Cristina, (1994), **"La significancia social del trabajo infantil y juvenil en América Latina y el Caribe"**, Multigrafiado, Bogotá.

SCHIBOTTO, Giangi, (1990), **"Niños trabajadores. Construyendo una identidad"**, IPEC, Lima.

WEINER, Myron, (1991), **"The Child and the State in India. Child Labor and Education Policy in Comparative Perspective"**, Princeton University Press, Princeton, New Jersey.

* * *

TRABAJO INFANTIL Y EDUCACIÓN EN AMÉRICA LATINA*

María Cristina Salazar

Aspectos generales

Este documento se refiere a la relación que existe entre el trabajo infantil y la educación en países como Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala y Perú, que aspiran, al igual que otros en la región, a lograr un desarrollo equilibrado, equitativo y sostenible, con beneficios que deberían ser distribuidos ampliamente¹. Lamentablemente, el crecimiento económico en la región ha conducido, con frecuencia, a una mala distribución de los recursos y de los frutos del desarrollo entre las clases, las ciudades y el campo, al mismo tiempo que el recurso base natural indispensable ha sido dañado o arrebatado. No fue sino hasta hace muy poco tiempo que se determinó que la estabilidad, producto de un desarrollo más equilibrado y equitativo, es importante para el progreso social general. Por ejemplo, una estrategia para mitigar la pobreza rural y promover el crecimiento económico del campo debe hacerle frente a un legado de ignorancia, que como lo demuestran diversos estudios que datan de 1990, ha conducido hacia la pobreza extrema, la marginalidad y la explotación infantil.

La falta de atención hacia la educación, por parte de la mayoría de los gobiernos latinoamericanos, ha limitado su capacidad de competir en los mercados internacionales, donde las ventajas comparativas están definidas cada vez más por una productividad basada en avances científicos y tecnológicos. Como se sabe, la alta concentración de ingresos, en esta región del mundo, se debe a la combinación de los modelos de discriminación tradicionales de la propiedad con el decrecimiento en el mercado laboral y los niveles de remuneración, la naturaleza regresiva de la estructura de impuestos, y la rápida disminución (también eliminación) de los servicios sociales. La polarización social, a su vez, ha aumentado en años recientes, afectando en gran medida a la clase media.

El sector no estructurado se ha expandido y cuatro de cada cinco nuevos empleos generados entre 1990 y 1992 se ubican en este sector, donde se concentran muchos niños trabajadores. Las mujeres sufren con particular intensidad esta degradación del empleo. La adopción de políticas de "flexibilidad laboral", la

* En: *Revista Espacios*, San José, n° 10, 1997.

1 El documento se basa en informes elaborados por el *International Working Group on Child Labour* de Brasil, Colombia, Chile y Guatemala (véase Salazar y Gárate, 1996), y en estudios de casos realizados por los mismos países, además de Ecuador y Perú, exceptuando a Chile (véase UNICEF 1996 y Salazar y Alarcón 1996). En lo que se relaciona con el concepto de desarrollo y sus defectos véase los documentos presentados en el *Congreso Mundial para la Convergencia Participativa* (Cartagena, junio 1997), en el taller coordinado por Arturo Escobar.

descomposición de procesos complejos en operaciones simples, y de un uso más frecuente de contratos individuales vs. colectivos, ha contribuido a mantener salarios a muy bajos niveles (Vidich, 1994).

Durante la década de 1980, el número de personas que vivían en situación de pobreza en América Latina se incrementó en 60 millones, alcanzando aproximadamente los 200 millones de personas, y aumentando así la población pobre en el doble del índice del crecimiento de la población total. Se aceleró el desarrollo urbano de la pobreza básicamente debido a las políticas defectuosas de los gobiernos. Además, es conveniente recordar algunos hechos notables acerca de la pobreza rural en América Latina, cuando se habla de trabajo infantil concentrado, principalmente, en las áreas rurales:

- En seis países de América Latina la población rural todavía constituye más de la mitad del total de la población nacional.
- En por lo menos doce países existe una proporción más alta de la población rural que es pobre, incluyendo varias comunidades negras e indígenas.
- En todos los países la mayor parte de sus habitantes en los deciles más pobres (extremadamente pobres) es rural (Valdés y Wiens, 1996).

Estas características desfavorables tienen consecuencias graves para la política y para la consolidación de regímenes democráticos. Los estados asignan muy pocos recursos a la creación de condiciones que permitan a los pobres participar en el desarrollo nacional o mundial, o sea, para que prospere la democracia. La idea de que el país debe pertenecer a todos no funciona cuando se evidencia claramente que es propiedad de y está controlado por solo unos cuantos.

El mundo de la pobreza en donde tantos niños viven y trabajan es el escenario privilegiado para la violencia policíaca y la impunidad, para la negación de la justicia, para las más grandes violaciones de los derechos humanos, para la discriminación étnica y de género y para la inseguridad de cada día. De este modo, la necesidad imperiosa por resolver los problemas de supervivencia diaria reduce la visión de la racionalidad a lo inmediato, y la posibilidad de lograr la autodeterminación, que es un ingrediente central en el concepto de ciudadanía responsable, ciertamente no es posible.

Sin embargo, a lo largo de toda la región, existe una nueva conciencia acerca de las consecuencias que trae consigo para millones de niños el trabajar a temprana edad, y especialmente en labores peligrosas. Los gobiernos y la sociedad civil han empezado a actuar sobre este problema elaborando políticas y programas sociales mejor enfocados, muchos de los cuales están inspirados en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989.

I. DISTRIBUCIÓN, EXTENSIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL TRABAJO INFANTIL

Según las cifras de la OIT, existen aproximadamente 17 millones de niños trabajadores en la región (Tokman, 1997). Los más visibles son los niños de la calle que trabajan recogiendo periódicos y vendiendo, los niños que trabajan en pequeños talleres industriales y en establecimientos de servicio, y unos pocos (casi todos mayores de 14 años) en negocios constituidos formalmente, mientras que una mayoría se encuentra laborando en la agricultura, donde realiza trabajos pesados y está expuesta a peligros asociados con la introducción de la maquinaria moderna y los químicos. Miles de niñas adolescentes se ubican en

oficios, particularmente en el servicio doméstico. Gran cantidad de niños, niñas y adolescentes son invisibles para la sociedad, el gobierno y los sindicatos. Ellos ni siquiera conocen sus derechos.

El trabajo de los niños más pequeños (menores de 12 años) está muy difundido. En Guatemala, por ejemplo, el 27% de los niños trabajadores tiene entre los 7 y los 12 años. En Ecuador, el 12% de los niños económicamente activos se encuentra entre 10 y 11 años de edad. En Perú, esta proporción es de 16% para aquellos entre los 6 y los 11 años. En Colombia, en las áreas rurales, uno de cada 3 niños en la edad de 10 y 11, y uno de cada 4 niños entre los 6 y los 9 años, trabaja en actividades secundarias². En las grandes ciudades de Colombia, uno de cada 6 niños, entre los 10 y 11 años de edad, y uno de cada 10 niños, entre los 6 y los 9 años de edad, participan en el mercado laboral (Flórez et al. 1995:108). No obstante, el trabajo de los niños menores de 12 años es menor que el de los niños trabajadores en el grupo de la edad de los 15 a los 17 años.

Trabajo infantil en el área rural

Los niños trabajadores se ubican principalmente en el sector agrícola. Algunos realizan actividades tradicionales relacionadas con los métodos de producción que les permiten solamente una subsistencia familiar precaria; otros están involucrados en el trabajo de las plantaciones orientadas hacia la exportación comercial (tales como: café, frutas, flores y caña de azúcar). En Guatemala, por ejemplo, el 65% de los niños trabajadores realiza labores agrícolas, siendo los niños indígenas los más involucrados en este tipo de trabajo, si los comparamos con la población no indígena. Asimismo, en Ecuador y Perú, el 48% y 40%, respectivamente, de los niños trabajadores se encuentran en el sector agrícola. Estos porcentajes son aun mayores en Brasil (78%) y en Colombia, donde el 82% de los niños varones trabajadores y el 36% de niñas trabajadoras se concentran en el campo agrícola, perteneciendo todos ellos a familias rurales pobres.

Los pobres de las zonas rurales, comparados con los no pobres, tienden a ser menos educados, a tener familias más grandes, y presentan un índice mayor de dependencia. Del mismo modo, tienen menos acceso a los servicios y sus indicadores de salud son más malos. Por ejemplo, los índices de analfabetismo entre los mayores de 15 años de edad son aún mucho más altos en diversos países, como Guatemala y Brasil. En general, el porcentaje de analfabetismo en las áreas rurales es de 2 a 6 veces más alto que en las áreas urbanas. Si comparamos el porcentaje de años de instrucción escolar, podemos notar que en todos los países los porcentajes en las áreas rurales son de aproximadamente 3 años menos que los porcentajes en las áreas urbanas. Lo mismo pasa con la diferencia entre los pobres y los no pobres, tanto en las áreas rurales como en las urbanas, en donde los no pobres poseen por lo menos 3 años más de educación que los pobres. Las diferencias no son tan importantes para la educación primaria, sino más bien a nivel de educación secundaria, en donde los bajos índices de conclusión son aún más bajos para las áreas rurales. Existe una proporción muy baja de la población pobre que finaliza la educación secundaria, con mayor énfasis en las zonas rurales. Esto puede verse reflejado no solo en factores de aprovisionamiento (tales como disponibilidad y calidad de escuelas) sino también en algunos factores de demanda: por ejemplo,

² Las actividades secundarias se miden únicamente en el área rural y consisten en el cuidado de animales, trabajo en huertas familiares, haciendo reparaciones y ayudando en el almacén de comestibles o en un negocio, sin tener en cuenta el número de horas trabajadas.

los niños que trabajan en fincas o como asalariados, en donde el costo de oportunidad de enviar a uno de estos adolescentes a la escuela (sin mencionar los gastos de escolaridad y de manutención, pues los estudiantes de secundaria deben pernoctar en la ciudad) se considera más alto que en las áreas urbanas (Valdés y Wien, 1996:5).

La población pobre tiende a ubicarse en áreas marginales para la agricultura, que carecen de mejoras en cuanto a la fertilidad de sus suelos, su nivelación o irrigación. En el caso de las poblaciones indígenas, es bien conocida la pérdida histórica ante los conquistadores, con el fin de encontrar trabajos remunerados (especialmente a las madres). Este tipo de trabajo es más perjudicial para las niñas, quienes posteriormente no cuentan con el tiempo necesario para asistir a la escuela o para hacer sus tareas escolares.

En algunos casos, el trabajo infantil puede convertirse en una forma de apoyo económico directo para el presupuesto familiar; o puede ser una forma indirecta de colaborar cuando los más jóvenes utilizan el producto de su trabajo para comprar bienes que de otra manera sus padres tendrían que comprar, tales como libros escolares, ropa y comida. En muchos casos, existe una combinación de ambas modalidades.

Es extremadamente difícil poder calcular la contribución que hacen los niños, niñas y adolescentes a la economía familiar, debido a esta diversidad de combinaciones visibles e invisibles en el presupuesto de la familia. La diferencia en la contribución de los niños menores de 12 años y de los mayores consiste en que estos últimos entregan más dinero a sus familias. Cuando los niños trabajan cerca de sus padres, o con ellos, por lo general reciben solo una propina por su trabajo y algunas veces ninguna retribución económica. Conforme crecen adquieren más autonomía y la retribución económica toma mayor importancia. Por lo tanto, la contribución directa en la economía de los mayores que trabajan se convierte en visible.

En Colombia, la contribución del trabajo infantil, por lo general, no aparenta tener gran importancia para estas familias. En Perú, por su parte, un estudio comprobó que la contribución monetaria del producto del trabajo realizado a edades tempranas cubre el 10% del ingreso total entre las familias pobres de Lima. La información de Guatemala señala que la contribución de los niños trabajadores alcanza el 15% del presupuesto en las familias indigentes y pobres. En Brasil, la contribución económica de los niños es significativa, tanto así, que las familias descienden a niveles de pobreza más profundos.

Algunos analistas han tratado de justificar la presencia del trabajo infantil, aduciendo que si esta actividad no existiera, las familias sencillamente no podrían subsistir. Pareciera que se ha exagerado en lo que a esta contribución se refiere. Este es un tema que requiere encuestas confiables sobre el ingreso familiar e información desagregada de acuerdo con los grupos de edad. Debido a que la información no está disponible, la única afirmación que puede hacerse, con un grado de certeza, es que la magnitud de la contribución económica está asociada con la edad, pero no se sabe si esta contribución monetaria es esencial o no para la subsistencia inmediata de las familias pobres. Entre otras razones, se debe a que el ingreso que obtienen los niños trabajadores es tan bajo, que en la mayoría de los países este representa únicamente la mitad del ingreso de los asalariados que están entre los 35 y 54 años de edad, con poca educación formal, o sea aproximadamente 7 años de escuela (CEPAL, 1995).

En algunos casos, como en el sur del Brasil y en Chile, una gran proporción de los niños se guardan sus ganancias para ellos mismos. No obstante, debemos recordar que el trabajo de los niños se categoriza

básicamente como “trabajo familiar no remunerado”. En Ecuador, el 57% del total de los niños que trabajan son trabajadores familiares no remunerados, mientras que en Perú, un 44% está en la misma condición. En Colombia, el 44.2% del total de niños trabajadores entre los 12 y 13 años de edad y el 26.8% de aquellos entre los 14 y 17 años son trabajadores de familia, que no reciben remuneración alguna por su trabajo (Flórez et al., 1995: Tabla 8.1).

Trabajo riesgoso

Muchas de las actividades que llevan a cabo los niños son peligrosas para su salud y desarrollo. Ellos tienen que enfrentar largas horas de trabajo, suciedad e instalaciones de descanso no aptas, así como desnutrición y condiciones climáticas severas. Estas situaciones de peligro se han evidenciado en la región en actividades tales como: agricultura, siembra, corta, carga y fumigación; en el área de construcción, excavación, mezcla de barro en la preparación de cemento, trabajo con la pala para arena y cemento, y traslado de cargas; en Brasil, en la producción de cal; en Colombia y Perú, en el trabajo en las minas de oro y cal, y en muchos países de la región, en los negocios de la calle, que incluyen la venta ambulante de mercancías y periódicos. En Guatemala y en Colombia, los juegos pirotécnicos constituyen otra de las actividades peligrosas en donde se involucra a los niños. No obstante, existen otras actividades de riesgo que no han sido analizadas, como es el caso del trabajo doméstico. Todas estas ocupaciones impiden la asistencia de los niños a la escuela y el desempeño escolar y deben ser eliminadas para todos los niños menores de 18 años como lo declara la ley. Pero la legislación se refiere principalmente al trabajo formal, aunque la gran mayoría de los niños trabajadores se encuentra en el sector informal, donde realiza trabajos en familia, para lo cual no existen leyes específicas (Nieuwenhuys, 1996). Además, se sabe que en todos los países hacen falta medidas coercitivas.

Desde el punto de vista físico y psicológico, el trabajo extremadamente peligroso requiere un tratamiento especial. Los riesgos psicológicos pueden ser severos en ocupaciones tales como el servicio doméstico. Esto se debe a la discriminación, al aislamiento y al menosprecio hacia las niñas o niños que trabajan como sirvientes. Con frecuencia, ellos son encerrados y no reciben remuneración apropiada, semejando condiciones de esclavitud. Existe poca información confiable sobre esta ocupación, debido a la dificultad de ubicar a las niñas en sus hogares o en el lugar de trabajo. Se estima que en muchos países este tipo de trabajo va en aumento. Las niñas empleadas como sirvientas viven entre adultos que muestran poco afecto, o ninguno, y las consideran inferiores. Trabajan largos períodos bajo varios tipos de presión y están aisladas virtualmente de sus familias y amigos. En Colombia, Knaul (1995), descubrieron que las niñas menores de 15 años que trabajan como empleadas domésticas promedian 50 horas de trabajo a la semana. La evidencia apunta hacia el abuso físico, mental y sexual en aquellas que trabajan en otras casas. Todo esto perjudica su amor propio y conduce a la depresión. Sin embargo, existe una mayor cantidad de niñas indígenas y afro-colombianas que son atraídas por el servicio doméstico en las ciudades.

II. TRABAJO INFANTIL Y EDUCACIÓN

En años recientes muchos estudios se han encargado de analizar las relaciones entre la educación y el trabajo infantil y han comprobado que ambos tienden a ser exclusivos y que afectan especialmente a la población más pobre. Los niños trabajadores se caracterizan por la deserción escolar, la repitencia, el bajo rendimiento académico, por tener mayor edad de la requerida para asistir a la escuela y el fracaso escolar. Existe continuamente una cantidad importante de niños que nunca asiste a la escuela.

¿Educación preescolar: un buen comienzo?

En todos los países de la región se incluye un nivel de educación preescolar, aunque la cobertura es baja. De hecho, solo un 14% de la población asiste y se da una gran iniquidad de oportunidades. La cobertura oscila entre un escaso 7% en Centro América y un 32% en los países caribeños anglohablantes. Existen mayores oportunidades de asistencia preescolar en las áreas urbanas, favoreciendo a las clases medias y altas; los niños trabajadores están excluidos. Asimismo, no hay instalaciones en las áreas rurales donde la mayoría de los niños trabajadores estén concentrados, ni tampoco en las poblaciones indígenas. En algunos países, incluyendo Colombia y Guatemala, los servicios del sector privado superan las instalaciones de la educación pública, otra vez favoreciendo a los grupos con ingresos más altos. El fracaso al no poder tener un buen comienzo educacional en etapa preescolar aumenta las oportunidades para que los niños discapacitados fracasen en el futuro, se dé la repitencia y la deserción escolar. Para mejorar la educación primaria es indispensable contar con mayor atención en las instalaciones de educación preescolar, que sean más equitativas, más accesibles y más adecuadas (UNICEF, 1992a).

Escuela primaria: un largo camino por recorrer

Es bien conocida la gran correlación que existe entre la inversión nacional en la educación primaria y el crecimiento económico. Según una reciente evaluación realizada en 14 países de América Latina y el Caribe, se demostró que la tasa promedio de la rentabilidad social en la educación primaria sobrepasa el 17% (BID, 1993). Sin embargo, aunque los gobiernos han reconocido la importancia de invertir en la educación, la asignación de recursos humanos y económicos, así como también las políticas, son inadecuados. Se ha demostrado, asimismo, a través de investigaciones, que la calidad académica de las escuelas primarias es insuficiente (inferior a la de muchas naciones asiáticas); el día escolar es corto (4-5 horas, casi menos de 3 horas y treinta minutos en muchas escuelas del área urbana); el número real de días escolares (unos 120) no corresponde al calendario oficial (180)³, y el suministro de textos escolares aún no es el adecuado.

En América Latina se ha logrado, relativamente, una alta cobertura en la escuela primaria como resultado de las políticas iniciadas desde la década de 1950, con el fin de promover la expansión del sistema escolar.

De acuerdo con la información más actualizada, la mayoría de los países de la región ha tenido éxito por cuanto ha hecho la escuela primaria accesible a casi todos los niños y niñas en edad escolar: un promedio de 92% de la población infantil se matricula en la escuela primaria, en algún momento, durante el período escolar (UNICEF, 1992a). No obstante, un 20% estimado de niños, inician la escuela con una edad mayor respecto de la edad de entrada a clases dispuesta para cada país. En lo que respecta a la matrícula y a la asistencia, también persisten diferencias bien definidas de acuerdo con el nivel de ingresos y entre las áreas rurales o urbanas. Solo en 4 países de la región (Haití, Guatemala, Nicaragua y El Salvador) la matrícula continúa rezagándose con tasas por debajo del 80%. En países con poblaciones indígenas más grandes, como Ecuador, Guatemala y Perú, la matrícula es más baja para los niños que pertenecen a estos grupos. A pesar de ello, algo positivo lo constituye el hecho de que las diferencias entre los géneros han disminuido.

3 En los países europeos, el promedio de año escolar es de 220 días, seis horas diarias. En Japón y en algunos de los países recientemente industrializados de Asia, el año escolar promedia 220 días, con nueve horas de lección por día.

Las limitaciones originadas en el fracaso por lograr un uso más eficiente de la capacidad disponible explica, de alguna manera, los defectos del proceso de universalización de la educación primaria. Las estimaciones de UNICEF (1992a) indican que la tasa bruta de escolaridad para los seis años de educación formal alcanza el 108%, lo que indica que casi todos los países de América Latina tienen ya la capacidad instalada suficiente para responder a la demanda por la educación primaria entre las poblaciones de edad escolar.

Fracaso: ¿Los niños o el sistema?

Si se examinan los sistemas escolares en América Latina basándose en los resultados, es fácil concluir que estos están fallando. Los analistas se refieren a la escuela “fracasada” y los índices educacionales explican el porqué. Los índices de repitencia continúan siendo altos, iniciándose en los primeros años de la escuela primaria (persiste una baja en los niveles académicos) y un número alarmante de niños constantemente dejan la escuela, pese a que ellos no han adquirido, o quizás por esa misma razón, las habilidades necesarias para garantizarles su subsistencia y un trabajo justo.

Se ha comprobado, según un análisis de la información existente acerca de los factores que afectan el éxito de la escuela primaria en América Latina y el Caribe, que las escuelas urbanas, las no coeducacionales y las de tiempo completo tienden a obtener los mejores resultados. En las escuelas que cuentan con un horario doble, “los estudiantes que asisten en la mañana tienden a ser mejores, quizás debido a que los estudiantes de familias de menores recursos trabajan en la mañana y asisten a la escuela por las tardes” (Vélez et al., 1994:4).

Investigaciones y evaluaciones efectuadas por el Banco Mundial y otras instituciones, ponen énfasis en el hecho de que la calidad insuficiente del sistema educativo constituye la barrera principal para lograr una educación útil para los niños de América Latina. Entre los factores que se combinan para hacer de la escuela algo sin importancia para muchos niños están: la capacidad de manejo inadecuada, la falta de eficiencia, el acceso desigual y la asignación de recursos insuficientes. Como resultado tenemos un promedio de 5.2 años de educación formal en los trabajadores de América Latina, quedando en dos o más años por debajo del nivel obligatorio de la educación escolar. Consecuentemente, se hace necesaria una pronta revisión atinente al problema del trabajo infantil desde la perspectiva de cómo el trabajo impide la asistencia a la escuela, y también cómo las escuelas en América Latina fracasan en la satisfacción de las necesidades, demandas y expectativas de los estudiantes y de sus familias.

De acuerdo con los resultados de una investigación realizada en 7 ciudades principales en Colombia, y basada en las opiniones de niños trabajadores, se establece que la causa principal para la deserción la constituyen las graves limitaciones de la escuela; solamente el 2% de los niños opina que es el trabajo. Sin embargo, la necesidad de trabajar se convierte en un factor más decisivo para los mayores: se ha descubierto que la deserción de la escuela secundaria se debe a la necesidad de trabajar para un 21% de los estudiantes varones y un 11% para las mujeres, aunque es importante apuntar que un 40% de los muchachos y un 18% de las muchachas no quieren estar en la escuela. Estas cifras estadísticas, una vez más, señalan muy claramente la baja calidad de las escuelas secundarias⁴.

⁴ Medios indirectos para medir estos puntos son los índices de repitencia, deserción y promoción. En Perú, 18 de cada 100 niños repiten por lo menos un año en escuela primaria y un poco más del 30% repiten el primer grado; en Guatemala y Brasil este porcentaje aumenta a casi 55.

En 1994, en Guatemala, se realizó una encuesta a 600 niños que dejaron la escuela y se comprobó que su decisión de desertar se basó en las siguientes razones: un 40% en deficiencias de la escuela (maestros irresponsables, recursos insuficientes, programas de estudio inapropiados); un 28% por motivos económicos y un 24% por la necesidad de trabajar. De manera que los resultados de esta encuesta también indican que la necesidad del trabajo no siempre es la causa principal de la deserción escolar. No obstante, se ha subestimado, en aquellas investigaciones realizadas sobre trabajo infantil, la naturaleza determinante de los factores económicos en las decisiones de deserción escolar, no tanto en términos de la contribución necesaria de los niños al ingreso familiar, sino más bien en lo relacionado con los altos costos que implica asistir a la escuela y con el mayor valor que se confiere a los usos alternativos de su tiempo, aun cuando no sea remunerado. Es necesario conocer más acerca de las actitudes de los padres con respecto a la educación, puesto que su punto de vista sobre el tema parece ser un factor crucial del trabajo infantil, en todos los países de la región.

Educación secundaria

La cobertura en este nivel es mucho menor que en el nivel primario. Asimismo, existen las diferencias en las áreas rurales y urbanas. En algunos países, como en el caso de Colombia, las mujeres conforman la mayor parte de la escolaridad con un 53.7% en 1991 y los hombres un 46.3%. Existen graves problemas de deserción y repitencia a nivel de secundaria. Las investigaciones en cada país indican que en las zonas rurales, la deserción en este nivel constituye un fenómeno generalizado producido por la necesidad de la familia de contar con una fuerza de trabajo y por la incapacidad de las escuelas de adaptarse a las realidades de la vida rural.

Inversión en la educación

Las políticas de ajuste estructural han conllevado a la privatización de muchos servicios estatales y a la reducción en el gasto social. Esto, a su vez, ha causado el aumento en el costo de la educación para las familias. El valor más costoso en las matrículas, las mensualidades, los uniformes, el transporte escolar, los libros y otros suministros han producido mayor presión en un gran número de familias ya empobrecidas, particularmente aquellas jefeadas por mujeres. Por lo general, los niños de las familias pobres se ven obligados a trabajar para cubrir estos gastos.

Por ejemplo, el presupuesto de la educación en Ecuador ha disminuido en forma constante desde los últimos 15 años con un 33% del gasto público en 1980 a un 22% en 1985, y continuando una tendencia descendente de un 17% en 1990 y un 16% en 1995. El 90% de esta asignación cubre los salarios de los maestros, con solo un 10% destinado para el desarrollo y la manutención de la infraestructura, la capacitación, la investigación educacional y otros.

En Guatemala, el gasto en educación no ha excedido el 2% del Producto Nacional Bruto (PNB) durante los últimos 20 años. Los gastos operativos absorben entre el 90 y 97% de la asignación de recursos. El gasto público por estudiante (en quetzales constantes) decreció en 1991 a nivel de preescolar, primaria y secundaria; los costos por estudiante a nivel de secundaria son aproximadamente tres veces más altos que en nivel de primaria.

En Colombia, el gasto público representó el 2.8% del PNB en 1992, y el actual gobierno ha prometido aumentarlo a un 3.8% del PNB para 1998. Mientras que el gasto público ha aumentado tanto a nivel primario como secundario en los últimos 20 años, existen, sin embargo, síntomas de paralización y de un gasto decreciente per cápita. Pese a ello, por medio de los subsidios del gobierno

se contribuye con los niños de familias muy pobres cubriéndoles el 15% de la matrícula y la mensualidad escolar.

Entre los años 1980 y 1989, el gasto público por año en la educación primaria por estudiante, bajó de US\$164 a US\$118 para los países de América Latina y el Caribe en su totalidad. No obstante, es importante notar que existen variaciones marcadas entre los países: por ejemplo, en Brasil, mientras que el porcentaje de PNB asignado a la educación cayó de 3.5 a 2.7% entre 1980 y 1988, en Perú el porcentaje aumentó de 3.1 a 3.4% durante el período 1980-1987.

Los estudios sostienen que si existe un esfuerzo visible y efectivo por parte de los gobiernos de América Latina se podría lograr, en menos de dos décadas, los 9 años de educación para la población activa. La adopción de políticas dinámicas con el propósito de promover el desarrollo de capital humano junto con políticas globales para fomentar el crecimiento y la innovación en la economía como un todo, lo que representará ahorros considerables para las familias, podría acelerar substancialmente el crecimiento económico y mejorar el estándar de vida del 70% de la población pobre en América Latina.

III. POLÍTICAS

Es necesaria la acción inmediata y las intervenciones positivas para cambiar la situación del trabajo infantil en la región. Dado que muchos de nosotros estamos conscientes de las injusticias sufridas por la mayoría de los habitantes, sabemos que existe la condición inicial para la universalización y la implementación de la idea de justicia. La acción internacional es necesaria para salvaguardar de manera eficiente los derechos humanos y entre otros aspectos, la protección de la biosfera. La única manera eficaz para prevenir la migración ilegal del sur al norte consiste en una presión conjunta, por parte de los trabajadores de ambos lados, para mejorar las condiciones de trabajo y de vida en los países del sur. Esto debe conllevar a la erradicación del trabajo infantil riesgoso en todos los países.

Es urgente contar con una definición y una rápida implementación de políticas socioeconómicas dirigidas a disminuir los niveles de pobreza, así como también de las políticas salariales y sociales para promover la democratización de acceso al ingreso económico y la recuperación y mejoramiento de un salario legal mínimo. Esto significa inversiones mucho más grandes en lo que se refiere a capital humano para los pobres. Los niños pobres requieren un mayor acceso a la educación preescolar, a los subsidios nutricionales y a otros, ya sea en especie o en efectivo.

El fortalecimiento en las universidades de la investigación de acción participativa conducirá a una mejor información y análisis sobre el trabajo infantil, así como del sistema educacional, con el fin de formular políticas y a la vez servirá para el trabajo de promoción. También es sumamente apremiante llevar a cabo un análisis de los programas actuales para erradicar el trabajo infantil.

Los ministerios de Educación deberán estar más involucrados en las reformas educativas y en aumentar la calidad de las escuelas, de modo que se le permita a los niños pobres, incluidos los niños que trabajan y estudian al mismo tiempo, finalizar la educación básica.

Por otro lado, también los padres de los niños trabajadores deberán involucrarse más en las decisiones sobre la educación de sus hijos, tales como el tipo de educación que quieren para ellos y también conocer los subsidios que existen para reducir los gastos familiares en la escuela. Dada la importancia que pueden

tener en la reducción de la expansión del trabajo infantil los elementos de reposición del ingreso económico, así como las actividades de sustitución ejecutadas en algunos países de la región, es imperante realizar un análisis exhaustivo de los mismos.

Para eliminar en forma gradual todo trabajo que sea dañino para los niños se requiere de políticas de corto, mediano y largo plazo.

Propuestas de políticas a largo plazo

1. Reducción del subempleo y desempleo de la población adulta. El bienestar de las familias se puede lograr dentro de un marco socioeconómico en donde el trabajo infantil sea innecesario. La pobreza es el escenario social del trabajo infantil. Esto requiere de un cambio en los modelos de desarrollo y una distribución más equitativa de las riquezas de la sociedad.
2. Fomento de una cultura de los niños basada en los principios de la Convención. Los niños ya no deberán ocupar el último lugar en la lista de las prioridades familiares y de la sociedad. La vida diaria está llena de costumbres que reflejan la indiferencia hacia los niños.
3. La pobreza no es excusa para que las familias exploten o abusen de sus hijos. El ser pobres no significa que los padres estén autorizados a hipotecar el futuro de sus hijos. Los padres tienen, primero que todo, la responsabilidad de salvaguardar el presente y futuro de sus niños.

Propuestas de políticas a mediano plazo

1. Es absolutamente esencial contar con un cambio radical y cualitativo en la escuela. Se necesitan más esfuerzos para establecer escuelas, aun en las áreas más remotas; adaptar los planes y programas de estudio a las necesidades locales y regionales, así como también a la diversidad cultural. Los maestros deberán tener una adecuada capacitación y se deberá aumentar el salario de acuerdo con su desempeño.
2. La escuela se ha de convertir en una atracción para los niños. La educación es la base fundamental de la lucha contra el trabajo infantil. La erradicación de este guardará vínculo con la educación primaria universal, la cual deberá ser del interés y aprovechamiento del niño.
3. Se necesitan políticas sociales básicas diseñadas para producir condiciones que desestimen en forma gradual a los adultos de emplear a los niños y jóvenes trabajadores. Estos procesos de una naturaleza preventiva son de mediano y largo plazo.
4. Se requiere que las políticas tendentes a erradicar, en forma paulatina, el trabajo en los niños y niñas menores de 12 años de edad (o de 14 años, dependiendo de la legislación nacional), se combinen con cambios estructurales en el sistema educacional. Para esto se necesita lo siguiente:
 - a) Mayor inversión estatal en educación e investigación educacional, en particular a nivel primario. Esto significa suministrar libros de texto para los niños, proveer a las escuelas de bibliotecas adecuadas, espacio y equipo, ofrecer capacitación para los maestros con el fin de permitirles introducir métodos innovadores y crear ambientes adecuados para las escuelas en las comunidades.

- b) Flexibilidad en el plan de estudios, de modo que garantice la promoción y evite la repitencia y deserción escolar, además de que se estimule la participación familiar en los procesos escolares y se establezcan subsidios, becas de estudio y otras maneras de reemplazar el ingreso de los niños y su contribución con el presupuesto familiar.
- c) Establecimiento de indicadores cuantitativos de buen comportamiento educacional por parte de los gobiernos, tales como normas mínimas para el gasto público en educación, inversión por estudiante, inversión en infraestructura física y en textos y guías de enseñanza.
- d) Proposición de metas de mediano y largo plazo por parte de los ministerios de Educación para los diferentes grupos de niños y niñas, ya sea los que trabajan y asisten a la escuela, los que trabajan y no van a la escuela, aquellos que “no hacen nada (ni trabajan, ni estudian)”⁵, los que nunca han estado en la escuela, aquéllos cuya edad sobrepasa la requerida para estar en la escuela y los que desertan.
- e) La educación formal debe ser atractiva y no una carga. Primeramente, se requiere un esfuerzo serio para universalizar la educación primaria y avanzar hacia esta tendencia, pero también para hallar las formas de reducir las altas tasas de repitencia y deserción que afectan en particular los primeros grados.
- f) Se necesitan políticas para ofrecer protección especial a corto plazo debido a que muchos niños continúan trabajando.
- g) Los niños trabajadores tienen que participar en todos los aspectos que conciernen al trabajo infantil. Su participación debe estimularse en todos los niveles.

Propuestas de políticas a corto plazo

1. Debemos aprender más acerca del trabajo infantil mediante la promoción de la investigación de acción participativa, con el fin de poder transformar las condiciones no adecuadas.
2. Es imperativo erradicar el trabajo infanto-juvenil peligroso. El trabajo doméstico realizado por las niñas debe incluirse en la categoría de ocupaciones peligrosas.
3. Los trabajos que son peligrosos y que previenen a los niños de asistir a la escuela o de tener un buen rendimiento escolar pueden ser eliminados mediante un control social eficiente (maestros, autoridades, familia y comunidad) junto con la supervisión del Estado, que requiere un fortalecimiento en la inspección del trabajo, el cual debería estar especializado en el campo infantil. Los ministerios de trabajo deben cumplir con su obligación de supervisar el trabajo de los niños por lo menos en el sector estructurado. La supervisión y la protección para los niños, niñas y adolescentes trabajadores es una responsabilidad pendiente.

⁵ En algunos países, el porcentaje de niños que “ni trabajan, ni estudian” es considerable. Una explicación de esto es que los niños (especialmente las niñas) que realizan trabajos domésticos en sus hogares son tomados en cuenta en esta categoría.

4. Es importante divulgar las leyes nacionales e internacionales sobre los derechos de la niñez, particularmente la Convención 138 y la Recomendación 140 de la OIT. Los gobiernos deberían participar en la nueva Convención sobre trabajo infantil de la OIT que será presentada en 1998.
5. Se deben encontrar las maneras y medios para recuperar y mejorar el ingreso familiar, con el fin de garantizar el acceso de los niños a la escuela, la retentiva, el regreso a las aulas y el rendimiento académico.
6. Los niños deben tener acceso a buenos servicios públicos (educación, salud, cultura, deportes, recreación). Ellos son esenciales para su desarrollo y sirven de capacitación para su vida adulta. Dichos servicios deben involucrar aspectos étnicos, de género y diferencias culturales y regionales.
7. Todo niño trabajador tiene derecho a ser protegido contra toda forma de explotación en el trabajo. Esto requiere de una mejor legislación laboral y de medidas de control. La profesionalización, como un derecho del niño (entre los 12 y los 17 años), debe ser parte de la protección, pero con mayor énfasis en la educación que en la producción (Himes et al., 1994).
8. El público debe estar informado y alerta en este asunto. Esto se aplica específicamente a sectores involucrados en la lucha contra el trabajo infantil (gobiernos, uniones de trabajadores y patronos, ONG y otros grupos de presión). Ellos también deberán recibir capacitación. Es primordial movilizar y organizar a la población con el propósito de formular políticas y controlar el gasto público.
9. Se deberá instruir a los niños y a las niñas, a sus padres y a sus maestros, acerca de sus derechos como trabajadores, así como también acerca del alto costo que implica el trabajo prematuro y las alternativas existentes.
10. Los niños y las niñas deberán ser alentados para que participen en el cumplimiento de sus derechos. Es necesario que se den esfuerzos para organizar a los niños trabajadores con el fin de que se incremente la apreciación de su trabajo, se defiendan sus derechos y se ponga fin a la explotación.

IV. CONCLUSIONES: TRABAJO Y ESTUDIO: ¿PUEDE COMBINARSE?

En América Latina se puede ver claramente que la mayoría de los niños que trabajan, o por lo menos una porción considerable, no asiste a clases con alguna regularidad. Sería un malentendido concluir que el trabajo infantil es el único factor que impide a los niños asistir a la escuela. Sin embargo, la evidencia nos pone sobre aviso de que el trabajo infantil no facilita la incorporación a la escuela y más bien en todo aspecto compite con ella. Las investigaciones realizadas detectan un grado inquietante de exclusión entre el trabajo y la escuela. En Perú, por ejemplo, el 67% de los niños trabajadores están fuera de los límites de la educación formal; en Brasil, aunque más de la mitad se las arregla para trabajar y estudiar, se da el fenómeno de que entre más alta la tasa de actividad laboral en los jóvenes de 10 a 17 años, más bajo es el nivel de su educación formal. En general, el trabajo afecta la asistencia a clases y el rendimiento escolar. Los niños trabajadores tienen muchas dificultades para permanecer en la escuela.

En las zonas rurales es más evidente la disparidad que existe entre las oportunidades disponibles de educación y la necesidad real de las familias. Una proporción considerable de padres, de las áreas rurales, percibe la educación como irrelevante para el futuro de sus hijos, por lo que prefieren que ellos trabajen. Existe también una gran discrepancia entre las posibilidades futuras de la movilidad social ofrecida por las

escuelas y las necesidades urgentes del presente. Los niños de los pueblos rurales más pobres, particularmente los hijos de campesinos empobrecidos, son los más vulnerables a las difíciles demandas de la supervivencia de la familia.

La naturaleza del trabajo realizado por los niños, en especial en las áreas rurales, difícilmente los conducirá al éxito en sus estudios. Los niños tienen que luchar contra el cansancio para poder concentrarse en las aulas y tienen menos tiempo para estudiar y hacer sus tareas. En resumen, la carga del trabajo hace de la escuela otra carga, comprometiendo la motivación y rendimiento de los niños.

Los niños trabajadores están condenados a competir, desde una posición desventajosa, en el mercado laboral. El trabajo infantil viene a ser un factor en la transmisión intergeneracional de la pobreza. Millones de niños, aun entre los menores de 12 años, acompañan a sus padres al trabajo sin siquiera obtener una retribución económica importante para la subsistencia de la familia. En gran parte de los casos, no existe una justificación monetaria estricta de su presencia como trabajadores. Es fundamental trabajar con los padres para insistirles en que sus niños dejen de trabajar y, al mismo tiempo, reafirmarles la importancia de la asistencia escolar y el rendimiento académico. Deberá desarrollarse la debida coordinación y la presión necesaria para hacer que la educación para estos jóvenes sea gratuita en todo sentido. Es esencial que las familias nuevamente pongan su fe en la escuela pública como un espacio para la enseñanza, socialización y la formación de ciudadanos.

* * *

EL TRABAJO INFANTIL Y ADOLESCENTE EN COSTA RICA*

Luis Davis - Pilar Ramos - Lidia Torrico

El concepto

El trabajo infantil es uno de los más profundos y viejos males que atentan contra los derechos de la niñez y la sociedad y que coexiste tanto en países desarrollados como en los que están en desarrollo. Cuando se habla de trabajo infantil se está haciendo referencia a distintas tareas, actividades o trabajos que, a través de la historia y de diferentes culturas, han venido realizando los niños. Algunas de estas, son realizadas bajo ciertas condiciones que favorecen su formación y los prepara para el futuro; otras, por el contrario, atentan contra su desarrollo. De allí que es necesario diferenciar aquel trabajo que es nocivo para los niños, de aquel que posee un carácter positivo para la socialización de normas y culturas y la transmisión de habilidades y destrezas. “Puede ser formativo cuando se realiza durante vacaciones, o por pocas horas y en condiciones ambientales adecuadas, después de estudiar” (Osorio, 1997). Pero también se da, y con mayor frecuencia, el trabajo nocivo, aquel que violenta los derechos del niño, exponiéndolo a largas y pesadas jornadas de trabajo, a tensiones y estrés que afectan su estado físico y psicológico y también a situaciones que atentan contra su seguridad e integridad física. En otras palabras, son aquellas actividades laborales que van en detrimento del pleno desarrollo social y psicológico del niño y coartan su acceso a la educación e impiden su permanencia y rendimiento escolar (UNICEF, Osorio, 1997).

Este trabajo nocivo, que viola los derechos del niño, es el que propone eliminar la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo N° 32, el cual dice: **“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”**.

Sin embargo, la historia muestra que el trabajo infantil es uno de los más profundos y viejos males que aún existen en muchos lugares del mundo y que le está ganando la partida a la escuela, por el abandono cada vez más elevado de niños que al terminar la educación primaria no regresan al colegio.

El plan nacional para la prevención, eliminación progresiva del trabajo infantil y la protección de la persona adolescente trabajadora, define el trabajo infantil según lo establece el Código de la Niñez y la Adolescencia: “aquel trabajo o actividad económica que es realizada por niños o niñas, es decir, personas menores de 15 años de edad, cualquiera que sea su condición laboral (trabajo asalariado, trabajo independiente, trabajo familiar no remunerado y otros), impidiéndoles desarrollarse dignamente, restringiendo su participación y derecho a la educación y causándoles perjuicios en su salud física, moral y espiritual.

* En: *El trabajo infanto-juvenil en áreas urbanas: el caso del distrito de Pavas / Lidia Torrico (comp.)*, San José, UNICEF, 1999.

Se considera también trabajo infantil cuando el niño o niña lleva a cabo tareas domésticas excluyentes, equivalentes a una actividad económica.

Finalmente, el Código define como trabajo adolescente el trabajo o actividad económica realizado por adolescentes mayores de 15 y menores de 18 años de edad y que están bajo un régimen especial de protección por su condición de personas en desarrollo. La protección de estas personas busca que su trabajo tenga un sentido de formación laboral, que sea compatible con la continuación de estudios, que se realice en condiciones adecuadas de seguridad física y moral y según la reglamentación vigente en cuanto a horarios, salarios, seguridad social y otros.

Dimensión y características

Según estimaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), existen en el mundo unos 250 millones de niños expuestos a los riesgos del trabajo peligroso y explotador y en condiciones tales que ven socavados sus derechos básicos, su salud e incluso su vida.

Para América Latina, el trabajo infantil tampoco es un problema ajeno y este siempre ha existido, solo que cubierto de diferentes formas. Para UNICEF, las expresiones de trabajo infantil pueden agruparse en siete categorías: el trabajo doméstico, el trabajo servil o forzoso, la explotación sexual, el trabajo industrial y en las plantaciones, el trabajo en la calle, el trabajo para la familia y el trabajo de las niñas (UNICEF, 1997). Aunque no se sabe con exactitud cuántos niños trabajan en cada una de estas categorías, se cuenta con estimaciones que indican que en América Latina y el Caribe “habrían algo más de 7 millones de niños entre 10 a 14 años en condiciones de trabajadores. Si a esta cifra agregamos los niños que trabajan, que tienen incluso menos de 10 años de edad, este total podría elevarse en la Región hasta entre 15 a 20 millones” (OIT, 1996). Solo para Centroamérica las estimaciones indican que para 1990 existían 800 mil niños como fuerza de trabajo infantil.

Estudios recientes¹ indican que, el trabajo infantil en Costa Rica, no reviste ni la magnitud ni características de otros países vecinos u otros de América Latina. Sin embargo, para 1994 existían en el país 152.128 (17%) niños y niñas entre 5 y 17 años de edad que durante el primer semestre del año habían participado en alguna actividad generadora de ingresos. En 1995, más de 120.000 (13%) niños y adolescentes estaban dedicados a alguna actividad económica remunerada o no. De 1994 a 1995, esta participación descendió como se aprecia en los datos presentados, debido quizá al afinamiento de la metodología utilizada en el segundo estudio.

No obstante, la disminución de niños trabajadores no necesariamente significa la reincorporación de todos estos niños al sistema educativo, especialmente para los niños que viven en zonas rurales, ya que este grupo de niños trabajadores aumentó de 70% en 1994 a 72% en 1995. Esta situación puede estar relacionada con patrones culturales propios del contexto sociocultural y con mayor dificultad para disfrutar del derecho a la educación por insuficiencia de infraestructura

¹ En 1994 y 1995 se incluyó en la Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples, que realiza anualmente la Dirección General de Estadística y Censos (DGEC), un módulo sobre Trabajo infantil y adolescente, destinado a esclarecer su magnitud y características. En esta iniciativa participaron UNICEF y OIT como organismos internacionales de cooperación, el PANI como institución nacional contraparte rectora en materia de niñez y la DGEC como institución técnica nacional.

educativa, especialmente colegios, factores que junto a otros tienen que ver con las causas o raíces del trabajo infantil. Igualmente, los adolescentes de 15 a 17 años, más que disminuir, engrosaron el grupo de los que no estudian y trabajan de 15% en 1994 a 19% en 1995. Pareciera que la participación laboral y la deserción escolar es creciente conforme aumenta la edad de los niños. Es muy probable que estas cifras sean más elevadas en Puriscal, en cuanto al número de niños y los trabajadores no remunerados que colaboran en las tareas del campo, especialmente como parte del aprendizaje que los padres consideran que deben adquirir los hijos para conocer el valor del trabajo y prepararse para el futuro, pero cuyo límite con el trabajo nocivo a veces no está muy claro, en especial cuando estas tareas distraen parte del tiempo de estudio, descanso y recreación del niño, de la niña y de los adolescentes.

Otros datos recolectados por el módulo de 1995 mostraron que la exclusión del sistema educativo es mayor en el grupo de niños trabajadores. De los 121.683 niños y niñas trabajadoras en 1995, casi el 49% no asistía a ningún centro educativo, agravándose esta situación en el grupo de 15 a 17 años de edad, quienes lograban acceder solo en el 29% de los casos. Si a esto se agrega el nivel de escolaridad alcanzado antes de su exclusión, se observa que este no excede la primaria completa para dos terceras partes de los niños trabajadores. En general, los que continúan estudiando y combinan el estudio con el trabajo, tienen niveles de escolaridad un poco más altos respecto de los que ya dejaron la escuela; sin embargo, esto no significa que el rendimiento y el rezago, y quizá el abandono de los estudios, no se dé. Muy por el contrario, casi un 10% de ellos obtienen notas por debajo de lo aceptable para avanzar en el sistema educativo, de allí que el nivel de instrucción más frecuente en este grupo sea de primaria incompleta, por el atraso natural que provoca esta doble condición.

Efectos educacionales y socioeconómicos del trabajo

Estudios de la CEPAL indican, que en las áreas urbanas de América Latina, solo una cuarta parte de los adolescentes entre 15 y 17 años de edad que trabajan están estudiando. Igualmente señala que los jóvenes entre los 13 y 17 años que están trabajando acumulan, frente a los que no trabajan, pérdidas en años de educación que alcanzan entre dos o más años menos de estudio respecto de los que se incorporan a la fuerza laboral a los 18 o más años de edad. En Costa Rica, las mayores diferencias (entre varones) se dan en una relación de 8,1 años cursados por quienes no trabajan, frente a 6,1 años correspondientes a los que trabajan. Como resultado de esos dos años menos de estudio, los niños que tempranamente se incorporan al trabajo, durante su vida adulta activa percibirán ingresos que resultarán inferiores en alrededor de un 20% (CEPAL, 1995: 49).

Sin embargo, pese al enorme impacto para las personas y las familias de la pérdida de educación, para algunos sectores el trabajo de los niños ayuda a superar el nivel de pobreza de la familia; para otros, en cambio, el aporte que hacen los niños es poco significativo, esto último demostrado en estudios realizados por la CEPAL sobre trabajo infantil y pobreza en áreas urbanas, que indicaron que el impacto del trabajo infantil sobre la pobreza urbana resultó poco significativo (CEPAL, 1995: 58).

En Costa Rica, según el módulo de 1994, las diferencias, en términos de ingreso familiar, entre los hogares que tienen niños trabajadores respecto de aquellos hogares que sus niños no trabajan, son mínimas. El módulo del 1995, a su vez, confirmó que el ingreso promedio que reciben los niños y adolescentes trabajadores es equivalente a un tercio del ingreso promedio de un trabajador adulto; y vale la pena recordar que este mismo estudio indicó que solo el 44% del trabajo infantil es remunerado y que son los adolescentes entre 15 y 17 años los que realmente realizan un mayor aporte (del 20 % y más) a sus familias.

Posiciones fundamentales alrededor del tema

El debate actual sobre el tema del trabajo infantil sitúa las opiniones y su abordaje en dos claras posiciones; por un lado, aquella que promueve la protección del trabajo infantil bajo el argumento que de no ser así muchas familias no podrían superar la línea de pobreza y que el papel económico que juegan los niños dentro de las estrategias de supervivencia de la familia resulta muy importante. Por otro lado, está la posición que aboga por la abolición del trabajo infantil aduciendo que, si bien es cierto que la pobreza es un factor que influye en el trabajo prematuro, este no es determinante y argumenta su posición sosteniendo que existen más familias pobres en el mundo que niños trabajando. La postura abolicionista sostiene que: “Al contrario, por trabajar y consecuentemente abandonar la escuela o tener un rendimiento deficiente en ella, estos niños quedan condenados a colocarse de manera desventajosa en el mercado laboral”. De esta manera, agrega, el trabajo infantil más bien se constituye en un factor de reproducción intergeneracional de la pobreza, condenando a esta población a ser ciudadanos de “segunda” y hace un llamado a revertir esta situación (OIT, IPEC, UNICEF, 1996: 5).

La normativa actual

Para normar y establecer los lineamientos jurídicos en materia de trabajo infantil y adolescente, la normativa acude a dos instrumentos jurídicos internacionales: la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por Costa Rica en el año 1990 y elevada a ley de la República, y el Convenio número 138 sobre edad mínima de admisión al empleo de la OIT de 1973. A partir del 6 de febrero de 1998, con la puesta en vigencia de la Ley N° 7739, comienza a aplicarse en el país el Código de la Niñez y la Adolescencia.

La Convención es el marco jurídico y ético orientador de las políticas sobre trabajo infantil, al reconocer que la infancia y la adolescencia son portadoras de derechos inalienables. En consecuencia, determina que la niñez es una etapa importante de formación del niño durante la cual requiere de condiciones adecuadas que permitan su buen desarrollo y que son los adultos, las familias y el Estado los responsables de proveer estas condiciones y no los mismos niños. Solo el cumplimiento de este principio elimina todo argumento que justifique el trabajo infantil como estrategia de sobrevivencia de las familias pobres. Más aún, la Convención sobre los Derechos del Niño señala en su artículo 32, inciso 2), que deben adoptarse todas las medidas para garantizar su aplicación, fijar las edades para trabajar, reglamentarlo y establecer las sanciones correspondientes. En efecto, la Convención deja claramente establecido que además de los trabajos que evidentemente son peligrosos o nocivos, también elimina aquellos que interfieren con el normal desarrollo del niño, principalmente si se contraponen con su derecho a la educación (art. 28 de la Convención).

El segundo instrumento jurídico internacional está constituido por el Convenio número 138, adoptado por las Naciones Unidas en 1973, que establece la edad mínima de admisión al empleo, definiendo que esta no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a los quince años.

A lo anterior se suma un tercer acuerdo internacional, “La Declaración Mundial sobre la Educación para Todos”, que reconoce a la educación como un derecho fundamental de las personas y como condición necesaria para el avance del desarrollo general de la humanidad y de las naciones.

En la normativa jurídica nacional se cuenta con dos instrumentos que constituyen marcos de protección sobre los cuales se norma **el derecho a la no explotación económica de la niñez y de la adolescencia** (art. 32 de la Convención): el Código del Trabajo y, como se dijo antes, desde febrero de 1998, el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 7739).

En el primero, y con la reforma a su artículo 89, queda prohibido el trabajo de los menores de 15 años y, en general, la ocupación de niños en edad escolar que no hayan completado su instrucción obligatoria o que el ejercicio de esa ocupación le impida completarla; igualmente, prohíbe una jornada de más de siete horas diarias o, 42 semanales, para los mayores de 15 y menores de 18 años.

El segundo, constituye el principal instrumento de adecuación jurídica nacional a la normativa internacional sobre los derechos de la niñez y la adolescencia. Con su aprobación, el Código de la Niñez y la Adolescencia enriqueció sustancialmente el marco jurídico de protección integral de los derechos de las personas menores de edad y, en particular, del adolescente trabajador. A este respecto, el Código introduce, en su **Capítulo VII, el Régimen Especial de Protección Integral al Trabajador Adolescente**, que en lo principal establece la prohibición del trabajo a las personas menores de quince años y la protección de los derechos laborales de las personas adolescentes mayores de quince años y menores de dieciocho, salvaguardándolas de algún tipo de discriminación y asegurándoles el reconocimiento como personas menores de edad y sujetos de derechos. Mediante un sistema de protección, en el cual participan diversas instituciones, entre otras medidas, el Código apoya a las familias para que los niños, niñas y adolescentes dejen de trabajar y se reintegren a los estudios, cuando por razones económicas ellos y ellas se han involucrado tempranamente en actividades productivas.

Los avances logrados por el país en los últimos años, en materia de trabajo infantil y adolescente, han contribuido a la formulación de lineamientos que abordan integralmente el problema. El país cuenta ahora con un Código de la Niñez y la Adolescencia como marco jurídico de protección para esta población y existe un Comité Directivo Nacional de Lucha contra el Trabajo Infantil, el cual cuenta con un Plan Nacional de Prevención y Eliminación Paulatina del Trabajo Infantil y Protección de la Persona Adolescente Trabajadora. Se ha estudiado e investigado, en el ámbito nacional, la magnitud y características del trabajo infantil y se impulsan y realizan investigaciones para estudiar, en diversas zonas del país, las formas concretas que asume el trabajo infantil.

Sobre estas nuevas bases jurídicas, organizativas, de planeamiento y conocimiento, se espera que las instituciones gubernamentales, las ONG, las comunidades organizadas y los propios niños, niñas y adolescentes puedan avanzar en la erradicación del problema.

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

Características de la población de 5 a 17 años de edad del distrito de Pavas

Características generales

a) Distribución de la población de 5 a 17 años por sexo y grupos de edad

Según estimaciones de la Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples de 1995², la población de 5 a 17 años representa alrededor del 30 % de la población total del país, con una distribución geográfica que

² DGEC, EHPM. *Módulo sobre trabajo infanto-juvenil, 1995.*

muestra que el 59% de esta población se concentra en el área rural frente a un 41% de las zonas urbanas. La distribución por sexo, según esta misma fuente, indica que existe una relación de 106 hombres por cada 100 mujeres, relación que disminuye conforme aumenta el grupo de edad, hasta ser mucho menor a 100 en el tramo de 15 a 17 años.

Los resultados del estudio realizado en Pavas permiten estimar que la población de 5 a 17 años representa el 27.6 % de la población total de ese distrito, levemente menor que la media nacional obtenida para 1995. La distribución por sexo indica que existe una relación de 101.2 hombres por cada 100 mujeres, relación que disminuye en el tramo de 12 a 14 y de 15 a 17 años de edad a 93.8 y 95.7, respectivamente. Es decir, existe una mayor concentración de mujeres adolescentes, de 12 a 14 años especialmente, en este sector urbano que con respecto a los datos nacionales del año con que se compara.

CUADRO 1
Población de 5 años por sexo, según grupos de edad
Pavas, 1998
(valores absolutos y relativos)

Grupos de edad	Ambos sexos		Hombres		Mujeres	
	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%
Total	18.347	100,0	9.230	50,3	9.117	49,7
5-11	8.982	49,0	4.677	52,1	4.305	47,9
12-14	4.751	25,9	2.298	48,4	2.453	51,6
15-17	4.614	25,1	2.255	48,9	2.359	51,1

Fuente: UNICEF-UCR, 1998. Encuesta sobre Trabajo Infantil y Adolescentes en áreas urbanas, Distrito Pavas

b) ¿A qué estrato socioeconómico hace referencia esta población?

El estudio, tal como se describe en la metodología, utilizó una muestra estratificada sobre la base de dos estratos socioeconómicos: el estrato **bajo** que concentra principalmente la zona de Rincón Grande de Pavas, Pueblo Nuevo y Villa Esperanza, con sectores de bajos ingresos económicos, con una gama amplia de problemas sociales y con asentamientos precaristas, especialmente en la zona de Rincón Grande. El estrato **medio y alto**, incluyó alrededor de dos tercios del sector del centro de Pavas donde se localiza una serie de urbanizaciones de sector medio y la zona colindante con Rohmoser y Rohmoser en sí, eminentemente de estrato alto.

CUADRO 2

Distribución de la población de 5 a 17 años según grupos de edad en Pavas, 1998
(valores absolutos)

Grupos de edad	Total		Abs.
	Abs.	%	
Total	18.347	100,0	13.792
5 a 11	8.982	100,0	6.829
12 a 14	4.751	100,0	3.813
15 a 17	4.614	100,0	3.150

Fuente: UNICEF-UCR, 1998. Encuesta sobre "El trabajo infantil y adolescente en áreas urbanas, distrito de Pavas".

Los resultados del estudio de Pavas permiten estimar que, por cada niño o niña adolescente del estrato alto existen tres en estrato bajo. Dentro del estrato bajo, la población de 5 a 11 años es la que predomina, como también en relación con los dos estratos (37%), principalmente niños. Sin embargo, el análisis por grupo de edad evidencia que la población de 12 a 14 años es la que tiene una mayor representación en el estrato bajo, en este caso son las adolescentes las que predominan. Es del estrato bajo de donde provienen mayormente los niños y niñas trabajadores, como se analizará más adelante en el capítulo correspondiente a trabajo infanto-juvenil. El 71% del trabajo infanto-juvenil en Pavas proviene del estrato bajo.

c) Nacionalidad

El estudio contempló la variable nacionalidad para conocer cuál era la magnitud o concentración de la población extranjera residente en el sector y ver en qué medida su influencia en patrones o formas de pensar, podría incidir en el tema del trabajo infanto-juvenil. Los resultados permiten estimar que la población extranjera total en el distrito alcanza un 8 %. Por su parte, la población extranjera de 5 a 17 años constituye el 4% de su grupo. Por estrato, sin embargo, este porcentaje se duplica en el estrato medio-alto (8,4%), ya que en este sector residen extranjeros, principalmente empresarios europeos o en misión diplomática con sus respectivas familias; en el estrato bajo encontramos niños de origen centroamericano, en su mayoría nicaragüenses. Estos resultados vienen a contradecir muchas de las opiniones que han circulado en torno a un número mayor de extranjeros que estarían asentados en ese sector.

Actividades principales a las que se dedican los niños, niñas y adolescentes de Pavas

¿Quién va a la escuela? ¿Quién trabaja? ¿Combinan actividades? ¿Se respeta el artículo 92 del Código de la Niñez y la Adolescencia que prohíbe el trabajo de las personas menores de quince años y el artículo 59 que demanda que estén estudiando? Investigar qué realizan cotidianamente los niños, niñas y adolescentes, según el contexto geográfico y cultural de pertenencia, ha permitido conocer las particularidades de uno de los escenarios donde se genera el trabajo infantil y adolescente. De allí que fue muy importante reconstruir, a partir de la relación entre estudio y trabajo económico, un cuadro que diera cuenta de las principales actividades a que está dedicada la niñez y la adolescencia del distrito de Pavas y explorar qué oportunidades están teniendo para ejercer los derechos propios de su edad, especialmente el de acceso a la educación.

Los resultados del Módulo sobre Trabajo Infanto-Juvenil incorporado en la Encuesta de Hogares para Propósitos Múltiples (EHPM) en 1994 y en 1995 ya arrojaron estimaciones que permiten afirmar que en el país la cobertura en la educación regular, se había incrementado e incorporaba principalmente a la población de 5 a 11 años³; esta situación no es tan favorable para los grupos de 12 a 14 y menos para los de 15 a 17 años, quienes no pueden acceder plenamente al derecho a la educación y más bien aparecen excluidos de ella en una proporción muy preocupante.

¿Cuál es el panorama en Pavas? La investigación mostrará, a continuación, las estimaciones obtenidas a partir de la relación entre asistencia a la educación regular y la participación en actividades económicas de la población de 5 a 17 años, tratando de acercarse a las diferencias por sexo.

CUADRO 3

Población de 5 años por asistencia a educación regular y participación en actividades económicas según sexo y grupos de edad
Pavas, 1998
(valores absolutos y relativos)

Grupos de edad	Total	Solo estudian	Solo trabajan	Trabajan estudian	No estudian no trabajan	
	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.	%
Total	18.347	10.097	8.269	3.613	2.068	11,
5-11	8.982	10.204	9.122	0,62	1,8595	6,
12-14	4.751	10,070	8,537	2,146	422	8,
15-17	4.614	10,823	6,142	9,306	6,6051	22,8
Hombres	9.230	10.378	8.050	4,73	4.064	11,
5-11	4.677	10.144	88,60	108,0	2,3425	9,1
12-14	2.298	10.937	8473	3,92	490	8,4
15-17	2.255	10.297	3.405	15,173	7.445	19,7
Mujeres	9.117	10.719	8.447	2,40	2.604	11,
5-11	4.305	10.060	9422	0,53	1,70	3,9
12-14	2.453	10.133	8738	1,54	2228	9,3
15-17	2.359	10.526	6494	1,30	606	25,7

En la columna total "trabajan estudian" se encuentran incluidos los niños de 5 años que a fecha de la entrevista no habían ingresado a la escuela por no cumplir con los requisitos de admisión al año lectivo.

Fuente UNICEF/UCR. 1998 Encuesta sobre el trabajo infantil y adolescente en áreas urbanas del distrito de Pavas.

3 Según la EHPM, para julio de 1994, el 76,7 % de la población de 5 a 17 años estaba cubierta por el sistema educativo regular, porcentaje que se eleva a 80,2% para julio de 1995, según la misma fuente. Esta alza en la cobertura se da significativamente en el grupo de 7 a 11 años.

Puede afirmarse que la asistencia a la educación regular es cada vez más satisfactoria y más niños y niñas logran hacer efectivo su derecho a educarse y prepararse. Si se compara el 80% de cobertura educativa que se obtuvo a nivel nacional, para la población de 5 a 17 años en la EHPM de 1995, con el 81% de cobertura que arrojó la auditoría realizada en el cantón de Puriscal sobre trabajo infantil en 1997 y con el 85 % que se obtuvo en este estudio de Pavas, esta tendencia se confirma. A pesar de ello, estos avances solo alcanzan al grupo de 5 a 11 años, que en el caso de Pavas es de 91%, elevándose al 93% si se suma el 1,8 % de niños(as) que estudian y trabajan. Si bien es cierto, en una zona urbana como Pavas asisten más niños y niñas a las escuelas primarias que en una zona rural como Puriscal, donde la cobertura para el tramo de 6 a 12 años es del 90%; tampoco es menos cierto que en Pavas aún queda aproximadamente un 10 % de niños menores de 12 años que no van a la escuela.

Para el grupo de 15 a 17 años que vive en Pavas, las oportunidades de continuar estudiando disminuyen drásticamente, pues un poco más de dos tercios logra continuar estudios, en detrimento de un mayor número de jóvenes y adolescentes que engrosan el grupo de “los que no estudian ni trabajan”. Relacionando el abandono de los estudios con el motivo que declara este grupo de adolescentes, se establece que está muy asociado al desinterés y falta de motivación o incentivo que les reporta el estudio, a la necesidad de trabajar y a la falta de ingresos para sufragar gastos de su educación. Para los hombres se conserva esta asociación, a la que se anexa la dificultad para el aprendizaje formal. En el caso de las mujeres, a la falta de interés se le suman situaciones de embarazo o matrimonio prematuro, como también la necesidad de trabajar. El cuadro afirma la mayor permanencia de las mujeres en las aulas escolares, en general, situación que se invierte para las del grupo de 15 a 17 años que desertan, cuyas oportunidades no son precisamente incorporarse al mercado laboral, sino más bien engrosar el grupo de “las que no trabajan ni estudian”, probablemente en labores domésticas para su grupo familiar.

El grupo de adolescentes de 15 a 17 años que declara no “estar estudiando ni trabajando”, resulta significativamente más alto que a nivel nacional: 14 % los hombres y 24 % las mujeres en el módulo de 1995, contra casi 20% y 26% en el estudio de Pavas, es decir, el número de adolescentes que ven coartadas tanto las oportunidades de estudio como laborales se incrementa en este sector.

El 6,4 % de la población infanto-juvenil de Pavas realiza alguna actividad económica que genera ingresos y tal como se muestra en el cuadro, la combinación de estudio y trabajo constituye una práctica de un poco más de la mitad del trabajo infanto-juvenil de ese sector. Asimismo, se confirma que la mayor participación en actividades económicas en el grupo de 5 a 17 años corresponde, principalmente, a los adolescentes, quienes duplican y un poco más a sus pares; esto es, las mujeres tienen menos oportunidades de trabajo que los hombres, pese a tener más estudios, como se verá a continuación.

Educación y nivel de escolaridad de la población de 5 a 17 años

¿Qué preparación o nivel de escolaridad alcanzan los niños y adolescentes en Pavas? ¿Se hace efectivo su derecho y acceso a la Educación General Básica, obligatoria y gratuita? ¿Cuentan con la infraestructura educativa necesaria?

En cuanto a la infraestructura educativa, el distrito de Pavas, tal como se mencionó en la primera parte de este informe, cuenta con 12 centros preescolares, 11 escuelas primarias y 5 colegios; los preescolares, en su mayoría particulares, se ubican principalmente en Rohrmoser y Pavas centro. Los sectores como Rincón Grande, Villa Esperanza, Pueblo Nuevo cuentan con menos infraestructura educativa respecto de los niveles de preescolar, primaria y secundaria que los sectores mencionados anteriormente; además, las familias de Rohrmoser y Pavas centro

recurren a otros colegios y escuelas fuera del distrito, ya que cuentan con los medios para acceder a centros educativos privados.

a) Cobertura educativa

La asistencia a la escuela o colegio es una realidad para el 85,6 % de la población de 5 a 17 años en Pavas, cobertura por encima de la media obtenida en el módulo sobre trabajo infanto-juvenil de 1995 para esta misma población (80%). Sin embargo, al interior de los datos de Pavas existen algunas diferencias cuando se analiza por grupos de edades y por sexo.

CUADRO 4
Distribución de la población de 5 años por cobertura educativa según sexo y grupos de edad Pavas, 1998 (valores absolutos y relativos)

Grupos de edad	Total		Asiste		No asiste	
	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%
Total	18.347	100,0	15.710	85,6	2.637	14,4
5 a 11	8.982	100,0	8.365	93,1	617	6,9
12 a 14	4.751	100,0	4.216	88,7	535	11,3
15 a 17	4.614	100,0	3.129	67,8	1.485	32,2
Hombres	9.230	50,3	7.751	42,2	1.479	8,1
5 a 11	4.677	100,0	4.252	90,9	425	9,1
12 a 14	2.298	100,0	2.029	88,3	269	11,7
15 a 17	2.255	100,0	1.470	65,2	785	34,8
Mujeres	9.117	49,7	7.959	43,4	1.176	6,4
5 a 11	4.305	100,0	4.113	95,5	192	4,5
12 a 14	2.453	100,0	2.187	89,2	266	10,8
15 a 17	2.359	100,0	1.659	70,3	700	29,7

Fuente: UNICEF/UCR, 1998 Encuesta sobre "El trabajo infante y adolescente en áreas urbanas, distrito Pavas".

Siguiendo el patrón nacional, a mayor edad disminuye la cobertura educativa, logrando que solo un poco más de dos tercios del grupo de 15 a 17 años continúe educándose. Es en este grupo donde se concentra el mayor rezago, ya que el 55 % acumula un atraso estimado de uno a tres años de estudios. En general, las mujeres asisten más a la educación regular, pero particularmente las de 15 a 17 años respecto de sus pares; en los otros grupos de edades las diferencias son de alrededor de un punto porcentual en ventaja de las mujeres. Los datos nacionales también muestran esta mayor permanencia de las mujeres en el sistema educativo.

El 14,4 % de la población en estudio no está incorporada en el proceso educativo. En este porcentaje se encuentra el 5% del grupo de 5 a 11 años que dijo que su no asistencia obedece a impedimento de acceso relacionado con el límite de edad de ingreso a la educación regular y que constituye casi el 18 % dentro del grupo total que declaró no estar estudiando, situación que origina una demora de entrada permanentemente a estos niños y niñas, especialmente de estratos socioeconómicos bajos, como en el caso de Rincón Grande y Pueblo Nuevo de Pavas, donde estos pequeños no cuentan con la infraestructura educativa necesaria.

Las razones o motivos de este 14% que no asisten a la educación regular, se observan en el siguiente cuadro:

CUADRO 5
Población de 5 años que no asiste a la educación regular,
por sexo, según razones de no asistencia
Pavas, 1998
(valores absolutos y relativos)

Motivos de no asistencia	Total Abs.	Total %	Hombres Abs.	Hombres %	Mujeres Abs.	Mujeres %
Total	2.637	100,0	1.479	56,1	1.158	43,9
Debe trabajar	210	8,0	137	9,3	73	6,3
Debe hacer oficios domésticos	19	0,7	0	0,0	19	1,6
No puede pagar los estudios	170	6,4	112	7,6	58	5,0
Problemas de acceso al sistema	37	1,4	37	2,5	0	0,0
Embarazo o matrimonio	118	4,5	20	1,4	98	8,5
Enfermedad o discapacidad	110	4,1	55	3,7	55	4,8
Le cuesta el estudio	210	8,0	116	7,8	94	8,1
No le interesa los estudios	1107	42,0	610	41,2	497	42,9
No tiene edad de ingreso	466	17,7	334	22,6	132	11,4
Mayor para su nivel	55	2,1	0	0,0	55	4,8
Otro	115	4,3	58	3,9	57	4,9
Ignorado	20	0,8	0	0,0	20	1,7

Cifras inferiores a los 51 casos deben considerarse no significativas.

Fuente: UNICEF-UCR, 1998. Encuesta sobre "El trabajo infantil y adolescente en áreas urbanas, distrito de Pavas".

La desmotivación y falta de interés en los estudios afecta casi al 42 % de este grupo que no estudia, situación que no resulta novedosa, ya que en la auditoría sobre trabajo infanto-juvenil realizada en Puriscal, se menciona que el 41% de los motivos para no estudiar se debe al “poco interés” e incentivo en los estudios. No existen mayores diferencias por sexo, tanto en porcentaje como en primera importancia en este grupo de razones.

Al analizar el conjunto de motivos para no estudiar se observa que, a la falta de motivación por los estudios como causa principal para su abandono, se le suman motivos muy relacionados con los problemas estructurales del sistema educativo, como las limitaciones en la oferta de servicios educativos, especialmente preescolares y secundarios, donde además los “problemas de acceso” y “no tener edad”, como motivos, estarían de algún modo reflejando esta situación. A esto debe agregarse las limitaciones del sistema para atender a aquella población que tiene dificultades de aprendizaje y por lo tanto “le cuesta el estudio”, o que por “discapacidad o enfermedad” tiene requerimientos especiales para su aprendizaje. En el caso de Pavas, estos problemas estructurales estarían afectando a un tercio de la población de 5 a 17 años que abandonan sus estudios, constituyendo en su conjunto la segunda causa o motivo de la deserción escolar (31,2%), tanto para niños como niñas, aunque con una variación en cuanto al porcentaje de niñas, el cual desciende a 24% frente a 36% de los niños.

El tercer conjunto de razones para el abandono escolar en Pavas está relacionado con motivos de tipo económico (15,1%), tales como la necesidad de tener que trabajar, la imposibilidad de pagar los estudios y el tener que realizar el oficio doméstico del hogar, probablemente este último como una necesidad de reemplazo para que una adulta salga a trabajar. En este tercer grupo de motivos, la diferenciación por sexo está asociada, principalmente, a la necesidad de trabajar de los jóvenes de 15 a 17 años, muy consistente con la mayor participación en actividades económicas y que en porcentaje en este motivo asciende al 91% respecto de las mujeres de este mismo grupo de edad.

Finalmente, está un cuarto grupo de razones, más de orden personal, como es el motivo por “embarazo o matrimonio” o porque se sienten con una edad mayor para el nivel escolar en el que deberían reintegrarse.

Los estudios realizados hasta el momento, en gran medida, están demostrando que la retención de esta población en el sistema educativo y su consiguiente capitalización educativa futura está muy asociada con la incapacidad de la educación para responder a la demanda; esto acarrea que se le preste poca importancia o se subestime el estudio, principalmente el nivel de secundaria. En las zonas rurales la inexistencia de colegios, las largas distancias que deben recorrerse, los costos asociados y la oferta de trabajo no calificados, constituyen factores de exclusión de la educación; en las zonas urbanas el costo de la educación resulta muy alto y los beneficios se vislumbran a muy largo plazo o del todo no se vislumbran.

b) Nivel de escolaridad

El nivel de escolaridad alcanzado, según su asistencia a la educación regular, permite conocer la base educativa de la población entre los 5 y 17 años de edad en Pavas, nivel que está estrechamente relacionado con la deserción y el rezago escolar.

CUADRO 6

Población de 5 años por asistencia a la educación según nivel de escolaridad
 Pavas, 1998
 (valores absolutos y relativos)

Nivel de escolaridad	Total		Asiste		Al
	Abs.	%	Abs.	%	
Total	18.347	100,0	15.710	100,0	2,6
Ningún grado	1.425	7,7	868	5,5	55
Preparatoria	1.794	9,8	1.776	11,3	1
Primaria incompleta	8.409	45,8	7.779	49,5	63
Primaria completa	2.575	14,0	1.599	10,2	97
Secundaria incompleta	3.757	20,5	3.301	21,0	45
Secundaria completa	313	1,8	313	2,0	
Secundaria técnica in compl.	57	0,3	57	0,4	-
Educación superior	17	0,1	17	0,1	-

Fuente: UNICEF-UCR, 1998. Encuesta sobre el trabajo infantil y adolescente en áreas urbanas, distrito

Los datos revelan que dentro de la población que se encuentra estudiando, cerca del 50% tiene nivel de primaria incompleto, nivel muy acorde con la composición por edad de esta población, ya que el grupo de 5 a 11 años constituye casi el 50 % de la población de 5 a 17 años. Sin embargo, si se compara el total de población de 5 y 11 años con el total de niños(as) y adolescentes con escolaridad primaria hasta incompleta, se observa que existe alrededor de 2.058 personas con algún tipo de aplazamiento por extraedad.

Dentro de los que no asisten a la escuela, una quinta parte no tiene ningún grado de educación aprobado, porcentaje en el que se incluye en un 83% a los niños de 5 años, quienes por los límites en la edad de ingreso a la preparatoria no logran acceder al sistema educativo⁴.

⁴ La edad de ingreso al primer grado o primer año es de seis años y medio, cumplidos al primer día del inicio del año lectivo.

Al igual que en el módulo sobre trabajo infanto-juvenil del año 1995, un poco más de un tercio de la población que no asiste, logra aprobar la primaria completa. Si se toma en cuenta que el 77 % de la población que no asiste a la educación regular tiene entre 12 y 17 años y el mayor porcentaje de nivel aprobado es el de primaria completa, puede confirmarse que la deserción y el abandono escolar es un proceso que afecta a las personas a partir de los 12 años de edad o al concluir la enseñanza primaria.

c) Rezago escolar

El rezago escolar, como resultado de la repitencia y antesala de la deserción o abandono escolar, no es un fenómeno ajeno entre la población de 5 a 17 años de Pavas.

CUADRO 7

Población de 5 años por asistencia según años de rezago escolar
Pavas, 1998
(valores absolutos y relativos)

Años de rezago escolar	Total		% Ab
	Abs.		
Total	18.347	100,0	15
Sin rezago	12.506	68,2	11
1 año	2.506	13,7	2
2 años	1.567	8,5	1
3 años o más	1.768	9,6	

Fuente UNICEF-UCR, 1998 Encuestas sobre el trabajo infantil y el

La relación entre asistencia a la educación y menos años de rezago queda demostrada a través de los datos que presenta el cuadro anterior. En primer término, casi tres cuartas partes de los que se encuentran estudiando no presentan rezago escolar, frente a casi un tercio de los que ya dejaron las aulas, y que probablemente es aquella población de reciente deserción. Sin embargo, si se avanza en las cifras puede observarse que esta misma población (la que no asiste) acumula porcentualmente el mayor número de años de rezago (42,5%), es decir, esta debe ser la población de 15 a 17 años que abandonó los estudios al terminar la primaria, y por lo tanto, solo tienen 6 años de estudios, debiendo tener entre 8 y 10 años aprobados.

Al analizar los datos de rezago por sexo se observa que este afecta más a los hombres, encontrándose que dentro de este grupo el 10,9 % presenta un rezago de tres o más años, mientras que en el grupo de mujeres este mismo rezago desciende a 8%. Igualmente, el “no rezago”, en el grupo de las mujeres se eleva a 71,0%, en tanto que en el grupo de hombres es de 66%.

Por último, es importante señalar que el estrato socioeconómico es una variable que influye, en gran medida, sobre el rezago que se da en este grupo de población. En el estrato bajo, el 12,3% de los adolescentes acumulan un rezago de tres o más años, mientras que en el estrato alto solo el 1,6 % presenta un rezago por el mismo número de años. La población que no está afectada por el rezago en el estrato alto es de 88,0%, mientras que en el estrato bajo desciende a 62%.

El trabajo doméstico no remunerado en el hogar

Otra de las actividades en que se ve involucrada la población infanto-juvenil es la realización de trabajo doméstico en el hogar. El trabajo doméstico familiar, es la labor más común para muchos niños y niñas y puede tener efectos beneficiosos en términos de fomentar la colaboración de la familia en las tareas domésticas y revalorar la participación de todos sin diferenciación de género. Pero, también puede transformarse en una labor demasiado exigente llegando, muchas veces, a impedirles que dispongan del tiempo para responder a las tareas de la escuela, e incluso, a asistir a ella.

Para efectos del estudio y para diferenciarlo del proceso de socialización que realiza la familia con los niños, el trabajo doméstico se definió: “como aquellas tareas domésticas necesarias para el funcionamiento y reproducción de la familia; el cuidado de niños pequeños, la preparación de alimentos, el lavado y aplanchado de ropa y la limpieza y mantenimiento de la vivienda”. El objetivo era detectar en qué medida recurre la familia al trabajo doméstico de los niños y niñas, para que los adultos(as) salgan a trabajar o para reducir gastos como el del servicio doméstico y cuál es la carga adicional a las actividades propias de su edad, que podrían afectar el rendimiento y permanencia del niño o la niña en la escuela.

CUADRO 8
Población de 5 a 17 años por realización de trabajo doméstico
según sexo y grupos de edad
Pavás, 1998.
(valores absolutos y relativos)

Sexo y grupos de edad	Abs.	Total	Realizan	realizan	No	
		%Abs.	%Abs.	Abs.	%	
TOTAL	18.347	100,0	7.382	40,2	10.965	59,8
5 a 11	8.982	100,0	2.585	29,0	6.397	71,0
12 a 14	4.751	100,0	2.483	52,0	2.268	48,0
15 a 17	4.614	100,0	2.314	50,2	2.300	49,8
Hombres	9.230	100,0	3.126	33,9	6.104	66,1
5 a 11	4.677	100,0	1.322	28,3	3.355	71,7
12 a 14	2.298	100,0	1.017	44,3	1.281	55,7
15 a 17	2.255	100,0	787	34,9	1.468	65,1
Mujeres	9.117	100,0	4.256	46,7	4.861	53,3
5 a 11	4.305	100,0	1.263	29,3	3.042	70,7
12 a 14	2.453	100,0	1.466	59,8	987	40,2
15 a 17	2.359	100,0	1.527	64,7	832	35,3

Fuente: UNICEF-UCR, 1998. Encuesta sobre el trabajo infantil y adolescente en áreas urbanas del distrito de Pavás.

a) ¿Cuántos y quiénes son los que asumen el trabajo doméstico?

El trabajo doméstico de los hogares de Pavas recae en el 40% de los niños, niñas y adolescentes, porcentaje muy cercano al obtenido en la EHPM de 1995⁵. Como es de esperar, existen diferencias por sexo y grupos de edad. El grupo de 5 a 11 años es el que presenta más baja participación (29%), y el grupo de 12 a 14 la más alta (52%), lo siguen los de 15 a 17 años (50%). Del total de población de 5 a 17 años, los hombres representan el 17% respecto de participación en labores domésticas, mientras que en las mujeres esta participación se eleva al 23%. La menor participación de los adolescentes puede atribuirse a que en mayor medida están incorporados al mercado laboral, especialmente los hombres.

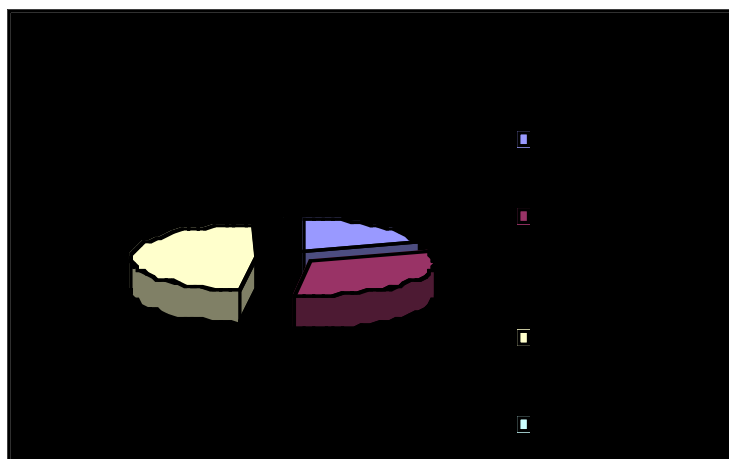
En efecto, para las mujeres el porcentaje de participación en labores domésticas crece a medida que se eleva su edad. Pareciera que el trabajo doméstico que realizan los niños y niñas más pequeños tiene más carácter socializador, y que de omitir la participación de 1.874 de ellos, considerada que es "solo para aprender" cuando se analiza la importancia de este trabajo, la participación total descendería a un 30 %.

Al observar la participación por sexo y grupos de edad, tanto los hombres como las mujeres de 5 a 11 años son los que menos trabajo doméstico realizan dentro de sus grupos, con una leve mayoría de las niñas sobre los niños (28,3% frente a 29,3%). Los grupos de 12 a 14 años elevan significativamente su participación respecto de los más pequeños, pero las diferencias por sexo son más notables (44,3 % los hombres, frente a 59,8% de las mujeres). Finalmente, esta diferencia es mucho mayor que las anteriores en el grupo de 15 a 17 años, donde las mujeres asumen sobre un tercio más la responsabilidad del trabajo doméstico con respecto a sus pares masculinos.

b) Importancia del trabajo doméstico

¿Cómo se valora el trabajo doméstico o aporte de los niños, niñas y adolescentes en las labores del hogar? Este fue otro de los aspectos estudiados en la investigación.

GRÁFICO 1



Fuente: UNICEF-UCR. 1998. Encuesta sobre trabajo infanto-juvenil en áreas urbanas, distrito de Pavas.

5 En el módulo sobre "Trabajo infanto-juvenil" de 1995, el 44% de la población de 5 a 17 años realizaba trabajo doméstico en el hogar.

Como se puede observar en el gráfico N° 2, el 48% del trabajo doméstico es “solo para aprender” y es realizado, principalmente, por el grupo de 5 a 11 años, ya que de ese 48% el 25,4% corresponde a niños y niñas de esas edades. Asimismo, en esta categoría la diferenciación por sexo es muy escasa, con una leve mayoría de las mujeres, como ya se mencionó anteriormente.

El 19 % del trabajo doméstico es considerado “imprescindible para el hogar”, el cual es realizado por más de tres cuartas partes de las adolescentes entre 15 y 17 años. El trabajo doméstico considerado como “importante”, lo realiza principalmente el grupo de 12 a 14 años y también son las mujeres las que asumen mayormente este trabajo. No es de extrañar, entonces, que sean las niñas y las adolescentes que destinen o cumplan una jornada más extensa en la realización de estas labores.

CUADRO 9

Población de 5 años que realiza trabajo doméstico por sexo según jornada diaria
Pavas, 1998
(valores absolutos y relativos)

Jornada diaria	Total		Hombres		Años
	Abs.	%	Abs.	%	
TOTAL	7.382	100,0	3.126	100,0	4
Una hora	4.636	62,8	2.383	76,23	2
Hasta dos horas	1.403	19,0	396	12,67	1
Hasta cuatro horas	723	9,8	215	6,88	5
Hasta seis horas	116	1,6	0	0,0	1
Hasta ocho horas	195	2,6	20	0,6	1
Hasta diez horas y más	74	1,0	0	0,0	1
Ignorado					

Fuente: UNICEF-UCR, 1998 Encuesta sobre el trabajo infantil y adolescente en áreas urbanas

De los 7.382 niños, niñas y adolescentes que realizan labores domésticas, casi el 58% son mujeres (4.256), ellas a su vez, aportan las jornadas con mayor número de horas, como se verá a continuación.

En efecto, las mujeres que realizan trabajo doméstico, el porcentaje que lo hace con una jornada de 8 horas y de hasta 10 horas y más es de alrededor del 6 %, mientras que los hombres no hacen jornadas de más de 8 horas diarias y los que aportan trabajo doméstico en este límite de 8 horas no alcanzan ni el 1% (0,6). Igualmente, se evidencia en la jornada de cuatro horas diarias, una diferencia de las mujeres hasta de cinco puntos porcentuales por sobre la jornada de los hombres.

Por otra parte, los datos testimonian una alta representación de una jornada de hasta una hora que estarían aportando, tanto hombres como mujeres, para la realización del trabajo doméstico; aquí es importante hacer notar que esta jornada menor está muy representada por la población de 5 a 11 años, quienes realizan trabajos más livianos, menos regulares y lo hacen preferentemente “para aprender”. En el análisis por grupo de edad, esta jornada de una hora representa el 85% en el grupo de 5 a 11 años, el 64% en el de 12 a 14 y casi 37 % en el de 15 a 17 años. Es decir, se conserva dentro de la familia un fuerte componente de socialización en torno al trabajo doméstico, no solo con los pequeños sino también con los adolescentes.

Siguiendo el análisis por grupo, edad y sexo, los datos muestran que a medida que aumenta la edad, la jornada diaria de trabajo doméstico es más alta. Para el grupo de 5 a 11 años la jornada más alta no excede las cuatro horas diarias, para el de 12 a 14 años las ocho horas y finalmente el de 15 a 17 años realiza jornadas de hasta 10 y más horas diarias, que es asumida en un 100% por las adolescentes. Lo anterior está mostrando que conforme aumenta la jornada, el porcentaje de participación de las mujeres es más alto. Se reproducen por tanto, los sesgos genéricos en la división sexual de los roles desde tempranas edades: las mujeres asumiendo el trabajo reproductivo no reconocido y los hombres como proveedores económicos.

Al analizar la participación de los niños y adolescentes en el trabajo doméstico, de acuerdo con el estrato socioeconómico de pertenencia, los resultados de la investigación evidencian que el 85% pertenecen al estrato bajo y el 15 % restante pertenece al estrato medio y alto. Sin embargo, observados los resultados al interior de cada estrato, ambos mantienen un mayor porcentaje de niños que no realizan trabajo doméstico, lo que no significa que sean iguales, es decir, siempre se conserva una mayor participación de los niños del estrato bajo.

Las responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes de Pavas

La calidad de vida que un niño o una niña pueda tener en su futuro, depende en gran medida del acceso a una buena educación. Los niños(as) deben prepararse por medio de destrezas y habilidades manuales y de desarrollo intelectual, que les permitan enfrentarse a cualquier medio en el que se desenvuelven. La familia, como núcleo primario, juega un papel muy importante en este proceso, y, si bien es cierto, el clima educacional del hogar es un factor importante en los proyectos de formación y preparación de los niños, existen otros factores dentro de la familia que es necesario estudiar a profundidad. Lo anterior asume especial relevancia en aquellas familias que aún en condiciones que harían suponer lo contrario, están impulsando y haciendo esfuerzos para que los niños y niñas permanezcan en la escuela, evitando el trabajo infantil y que no engrosen el ya numeroso grupo, especialmente de adolescentes, tipificado como población “inactiva” o que “no hacen nada”, pero que en la práctica, ante la carencia de opciones educativas y laborales, constituyen un grupo en alto riesgo social.

En el presente estudio se exploró, por ejemplo, el clima educacional del hogar⁶, para observar su relación con el trabajo infantil y adolescente. Los resultados indican que aquellos hogares que presentan clima educacional bajo (hasta con 3 años de escolaridad promedio entre los adultos) contienen el menor porcentaje de niños trabajadores; este porcentaje es tan bajo como el que presentan los hogares con clima educacional más alto. Igualmente se exploró el nivel de ingresos como factor asociado al trabajo de los niños. Los resultados muestran que esta asociación no es tan clara, denotando que si bien es cierto que la pobreza es un sustrato importante para el trabajo infantil, no puede otorgársele una valoración radical y unívoca. Lo que sí vino a confirmar la investigación es que un alto porcentaje de aquella población infanto-juvenil que abandona los estudios tiene como razones y motivos de la no asistencia, la desmotivación y la falta de interés por la educación formal. Es decir, no solo basta con acceder y mantenerse en el sistema educativo, pues si la educación impartida no es de calidad, esto pareciera ser una de las causas más frecuentes para hacer menos atractiva la “escuela” y motivar el abandono.

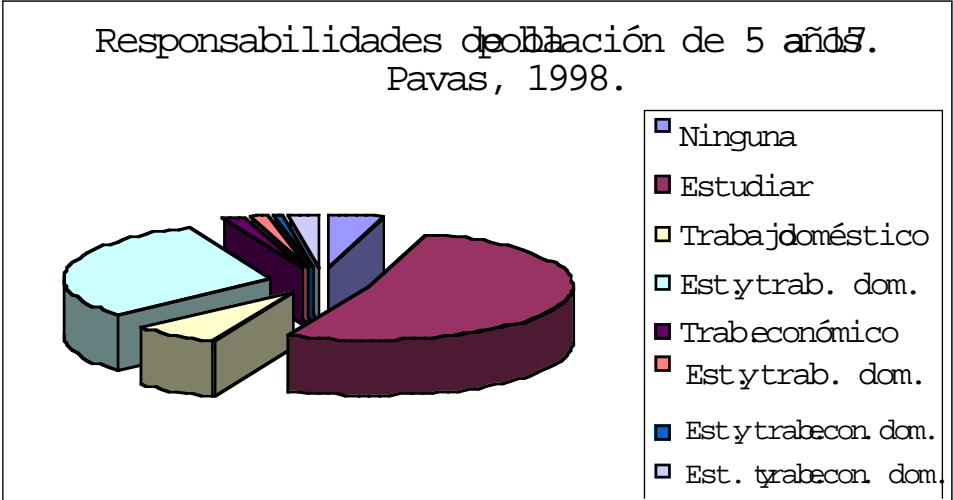
Frente a lo anterior, la investigación permite acercarse al conocimiento de las características de las familias, por un lado, pero también puede aproximarse y caracterizar la situación, respecto de las distintas responsabilidades que está asumiendo la niñez y adolescencia de Pavas, y cómo la combinación o ausencia de ellas está afectando el cumplimiento de sus derechos y determinando su futuro.

En este informe solo se hará una descripción de las distintas responsabilidades y el tiempo que demanda llevarlas a cabo, posteriormente será importante relacionarlas con las características de sus familias y estudiar otros factores asociados.

Responsabilidades y tiempo dedicado

a) Tipo de responsabilidades

GRÁFICO 2



Fuente: UNICEF - UCR. El trabajo infanto-juvenil en áreas urbanas, distrito de Pavas.

6 "Clima educacional": promedio de años de estudio de los adultos de los hogares.

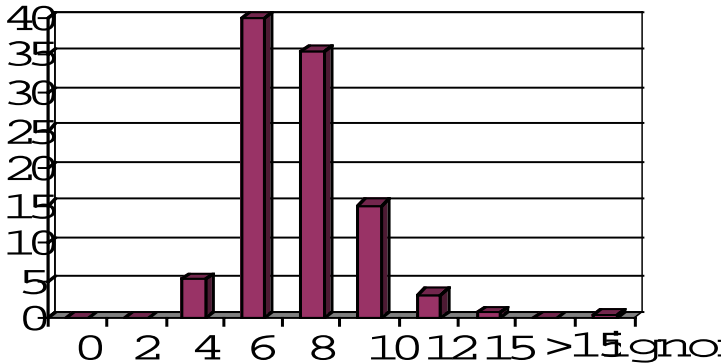
Las responsabilidades se refieren a aquellas actividades o tareas que diariamente realizan los niños, niñas y adolescentes en las que se incluyen: el estudio (asistencia o no a la educación regular), el trabajo doméstico (aporte en las labores domésticas para el funcionamiento y reproducción diaria de la familia) y el trabajo económico (las actividades generadoras de ingreso, realizadas por los niños y adolescentes en la semana de referencia). Estas variables han sido estudiadas con más detalle en cada uno de los capítulos anteriores que conforman este documento.

Solo estudiar. Un poco más de la mitad (52%) de los niños, niñas y adolescentes de Pavas están dedicados solo a “estudiar”; principalmente los del grupo de 5 a 11 años, quienes representan el 61% dentro de esta categoría, seguidos por los de 12 a 14 (22%) y finalmente los de 15 a 17 años (17%). El análisis por sexo al interior de esta responsabilidad, muestra que los hombres aventajan a las mujeres (53,5 % frente a 46,5%), comportamiento que se conserva si se comparan al interior de cada grupo de edad del total de población, con excepción del grupo de 5 a 11 años donde las niñas aventajan a su pares en cuatro puntos porcentuales (67% frente a 63%).

Cerca del 40 % de la población que “solo está estudiando”, dedica un promedio de hasta seis horas diarias entre horas lectivas y tiempo para tareas y asignaciones escolares; probablemente ello corresponda a los estudiantes que cursan los primeros ciclos. A un poco más de un tercio, esta responsabilidad le demanda hasta 8 horas diarias en promedio; se trata de los que cursan años de colegio, especialmente de los privados. Un 15% de los y las estudiantes dedican hasta 12 horas a los estudios, especialmente aquellos que cursan el quinto año de colegio y que preparan sus exámenes de bachillerato; una minoría dedica más de 12 horas diarias y se trata especialmente de algunos casos preuniversitarios y universitarios.

GRÁFICO 3

Horas promedio de



Estudio y trabajo doméstico. El segundo grupo está constituido por los niños y adolescentes que además de estar dedicados a sus estudios, participan en las tareas o labores domésticas del hogar. Ellos constituyen un tercio de la población de 5 a 17 años. Aquí nuevamente el grupo de 5 a 11 años conserva una mayor participación en ambas responsabilidades (43%), principalmente por el aporte de los que estudian; el grupo de 12 a 14 años representa el 35% y el de 15 a 17 el 22%. A diferencia del grupo que “solo estudia”,

en este se empieza a observar la diferenciación genérica al combinarse el estudio con el trabajo doméstico. Al analizar la información por sexo sobre el total de esta categoría, se advierte que casi dos tercios del grupo está integrado por mujeres. Si a este análisis se le agrega el estudio de sexo por grupo de edad, la presencia de la niña y la adolescente comienza a evidenciarse a medida que aumenta la edad del grupo; de tal suerte que en el grupo de 5 a 11 años la presencia de las niñas es de más de dos puntos porcentuales respecto de los niños, de siete en el grupo de 12 a 14 y de nueve puntos de diferencia en el de 15 a 17 años, distinción que probablemente se irá pronunciando en las siguientes responsabilidades, cada vez que se incluya el trabajo doméstico.

En este segundo grupo que estudia y realiza tareas domésticas el 43,4% dedica hasta una jornada de 8 horas diarias para cumplir con las obligaciones escolares y el trabajo doméstico (probablemente corresponda a un promedio de 5 a 6 horas de dedicación escolar y dos horas de labores domésticas); otro 24 % necesita hasta 10 horas para cumplir con las dos tareas y cerca del 18 % dedica hasta 6 horas diarias. Otras cifras no resultan significativas, pero vale la pena resaltar un 10% de este grupo que dedica hasta 12 horas diarias a ambas responsabilidades.

Probablemente, son las mujeres las que asumen las mayores jornadas cuando se encargan del trabajo doméstico. En el caso de este grupo lo suman a la responsabilidad del estudio y tal como se vio en el apartado dedicado al trabajo doméstico, los hombres no hacen jornadas de más de 8 horas diarias.

GRÁFICO 4

Horas promedio dedicada doméstico

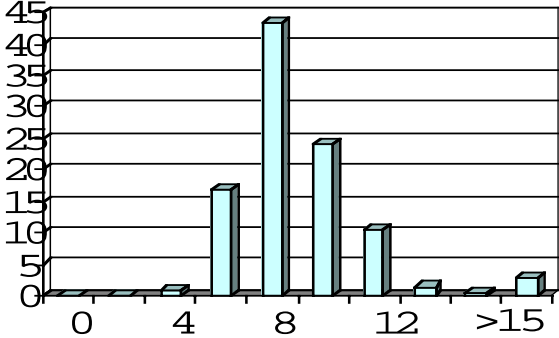
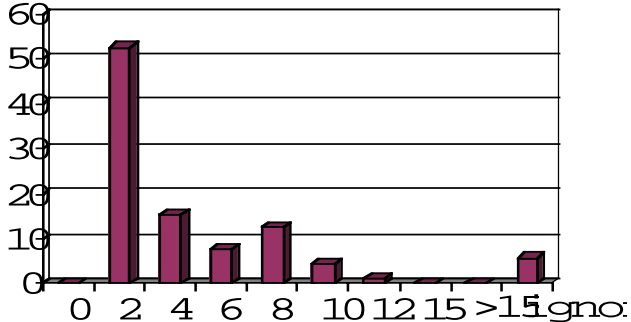


GRÁFICO 5

Horas promedio dedicada



Máximo r

Trabajo doméstico. Un tercer grupo, conformado por la población de 5 a 17 años, cuya responsabilidad es el trabajo doméstico del hogar, representa casi el 7% dentro de este análisis de responsabilidades. Es importante establecer que es una población que no está asistiendo a la educación regular. En este grupo, como es de esperar, los niños de 5 a 11 años son los menos involucrados y por lo tanto porcentualmente baja su participación; en efecto, ellos constituyen el 7% de la categoría, en tanto que el grupo de 12 a 14 representa el 28% y el de 15 a 17 años, un poco más del 65%. La presencia de las mujeres, asumiendo esta responsabilidad dentro de la categoría, representa porcentualmente el 58%, frente a un 41.6% de los hombres. La presencia de los niños y adolescentes hombres, contrariamente a lo esperado, tiene una representación significativa en el total del grupo. Sin embargo, las diferencias por sexo en esta responsabilidad se mantienen e incluso son más altas; de 15 y 18 puntos porcentuales en los grupos de 12 a 14 y de 15 a 17 años respectivamente. Otro dato interesante de este grupo es la participación de los más pequeños, en especial los niños, que probablemente no se han incorporado a la escuela por no “tener edad” de ingreso y realizan labores domésticas como proceso de socialización; igualmente los adolescentes hombres de los grupos mayores, quienes han abandonado los estudios y no tienen otras opciones, por lo que la familia les asigna esta responsabilidad.

En este grupo, un poco más de la mitad, realiza una jornada promedio de hasta 2 horas de labores domésticas, porcentaje que no es de extrañar, ya que eventualmente aquí se incluyan los más pequeños que no han ingresado a la escuela y a los adolescentes hombres, como se mencionó en el párrafo anterior. Jornadas de hasta 8 horas las asumen alrededor del 13% y un 5% de hasta 10 horas diarias, probablemente las adolescentes de 15 a 17 años. Jornadas menores a las 8 horas diarias las realiza un 15% (hasta 4 horas) y 8% (hasta 6 horas diarias).

Ninguna responsabilidad. Este cuarto grupo representa casi el 5% dentro de esta categoría y corresponde a la población que no asume ningún tipo de tarea o actividad de las estudiadas. El grupo de 5 a 11 años tiene la más alta representación en este grupo (61%), posiblemente porque al igual que en la responsabilidad anteriormente analizada, incluye la población que por límite en la edad de ingreso a la educación regular, no han podido incorporarse al sistema educativo. El grupo de 12 a 14 años, en total, representa el 9% y al analizarse por sexo, las cifras no resultan significativas y no hay mayor diferenciación. El grupo de 15 a 17 años representa casi un tercio dentro de esta categoría, observándose una mayor representación de los hombres (19% los hombres, 11% las mujeres). En este último grupo resulta de interés el estudio a profundidad, ya que constituye una muestra del grupo de adolescentes que usualmente se ha denominado de “alto riesgo social”, que en este caso queda en evidencia al confrontarlo con las variables que caracterizan lo que “regularmente” pudiera estar realizando esta población; son los jóvenes que pueden estar realizando otro tipo de actividades consideradas “marginales”.

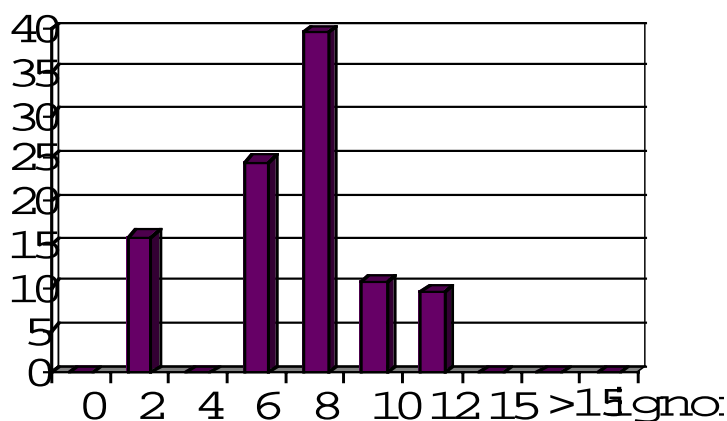
Trabajo económico. El quinto grupo incluye a la población que realiza “solo trabajo económico”⁷, y que además es parte de la población infanto-juvenil trabajadora. Ellos representan el 2,1% de las responsabilidades que asumen niños y adolescentes del distrito de Pavas. El análisis a su interior confirma la mayor participación de los hombres en actividades generadoras de ingresos, observándose que aproximadamente cuatro de cada cinco de este grupo son hombres; las mayores diferencias se dan en el grupo de 15 a 17 años, donde casi nueve de cada diez, son hombres. En el grupo de 5 a 11 años los niños están ausentes y la participación es de alrededor del 6%, que en cifras absolutas no tiene significancia.

7 *“Trabajo económico”: aquel trabajo o actividad que genera directamente ingresos para la persona menor de edad o para sus tutores.*

El 39,6% de este grupo dedica un promedio de hasta una jornada completa para responder a la actividad económica, jornadas mayores a ocho horas y hasta 10 horas diarias las asumen alrededor de un 11%. Otro 25% dedica hasta 6 horas diarias en su trabajo y alrededor del 16% cumple hasta un cuarto de jornada diaria.

GRÁFICO 6

Horas promedio dedicada

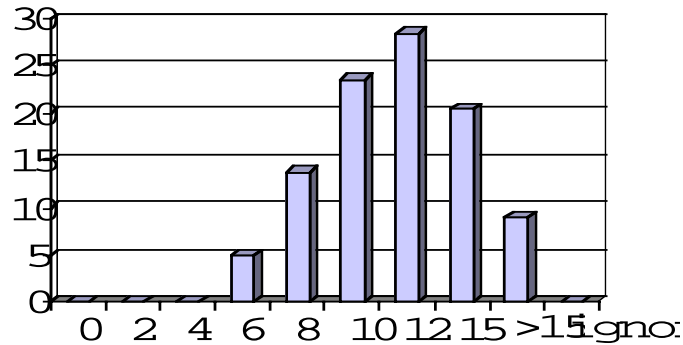


Estudio, trabajo económico y doméstico. En este sexto grupo se ubica la población infanto-juvenil que combina tres responsabilidades. Aun cuando solo representa el 2,1 %, al igual que la anterior, es un grupo que además de la dedicación propia que requiere el estudio, está asumiendo una responsabilidad tanto laboral como de trabajo doméstico. Dentro del total de este grupo, la mayor representación la constituyen los y las adolescentes de 15 a 17 años (casi 40%), sorprendentemente seguidos por los de 5 a 11 años (32%) y finalmente los de 12 a 14 años que alcanzan el 28%. La diferenciación por sexo al interior de esta responsabilidad, hace evidente que la mayor participación de los hombres en el trabajo económico define un mayor porcentaje de ellos, asumiendo estas responsabilidades en cada uno de los grupos de edad; en el de 5 a 11 años están 5 puntos porcentuales respecto de las niñas, muy similar en el de 12 a 14 años con solo 0,5 de diferencia y casi 8 puntos en el de 15 a 17 años, respecto de las adolescentes. Sin embargo, al analizar la participación por sexo, dentro del total de cada uno de sus grupos de edad, las diferencias son muy leves, pero siempre en recargo de los hombres.

Las jornadas dedicadas a esta responsabilidad, acorde con la cantidad de tareas, resultan las mayores en horas diarias. La jornada diaria más baja en este grupo, es de hasta 6 horas y la asume el 5% de la población que realiza este tipo de responsabilidad; por el contrario, las jornadas más altas se ubican entre 10, 12 y 15 horas, contraviniendo todo lo planteado por el Código de la Niñez y la Adolescencia.

GRÁFICO 7

Horas promedio dedicadas
económico y domésticas



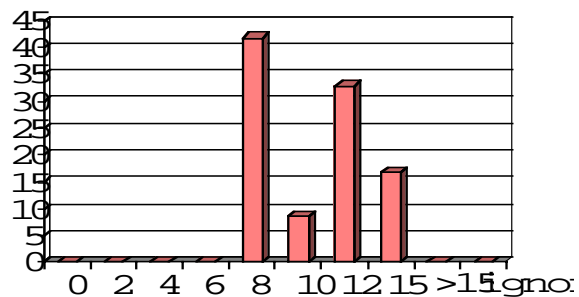
Máximo c

Estudio y trabajo económico. El séptimo grupo está conformado por la población que “estudia y trabaja” e inserta, al igual que el quinto y sexto grupo, parte de la población infanto-juvenil trabajadora. Constituye el 1,2% de población que asume la responsabilidad de combinar el estudio con el trabajo económico. El grupo de 15 a 17 años es el que representa el más alto porcentaje en este tipo de responsabilidad, resultando que son más de dos tercios de los adolescentes que combinan estas dos responsabilidades; el tercio restante lo asumen equitativamente el grupo de 12 a 14 y el de 5 a 11 años con 16,2% respectivamente (aun cuando la frecuencia es pequeña, es la población que no está cumpliendo lo estipulado por el Código de la Niñez y la Adolescencia en cuanto a no trabajar antes de los quince años de edad). En estos dos últimos grupos las mujeres están ausentes. El análisis por sexo determina que por cada tres niños que asumen estas responsabilidades dos son hombres, ello debido a la ausencia de mujeres en los dos primeros grupos de edad.

Combinar estas dos responsabilidades implica, para este grupo de población, dedicar jornadas diarias muy altas no menores a seis horas y que alcanzan hasta las 15 horas diarias. La jornada típica de este grupo es la de hasta ocho horas diarias (42%); le sigue la de 12 horas (33%); otras jornadas de 10 y 15 horas y más resultan no significativas, dado el bajo número de casos.

GRÁFICO 8

Horas promedio dedicadas
económico



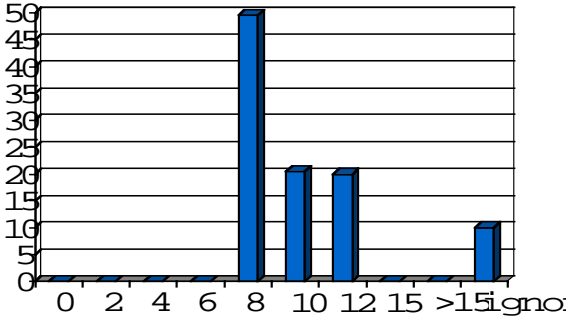
Máximo c

Trabajo económico y doméstico. El octavo y último grupo es el que asume combinadamente el trabajo económico y las labores domésticas del hogar y constituyen el 1% dentro del total de tipos de responsabilidades. Nuevamente el trabajo económico, y la mayor participación de los hombres en él, hace que ellos constituyan el 60% asumiendo esta doble responsabilidad. En esta obligación no participa el grupo de 5 a 11 años.

Como se evidencia en el gráfico, alrededor de la mitad dedica un máximo de ocho horas a estas dos tareas; es la típica doble jornada que asumen principalmente las adolescentes.

GRÁFICO 9

Horas promedio dedicadas y doméstico



El entorno familiar del trabajo infanto-juvenil en Pavas

Las características de los grupos familiares generales

Como es de conocimiento general, el distrito de Pavas posee características particulares en lo que a la condición socioeconómica de sus hogares se refiere, pues presenta extremos de niveles de ingreso: una parte mayoritaria muy pobre y una clase media que proporcionalmente es la misma que la clase alta. Esta sobrerrepresentación, respecto de la mayoría de los distritos urbanos del Área Metropolitana de un sector económico muy privilegiado y una baja representación de la clase media, obligó a definir dos estratos en este distrito: un 62% de hogares de estrato bajo y un 38% de hogares clasificados como medios y altos. Aunado a las particularidades socioeconómicas del distrito, se presentan también otras características diferenciales de los hogares de Pavas.

Del total de 16.269 hogares estimados, cerca del 73% tienen jefatura masculina y el 27% femenina, este último porcentaje es bastante superior al promedio nacional e incluso al de la Región Central, que para 1997 se estimó en 22%. En el estrato bajo el porcentaje de hogares con mujeres jefes es cercano al 30%, frente a un 22% del estrato medio y alto.

CUADRO 10

Total de hogares por sexo de la jefatura según estrato Pavas, 1998.

(valores absolutos y relativos)

Estrato	Total		Hombres		Mujeres	
	Abs.	%	Abs.	% ¹	Abs.	% ¹
Total	16.269	100,0	11.943	73,4	4.326	26,6
Bajo	10.031	61,7	7.045	70,2	2.986	29,8
Medio y alto	6.238	38,3	4.898	78,5	1.340	21,5

¹ Respecto de los totales por estrato, es decir, cada estrato es el 100%.

Fuente: UNICEF-UCR. 1998. Encuesta sobre "El trabajo infantil y adolescente en áreas urbanas, distrito de Pavas".

Adicionalmente, dada la existencia de trabajadoras domésticas residentes habituales de los hogares de sus empleadores y con el fin de no perder de vista esta población, ellas se identifican como hogares separados denominados "Del servicio doméstico". Se estima que estos apenas representan el 1,4% del total de hogares del distrito (en valores absolutos 232) y dada su baja frecuencia, no alteran o apenas ligeramente, la caracterización de los grupos familiares (hogares) de Pavas. Se consideró conveniente no obviarlas porque en algunos de estos hogares hay presencia de trabajo infanto-juvenil, y porque, aun cuando sean aspectos laborales los que justifican su permanencia en el distrito, establecen relaciones interpersonales y estilos de vida que pueden diferir de su lugar de origen. No obstante, en primera instancia el análisis se realiza sin estos hogares y cuando se considera oportuno, se incluyen en los comentarios respectivos.

La presencia de jefaturas femeninas es más fuerte en los hogares con menores ingresos, alcanzando casi el 38% de hogares del primer quintil de ingresos per cápita, lo cual contrasta con el 32% de la Región Central estimado para el año anterior. Adicionalmente, si se toma como total el sexo de la jefatura, cerca de la cuarta parte de los hogares con jefe mujer se ubican en el primer quintil (menos de 13.500 colones), y para los hogares de jefes hombres este valor es diez puntos porcentuales menor. Estos porcentajes, y en general la distribución del ingreso, se mantiene aun si se considera a los hogares del servicio doméstico y su influencia se manifiesta en elevar ligeramente los montos máximos de cada quintil de ingreso per cápita. Por ejemplo, el primer quintil pasaría de 13.500 a 14.000 y el segundo de 20.000 a 20.330, dado que generalmente ellas conforman hogares y a lo sumo tienen una persona dependiente (su tamaño promedio es de 1,17 personas por hogar), por lo que su ingreso per cápita es su salario mensual.

CUADRO 11

Total de hogares por sexo de jefatura según nivel de ingreso per cápita del hogar
Pavas, 1998

(valores absolutos y relativos)

Nivel de ingreso per cápita	Total		Hombres		Mujeres
	Abs.	%	Abs.	% ¹	
Total	16.269	100,0	11.943	73,4	4.326
Sin ingresos monetarios	157	1,0	58	36,9	99
Hasta 13.500	2.773	17,0	1.721	62,1	1.052
Más de 13.500 a 20.000	2.804	17,2	2.022	72,1	782
Más de 20.000 a 32.000	2.713	16,7	1.890	69,7	823
Más de 32.000 a 60.000	2.762	17,0	2.236	81,0	526
Más de 60.000	2.733	16,8	2.095	76,7	638
Ignorado	2.327	14,3	1.921	82,6	406

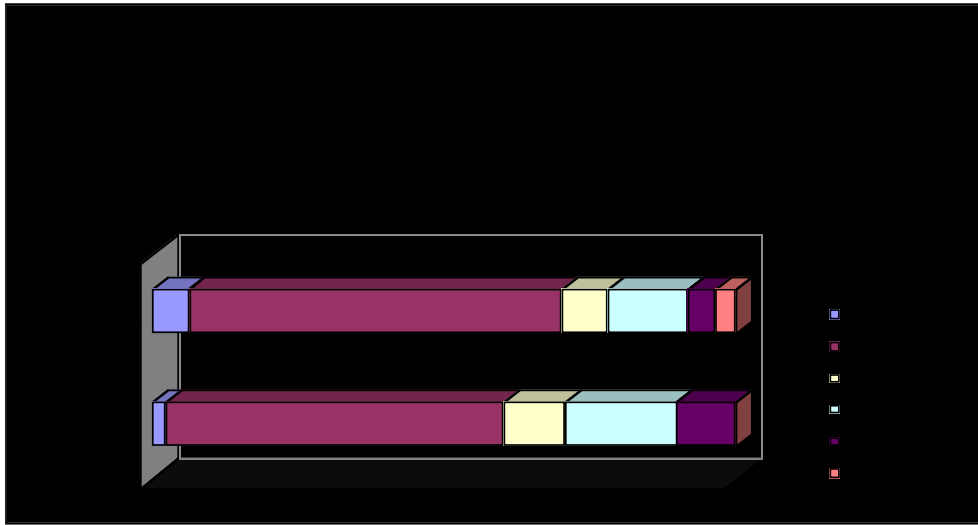
¹ Respecto de los totales por ingresos, decir, cada nivel de ingreso el

Fuente: UNICEF-UCR, 1998 Encuestas sobre Trabajo infantil de las urbanas distrito de Pavas.

Relacionado con el nivel de ingreso per cápita, se observa que dentro de los hogares “jefeados” por mujeres es mayor el porcentaje de ellos con un(a) único(a) receptor(a). Así, dentro de los hogares con jefe mujer, este valor alcanza el 53% frente al 49% de los hogares con jefe hombre. Los hogares con más de un receptor son del 50% en las jefaturas masculinas y el 44% en las femeninas. El número de receptores por hogar también es diferencial por estratos socioeconómicos, en los cuales, como es de esperar, en el estrato bajo hay una mayor proporción de hogares con un único receptor (0,54 frente a 0,44 del segundo estrato) e inversamente el número relativo de hogares con más de un receptor es mayor en el estrato medio y alto, valor que es de 56% en contraposición con el 44% de los hogares del estrato bajo.

Otra característica que presenta diferencias, tanto por estrato como por sexo de la jefatura, es el tipo de hogar. En el estrato medio y alto hay una mayor presencia de hogares unipersonales y el porcentaje de hogares nucleares simples es mayor que los del estrato bajo, mientras que los hogares monoparentales (no hay pareja), tanto simples como extendidos, son más frecuentes en el estrato bajo.

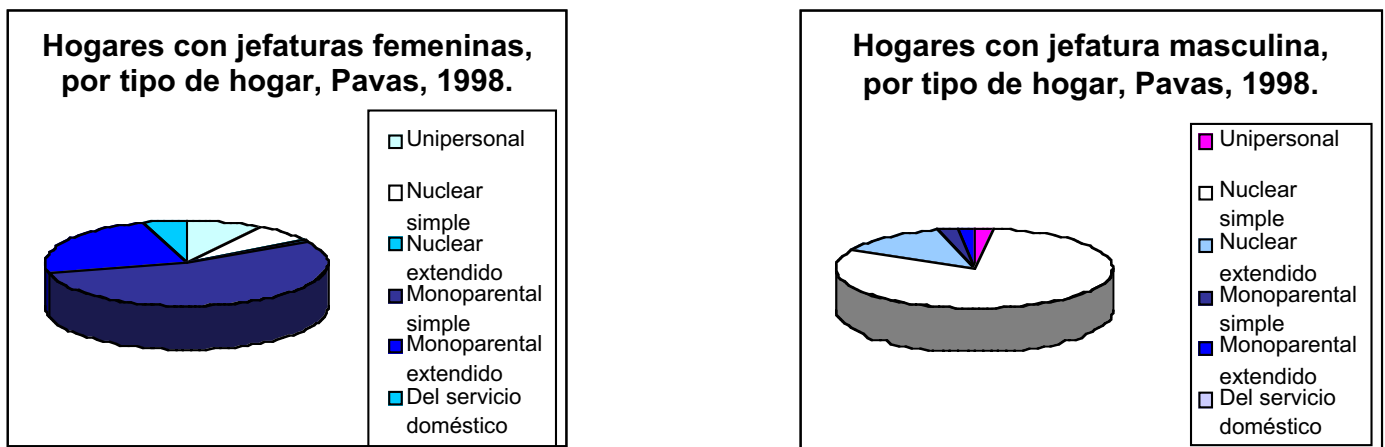
GRÁFICO 10



Fuente: UNICEF-UCR, 1998. Encuesta sobre “Trabajo infanto-juvenil en áreas urbanas, distrito de Pavas”.

Al considerar el sexo de la jefatura, llama la atención el mayor porcentaje de hogares unipersonales dentro de las jefas y su bajísima frecuencia de hogares nucleares simples (7% frente al 80% de los hogares con jefe hombre), lo que evidencia que la mujer es reconocida como jefe solo en ausencia de un compañero. Complementariamente, las mujeres son jefas de hogares monoparentales: en un 55% monoparentales simples y un 24% de monoparentales extendidos. Dado lo anterior puede interpretarse que la mayoría sobrelleva sola el peso del hogar, económica o reproductivamente, solo la cuarta parte de las mujeres jefas, recibe apoyo de un familiar, especialmente su madre, mientras que los hombres hacen frente a las obligaciones familiares con su compañera.

GRÁFICO 11



Fuente: UNICEF-UCR, 1998. Encuesta sobre “Trabajo infanto-juvenil en áreas urbanas, distrito de Pavas”.

En cuanto al clima educacional (promedio de años de educación de los y las adultas del hogar), se obtiene que los hogares con jefa mujer tienen un clima educacional promedio menor (8,1) que los hogares con hombres jefes (9,4), donde para ellos el clima promedio es 16% mayor. Estos valores no contemplan las jefas de hogar del servicio doméstico. De incluirse, el clima educacional promedio de los hogares de jefas mujeres desciende a 7,95, consecuencia de la baja escolaridad de las servidoras domésticas, cuyo promedio de años de estudio apenas corresponde al sexto grado. Además, como es de esperar, la mayor divergencia se obtiene por estrato, ya que los hogares de estrato medio y alto tienen un clima promedio superior en un 80% al del estrato bajo (12,4 y 6,9 respectivamente).

Otra diferencia en los hogares según el estrato y el sexo del o la jefe(a), es el tamaño de hogar. El tamaño promedio de los hogares de estrato bajo es 22% mayor que los de estrato medio y alto (4,4 personas por hogar frente a 3,6 del segundo estrato). De hecho, en el estrato bajo los hogares pequeños (de 1 a 3 miembros) alcanzan a la tercera parte de los hogares, pero en el estrato medio y alto este porcentaje asciende al 46%.

Por sexo de la jefatura, los hogares con jefa mujer son los más pequeños, su tamaño promedio es de 3,6 miembros por hogar y en los de hombres es de 4,2. Igual diferencia por sexo en el tamaño de hogar se mantiene en el estrato bajo. En el medio y alto, los hogares cuyo jefe es hombre tienen en promedio una persona más que en los hogares con jefaturas femeninas. Este mayor tamaño de los hogares de jefes hombres es lo que posibilita el mayor número de perceptores y eleva el nivel de ingreso per cápita.

CUADRO 12

Valores promedio del tamaño de hogar por estrato según sexo de la jefatura Pavas, 1998.

Sexo de la jefatura	Total	Estrato	
		bajo	Medio y alto
Total	4,06	4,36	3,57
Hombres	4,23	4,54	3,78
Mujeres	3,59	3,94	2,80

Fuente: UNICEF-UCR. 1998. Encuesta sobre "Trabajo infantil y adolescente en áreas urbanas, distrito de Pavas".

Los hogares con población de 5 a 17 años

Una vez caracterizado el conjunto de hogares del distrito, es importante identificar en cuántos de ellos hay presencia de la población de interés, para acercarse al entorno del trabajo infanto-juvenil.

De esta manera, al considerar el número de miembros de 5 a 17 años, se observan diferencias por estrato, donde el número relativo de hogares de estrato medio y alto sin ellos es mucho mayor que en el estrato bajo. El 55% de los hogares del estrato medio y alto no tienen niños con estas edades, contrapuesto al 29% de hogares de estrato bajo; mientras que el 41% de hogares de estrato bajo tienen dos o más, este porcentaje es únicamente del 21% en el segundo estrato.

CUADRO 13
Total de hogares por número de personas de 5 a 17 años
según estrato y sexo de la jefatura
Pavas, 1998.
 (valores absolutos y relativos)

Estrato y sexo de la jefatura	Total		Sin niños(as)		Un(a) niño(a) o joven		Dos o más	
	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%
Total	16.269	100,0	6.321	38,9	4.514	27,7	5.434	33,4
Est. bajo	10.031	100,0	2.897	28,9	2.992	29,8	4.142	41,3
Est. medio y alto	6.238	100,0	3.424	54,9	1.522	24,4	1.292	20,7
Jefes hombres	11.943	100,0	4.591	38,4	3.349	28,0	4.003	33,5
Jefes mujeres	4.326	100,0	1.730	40,0	1.165	26,9	1.431	33,1

Fuente: UNICEF-UCR, 1998. Encuesta sobre "El trabajo infantil y adolescente en áreas urbanas, distrito de Pavas".

Asimismo, no se observan diferencias importantes según el sexo de la jefatura. El número relativo de hogares con mujeres sin niños(as) o jóvenes de estas edades es ligeramente mayor que los hogares con jefes hombres (40% frente a 38% respectivamente), y en sentido contrario, los hogares con personas de estas edades son levemente más frecuentes en los hogares de jefes hombres.

Los hogares con población infanto-juvenil trabajadora

Se señaló, anteriormente, que no existen diferencias marcadas en la presencia de población de 5 a 17 años en los hogares según el sexo de la jefatura. De manera similar, es ligeramente más alta la proporción de hogares con jefas mujeres con al menos un(a) niño(a) o joven trabajador, alcanzando el 6,9% de los hogares frente al 5,9% de los hogares con jefe hombre. Si se toma en cuenta los hogares del servicio doméstico, el porcentaje de hogares con jefaturas femeninas donde hay presencia de trabajo infantil aumenta a 7,4%, lo que podría estar relacionado con la mayor incidencia de la pobreza en los hogares con mujeres jefas que las obliga a recurrir al trabajo infantil para aumentar sus niveles de ingreso.

CUADRO 14

Total de hogares por sexo de la jefatura del hogar según número de niños(as) o jóvenes trabajadores, Pavas, 1998.

(valores absolutos y relativos)

Número de niños(as) trab.	Total		Hombres		Mujeres ¹	
	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%
Total	16.269	100,0	11.943	100,0	4.326	100,0
No hay	15.275	93,9	11.247	94,2	4.028	93,1
Uno o una trab.	846	5,2	604	5,1	242	5,6
Dos o más	148	0,9	92	0,8	56	1,3

¹ Excluyen los 232 hogares del servicio doméstico, dentro de los cuales 40 tienen trabajo infantil.

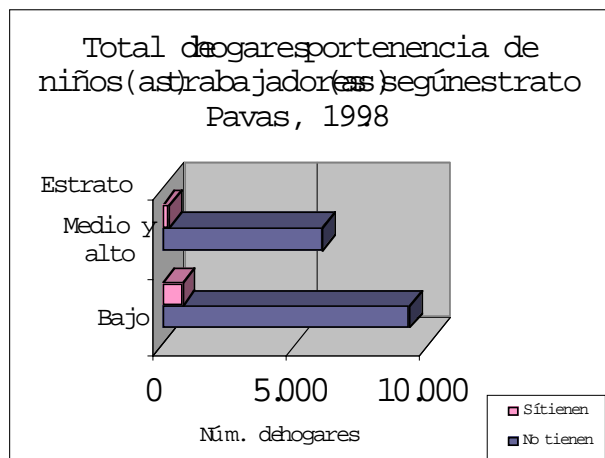
Fuente: UNICEF-UCR, 1998. Encuesta sobre "El trabajo infantil y adolescente en áreas urbanas, distrito de Pavas".

Por otra parte, a pesar de que existe una estrecha relación entre el sexo de la jefatura y el tipo de hogar, donde las mujeres son jefas de hogares monoparentales, no se observa que sean estos hogares los de mayor incidencia de niñez o juventud trabajadora, aunque ocupan el segundo (los extendidos) y tercer (los simples) lugar de importancia. Es, dentro de los hogares nucleares extendidos, donde se da el porcentaje más alto; en ellos casi uno de cada 10 hogares tiene al menos un(a) niño(a) trabajador(a), seguido, como se mencionó, por los hogares monoparentales extendidos con una relación de 1 de cada 14. Los hogares nucleares simples, con niñez trabajadora, representan el porcentaje más bajo (5,7%), lo que podría ser un argumento favorable para los defensores de la institucionalidad de la familia tradicional. No obstante, no puede perderse de vista que dentro de los hogares nucleares extendidos, en los que también se da la presencia de una pareja conyugal, se presenta la frecuencia relativa más alta de hogares con trabajo infanto-juvenil.

Por su parte, la pertenencia a hogares de estrato bajo también está asociada a una mayor incidencia del trabajo infantil. En efecto, en el 7,5% de los hogares de estrato bajo se observa al menos un(a) niño(a) o joven trabajador, mientras que esta cifra es del 3,9% en el estrato medio y alto.

En general, el 6,1% de los hogares tiene un infante o joven trabajador, es decir, cerca de 1 de cada 16 hogares en Pavas tiene una persona menor de edad trabajadora. Si se suman los hogares del servicio doméstico, el porcentaje de hogares con al menos un niño o una niña trabajador(a) aumenta dos puntos porcentuales, por lo que la relación (1 cada 16 hogares) se mantiene.

GRÁFICO 12



Fuente: UNICEF-UCR, 1998. Encuesta sobre "Trabajo infanto-juvenil en áreas urbanas, distrito de Pavas".

En cuanto al clima educacional del hogar se observa una relación no esperada, ya que es dentro de los hogares que presentan bajo clima (hasta 3 años de escolaridad promedio en los adultos) que se nota el segundo menor porcentaje de hogares con niños trabajadores. Este es casi tan bajo como el de los hogares con el clima más alto. De hecho, si se considera como total cada grupo de hogar, según la tenencia de niños(as) trabajadores(as), dentro de los hogares que sí tienen (% por columna), el porcentaje más bajo corresponde a los de menor clima educacional. Se desprende además de los resultados de la investigación que los hogares que tienen entre 6 y 9 años de estudio promedio, son los que tienen mayor incidencia de trabajo infanto-juvenil. La distribución relativa no se modificaría sustancialmente si se consideran los hogares del servicio doméstico. Incluso dentro de los hogares con climas educacionales entre los 6 y 9 años, el porcentaje de hogares que tienen niñez trabajadora aumentaría de 9,0% a 10,3%, por lo que siempre serían estos hogares los de mayor porcentaje de niños trabajadores.

CUADRO 15
Total de hogares por tenencia de niños(as) o jóvenes trabajadores
según clima educacional del hogar
Pavas, 1998.
 (valores absolutos y relativos)

Clima educacional	Total			No tienen			Tienen		
	Abs.	% col.	% fila	Abs.	% col.	% fila	Abs.	% col.	% fila
Total	16.269	100,0	100,0	15.275	100,0	93,9	994	100,0	6,1
Hasta 3 años	1.073	6,6	100,0	1.037	6,8	96,6	36	3,6	3,4
Más de 3 a 6	3.639	22,4	100,0	3.394	22,2	93,3	245	24,6	6,7
Más de 6 a 9	4.481	27,5	100,0	4.070	26,6	90,8	411	41,3	9,2
Más de 9 a 11	2.295	14,1	100,0	2.123	13,9	92,5	172	17,3	7,5
Más de 11 años	4.781	29,4	100,0	4.651	30,4	97,3	130	13,1	2,7

¹ Excluyen los 232 hogares del servicio doméstico, dentro de los cuales 40 tienen trabajo infantil.

Fuente: UNICEF-UCR, 1998. Encuesta sobre "El trabajo infantil y adolescente en áreas urbanas, distrito de Pavas".

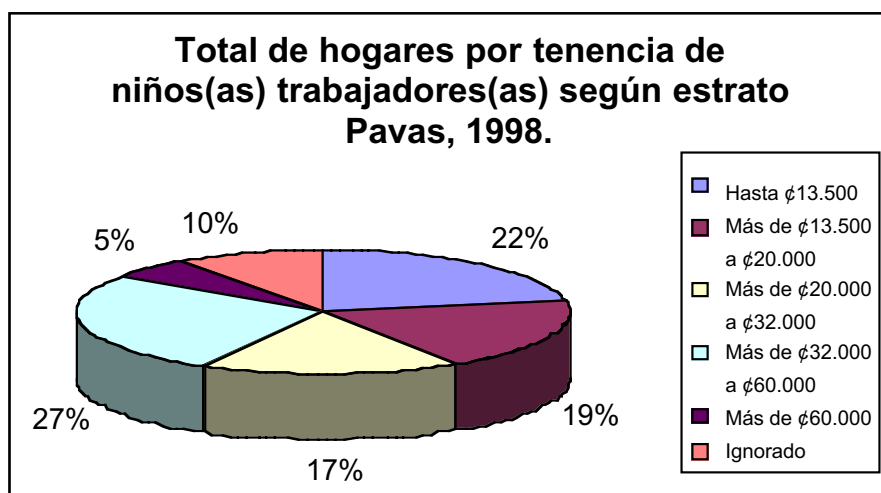
La escasa relación entre baja escolaridad de los adultos y el trabajo de la niñez, se mantiene aun si se considera solo los años de estudio de la jefatura de hogar. Dentro de los hogares cuya jefatura tiene hasta tres años de estudio, la frecuencia relativa de trabajo infantil es de 5%, ocupando así el cuarto lugar de los cinco niveles de escolaridad establecidos. El más bajo porcentaje se presenta en los hogares con jefes de mayor escolaridad (más de once años). Es decir, los extremos de las categorías consideradas se juntan: los más altos y bajos niveles de instrucción de las jefaturas presentan las menores frecuencias de trabajo infantil en los hogares. Es en los hogares con jefes que presentan escolaridad entre nueve años y once años (equivalente a tener aprobado al menos un año del ciclo diversificado) donde este porcentaje es mayor (8,7%), lo que reafirma la baja o nula asociación mencionada.

La pobreza es otro de los aspectos que se considera asociado al trabajo de la niñez y la adolescencia. En este estudio, si se toma como pobres los hogares clasificados en el primer quintil de ingreso per cápita (igual o inferior a 13.500 colones mensuales), se observa que los hogares de este nivel ocupan el segundo lugar de presencia de infantes trabajadores (8%). Al considerar los hogares con niños(as) trabajadores(as), también en ese quintil es donde se obtiene la segunda frecuencia más alta. El porcentaje más alto de trabajo infantil se observa en el cuarto quintil, dentro del cual casi el 10% tiene trabajadores infantiles.

Así, dentro de los hogares con niñez trabajadora, el 22% corresponde al primer quintil y el 27% al cuarto quintil. Lo que sí es claro es que son los hogares con mayores ingresos (60.000 colones de ingreso per cápita) los que presentan menos niños(as) o jóvenes trabajadores.

Debido a ello, se puede manifestar que no son los bajos niveles de educación de las personas adultas del hogar los que favorecen el trabajo infantil y que la relación pobreza-trabajo no es directa, por lo que pueden estar incidiendo otros factores, aunados a los bajos niveles de ingreso, para que la presencia del trabajo infantil, y sobre todo el trabajo infantil con características desfavorables al desarrollo de la niñez y la adolescencia (como se verá más adelante), sea mayor en el estrato bajo. Es probable que este factor adicional sea un "entorno socioeconómico y cultural" que justifica el trabajo infantil si no se tiene éxito escolar, o como alternativa a la deserción del sistema educativo ante el desinterés del menor de edad, que se da en mayor medida en el estrato bajo.

GRÁFICO 13



Fuente: UNICEF-UCR, 1998. Encuesta sobre "Trabajo infanto-juvenil en áreas urbanas, distrito de Pavas".

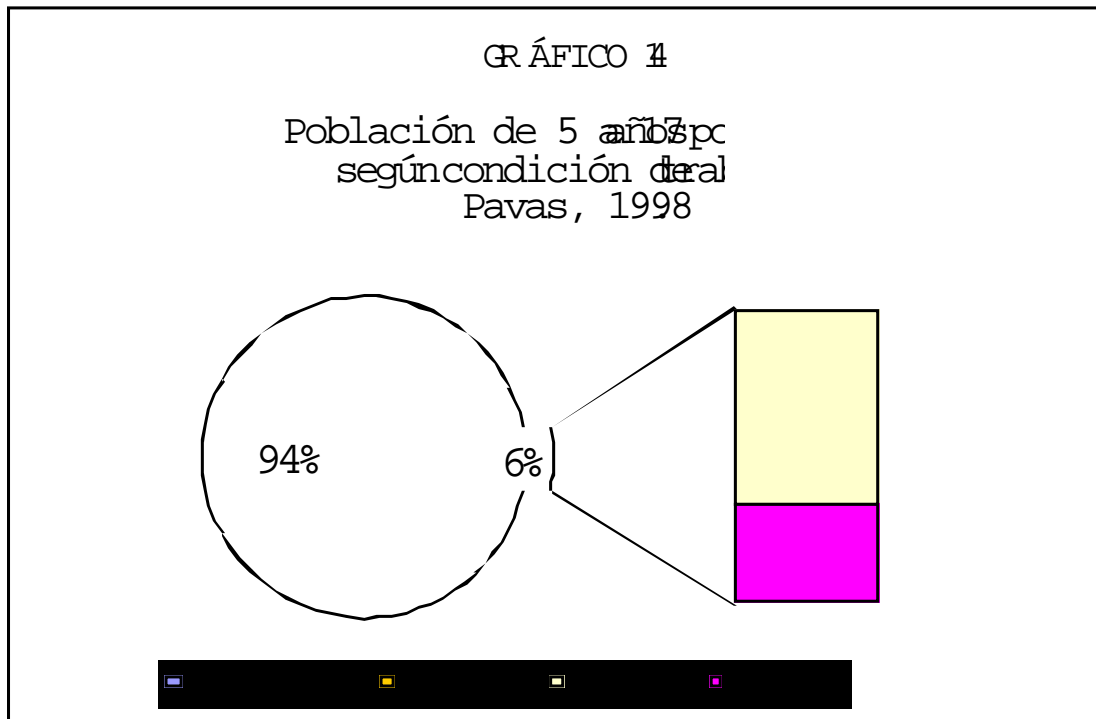
Extensión y características del trabajo infantil y adolescente en Pavas

La magnitud del trabajo de infantes y adolescentes

De 18.347 niños(as) y adolescentes que se estima que residen en Pavas, 1.182 (6,4%) realizan algún tipo de trabajo con remuneración económica. Este resultado es bastante inferior al promedio nacional obtenido con el Módulo Especial sobre Trabajo Infantil incluido en la Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples de 1995, el cual estimó que el porcentaje de niños(as) y adolescentes trabajadores alcanzaba el 13% como promedio nacional, y el 9% dentro de las zonas urbanas del territorio. Un estudio de UNICEF en Puriscal, a fines de 1997, señaló que en ese cantón predominantemente rural, el promedio de niños, niñas y adolescentes trabajadores alcanzaba al 27%. Otro estudio realizado en Upala en 1997, arrojó que la dimensión del trabajo infanto-juvenil era de 10,5%.

La menor incidencia de trabajo infanto-juvenil en Pavas puede atribuirse a la mayor proporción de hogares de estrato alto con condiciones socioeconómicas muy privilegiadas, que como se señaló, tienen frecuencias relativas bajas de trabajo de niñez y adolescencia.

Por otra parte, en lo que a diferencias por sexo se refiere, los diversos estudios apuntan una mayor participación de los hombres en el trabajo económico. En 1995, tanto en el nivel nacional como en la zona rural, la participación de los hombres triplicó la de las mujeres. En la zona urbana esa relación disminuyó a una niña por cada 2,5 niños o adolescentes trabajadores. En Pavas, la relación es de dos hombres trabajadores por cada mujer.



Fuente: UNICEF - UCR, 1998. Encuesta sobre "Trabajo infanto-juvenil en áreas urbanas, distrito de Pavas".

De acuerdo con las cifras anteriores, dentro de la zona urbana las niñas y las adolescentes tienen mayor representación en el empleo infanto-juvenil urbano que la representación de sus pares en la zona rural. Esto puede ser resultado de dos factores. Por un lado, las mujeres de zonas rurales, realizan en mayor medida trabajo doméstico como alternativa a la no asistencia al sistema educativo formal, y por otro, es de conocimiento común que el trabajo de las mujeres en las labores agropecuarias no es reconocido y se considera una extensión del trabajo doméstico, por lo tanto, su participación económica es invisibilizada, particularmente en las explotaciones familiares frecuentes de las zonas rurales. Su representación en el empleo infantil y juvenil rural, en consecuencia, podría ser mayor que las cifras obtenidas.

En cuanto a la edad de la población infanto-juvenil trabajadora, los diversos estudios realizados sobre trabajo infanto-juvenil han demostrado que a mayor edad, mayor participación. Pavas confirma esta tendencia, dado que las tasas de ocupación del grupo de 5 a 11 años es de apenas el 2%, la del grupo de 12 a 14 años es de 5,4% y la de los mayores de 15 años de edad casi triplica la del grupo anterior.

CUADRO 16

Población de 5 años trabajadora tasa de
por sexo según grupos de edad
Pavas, 1998.
(valores absolutos y relativos)

Grupos de edad	Ambos sexos		Hombres	
	Abs.	T.O.	Abs.	T.O.
Total	1.182	6,4	788	8,5
5 a 11	183	2,0	108	2,3
12 a 14	259	5,4	167	7,3
15 a 17	740	16,0	513	22,

Nota: La tasa de ocupación por edades es el porcentaje de trabajadores en el grupo de edad respectivo.

Fuente: UNICEF UCR, 1998 Encuesta sobre Trabajo Infantil y Adolescente en el distrito de Pavas.

El trabajo infantil y adolescente y las características de sus hogares

La dimensión del trabajo de la niñez y de la adolescencia presenta diferencias según las características de los hogares de pertenencia de esta población y su ubicación socioespacial dentro del distrito.

Se había anotado que la proporción de hogares de estrato bajo con trabajadores infanto-juveniles era mayor que la de hogares de estrato medio y alto. Así, dado el mayor número de hogares de estrato bajo dentro del distrito, la mayoría de trabajadores infanto-juveniles proviene de hogares de estrato bajo (71,4%).

Al considerar cada estrato como subpoblación, pareciera que dentro del estrato medio y alto, hay mayor participación en actividades económicas de su población de 5 a 17 años, pues las cifras generales de trabajo infantil señalan que su porcentaje es de 7,4% frente al 6,1% del estrato bajo. Sin embargo, el primer porcentaje incluye a las trabajadoras pertenecientes a hogares del servicio doméstico, al excluirlas, el porcentaje de niñez trabajadora es similar pues desciende a 6,5%. Este resultado, donde no se manifiestan las marcadas diferencias observadas al analizar los hogares, se explica por el número de trabajadores en los hogares: hay menos hogares de estrato medio y alto con infantes o adolescentes trabajando, pero en los que hay, su número promedio es ligeramente mayor que el del estrato bajo.

Si la magnitud del trabajo infantil por estrato económico no difiere sustancialmente, sí se manifiestan importantes diferencias por grupos de edades. Tanto en el estrato bajo, como en el estrato medio y alto, la mayor proporción de niños(as) y adolescentes trabajando pertenece al grupo etáreo de 15 a 17 años.

CUADRO 17

Población trabajadora de 5 años¹ por estrato según grupos de edad
Pavas, 1998

(valores absolutos y relativos)

Grupos de edad	Total		Estrato bajo	
	Abs.	%	Abs.	%
Total	1.182	100,0	844	100,0
5 a 11	183	15,5	90	10,6
12 a 14	259	21,9	223	26,4
15 a 17	740	62,6	531	63,0

¹ Incluyen los trabajadores pertenecientes a hogares de servicio doméstico.
Nota: Valores inferiores de 5% no se consideran significativos.

Fuente: UNICEF - UCR, 1998. Encuesta sobre Trabajo infantil en zonas urbanas del distrito de Pavas.

No obstante, el porcentaje de participación de niños(as) de 5 a 11 años es mayor en el estrato medio y alto (27,5%) que en el estrato bajo (10,6%), aun cuando se excluyan las trabajadoras domésticas. Esto puede ser el resultado de la existencia de un conjunto de actividades y redes de relaciones que le permiten a los padres de estos(as) niños(as) integrarlos en actividades productivas que, por un lado no adquieren un carácter de obligatoriedad, no existe ninguna presión económica para realizarlas, y por otro, elevan la autoestima y otorgan cierta notoriedad al niño y a sus padres; por ejemplo, el modelaje y la actuación en anuncios comerciales.

Las diferencias del trabajo infanto-juvenil según el estrato, no pueden verse, por tanto, según el porcentaje de incorporación al mercado laboral, sino en aspectos más cualitativos que permitan distinguir el trabajo riesgoso del que se considera formativo, donde las condiciones de vulnerabilidad son de naturaleza y dimensiones diferentes en los estratos. Uno de los aspectos que evidencia estas diferencias es el tipo de trabajo que desempeñan y de ello se desprende que puede existir mayor vulnerabilidad en los y las trabajadoras del estrato bajo. En este, el tipo de trabajo más frecuente es el de dependiente, seguido por los operarios industriales y labores de artesanía, los oficios domésticos, ayudantes de la construcción, en carga y transporte, mandaderos y mensajeros y ventas en la vía pública. Estas dos últimas ocupaciones, implican en alguna medida, un riesgo contra la integridad física y en conjunto conforman el 17% de los trabajadores del estrato bajo.

En contraposición, dentro del estrato medio y alto, el grupo ocupacional de mayor relevancia es el de labores administrativas, seguido por los dependientes y otros servicios (que incluye, por ejemplo el modelaje en anuncios publicitarios). Cabe aclarar que en este estrato se presentaron casos de oficios domésticos, pero todos ellos corresponden al servicio doméstico contratado y residente en los hogares de este estrato.

CUADRO 18
Población de 5 a 17 años trabajadora por estrato
según tipo de trabajo realizado
Pavas, 1998.
(valores absolutos y relativos)

Tipo de trabajo	Total		Estrato bajo		Estrato medio y alto	
	Abs.	%	Abs.	%	Abs. ¹	%
Total	1.182	100,0	844	100,0	338	100,0
Dependientes	268	22,7	209	24,8	59	17,5
Oper. y artes. indus.	202	17,1	183	21,7	19	5,6
Oficios domésticos	136	11,5	96	11,4	40	11,8
Ayuda en construcción	96	8,1	96	11,4	0	0,0
Carga, transp. y reparto	96	8,1	78	9,2	18	5,3
Mensaj, mandad. y empaque	74	6,3	74	8,8	0	0,0
Labores administrativas	75	6,3	0	0,0	75	22,2
Ventas en vía pública	69	5,8	69	8,2	0	0,0
Otros servicios	55	4,7	0	0,0	55	16,3
Otros	111	9,4	39	4,6	72	21,3

¹ Incluye 40 casos de trabajadoras de hogares del servicio doméstico.

Fuente: UNICEF-UCR, 1998. Encuesta sobre "Trabajo infantil y adolescente en áreas urbanas, distrito de Pavas".

Las otras ocupaciones declaradas en el estrato medio y alto no tienen importancia estadística, pero vale señalar que no se presentaron casos de ayudantes de la construcción, ni mandaderos, ni vendedores en la vía pública.

Adicionalmente, la mayor posibilidad de que el trabajo de los y las trabajadoras del estrato bajo sea riesgoso y nocivo para su desarrollo, se muestra en la gran diferencia en las jornadas laborales. La niñez trabajadora del estrato bajo tiene una jornada promedio de 34 horas semanales, en el otro estrato es de 18 horas. Estas 34 horas representan el 80% de la jornada máxima permitida por la legislación vigente para los trabajadores de 15 a 17 años. Esta última información refuerza la idea del carácter más formativo y protegido del trabajo infantil y juvenil en el estrato medio y alto.

En otro orden de aspectos, pero siempre visualizando las diferencias en la magnitud del empleo infantil según las características de sus hogares, se nota que por tipo de hogar los y las trabajadoras preferentemente pertenecen a hogares nucleares simples, representando el 57% de ellos. Este hecho está relacionado con el número de hogares con esta característica, pues son la mayoría y los más numerosos. Si se utiliza como total cada tipo de hogar, los porcentajes más altos son tanto de hogares nucleares extendidos como los monoparentales simples. El tercer lugar lo ocupan los nucleares simples y por último los monoparentales extendidos.

CUADRO 19
Población de 5 años por tipo de hogar
según condición de trabajo
Pavas, 1998
(valores absolutos y relativos)

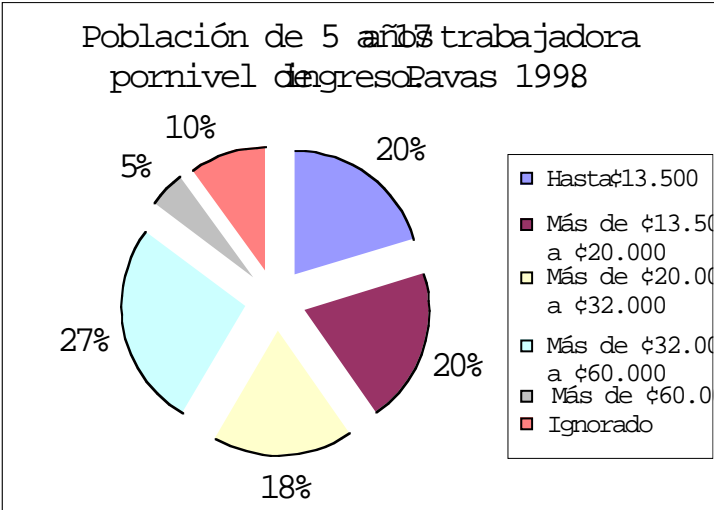
Tipo de hogar	Total		No trabaja ¹		Trabaja ¹	
	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%
Total	18 347	100,0	17 165	93,6	1 182	6,4
Nuclear simple	11 506	62,7	10 831	94,1	675	5,9
Nuclear extendido	2 082	11,3	1 930	92,7	152	7,3
Monoparental simple	2 942	16,0	2 723	92,6	219	7,4
Monoparental extendido	1 777	9,7	1 681	94,6	96	5,4
Del servicio doméstico	40	0,2	0	0,0	40	100,0

¹ Respecto de los totales por tipo de hogares, decir que cada tipo de hogares el 100%

Fuente: UNICEF-UCR, 1998 Encuesta sobre Trabajo infantil y adolescente en áreas urbanas, distrito de Pavas.

Al estudiar el nivel de ingreso per cápita de los hogares de los trabajadores, se observa que el mayor porcentaje de trabajadores pertenece al cuarto quintil de ingreso, representando casi la cuarta parte de ellos. Sin embargo, los grupos de ingreso inferiores presentan porcentajes importantes cercanos al 20%. Además, el menor porcentaje de niños(as) o jóvenes trabajadores se ubica en los hogares con ingresos más altos.

GRÁFICO 15



Fuente: UNICEF-UCR, 1998. Encuesta sobre "Trabajo infanto-juvenil en áreas urbanas, distrito de Pavas".

Por sexo de la jefatura se tiene que dos tercios de los y las trabajadoras provienen de hogares con jefatura masculina, pero esto se debe a que es mucho mayor la cantidad de hogares con esta característica. Al considerar cada sexo como el total, nuevamente se confirma que los hogares con jefatura femenina tienen proporcionalmente más niñez y adolescencia trabajadora.

Por su parte, se mantiene que no son los bajos niveles de escolaridad los que explican, o al menos están asociados al trabajo infantil, ya que la mayoría de trabajadores proviene de hogares de climas educacionales que oscilan entre los seis y nueve años. Además, dentro de los hogares con bajo clima educacional la proporción de jóvenes y niñez trabajadora es la menor, seguida por el porcentaje de los hogares de más de once años de escolaridad adulta, con 3,2 y 4,4% respectivamente.

Por tamaño de hogar, se muestra que son los hogares de seis o siete miembros donde se presenta la frecuencia relativa superior de trabajo (8%), pero es muy similar a la de los trabajadores provenientes de hogares con cinco miembros (7,8%), por lo que pareciera que son los hogares de tamaño intermedio en los que hay mayor presencia de trabajo infantil y adolescente.

CUADRO 20

Población de 5 años por diferentes características del hogar según condición de trabajo
Pavas, 1998.
(valores absolutos y relativos)

Características del hogar	Total		No trabaja		Trabaja	
	Abs.	%	Abs.	% ¹	Abs.	% ¹
Total	18.347	100,0	17.165	93,6	1.182	6,4
Sexo de jefatura						
Hombres	13.405	73,1	12.617	94,1	788	5,9
Mujeres	4.942	26,9	4.548	92,0	394	8,0
Estrato						
Bajo	13.792	75,2	12.948	93,9	844	6,1
Medio y alto	4.555	24,8	4.217	92,6	338	7,4
Clima educacional						
Hasta 3 años	1.121	6,1	1.085	96,8	36	3,2
Más de 3 a 6	5.072	27,6	4.767	94,0	305	6,0
Más de 6 a 9	5.932	32,2	5.447	91,8	485	8,2
Más de 9 a 11	2.434	13,3	2.243	92,2	191	7,8
Más de 11 años	3.788	20,7	3.623	95,6	165	4,4
Tamaño de hogar						
1 a 3 miembros	1.923	10,5	1.827	95,0	96	5,0
4 miembros	4.457	24,3	4.252	95,4	205	4,6
5 miembros	5.298	28,9	4.887	92,2	411	7,8
6 a 7 miembros	4.720	25,7	4.342	92,0	378	8,0
8 y más	1.949	10,6	1.857	95,3	92	4,7

¹ Respecto de los totales de cada categoría de las variables.

Fuente: UNICEF-UCR, 1998. Encuestas sobre Trabajo infantil y adolescente en áreas urbanas, distrito de Pavas".

Características del trabajo realizado por los(las) niños(as) y adolescentes trabajadores de Pavas

a) Tipos de trabajos desempeñados

Existe variedad en los tipos de trabajos realizados por los menores de edad de Pavas. Factores como la edad, el sexo y el estrato socioeconómico establecen diferencias en el tipo de inserción laboral y de actividades que puede desempeñar la población trabajadora infantil y juvenil, especialmente en lo que a formalidad-informalidad respecta. No obstante, no se tienen suficientes elementos para establecer de manera contundente esa diferenciación.

La mayor parte de los trabajadores infanto-juveniles se desempeñan como dependientes en establecimientos comerciales, seguidos por operarios y artesanos en talleres, oficios domésticos, ayudantes en construcción y labores de carga, que incluye por ejemplo a “bolsoneros” en supermercados o cargando las compras de clientes en la feria del agricultor.

Trabajos como dependiente, operario y empleado administrativo, podrían clasificarse como formales por ejercerse en locales físicos bien diferenciados, aunque no se cuenta con información adicional para asegurar el nivel de formalidad de estos empleos. Otros tipos de trabajos como los oficios domésticos, las labores de carga y descarga, así como las actividades relacionadas con la construcción podrían ubicarse entre lo formal y lo informal.

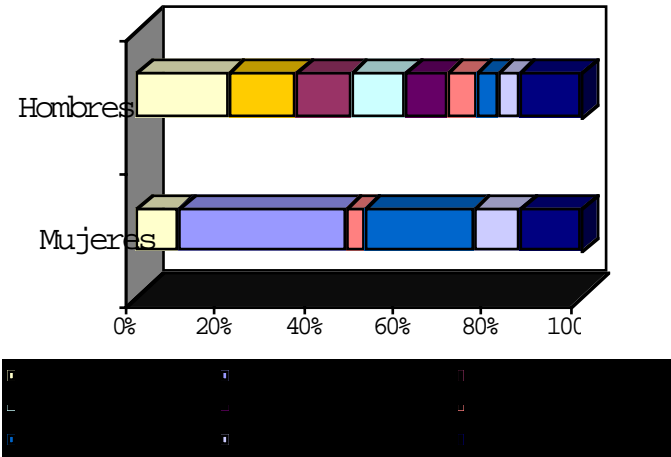
La venta en las vías públicas es una actividad típica de la informalidad y abarca al 6% del subconjunto de niños, niñas y adolescentes trabajadores del estrato bajo de Pavas.

En la distribución del trabajo por sexo se manifiesta la presión que ejercen los condicionantes de género. Existen actividades típicamente masculinas en las cuales no incursionan mujeres, por ejemplo, servicio de mensajeros, labores de carga y construcción que son actividades donde se requiere un mayor esfuerzo físico o transitar por las calles como mandaderos o mensajeros, lo que se considera de mayor riesgo para las mujeres.

Hay actividades donde no hay exclusividad de género, pero sí predominio de un sexo sobre otro. Las mujeres predominan en el oficio de dependientes en tiendas y en oficios domésticos, trabajos tradicionalmente femeninos. Los hombres predominan en labores de operarios y artesanos trabajando en talleres de mecánica y fábricas.

GRÁFICO 16

Población trabajadora de 5 años o más por sexo según tipo de trabajo Pavas, 1998.



¹ Se incluye labores sociales, servicios por ejemplo vigilancia, cocineros, misceláneos y actividades agropecuarias.
Nota: Valores inferiores a 51 deben considerarse no significativos.

Fuente: UNICEF-UCR, 1998. Encuesta sobre “Trabajo infanto-juvenil en áreas urbanas, distrito de Pavas”.

La distribución del trabajo por grupo etéreo parece indicar que la incorporación a edades muy tempranas conlleva a la realización de actividades informales, en especial para los niños y niñas del estrato bajo, aunque esto no se puede afirmar categóricamente, por los pocos casos observados. Sin embargo, las cifras obtenidas señalan que el 50% de los trabajadores infanto-juveniles que realizan ventas en las calles pertenecen al grupo etéreo de 5 a 11 años y paralelamente, dentro de esas edades, esta actividad ocupa el segundo lugar en importancia, solo superado ligeramente por la categoría "otros" que abarca el modelaje y realización de anuncios comerciales. Estas últimas son actividades exclusivas del estrato medio y alto, en tanto, como se mostró en el cuadro 18, las ventas en la vía pública son del estrato bajo. En contraste, los trabajos más formales aparentemente son más accesibles a los de más edad; cerca del 60% de los adolescentes trabajadores de 15 a 17 años se desempeñan como dependientes, operarios y en labores administrativas, mientras que los trabajadores de 12 y 14 años que ejecutan estos trabajos alcanzan el 27,6%.

CUADRO 21

Población trabajadora por rango de edad según ocupación
Pavas, 1998

(valores absolutos y relativos)

Grupos de edad	Total		5 a 11		12 a 14		15 a 17	
	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%
Total	1.182	100,0	183	100,0	259	100,0	740	100
Dependientes	268	23,0	0	0,0	55	21,0	213	29,0
Operarios en indust.	202	17,0	18	10,0	17	6,6	167	22,6
Oficios domésticos	136	11,5	22	12,0	58	22,4	56	7,5
Labores administrativas	75	6,3	17	9,0	0	0,0	58	7,8
Ventas en vía pública	69	6,0	34	18,5	18	7,0	17	2,3
Mensajeros	74	6,2	18	10,0	37	14,0	19	2,6
Carga, transporte y reparto	96	8,0	18	10,0	38	15,0	40	5,4
Ayuda en construcción	96	8,0	20	11,0	18	7,0	58	7,8
Otros ¹	166	14,0	36	19,5	18	7,0	112	15,0

¹ Se incluyen labores sociales, servicios, empleo de vigilancia, otros, y actividades pecuarias.

Nota: Valores menores a 5% no se consideran significativos.

Fuente: UNICEF - UCR, 1998. Encuesta sobre "El trabajo infanto-juvenil en áreas urbanas, distrito Pava".

Así, la distribución de los tipos de trabajos por estrato muestra una relación desventajosa para el estrato bajo. Para los(las) niños(as) y adolescentes de este sector quedan los oficios de mayor riesgo y con mayor presencia aparente de informalidad.

b) Las relaciones de dependencia en el trabajo

Los niños, niñas y adolescentes trabajadores realizan sus labores en forma mayoritaria para particulares (65,7%). A mayor edad de los(las) trabajadores(as) infanto-juveniles disminuye la participación en el negocio o actividad familiar. En zonas urbanas, las fuentes de trabajo se ubican principalmente fuera del ámbito familiar, en contraste con zonas rurales donde predomina la pequeña propiedad asociada al hogar como unidad productiva. Así, los(as) trabajadores(as) infanto-juveniles urbanos se exponen a otros riesgos a los que no están expuestos los(as) trabajadores(as) infanto-juveniles rurales, aunque también son beneficiarios de las garantías laborales (especialmente los del grupo de 15 a 17 años de edad) en mayor medida que los que trabajan en negocios familiares, donde además, con frecuencia no reciben remuneración.

La participación en negocios o actividades familiares alcanza el 25%, el cual puede considerarse bastante alto. A pesar de ello, uno de los datos más significativos es la proporción de trabajadores infantiles y juveniles trabajando por cuenta propia 7,8% (en el estudio nacional de 1994 alcanzaban solo el 2,9%); todos pertenecen al estrato bajo, la mayor parte (62%) son del grupo etéreo entre 15 y 17 años, en su mayoría hombres (81,7%). Este grupo probablemente engrose las filas de la informalidad, por lo que también afecta a los de más edad y no es exclusivo de los niños y niñas más pequeños.

c) La jornada de trabajo

Las jornadas de trabajo están estrechamente relacionadas con la edad y el estrato socioeconómico; en el grupo etéreo de 5 a 11 años el 61% trabaja menos de 5 horas semanales, lo equivalente a un octavo de tiempo de lo establecido para los trabajadores de 15 a 17 años, mientras el 53,5% de los adolescentes entre 15 y 17 años trabajan 40 horas o más a la semana, lo que equivale a jornadas de tiempo completo (el Código de la Niñez y la Adolescencia, en su artículo 95, establece que el trabajo de los y las adolescentes no podrá exceder de seis horas diarias, ni de treinta y seis horas semanales).

Cabe destacar que por sexo no se encontraron marcadas diferencias en las jornadas laborales. Las mujeres, en mayor medida, realizan trabajos en jornadas semanales de 5 horas o menos que los hombres, pero no en una proporción sustancialmente mayor (28% y 21% respectivamente). Sin embargo, en las restantes categorías de jornada, no se presentan frecuencias relativas diferenciales, donde tanto los hombres como las mujeres trabajan principalmente en jornadas de tiempo completo (40 horas o más). La reducida diferencia en las horas semanales trabajadas se demuestra en los promedios por sexo. La jornada promedio masculina es de 30,4 y la de las mujeres de 27,8. Este resultado difiere de las cifras nacionales para el total de la población ocupada, donde las mujeres, en general, señalan trabajar en promedio casi diez horas menos que los hombres y de hecho están mayormente afectadas por el subempleo visible (CONARE, et al. 63).

Por estrato, los trabajadores infanto-juveniles de estrato bajo tienen jornadas más extensas: el 56% trabaja jornadas de tiempo completo, mientras que en el estrato medio y alto solo el 11%. Un alto porcentaje (33%) en el estrato medio-alto, trabaja un cuarto de tiempo, lo que les permite combinar estudio y educación. En contraste, los de estrato bajo se dedican la mayor parte de su tiempo al trabajo; el 60% de los trabajadores infanto-juveniles del estrato bajo, trabaja jornadas mayores a medio tiempo,

mientras el 60% de los(las) trabajadores(as) infanto-juveniles del estrato medio-alto trabajan jornadas menores de medio tiempo.

Estas diferencias en las jornadas laborales patentizan el mayor riesgo que tienen los y las trabajadoras del estrato bajo de interrumpir su proceso educativo, limitar sus actividades recreativas, y en fin, obstaculizar su desarrollo, dado que su trabajo se torna más productivo que formativo, contrario a lo que plantea el Código de la Niñez y la Adolescencia para las personas entre 15 y 17 años de edad, en el artículo 78 y siguientes.

d) La remuneración

Los niveles de remuneración se definieron agrupando a los y las trabajadoras en grupos de 20%, según el ingreso mensual percibido (quintiles), excluyendo en esta agrupación a los que no son remunerados y a los de ingreso ignorado. No obstante, debido a que algunos valores de ingresos muestran frecuencias importantes, al definir los niveles se acumulan más del 20% de personas en ellos, por lo que no se obtienen quintiles exactos.

Estos niveles de remuneración definidos, presentan diferencias por sexo, edad y estrato de pertenencia.

El trabajo no remunerado alcanza a un poco más del 12% de los trabajadores infanto-juveniles. Dentro de las mujeres, la proporción de trabajo no remunerado es cercana al 20% y duplica el porcentaje que se da dentro de los hombres. Por estrato, se obtiene un porcentaje sustancialmente superior de trabajadores no remunerados en el medio y alto (28% frente al 7% del bajo). Por edad, llama la atención que el porcentaje de trabajo no remunerado corresponda al grupo entre 12 y 14 años y no dentro de los y las más pequeñas.

Los niveles de ingreso mensuales (quintiles) por sexo señalan condiciones ligeramente favorables a las mujeres, donde su promedio de ingreso mensual asciende a ¢32.841 frente a ¢29.964 de los hombres. Ello se debe a que las mujeres, pese a que la mayoría se ubica en el primer quintil de ingreso (hasta ¢6.495) con un porcentaje que es solo un poco superior al de los hombres, muestran además un porcentaje moderadamente superior de presencia en el último quintil de ingreso (más de ¢51.960): un 20% de las mujeres perciben estos ingresos, en tanto los hombres representan un 12%.

Por grupos etéreos, se refleja que los trabajadores con menos ingresos se ubican en el grupo de 5 a 11 años, donde el 68% recibe ingresos inferiores a los ¢6.495 (primer quintil de ingresos), en tanto los y las jóvenes de 15 a 17 años con estos ingresos apenas representan el 8%. En contraste, los trabajadores con mayores ingresos se ubican en el grupo de 15 a 17 años, en ellos cerca del 45% tiene ingresos que superan los ¢40.000 (últimos dos quintiles). Esto repercute en la percepción de la importancia del trabajo, así como el reconocimiento de su aporte del trabajo al grupo familiar.

CUADRO 22

Población trabajadora de 5 años y por sexo y nivel de ingreso mensual

Pavas, 1998

(valores absolutos y relativos)

Grupos de edad	Ambos sexos		Hombres		Mujeres	
	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%
Total	1.182	100,0	788	100,0	394	100,0
No recibe remuneración	150	12,7	73	9,3	77	19,5
Hasta ¢6.495	255	21,6	164	20,8	91	23,1
De ¢6.495 a ¢21.650	186	15,7	148	18,8	38	9,6
De ¢21.650 a ¢40.000	186	15,7	151	19,2	35	8,9
De ¢40.000 a ¢51.960	212	17,9	155	12,3	57	14,5
Más de ¢51.960	175	14,8	97	12,3	78	19,8
Ignorado	18	1,5	0	0,0	18	4,6

¹ Respecto de los totales en cada categoría de las variables.

Fuente: UNICEF- UCR, 1998. Encuesta sobre Trabajo infantil y adolescente en áreas urbanas del Distrito de Pavas.

Los diferenciales de ingreso por estrato sí son notables, donde los y las trabajadoras del estrato medio y alto se ubican principalmente en los tres primeros quintiles, mientras que en el estrato bajo tienen una distribución que se asemeja más (con las limitaciones apuntadas antes) a quintiles. De esta forma, tanto los y las trabajadoras de uno y otro estrato tienen porcentajes de presencia similares en los tres primeros niveles de ingreso, pero los del estrato medio y alto, en los dos últimos, apenas representan el 12% contrapuesto al 41% de representación de trabajadores del estrato bajo.

e) El destino de los ingresos

Así como los niveles de remuneración por trabajo varían por sexo, edad y estrato, el destino o uso que se le da al dinero recaudado también varía por estas variables. En general, el 45,5% de la población infanto-juvenil trabajadora que percibe remuneración destina sus ingresos a gastos familiares y personales, un 21,4% lo destina totalmente en sus gastos personales y un porcentaje menor lo aporta totalmente al hogar (7,5%). Adicionalmente, un 5,4% utiliza su dinero para cubrir gastos de educación, por lo que el porcentaje de trabajadores que en una u otra medida destina total o parcialmente sus ingresos para gastos que deben cubrir los adultos responsables de ellos, representa el 58,4%.

El destino de los ingresos generados por la niñez y la adolescencia trabajadora cambia por sexo. Las mujeres parecen trabajar en mayor medida para contribuir más al hogar que los hombres, mientras que estos, aunque también aportan de manera importante al hogar, se reservan parte de su dinero para sus propios gastos. En efecto, el porcentaje de hombres que ayuda a la familia y utiliza su dinero para gastos

propios es cercano al 48%; las mujeres representan el 41%. Sin embargo, el porcentaje de hombres que el destino del ingreso es exclusivo para sus gastos es del 23% y en las mujeres del 17%. La utilización del ingreso para gastos de educación y aporte total al hogar, representa el 8% dentro de los hombres, contrapuesto al 23,7% de las mujeres; esto implica que el 55% de los hombres y el 64% de las mujeres destinan sus ingresos, en forma parcial o total, a gastos reproductivos del hogar.

El análisis por edad refleja que el trabajo de los y las más pequeñas contribuye en menor medida a gastos del hogar, dado que la mayoría utiliza sus ingresos en gastos personales (43,5%), mientras que en el grupo de 15 a 17 años solo el 17% lo ocupa en forma exclusiva para sí mismo. Llama la atención que el 63% de los y las trabajadoras que perciben ingresos del grupo de 12 a 14 años destinan su entrada a gastos del hogar y personales y este porcentaje es sustancialmente inferior en los de 15 a 17 años (48%). Pese a ello, al considerar el destino del ingreso en gastos de educación y aporte total al hogar, los de 12 a 14 años no tienen representación y en los de 15 a 17 años conforman el 19%.

Por estrato, la proporción de trabajadores infantiles y juveniles del estrato bajo que aporta en forma parcial y total ingresos al hogar, contemplando los gastos de educación, es mayor que en el estrato medio-alto (67% y 31% respectivamente). Complementariamente, la frecuencia relativa de los trabajadores del estrato bajo cuyo ingreso se destina solo a gastos personales es marcadamente inferior en el estrato bajo: un 14% frente al 46% de los del estrato medio y alto.

f) La importancia del trabajo infantil y adolescente, el reconocimiento de su ingreso y el aporte monetario al incremento del ingreso familiar

Dentro del hogar, la importancia que se otorga al trabajo infantil y juvenil depende, en gran medida, del incremento del ingreso familiar generado por los aportes del trabajo de los menores de edad. En el total de los niños y adolescentes trabajadores, para el 29% su trabajo se considera imprescindible y para un 36% es importante para gastos personales del o la trabajadora; es decir, el trabajo del 55% de los trabajadores tiene alguna importancia en el hogar.

En el estrato bajo, el trabajo realizado por la tercera parte de los trabajadores infantiles y juveniles, es considerado imprescindible para los gastos familiares, y para el 40% es importante para cubrir los gastos personales del(de la) niño(a) o joven. Solo para un 13% se considera que se podría prescindir de su trabajo. En el estrato medio y alto el trabajo realizado por el 17% es considerado imprescindible, un 28% importante para sus gastos y para casi el 40% de los trabajadores su trabajo es prescindible. La importancia del trabajo también muestra diferencias por sexo de la jefatura, donde, tal como se había señalado anteriormente, en los hogares con jefa mujer, el porcentaje de trabajadores cuyo trabajo se considera imprescindible duplica el de los hogares con jefe hombre y, paralelamente, en los hogares de ellas el trabajo, en menor medida, (15%) es prescindible que en los hogares con jefatura masculina (24%). Esto se asocia con la pertenencia a estrato y las condiciones desventajosas de los hogares con jefas mujeres, que como se confirma, necesitan en mayor medida del trabajo de niños, niñas y adolescentes.

La importancia del trabajo se relativiza según grupos de edad; para los del grupo etáreo de 5 a 11 años, el trabajo realizado por más del 52% de los(las) niños(as) se considera prescindible, mientras que para el grupo de 15 a 17 años el trabajo realizado por el 40% es considerado imprescindible.

En cuanto al reconocimiento del ingreso por trabajo de los infantes y adolescentes dentro del ingreso del hogar, se observan valores similares a la importancia atribuida al trabajo, pues al 57% de los(las) niños(as) trabajadores(as) que perciben ingresos se les reconoce su aporte monetario al grupo familiar. El

reconocimiento del ingreso por sexo del infante o adolescente, no presenta diferencias sustanciales, pero sí por edad. Dentro de los más pequeños, solo al 11% se le reconoce su ingreso; este reconocimiento aumenta para los de 12 a 14 años, alcanzando al 37% de ellos y dentro de los de 15 a 17 años ya es reconocido en tres cuartas partes.

El reconocimiento del ingreso de los trabajadores infantiles y juveniles, se relaciona además con la dimensión del incremento en el ingreso total del hogar debido al ingreso del trabajo de los menores de edad. Si el aumento no supera el 10%, el ingreso no es reconocido al 78% de los trabajadores, mientras que si el ingreso del hogar se incrementa en más de un 50% por el aporte del ingreso del(de la) niño(a) o joven, solo en el 17% de los casos su ingreso no es reconocido. Es probable que esta falta de reconocimiento, a pesar del importante aporte, se deba a que el ingreso no se destina a gastos del hogar sino a gastos personales.

Las entradas producto del trabajo de los menores entre 5 y 11 años son muy reducidas para realizar un aporte sustancial al ingreso del grupo familiar. La totalidad de ellos, que perciben ingresos y lo declararon, logran como máximo incrementar el ingreso del hogar en un 10%, y es factible que a esto se atribuya el bajo porcentaje de reconocimiento de su ingreso. Por su parte, en el grupo de 12 a 14 años, aunque mayoritariamente logran incrementar el ingreso del hogar hasta en un 10% (37% de ellos), más de la cuarta parte permite aumentar el ingreso del hogar entre un 20 y un 50%. En el grupo de 15 a 17 años su aporte es superior; la mayoría posibilita que el ingreso del hogar se eleve entre un 20 y un 50% y casi el 30% de ellos hace factible un aumento de más del 50%.

Las apreciaciones de los diferentes sectores de la sociedad, expresadas en diversos foros y en los grupos focales organizados en esta investigación, respecto de la aceptación o eliminación del trabajo infanto-juvenil coinciden con los datos anteriores. Existe una aprobación generalizada para erradicar, evitar y no aceptar el trabajo infantil para niños(as) menores de 11 años. Pero hay posiciones encontradas respecto del grupo de 12 a 14 años y no existe contraposición al trabajo en el grupo de 15 a 17 años.

Los resultados apoyan acciones de erradicación del trabajo de niños(as) menores de 11 años, mientras señalan que debe trabajarse más y cautelosamente en la erradicación del trabajo en el grupo de 12 a 14 años, o dirigir los esfuerzos al desarrollo de iniciativas educativas en este grupo etéreo. En cuanto al grupo de 15 a 17 años, pese a la importancia atribuida a su trabajo y al aporte de sus entradas en la conformación del ingreso familiar, no puede perderse de vista que aun constituyen un grupo que, más que trabajando, han de estar incorporados en el proceso educativo, por lo que su trabajo no debe tener un carácter productivo sino formativo. Esta no parece ser la realidad de los y las trabajadoras del estrato bajo, en la que los tipos de trabajo desempeñados, las jornadas laborales, el nivel de ingreso alcanzado, el destino de los ingresos y, sobre todo, el aporte y la importancia de sus remuneraciones, apuntan a un trabajo necesario para la sobrevivencia del grupo familiar.

El trabajo temporal

Complementariamente a la identificación de la magnitud y características del trabajo infanto-juvenil en un período de referencia determinado, como usualmente se realizan las mediciones de la condición de actividad de la población en edad de trabajar en general, se trató de aproximar la dimensión del trabajo de los infantes y adolescentes en períodos especiales, tales como las vacaciones u otros, donde la actividad económica en los diferentes sectores productivos demanda mayor mano de obra. A este trabajo se le denomina trabajo temporal y en este estudio se incluyó únicamente para estimar la proporción de niños(as) y adolescentes que adquieren experiencia laboral por su participación económica en períodos especiales.

Dado que las condiciones económicas en dichos períodos posibilitan el encontrar un trabajo remunerado, y generalmente la alta actividad productiva coincide con períodos de vacaciones, se esperaba obtener una significativa participación de adolescentes y niños(as) en trabajos temporales. Sin embargo, este no supera de manera importante el porcentaje de niños(as) y adolescentes que trabajaron en el período de referencia en Pavas. El 7,2% de la población entre 5 y 17 años realiza algún tipo de trabajo de manera temporal; de ésta un 56% no trabajaban en la semana anterior al momento de la entrevista y un 44% sí lo hacía. Es de resaltar que dentro de los que trabajaron en el período de referencia un notable porcentaje (48,9%) han tenido la experiencia de realizar trabajos temporales.

El trabajo temporal muestra diferenciales por sexo y edad. Los hombres lo realizan en mayor proporción que las mujeres. Dentro de ellos, el 9% lo realiza y en las mujeres el 5%. Estos valores son ligeramente superiores a los observados en el trabajo del período de referencia (trabajo “común”). Asimismo, en el total de trabajadores temporales se da una relación de una trabajadora por casi dos trabajadores, relación que no difiere sustancialmente del trabajo “común”, en el que se notaba una trabajadora por exactamente dos trabajadores.

Por grupos de edad, como es de esperar, el haber realizado algún trabajo temporal es más frecuente en los de 15 a 17 años (17,2%), luego, en los de 12 a 14 (8,3%) y finalmente, los de 5 a 11 años casi no tienen experiencia de trabajo temporal (1,5%). Estas tasas de ocupación son mayores que las del trabajo “común” para los grupos de 15 a 17 y 12 a 14 años, en este último, la tasa de trabajo temporal supera en 3 puntos porcentuales a la otra.

Características educativas de los(las) niños(as) y adolescentes trabajadores de Pavas

a) Cobertura educativa

Una de las mayores preocupaciones respecto del trabajo infanto-juvenil es el efecto que este pueda tener sobre el derecho al estudio, especialmente en lo que respecta a la asistencia a centros de enseñanza formal.

La comparación del presente estudio con los resultados del Módulo de 1995, en lo que respecta a la cobertura educativa, muestra que la población infanto-juvenil trabajadora de Pavas presenta una situación ligeramente favorable (51,4% en el nivel nacional frente a 52,1% de Pavas). No obstante, por grupos de edad, se muestran proporciones de no asistencia adversas, particularmente para los(las) niños(as) y adolescentes entre los 5 y 14 años donde la no asistencia en Pavas casi duplica el resultado obtenido en el nivel nacional; para el grupo de 5 a 11 años la no asistencia alcanza al 5,4% en el país y 12% en Pavas, y el grupo de 12 a 14 años muestra valores del 33,7% y el 43,6% respectivamente. El grupo de 15 a 17 años, pese a su mayor no asistencia dentro del distrito, el indicador es sustancialmente menor al del país (58,2% de Pavas y 71% del país), y es lo que permite el balance general positivo para el distrito.

Dentro de Pavas, al comparar la asistencia de la población trabajadora con la que no lo es, se puede deducir que la inserción inmediata al trabajo no es un factor determinante para abandonar los estudios, pues solo un 20% de los que han abandonado la educación están trabajando. Es posible que algunos dejen de estudiar para buscar trabajo y no lo encuentren tan fácilmente en el corto plazo.

CUADRO 23

Población de 5 años por condición de trabajo
según asistencia a educación regular
Pavas, 1998

(valores absolutos y relativos)

Asistencia	Total		Trabaja		No trabaja	
	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%
Total	18.347	100	1.182	100	17.165	100
Asiste	15.710	85,6	616	52,1	15.094	88,0
No asiste	2.637	14,4	566	47,9	2.071	12,0

¹ Respecto de los totales en la categoría de las variables.

Fuente UNICEF - UCR, 1998 Encuesta sobre "Trabajo infantil y adolescente en áreas urbanas, distrito Pavas".

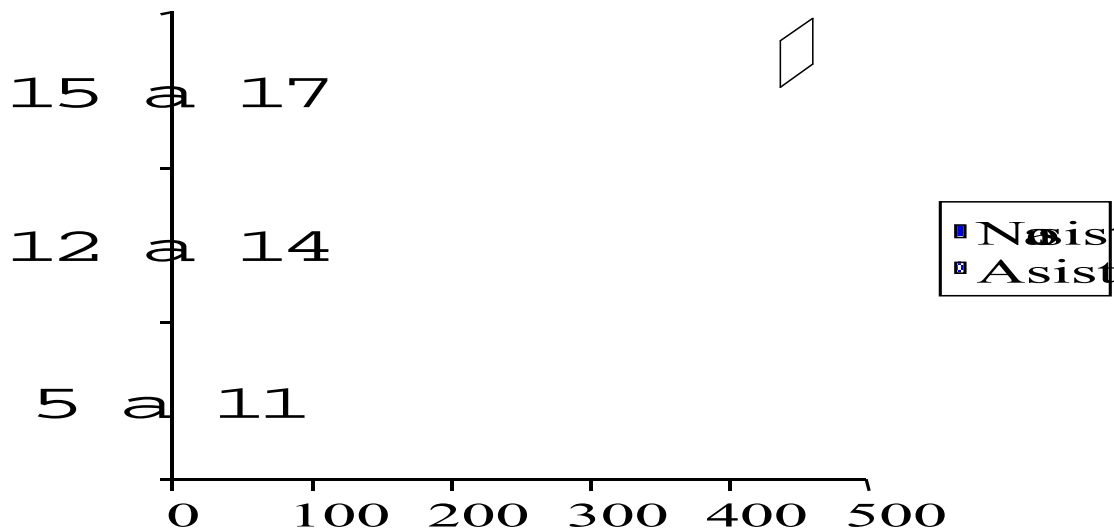
Por lo general, los trabajadores infanto-juveniles han abandonado primero la educación y posteriormente se han integrado a trabajar o se han integrado al trabajo, sin abandonar la educación; más de la mitad de los trabajadores infanto-juveniles continúan estudiando. En la investigación de 1995 el porcentaje de estudiantes trabajadores(as) alcanzaba el 51,5%, cifra muy similar a la obtenida en Pavas.

Por otra parte, el análisis en Pavas confirma los resultados de estudios anteriores, a mayor edad de los trabajadores infanto-juveniles muestran una menor asistencia a la educación. A medida que aumenta la edad, aumenta la incorporación en trabajos más formales, se trabaja para particulares, se establecen relaciones obrero-patronales con horarios poco flexibles y jornadas de tiempo completo, y si a esto se suma una educación formal poco atractiva para los y las adolescentes (ver aportes de los grupos focales), se puede comprender por qué los adolescentes trabajadores, particularmente los de estrato bajo no asisten a la educación formal.

La relación que los trabajadores infanto-juveniles establecen con la educación puede profundizarse si se diferencia al estudiante-trabajador (niño(a) y adolescente cuya principal actividad es estudiar y que la complementa con una actividad económica) del trabajador estudiante (niño(a) y adolescente cuya principal actividad es trabajar y la complementan con la educación). Esta diferencia debería ser analizada en detalle en futuras investigaciones.

GRÁFICO 17

Población trabajadora de 5 a 17 años por asistencia a la educación regular, según grupos de edad
Pavas, 1998.



Fuente: UNICEF - UCR, 1998. Encuesta sobre "Trabajo infantil y adolescente en áreas urbanas, distrito de Pavas".

En cuanto a la relación asistencia a la educación, trabajo y estrato socioeconómico, muestra que entre los trabajadores infanto-juveniles de estrato medio-alto solo un 30% no estudia, mientras que los que no estudian del estrato económico bajo alcanzan el 58%. En el estrato bajo los(as) niños(as) y adolescentes han abandonado la educación al integrarse en actividades productivas, mientras en los estratos medios y altos la inserción en actividades productivas es una tarea complementaria al estudio. Esto se confirma si se analiza el grupo etáreo de 15 a 17 años, donde de cada 100 trabajadores que no estudian 87 pertenecen al estrato bajo y 13 al estrato medio y alto.

b) La escolaridad

Las condiciones socioeconómicas del entorno familiar, favorecen o desfavorecen la permanencia de los trabajadores infanto-juveniles en la educación. En los estratos medios y altos un clima educacional alto, sumado a una mayor disposición de recursos, permite a la familia mantener y presionar al adolescente para que permanezca en algún sistema educativo.

En el estrato bajo, para quienes no quieren seguir estudiando, solo hay tres opciones: trabajar (una minoría), quedarse ayudando en la casa (principalmente las mujeres), o no hacer nada, convirtiéndose en una población en riesgo social (la mayoría).

La situación de desventaja respecto de la escolaridad entre el estrato medio y alto y el estrato bajo se nota con mayor claridad en el grupo etáreo de 15 a 17 años. Dentro de los jóvenes de estas edades del estrato bajo, más del 64% de los adolescentes se ubican en niveles de escolaridad inferiores a la primaria, mientras que los del estrato medio y alto, el 74%, se ubican en niveles superiores a primaria.

En el estrato bajo hay una mayor proporción de adolescentes que abandonan la educación secundaria. Un clima educacional menos favorable en el hogar, un entorno de pobreza y poca motivación y un bajo rendimiento en el estudio son algunos de los factores que intervienen para que el adolescente no ingrese o deserte de la educación secundaria.

c) El rezago educativo

El porcentaje de niños, niñas y adolescentes trabajadores con rezago escolar en Pavas muestra un ligero aumento respecto del estudio nacional de 1995, particularmente entre los de 12 y 17 años. Dicho porcentaje, dentro de la población trabajadora de 12 a 14 años, casi triplica el resultado en el ámbito nacional.

Además, como se puede observar, el rezago es mayor entre los de 15 a 17 años, alcanzando al 50% de los trabajadores de estas edades.

Recuadro 1

Comparación del porcentaje de población de 5 años y más trabajadora con rezago educativo por grupos de edad: promedio nacional (1995) y Pavas (1998)					
	Sin rezago	5 a 11	12 a 14	15 a 17	Ignorado
Nacional	34,3%	4,0%	5,0%	45,4%	12,3%
Pavas	31,0%	5,0%	14,0%	50,0%	0,0%

En cuanto a las diferencias por sexo, por lo general, las mujeres muestran mejores niveles de escolaridad y menos rezago que los hombres; los trabajadores infantiles y adolescentes de Pavas no son la excepción.

CUADRO 24

Población de 5 años trabajadora por sexo según años de rezago, Pavas, 1998.
(valores absolutos y relativos)

Años de rezago	Total		Mujeres	
	Abs.	%	Abs.	%
Total	1.182	100	394	100
Sin rezago	361	30,0	198	50,3
Un año	235	20,0	62	15,7
Dos años	189	16,0	78	20,0
Tres años más	397	34,0	56	14,0

Fuente: UNICEF UCR, 1998. Encuesta sobre Trabajo Infantil: áreas urbanas y distritos de Pavas.

Como se puede apreciar, de cada 10 mujeres trabajadoras menores de edad, 5 tienen rezago, mientras que de cada 10 hombres trabajadores infanto-juveniles, 7 lo han sufrido. La mayor parte de los trabajadores presentan algún nivel de rezago (70%), mientras que en la población total de 5 a 17 años, el rezago alcanza al 31%.

El rezago educativo se concentra, principalmente, en los estratos bajos donde más del 81% de los trabajadores infanto-juveniles presentan rezago, contra solo el 40% de rezago entre el estrato medio y alto. Asimismo, no solo es desigual el porcentaje de población infanto-juvenil trabajadora con rezago, sino también la intensidad con que afecta a los trabajadores. El rezago es de mayor intensidad en los y las trabajadoras del estrato bajo, pues, por ejemplo, el porcentaje de trabajadores del estrato bajo con tres o más años de rezago es del 42,5%, frente únicamente al 11% en el estrato medio y alto. Esta disparidad en el rezago, aumenta la brecha y acentúa las desventajas de los niños y adolescentes del estrato bajo para alcanzar mejores empleos y aumenta el riesgo, cuando aún están en el sistema educativo, de que lo abandonen.

CUADRO 25

Población de 5 años trabajadora estrato según años de rezago escolar
Pavas, 1998

(valores absolutos y relativos)

Años de rezago	Total		Estrato bajo		Estrato medio alto	
	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%
Total	1.182	100	844	100	338	100
Sin rezago	361	30,0	159	19,0	202	60,0
Un año	235	20,0	173	20,5	62	18,0
Dos años	189	16,0	152	18,0	37	11,0
Tres años o más	397	34,0	360	42,5	37	11,0

Fuente: UNICEF - UCR, 1998. Encuesta sobre "Trabajo infantil de los adolescentes en áreas urbanas del distrito de Pavas".

BIBLIOGRAFÍA

- ÁREA DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS (1998). **"Encuesta de hogares de propósitos múltiples. Módulo de empleo principales resultados"**. San José, Costa Rica.
- CEPAL (1995). **"Panorama social de América Latina"**. Naciones Unidas.
- CORDERO, A. (1996). **"Sistematización de diagnósticos de Rincón Grande de Pavas"**. Equipo Integral de Naciones Unidas, San José.
- GARCÍA, E.; ARALDSEN, H. (1994). **"El debate actual sobre el trabajo infanto-juvenil en América Latina y el Caribe: tendencias y perspectivas"**, UNICEF, Santa Fe de Bogotá, Colombia.
- MONASTA, L. (1997). **"Upala: condiciones de vida y derechos humanos"**, UNICEF/ACNUR/ OIT-IPEC/ PNUD-PRODERE, San José.
- OIT-GINEBRA (1996). **"El trabajo infantil. Lo intolerable en el punto de mira"**.
- OSORIO, R. (1997). **"El trabajo infanto-juvenil y los derechos de los niños, niñas y adolescentes"**. Adolescencia, Derechos de la Niñez y Pobreza Urbana en Costa Rica. UNICEF-HABITAT, San José.

- ROJAS, A. (1998). ***“Rincón Grande de Pavas. Plan estratégico de desarrollo local, 1998-2005”***.
- TORRICO, L. (1996). ***“¿Quiénes son y por qué trabajan los niños en Costa Rica?”***, Serie Monitoreo y Evaluación N° 2. UNICEF-PANI. Costa Rica.
- UNICEF (1997). ***“El trueque virtuoso: educación por trabajo infantil”***. Un camino seguro hacia la construcción de la ciudadanía de la infancia. San José, Costa Rica. (Sin publicar).
- UNICEF (1997). ***“Estado mundial de la infancia 1997”***.
- UNICEF-COSTA RICA (1997). ***“Educación y trabajo infanto-juvenil”***.
- UNICEF-DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES (1998). ***“Código de la Niñez y la Adolescencia”*** Ley N° 7739 del 6 de febrero de 1998.
- VALVERDE, M. (1993). ***“Integración o disolución sociocultural. El nuevo rostro de la política social”***. Editorial Porvenir, San José.

* * *

ANÁLISIS DE LA NORMATIVA COSTARRICENSE SOBRE TRABAJO INFANTO-JUVENIL

Douglas Durán Chavarría

CAPÍTULO I:

LOS CUERPOS NORMATIVOS QUE REGULAN EL TRABAJO INFANTO-JUVENIL EN COSTA RICA: SU EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL*

1. EL CÓDIGO DE TRABAJO

El Código de Trabajo (C. T.), promulgado en 1943, que había derogado expresamente las normas sobre el trabajo de los menores de edad, contenidas en el Capítulo VI del C. I. de 25 de octubre de 1932, mediante el artículo 15 de su sección referente a las disposiciones derogatorias, reguló lo relacionado con el trabajo infanto-juvenil, prohibiendo absolutamente las labores de las personas menores de doce años de edad (artículo 89c)¹.

A partir del umbral de los doce años, el C. T. reguló el trabajo de los niños entre doce y dieciocho años, estableciendo toda una serie de limitaciones que dependen de las diferentes labores que pudieren desempeñar y regulan lo relativo a su contratación, horarios, etc.

Así, permitiendo el trabajo de los menores de quince años, fijó en esa edad el mínimo requerido para poder contratar: el artículo 46 estipulaba que tendrían "...capacidad para contratar su trabajo, para recibir la retribución convenida y, en general, para ejercer todos los derechos y acciones que nazcan del presente Código, de sus reglamentos y de sus leyes conexas, los menores de edad, de uno u otro sexo que tengan más de quince años..." Estableció, mediante el numeral 47, que las contrataciones de los trabajadores ubicados en la franja etárea entre los doce y los quince años deberían celebrarse con su representante legal (quien tuviere la patria potestad, tutor, guardador o curador), o en su defecto con el Patronato Nacional de la Infancia.

Partiendo de esta base, de forma similar a como lo hizo el C. I. en sus artículos 40 a 47, el C. T. estableció, a través de su articulado, las diferentes prohibiciones, dependiendo de la edad del trabajador, de la labor por desempeñar y de las características especiales de esta.

* *En: Serie Documentos de trabajo N° 5: análisis de la normativa costarricense sobre el trabajo infanto-juvenil. Douglas Durán (invest.), San José, UNICEF/UCR, 1999.*

1 *El tema era regulado en el C. I., entre otros, por el artículo 41, el cual también prohibía el trabajo de las personas menores de doce años, sin embargo, hacía al respecto una salvedad, al autorizar el trabajo incluso de niños menores de doce años en el caso contemplado en el inciso tercero del artículo 40, el cual establecía pena de arresto o multa para los padres, tutores, guardadores "...y en general toda persona que tenga a su cargo la mantención y crianza de menores de doce años, que los emplearen en calidad de domésticos con ánimo de lucrar de su trabajo, salvo cuando se comprobare que el menor tiene necesidad de trabajar para proveer su propia existencia, por carecer las antedichas personas de los medios necesarios".*

Así, por ejemplo, el artículo 87 *ab initio*, prohíbe de manera absoluta el trabajo de menores de dieciocho años en labores insalubres, pesadas o peligrosas en los aspectos físico o moral².

Igualmente, el numeral 88a, prohíbe el trabajo nocturno de los menores de dieciocho años y el diurno de los mismos "...en hosterías, clubes, cantinas y en todos los expendios de bebidas embriagantes de consumo inmediato..."³

En lo concerniente a la cantidad de horas laborables que el C. T. establecía para los menores de edad, el artículo 89, en sus incisos a) y b), fijaba como máximo el trabajo por siete horas diarias y cuarenta y dos semanales, para las personas dentro del grupo etéreo de quince a dieciocho años⁴, y por cinco horas diarias y treinta semanales para las menores de quince años.

En relación con el interés del Estado por priorizar la educación, el artículo 89d del C. T. prohibió "...la ocupación de menores comprendidos en la edad escolar que no hayan completado, o cuyo trabajo no les permita completar, la instrucción obligatoria...", interés que ya se había manifestado en el C. I. en el artículo 40, inciso segundo. Sin embargo, el Código de 1943 significa un progreso⁵ en el tanto en que no se contempla la excepción que contenía el numeral 40, cuando daba a las Juntas Provinciales de Protección de la Infancia la potestad de autorizar el trabajo de tales menores en edad escolar, cuando lo consideraren indispensable "...para el sustento de los mismos o de sus padres o hermanos..."

De igual manera, el artículo 90 del C. T. reprodujo lo que ya el C. I. regulaba en sus numerales 45 y 47; es decir, la prohibición del trabajo de los menores de edad en labores por cuenta propia o ajena, en las calles o sitios públicos, cuando fuere realizada por menores de quince años. También se reguló en esta norma el trabajo de los niños y adolescentes como actores.

Lo mismo que en el caso de la prohibición de emplear niños en edad escolar, esta regulación sobre los trabajos en calles o sitios públicos en el C. T. constituyó un progreso respecto de lo que establecía el C. I., ya que fue eliminada de la ley la posibilidad de que las Juntas Provinciales de Protección de la Infancia autorizaran este tipo de actividades a niños por debajo de la edad establecida para la prohibición, suponemos, en los mismos casos que preveía el artículo 40 del C. I.⁶

2 En el mismo sentido, el inciso quinto del artículo 40 del C. I.

3 Este artículo refunde los textos de los numerales 42 y 46 del C. I., mas dejando atrás la exclusión que hacía este al permitir el trabajo nocturno de los menores de dieciocho años en el servicio doméstico, e incluyendo la definición de trabajo nocturno como aquel comprendido entre las diecinueve y las cinco horas, en lo cual difiere de lo que establecía el numeral 88 in fine del C. T., pues establecía este que se consideraría como nocturno el trabajo de los menores de edad realizado entre las dieciocho y las seis horas.

4 El legislador de 1943 siguió en este punto los límites que el C. I. había establecido.

5 Obviando la permisión contenida en el párrafo final del artículo 89 del C. T., en cuanto a la posibilidad de emplear personas menores de edad en las actividades agrícolas y ganaderas con el mismo horario de los adultos.

6 Sin embargo, curiosamente, también hubo un retroceso en el tanto en que el C. T. estableció la prohibición para los varones menores de quince años, mientras que en el C. I. se fijaba esa edad en dieciséis años (en el caso de las personas de sexo femenino se estableció en ambos cuerpos legales la edad de dieciocho años, con especial referencia en el C. I., a prohibir las labores de la calle para las solteras menores de esa edad, rasgo revelador de los valores y percepciones particulares de una sociedad que apenas salía del primer cuarto de este siglo).

Otra excepción que preveía el C. T. para las prohibiciones generales, en este caso concreto, la del trabajo nocturno de los niños y adolescentes, era la contenida en el artículo 91, que establecía que el Patronato Nacional de la Infancia podía otorgar, en casos muy calificados, autorización para el trabajo nocturno de los adolescentes que hubieren cumplido dieciséis años, siempre que esas labores se enmarcaran dentro del contexto de aprendizaje o formación profesional.

2. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Además de la Convención sobre los Derechos del Niño⁷, el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la edad mínima de admisión al empleo, ratificado por Ley número 5594 de 10 de octubre de 1974, es el instrumento internacional más relevante en la materia.

El Convenio, en su artículo 1, establece como principio general el compromiso del Estado para seguir una política tendente a la abolición efectiva del trabajo de los niños y a la elevación progresiva de la edad mínima de admisión al trabajo.

En el artículo 2.3 se establece que la edad mínima no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a quince años, y prevé como excepción a esta regla el caso de los países cuya economía y medios de educación tengan un desarrollo insuficiente, en los cuales la edad mínima podrá ser especificada en catorce años (artículo 2.4).

En relación con las labores peligrosas para la salud, la seguridad o la moralidad, el numeral 3.1 fija los dieciocho años como umbral bajo el cual se prohíbe la realización de este tipo de trabajos. Esta disposición es temperada por lo establecido en el párrafo tercero del mismo artículo, el cual establece la posibilidad para el Estado de autorizar el trabajo de personas a partir de los dieciséis años en ese tipo de labores; ello en el supuesto de que se garanticen la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes que realicen tales labores, quienes deberán haber recibido instrucción o formación profesional en la rama correspondiente.

El mismo Convenio prevé la desaplicación de algunas de sus normas; sin embargo, considera la imposibilidad de hacerlo respecto de las labores peligrosas para la salud, la seguridad o la moralidad del trabajador, enumeradas en el artículo 3.

También el Convenio autoriza a los Estados miembros para limitar inicialmente el campo de aplicación del instrumento por razones económicas y de insuficiente desarrollo de los servicios administrativos, mas estableciendo como mínimo la aplicación del Convenio en ciertas actividades que él mismo fija, a saber, el trabajo en minas y canteras, industrias manufactureras, construcción, servicios de electricidad, gas y agua, saneamiento, transportes, almacenamiento y comunicaciones, plantaciones y otras explotaciones agrícolas

⁷ Este instrumento, en lo que interesa, establece en su artículo 32 el reconocimiento por parte de los Estados Partes del derecho del niño a la protección contra la explotación económica y contra la realización de trabajos que pudieren ser peligrosos o que pudieren entorpecer su educación, o que representaren peligro para su salud, su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Por otra parte, también preceptúa este numeral que los Estados deberán fijar la edad mínima para trabajar, lo mismo que reglamentar los horarios y condiciones de trabajo. Igualmente se establece que se deberán estipular las penalidades o sanciones para garantizar la aplicación efectiva de tales disposiciones.

que produzcan principalmente para el comercio, excepto por las empresas familiares o de pequeñas dimensiones que produzcan para el mercado local y que no empleen regularmente trabajadores asalariados (artículo 5.3).

Otra exclusión que está contenida en el texto, concretamente en el artículo 6, es la referida al trabajo realizado por las personas menores de edad en escuelas de enseñanza general, profesional o técnica, en instituciones de formación, así como el de las personas de por lo menos catorce años en empresas. El trabajo en estas instituciones se puede realizar, siempre que se lleve a cabo dentro del marco de cursos de enseñanza o formación, de los que sea responsable una escuela o institución de formación, de programas de formación desarrollados en la empresa, pero con aprobación de la autoridad competente, o, en el caso de trabajo, en un programa de guía especial para la elección de un oficio o de un tipo de formación.

Respecto de esta exclusión prevista por el artículo 6, el C. N. A., en el numeral 79, establece el principio de igualdad de derechos de todas las personas adolescentes y de estas en relación con los adultos. El artículo hace la salvedad respectiva en lo tocante al contrato de aprendizaje, y agrega que solo podrán ser contratadas como aprendices las personas mayores de quince años. En este sentido, resulta interesante que el legislador no hiciera referencia alguna a trabajadores principiantes, tal y como lo hace la Ley de Aprendizaje en su artículo 5, el cual reza:

“Adolescentes entre trece y dieciocho años de edad podrán ser contratados en calidad de trabajadores principiantes en ocupaciones semicalificadas (...) Dichas contrataciones deben hacerse previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a los empresarios que así lo soliciten. Este Ministerio establecerá, en cada caso, el permiso correspondiente, asegurando la protección de los trabajadores principiantes sobre todo en lo referente a la salud y a las facilidades para realizar estudios.”

Nos parece que la prohibición, para todo trabajo, de personas menores de quince años, que introduce el C. N. A. es de índole absoluta, por lo que no era necesaria referencia alguna a ningún posible contrato de aprendizaje por debajo de esa edad, aunque no sobraba hacerlo, dada la exclusión comentada que prevé el Convenio. Debemos entender también, entonces, de acuerdo con la nueva normativa introducida por el C. N. A., que, para usar la terminología de la Ley de Aprendizaje, **solo podrán ser contratados como trabajadores principiantes los mayores de quince años.**

En el numeral 7.1 se establece una serie de excepciones, las cuales consisten en la posibilidad que tiene el Estado de permitir el trabajo de personas de trece a quince años en lo que el Convenio denomina “trabajos ligeros”. Preceptúa el Convenio que estos trabajos no deberán ser susceptibles de perjudicar la salud o el desarrollo del menor de edad, ni de naturaleza tal que puedan perjudicar la asistencia del trabajador a la escuela o a programas de orientación o formación profesional, condiciones en las cuales se podrá igualmente autorizar el trabajo de personas de por lo menos quince años, que aún estén sujetas a obligación escolar (7.2)⁸.

8 *Esta excepción prevista por el Convenio, la cual autoriza el trabajo, bajo los parámetros que el mismo instrumento establece, de personas menores de quince años, podría ser vista como una derogatoria tácita específica, en esos casos, respecto de la prohibición establecida por el artículo 92 del C. N. A. (prohibición del trabajo de las personas menores de quince años) dado el mayor rango jerárquico de la norma contenida en el artículo 7. Sin embargo, es menester hacer una lectura de tales normas a la luz de los principios generales que rigen el tema, sobre todo del principio del interés superior del niño. En efecto, si partimos de un enfoque basado puramente en el argumento de la jerarquía normativa, ciertamente, llegaríamos a la conclusión mencionada; no obstante, debe analizarse el aparente conflicto desde el punto de vista del principio que venimos de subrayar. A este respecto, es evidente que deberá privar el interés superior que se deriva de la necesidad de proteger el derecho que tienen los niños de acceder a la educación, lo cual se ve perturbado, sin duda alguna, por la inserción temprana del menor de edad en el mercado laboral. Esta conclusión, que es, a nuestro juicio, la más acertada, daría como resultado la prevalencia de la norma nacional sobre la internacional, quedando esta sin aplicación posible a nivel de Derecho interno.*

Muy importante es lo que establece el artículo 9.1, por cuanto determina que se deberán prever las medidas necesarias, incluso sancionatorias, para asegurar la aplicación efectiva de las disposiciones del Convenio.

En el párrafo tercero del mismo artículo 9 se menciona que la legislación nacional o la autoridad competente prescribirá los registros u otros documentos que deberá llevar el empleador, señalándose que estos deberán indicar nombre, apellidos y edad o fecha de nacimiento de todas las personas menores de dieciocho años que laboren para él.

3. EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

El C. N. A., aprobado el seis de enero de mil novecientos noventa y ocho, viene a introducir una normativa totalmente orientada a armonizar el ordenamiento jurídico interno, con lo que los instrumentos internacionales ratificados ya por el país establecían⁹, a saber, un sistema en el cual primara el interés superior de los niños y adolescentes, a través de la puesta en práctica de la doctrina de la protección integral.

Debe aclararse que el cambio que implica este nuevo código en materias tan diversas como el Derecho de Familia, el Derecho Laboral y otros, había sido precedido por la reforma referente a los niños y adolescentes en conflicto con la norma penal, cuya realización se dio hace ya dos años con la L. J. P. J. Esta vendría, eventualmente, a ser complementada por la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, cuyo proyecto fue publicado en La Gaceta del 6 de noviembre de 1997, las cuales, lo mismo que el C. N. A., ponen en vigencia, a nivel interno, los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y de otros instrumentos relacionados¹⁰.

La presencia de la doctrina de la protección integral es introducida en el C. N. A. de manera expresa en su artículo 1, cuando se preceptúa que el Código "...constituirá el marco jurídico mínimo para la protección integral de las personas menores de edad..."

El trabajo de los menores de edad se encuentra regulado por el C. N. A. en el Capítulo VII del Título II (Derechos y Obligaciones), el cual está notoriamente influido, a través de su articulado, por los diferentes principios y disposiciones que dimanar de los instrumentos internacionales supraindicados. Basta con mirar el primero de los artículos de este capítulo para darse cuenta de ello, pues establece que "El Estado reconocerá el derecho de las personas adolescentes mayores de quince años a trabajar con las restricciones que imponen este código, los convenios internacionales y la ley. Este derecho podrá limitarse solamente cuando la actividad laboral importe riesgo, peligro para el desarrollo, la salud física, mental y emocional o cuando perturbe la asistencia regular al centro educativo..." En esta norma se encuentran contenidos principios claramente establecidos por la C. D. N.

9 *Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la edad mínima de admisión al empleo, en cuanto concierne al aspecto laboral.*

10 *Por ejemplo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Pekín), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Pautas de Riad).*

En efecto, este primer artículo del Código, al limitar el empleo en los casos en que se perturbe la asistencia a la escuela, no viene más que a hacer operativo el principio contenido en el artículo 32.1 de la C. D. N., según el cual los Estados Partes "...reconocen el derecho del niño a estar protegido contra (...) el desempeño de cualquier trabajo que pueda (...) entorpecer su educación..." Igualmente, vemos cómo el numeral del Código hace eco de lo que establece esta norma de la C. D. N., en lo que respecta a labores peligrosas o nocivas para la salud o el desarrollo físico y mental del menor de edad.

Luego de poner énfasis en el artículo 79, sobre la igualdad de menores de edad y adultos ante la ley, en materia laboral, el C. N. A., en su artículo 81, encarga al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dictar las políticas laborales de los adolescentes trabajadores. Estas deberán crear mecanismos de apoyo a las familias de los adolescentes trabajadores, ya sea a través del Programa Nacional de Apoyo a la Micro y Pequeña Empresa, u otros. Sin embargo, en el artículo en mención se nombran dos ítemes más de suma importancia, a saber, que esas políticas deberán evitar la inserción temprana al trabajo de los adolescentes y estimular el aprendizaje de oficios con vistas a la incorporación del menor de edad en el mercado laboral. Con lo anterior, pretende el redactor que se dé vigencia a lo que, precisamente en su acápite sobre política nacional, establece la Rec. 146, cuando indica que "...debería concederse la mayor atención a ciertos aspectos de la planificación y la política nacionales tales como (...) el desarrollo y la extensión progresiva de facilidades adecuadas de enseñanza y de orientación y formación profesionales..."¹¹

Además de elaborar las políticas mencionadas, le corresponderá al Ministerio de Trabajo la coordinación de las actividades de las instituciones relacionadas con el trabajo adolescente, tales como el Instituto Nacional de Aprendizaje, el Patronato Nacional de la Infancia y los servicios de salud y educación (artículo 82).

De gran importancia es el artículo 83, por cuanto mediante esta norma se encarga también al Ministerio de Trabajo la reglamentación del Código, en todo cuanto tenga que ver con contratación de menores de edad y con el tipo de labores permitidas y las condiciones de trabajo. Esta norma se vio alterada en el transcurso de la tramitación del Código en la Asamblea Legislativa, pues inicialmente se preveía en el Proyecto que también le correspondería al Ministerio la fijación de los salarios mediante reglamento. Esto parecía improcedente en vista de que, en general, los salarios mínimos los define el Ejecutivo mediante decreto, en el caso del sector público y por acuerdo del Consejo Nacional de Salarios, también mediante decreto, en cuanto al sector privado¹².

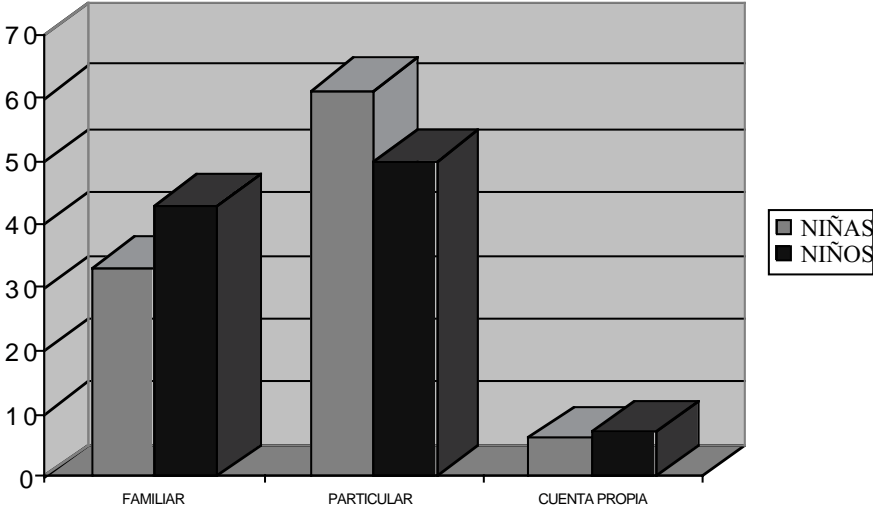
Uno de los aspectos que tocó la Conferencia de Oslo sobre Trabajo Infantil (Oslo, 27-30 de abril de 1997) fue el trabajo en el sector informal y otros. Se abordó la necesidad de no hacer diferencias a nivel

11 El artículo 81 no debe ser visto de manera aislada, sino que se le debe analizar como parte integrante de todo un conjunto de importantes normas que se encuentran dispersas por todo el C. N. A. y que constituyen un complejo tejido referente a aspectos de política nacional, a saber, los artículos 31, 38 y 51. Por ejemplo, el artículo 38 es sumamente relevante por el énfasis que pone en la conformación de redes de promoción y ayuda a la familia por parte del Estado, con las cuales se busca impulsar el facilitamiento de la formación y capacitación de los padres con vistas a su inserción adecuada al mercado laboral. En efecto, con ello queda patente la interrelación de esta norma con el artículo 81 sub *examine*, toda vez que está claro que, con una correcta y eficiente política laboral dirigida a los padres de familia, se reduce el riesgo de que los menores de edad se vean obligados, por razones socioeconómicas, a trabajar para ayudar en la subsistencia del grupo familiar. Una adecuada articulación de mecanismos como los contenidos en los artículos aquí mencionados, incluyendo el 81 —bien concreto en cuanto nos interesa en el tema del trabajo infanto-juvenil— debe llevar a una mejora en las condiciones sociales de la población, que influirá en la reducción del trabajo de los niños. Vemos en el 31 importantes referencias a otros aspectos de política social, v. gr., salud y, de gran interés en el tema de la erradicación del trabajo de los niños, el de la trascendencia de la educación.

12 Véase, al respecto, la observación que planteara la Procuraduría General de la República dentro del criterio que vertiera por consulta que hiciera la Asamblea Legislativa (Expediente Legislativo número 12839, tomo II, folio 458).

legislativo respecto de esos sectores¹³, y precisamente uno de los mayores aciertos del C. N. A. es que no se ha limitado únicamente al sector de los menores de edad que prestan su fuerza de trabajo a un particular, sino que ha extendido su ámbito de protección a otros sectores de la población laboral adolescente: los que trabajan por cuenta propia, en el sector informal, a domicilio o en trabajo familiar. Una decisión legislativa tal, es importante desde el momento en que se ha constatado que gran cantidad de personas menores de edad laboran en condiciones como las previstas por el artículo 84 del C. N. A. En efecto, hay cuantificaciones muy interesantes que logran demostrar, por ejemplo, el trabajo por cuenta propia y el trabajo familiar de los menores de edad:

NIÑOS QUE TRABAJAN, SEGÚN PERSONA PARA QUIEN REALIZAN EL TRABAJO



Fuente: UNICEF. *Guía Informativa Nº 5. Características del Trabajo Infanto-Juvenil, 1997, p. 23.*

El artículo 85 es la norma mediante la cual se establece la validez plena de la relación laboral o el contrato de trabajo entre el acreedor del trabajo y el trabajador adolescente mayor de quince años. Esta norma viene a referirse a lo que preceptuaba el artículo 46 del C. T., numeral que, igualmente, daba valor desde el punto de vista contractual a las obligaciones que en el campo laboral contrajeran las personas menores de edad con más de quince años. Sin embargo, el numeral del C. T. tenía aun mayor razón de existir, por cuanto dentro del contexto del sistema que este cuerpo legal regulaba, se permitía el trabajo de las personas comprendidas dentro del grupo etáreo de doce a quince años, el cual no podía obligarse, por lo que su contratación se debía realizar por medio de su representante o, en su defecto, por el Patronato Nacional de la Infancia (artículo 47 del C. T.).

El artículo 86 del C. N. A. viene a ser un complemento del 85. Tiene una doble regulación, en cuanto, primeramente, reitera la facultad de las personas adolescentes para obligarse en materia laboral; y en segundo lugar, en cuanto fija la capacidad procesal del adolescente para reclamar en sede administrativa el cumplimiento de las normas laborales, tanto como la facultad de accionar en sede jurisdiccional en busca

13 "There should be no exclusions for domestic service, work in agriculture, work in the informal sector, and work in family undertakings." (Oslo Conference on Child Labour; Report from Technical Session, p. 2).

de la tutela de sus derechos derivados de la relación laboral. Estos derechos, de igual manera, estaban previstos para los trabajadores de quince a dieciocho años en el artículo 46 del C. T.

A partir del artículo 87 y hasta el 89 inclusive, el C. N. A. plasmó las normas que vendrían a establecer la relación que habrá, a partir de ahora, entre el trabajo adolescente y la educación.

El artículo 87 establece un imperativo que lleva ínsito uno de los postulados más importantes, actualmente, en materia de erradicación del trabajo infante-juvenil, a saber, el carácter eminentemente prioritario de la educación, no solamente como un fin en sí misma, sino también como instrumento principal en la lucha contra la inserción temprana de los niños y adolescentes en el ámbito laboral.

La norma citada establece que el derecho y la obligación de educarse de las personas menores de edad deberán ser armonizados con el trabajo de las personas adolescentes, que deberá ejecutarse sin detrimento de la asistencia al centro educativo. Este precepto se deriva directamente del texto del artículo 32.1 de la C. D. N., según el cual los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda entorpecer su educación.

De seguido, en el mismo numeral 87 se indica que el Ministerio de Educación Pública diseñará las modalidades y los horarios escolares que permitan la asistencia de los trabajadores adolescentes a los centros educativos, aspecto que también responde a la obligación que la C. D. N. ha impuesto a los Estados Partes en el artículo 32.2b¹⁴.

Los preceptos sobre educación, hasta ahora mencionados, vienen a complementarse con una importante disposición que garantizará un mayor control sobre los casos de menores de edad trabajadores, cuando estos se encuentren estudiando, cual es el deber que tendrán ahora las autoridades de los centros educativos de velar porque el trabajo no incida negativamente en la asistencia y el rendimiento escolar (artículo 87, párrafo segundo).

De manera acertada, el redactor no ha dejado esa obligación de velar porque las actividades laborales no afecten la educación del menor de edad trabajador como un mero postulado sin eficacia posible, ya que la ha complementado convenientemente con la parte final del segundo párrafo del artículo 87 (deber por parte del centro educativo de informar a la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo). Tal y como está redactado, este párrafo permite al educador informar a la Inspección no solamente sobre circunstancias laborales que interfieran en el proceso educativo del adolescente, sino, en general, sobre toda otra circunstancia que tenga relación con la actividad laboral del educando. En efecto, el tenor de este párrafo es claro en su redacción: "Las autoridades de los centros educativos velarán porque el trabajo no afecte la asistencia y el rendimiento escolar. Deberán informar, a la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cualquier situación irregular en las condiciones laborales de los educandos..." (El subrayado es nuestro).

Este párrafo que se analizó es innovador, pues establece un mecanismo de controles cruzados para la verificación del cumplimiento de las normas protectoras del menor de edad trabajador, en el tanto en que

14 "Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para asegurar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: (...) dispondrán la reglamentación apropiada, de los horarios y condiciones de trabajo."

una instancia que, hasta el momento, se había mantenido, al menos desde el punto de vista normativo, ajena a tal función contralora, ahora se ve, por imperativo legal, obligada a reportar a la Inspección de Trabajo irregularidades relacionadas con el trabajo de los menores de edad.

La eficacia de esta nueva labor asignada al sistema educativo, dentro del sistema de protección del trabajador adolescente, dependerá del grado de coordinación que ambas instancias (escuelas-Inspección) desarrollen. Además, dependerá del seguimiento que la Inspección dé a los casos de situación laboral irregular que lleguen a su conocimiento por medio de los centros educativos; tal seguimiento debe poder concluir necesariamente, cuando ello proceda, con la denuncia por infracción a las leyes de trabajo que corresponda incoar en sede jurisdiccional.

Desde el punto de vista práctico, este nuevo sistema previsto por el C. N. A. propone un mecanismo que podría ser, si el Ministerio de Educación se lo propone, un medio extremadamente eficaz y útil en la detección rápida de situaciones problemáticas en materia de trabajo infanto-juvenil¹⁵, tal y como lo ha sido tradicionalmente, por ejemplo, en la de situaciones de abuso sexual, dada la estrecha y cotidiana relación que el educador tiene con el niño y con el adolescente a su cargo, contexto en el cual la comunicación interpersonal se encuentra privilegiada.

El artículo 88 es complemento, sobre todo, del 87, párrafo primero, pues establece la obligación de los acreedores del trabajo, que empleen adolescentes, de concederles facilidades que hagan compatible su trabajo con la asistencia regular al centro educativo.

Los numerales 90 y 91 regulan lo relativo al régimen de despido del trabajador menor de edad. Mediante estos artículos se crea un verdadero fuero especial para el trabajador adolescente.

Este fuero especial para los trabajadores adolescentes se crea por parte del legislador, lo mismo que en el caso de ciertos trabajadores adultos, por la especial vulnerabilidad que tienen y por el interés social y del Estado en protegerles, tal y como se hace ya en el caso de la mujer embarazada o en período de lactancia, o en el del sindicalista.

En efecto, en el artículo 90 se establece la obligación, a cargo del patrono, de notificar a la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo del despido con responsabilidad patronal de toda persona adolescente a su servicio. Esto con el fin, dice el Código, de que la Inspección le brinde al menor de edad el asesoramiento necesario. En cuanto concierne al despido con justa causa del menor de edad trabajador, el artículo 91 establece todo un procedimiento autónomo en sede administrativa.

Reza la norma citada que, de previo al despido por justa causa "...el patrono deberá gestionar la autorización ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, ofreciendo las pruebas que estime pertinentes. Esta Oficina verificará la existencia de la causal alegada, en el plazo máximo de ocho días hábiles. Para ello deberá escuchar a la persona adolescente y recibir la prueba que se considere necesaria".

¹⁵ A tomar en cuenta como un punto por desarrollar dentro de futuros planes de capacitación que se planeen dentro de las estrategias que elabore el Ministerio de Educación Pública.

Como puede observarse, se crea un proceso previo al que debe recurrir el empleador necesariamente antes de proceder a despedir. Aunque la norma al respecto no es extensa —se refiere someramente a que se escuchará a ambas partes y se evacuará la prueba necesaria—, es evidente que tal procedimiento debe estar revestido de los requerimientos mínimos del debido proceso, para que el mismo no tenga vicios de inconstitucionalidad.

Se asigna a la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, la función de verificar la existencia de la causal alegada, dentro del plazo legal de ocho días. Una vez realizada la instrucción del asunto, si la Dirección desautorizare el despido, el párrafo segundo del artículo 91 establece lo que en la doctrina procesal se conoce como recurso jerárquico impropio: un recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Trabajo, el cual tendrá efecto suspensivo¹⁶.

De gran importancia es el párrafo final de este artículo, pues en él se establecen las consecuencias que acarrea al patrono la inobservancia del procedimiento de despido: se establece la responsabilidad patronal en el despido no tramitado con arreglo a este proceso, con los efectos a nivel patrimonial que deberá afrontar el empleador. Por ejemplo, su obligación de pagar al trabajador lo establecido por los artículos 28, 29 y 153 del Código de Trabajo.

Sin embargo, es al final del artículo sub exámine donde se encuentra el elemento de mayor relevancia dentro de este nuevo instituto, tanto por lo novedoso de su naturaleza en cuanto a menores de edad, como por lo radical de la solución que propone en el campo de la protección del menor de edad trabajador, a saber, la reinstalación en los casos en que se incumpla el procedimiento en sede administrativa.

En efecto, este mecanismo viene a crear un verdadero fuero para el trabajador adolescente, es decir, un régimen de privilegio, un sistema de protección especial, el cual se materializa en este caso a través de un procedimiento específico para la tramitación del despido. Lo anterior no es más que una forma de dar eficacia a una norma programática de la Carta Magna, la cual es bastante clara al referirse a la protección especial del Estado, en su artículo 51, donde establece que tendrán derecho a esa protección “...la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido”.

El sistema creado con este fuero es bastante similar al que se introdujera en el C. T. para las mujeres embarazadas o en período de lactancia, mediante la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer en 1990, aunque tiene algunas diferencias. Una muy notoria es que el recurso jerárquico impropio para ante el Tribunal Superior de Trabajo, previsto por el artículo 91 del C. N. A. no existe en el caso de la adición hecha por la Ley de 1990. Este mecanismo, que hace efectivo el principio de doble instancia, viene a magnificar el debido proceso en sede administrativa; sin embargo, constituye, quizá, una dilación extrema del procedimiento, partiendo del hecho de que, luego, el contencioso se verificará en sede jurisdiccional, donde el proceso está revestido del garantismo necesario para hacer efectivo ese debido proceso recién comentado¹⁷.

16 El recurso no estaba previsto en el proyecto de ley inicial, sin embargo, fue introducido en el transcurso de la tramitación del Código, creemos nosotros, con la finalidad de dotar a este procedimiento de mayores garantías procesales para quienes en él participan.

17 Otra diferencia entre el despido del adolescente y el de la mujer en estado de embarazo o en período de lactancia, es que, en el caso de esta última, el párrafo primero, in fine, del artículo 94 prevé la facultad de la Inspección de Trabajo de ordenar la suspensión de la trabajadora mientras se resuelve la gestión administrativa de despido; mecanismo que no está previsto expresamente en el C. N. A.

Una especie de protección doble o reforzada es lo que se desprende del tenor del artículo 93 del C. N. A., en cuanto se prohíbe el despido de las adolescentes embarazadas o en período de lactancia "...de conformidad con lo que dispone el Código de Trabajo..." según reza el numeral citado. Es protección reforzada porque la adolescente encinta o en período de lactancia está cubierta tanto por el sistema que establecen los artículos 90 y 91 del C. N. A., como por el que se desprende de los artículos 94 y 94bis del C. T. Ambos fueros desarrollan los principios contenidos en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la cual fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, especialmente en su artículo 11.2^a.¹⁸

Una de las normas más importantes del C. N. A. en materia laboral, si no la más importante, es el artículo 92, que establece la prohibición del trabajo de personas menores de quince años de edad. Este artículo, por medio del cual se da cumplimiento a lo establecido por los numerales 32.2a de la C. D. N. y 6 de la Rec. 146, quiebra el sistema contenido en el C. T., ya que este permitía el trabajo de niños a partir de los doce años, estableciendo dos grupos etáreos: de doce a quince años y de quince a dieciocho años, con una regulación basada en prohibiciones específicas, bastante similares en algunos casos —por cierto— a las que fijó el C. N. A. respecto de cada grupo etáreo o fijando, en algunas labores concretas, la prohibición particular del empleo de personas menores de dieciocho años. Similar es el sistema que adoptó el legislador de 1997, mas con la importante decisión de fijar el umbral por debajo del cual no se podrían emplear menores de edad en quince años.

Esta decisión de elevar el mínimo de edad permitida para trabajar viene a ajustar la legislación nacional a normativa internacional que Costa Rica ya había ratificado y no se cumplía. Por ejemplo, el artículo 2.3 del C. 138, que establece que la edad mínima de admisión al empleo no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a quince años. En el mismo sentido, el artículo 32.1 de la C. D. N. establece que los Estados Partes "...reconocen el derecho del niño a estar protegido contra (...) el desempeño de cualquier trabajo que pueda (...) entorpecer su educación..."

Ya antes de que se legislara el C. N. A. se había considerado el tema, siendo relevante, por ejemplo, que mediante Decreto de la Asamblea Legislativa número 7680 de 10 de julio de 1997, se reformaban varios artículos del Código de Trabajo, regulando el trabajo de niños de la franja etárea entre doce y quince años. Sin embargo, mediante veto parcial de 24 de julio del mismo año, el Poder Ejecutivo dejó sin sanción las reformas que planteaba el Legislativo aduciendo, sobre todo, que las mismas se apartaban de lo que preceptuaba el C. 138 y devolviéndolas al Congreso para que este, si lo estimare oportuno, fijara como edad mínima de ingreso al empleo los quince años; reforma que, menos de tres meses después, planteó introducir el Ejecutivo mediante un proyecto de ley que se publicó en octubre de 1997, es decir, con posterioridad al Proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia, que había sido publicado en febrero de ese año¹⁹.

Otro de los aciertos de esta legislación es que fijó un solo límite de edad, sin distingo por actividad económica, según lo sugiere la Rec. 146 en su artículo 6. Ello podría no ser del todo fácil en un país como Costa Rica, en el que han predominado actividades económicas, sobre todo de naturaleza agrícola, que tradicionalmente han empleado niños desde edades muy tempranas. En efecto, el sector agropecuario es el

18 Este instrumento fue ratificado por Costa Rica mediante Ley número 6968 de 2 de octubre de 1984.

19 Alcance a La Gaceta número 41 de 27 de febrero de 1997.

primero en importancia en cuanto a la cantidad de menores de edad que en él se ocupan, llegando a emplear casi dos tercios de la población infanto-juvenil trabajadora²⁰.

No es ocioso referirse al punto ya que, de hecho, existía en Costa Rica un régimen discriminatorio en el tanto en que el artículo 89 del C. T. establecía jornadas diferentes para los menores de edad trabajadores del agro. Esta norma prohibía el trabajo de los menores de edad de la franja etárea entre quince y dieciocho años por más de siete horas diarias y cuarenta y dos semanales, y por más de cinco horas diarias y treinta semanales para los trabajadores de entre doce y quince años. Sin embargo, el párrafo final rezaba:

“No obstante, en tratándose (sic) de explotaciones agrícolas o ganaderas, se permitirá el trabajo diurno de los mayores de doce años y menores de dieciocho años, dentro de las limitaciones que establece el Capítulo Segundo del Título Tercero y siempre que en cada caso se cumplan las disposiciones del artículo 91, incisos b) y c).”

Esta excepción permitía, entonces, que los menores de edad trabajadores, incluso los niños de la franja etárea entre doce y quince años, laboraran la misma jornada que los adultos.

Lo discriminatorio de tal disposición ya había sido planteado en un proyecto de ley del año 1995, iniciativa que no enfocaba concretamente la problemática del trabajo infanto-juvenil, sino que buscaba derogar, en general, toda norma discriminatoria que el C. T. tuviera sobre el trabajo en el agro²¹. El proyecto planteaba, concretamente, la derogatoria del párrafo final del artículo 89 de ese cuerpo legal, lo cual implicaba que los niños y adolescentes trabajadores del agro tendrían derecho a la misma jornada máxima establecida por el ordenamiento para los jóvenes trabajadores de todos los demás sectores económicos. El proyecto, que fue iniciativa de uno de los partidos minoritarios —concretamente del partido de los agricultores en esa legislatura— no prosperó.

Como complemento de la prohibición fijada en el artículo 92, los artículos 94 y 95 vienen a establecer otras prohibiciones en función del tipo de actividad y del horario.

El numeral 94 establece los tipos de trabajo que están prohibidos para los adolescentes: trabajo en minas y canteras²², lugares insalubres y peligrosos, expendios de bebidas alcohólicas²³, actividades en las que su propia seguridad o la de otras personas estén sujetas a la responsabilidad del menor de edad, o donde se requiera trabajar con maquinaria peligrosa, sustancias contaminantes y ruidos excesivos.

El artículo 95, además de fijar la jornada máxima de trabajo en seis horas diarias y treinta y seis semanales²⁴, prohíbe el trabajo nocturno de los menores de edad, más, y como novedad respecto del C. T.,

20 Fuente: Encuesta de hogares de propósitos múltiples de 1995.

21 Ver Expediente Legislativo número 12227.

22 Más amplia, y por ello de mayor cobertura, parecía la prohibición que establecía el párrafo segundo del artículo 130 del Proyecto, el cual prohibía el trabajo de los adolescentes en subsuelo, en lugar del trabajo en minas y canteras (ver Expediente Legislativo número 12839, Tomo I, folio 63).

23 En cuanto al expendio de bebidas alcohólicas, el C. N. A. es más restrictivo que el C. T., por cuanto este, en el artículo 88a prohibía el trabajo en los expendios de bebidas embriagantes de consumo inmediato.

24 El proyecto de ley inicial, aunque establecía también siete horas diarias, fijaba en treinta y cinco el número de horas semanales.

permite la jornada mixta, cuando esta no sobrepase las 22:00 horas, sistema para cuya comprensión es preciso partir de la definición que el mismo numeral hace de lo considerado trabajo nocturno, como aquel que se realice entre las 19:00 y las 07:00 horas²⁵.

Del artículo 138 del Código de Trabajo es que se deduce que la jornada mixta es "...aquella que se ejecuta parte en el día y parte en la noche sin exceder tres horas y media o más después de las siete de la noche..."²⁶ Sin embargo, el C. N. A. establece, por así decirlo, un régimen especial de jornada mixta para los trabajadores adolescentes, al preceptuar que no podrán ser sobrepasadas las 22:00 horas. Lo anterior significa, en resumen, que en cuanto concierne a menores de edad, la jornada mixta no podrá, en realidad, exceder tres horas después de las siete de la noche.

Siempre dentro del espíritu de que la protección del C. N. A. no cubre únicamente el trabajo subordinado o el realizado para un particular²⁷, los artículos 96 y 100 establecen, respectivamente, que las prohibiciones generales contempladas en los textos de los artículos 94 y 95 se aplican también al trabajo por cuenta propia y que los adolescentes que realicen este tipo de labor tendrán derecho a un seguro por riesgos del trabajo. No obstante, llama la atención que del Código, finalmente aprobado, fuera suprimida la posibilidad establecida por el Proyecto, inicialmente discutido, de que los trabajadores adolescentes que desarrollen este tipo de labores se vieran protegidos por el seguro social. En efecto, el artículo 134 del Proyecto, en su párrafo tercero, determinaba que las personas adolescentes con trabajos independientes podrían acogerse al seguro social, cotizándolo el 1% sobre sus ingresos²⁸.

25 *En lo cual modifica lo que establecía el artículo 88 del C. T. (esta norma indicaba que se suponía nocturno el período comprendido entre las 18:00 y las 06:00 horas).*

26 *CARRO ZÚÑIGA-CARRO HERNÁNDEZ: Derecho Laboral costarricense, tomo I, Editorial Juritexto, San José, 1993, p. 121.*

27 *Ver supra, comentario al artículo 84 del C. N. A.*

28 *Ver Expediente Legislativo número 12839, tomo I, folio 65.*

CAPÍTULO III:

DE LAS LABORES PROHIBIDAS PARA LOS ADOLESCENTES*

1. ALGUNOS DATOS GENERALES Y SINIESTRALIDAD EN ESE SEGMENTO DE LA POBLACIÓN LABORAL

En relación con el aspecto referente a labores prohibidas para los adolescentes, hay dos artículos del C. N. A. relevantes en este caso, a saber, el 94 y el 83. El numeral 94 es el que preceptúa las diferentes prohibiciones relacionadas con la protección del menor de edad:

“Prohíbese el trabajo de las personas adolescentes en minas y canteras, lugares insalubres y peligrosos, expendios de bebidas alcohólicas, actividades en las que su propia seguridad o la de otras personas estén sujetas a la responsabilidad del menor de edad; asimismo, donde se requiera trabajar con maquinaria peligrosa, sustancias contaminantes y ruidos excesivos.”

Por otra parte, el artículo 83 establece la obligación —a cargo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, según lo dispuso el legislador— de reglamentar lo concerniente a la contratación de menores de edad, en especial el tipo de labores permitidas y las condiciones necesarias de trabajo.

A este respecto, es menester indicar que la determinación de cuáles son labores peligrosas y el aspecto de las condiciones necesarias de trabajo, resulta un campo en el cual la reglamentación es deficiente, incluso en cuanto a adultos concierne.

Ciertamente, existen algunas normas reglamentarias sobre este tema, que datan de antes de la promulgación del C. N. A., pero en realidad no se ha profundizado lo suficiente; esto tomando en cuenta la importancia que tiene la protección de los trabajadores, en general, y la de los menores de edad en especial, sobre todo porque se ha podido verificar lo significativo de los índices de siniestralidad existentes en Costa Rica en materia laboral.

La numerosa existencia de riesgos laborales cuantificados¹ no es más que la comprobación de que no se ha hecho mucho en cuanto a lo normativo, sin dejar de lado, por supuesto, otros factores que también inciden en el acaecimiento de los infortunios².

Resulta interesante remitirse al informe de siniestralidad del Instituto Nacional de Seguros del año 1997, en el cual se pueden apreciar importantes datos cuantitativos con referencia a los accidentes de trabajo ocurridos en nuestro país, donde las víctimas son trabajadores con minoría de edad:

* En: *Serie Documentos de Trabajo N° 5: análisis de la normativa costarricense sobre el trabajo infanto-juvenil*. Douglas Durán (invest.), San José, UNICEF/UCR, 1999.

1 Se enfatiza acá lo de cuantificados, toda vez que, definitivamente, existe en este tema una amplia cifra negra cuya magnitud es imposible definir, sin que, por ello, deje de constituir también un importante problema social. Nos referimos al problema, por ejemplo, de los accidentes laborales sufridos por los trabajadores familiares y del sector informal.

2 V. *infra*, v. gr., el tema de las deficiencias en la inspección laboral en nuestro país.

ACCIDENTES LABORALES CUYAS VÍCTIMAS FUERON MENORES DE EDAD

1997

RANGO	GRUPO 1	GRUPO 2	GRUPO 3	GRUPO 4	GRUPO 5	GRUPO 6	GRUPO 7	GRUPO 8	GRUPO 9	SIN GRUPO	TOTAL
00-15	239	2	134	4	71	36	11	5	50	35	587
16-18	1523	6	916	12	323	339	70	20	228	167	3604

Grupo 1: Agricultura, caza, silvicultura y pesca

Grupo 2: Minas y canteras

Grupo 3: Industrias y fábricas

Grupo 4: Electricidad, gas y agua

Grupo 5: Construcción

Grupo 6: Comercio, restaurantes y hoteles

Grupo 7: Transporte, almacenamiento y comunicación

Grupo 8: Servicios a empresas, seguros, bienes inmuebles

Grupo 9: Servicios sociales, comunales y personales.

FUENTE: División de Seguros Solidarios del Instituto Nacional de Seguros.

Esta información es bastante elocuente respecto de varios puntos relevantes. El primero, por lo alarmante de su gravedad, es el hecho de que quinientos ochenta y siete niños, de cero a quince años de edad, resultaron víctimas de un accidente laboral en el año. Esto constituye un problema agudo dada la extrema vulnerabilidad de estos trabajadores que, por su edad, son personas que se encuentran en un momento determinante para su desarrollo físico y psicológico, por lo que es inadmisibles que sufran tal siniestralidad.

Por otra parte, se observa con claridad una gran incidencia de accidentes de trabajo en el sector agrícola: un total de 1.762 casos, cifra que representa un 42,05% de la totalidad de accidentes sufridos por personas entre cero y dieciocho años, lo cual parece demostrar que la siniestralidad en labores agrícolas desempeñadas por personas menores de edad es muy alta.

Otra información valiosa sobre el tema la aportan los cuadros preparados por el Ministerio de Salud, correspondientes al año 1997, sobre intoxicaciones laborales con plaguicidas:

INTOXICACIONES LABORALES CON PLAGUICIDAS POR SEXO Y POR EDAD (1997)

Grupo etáreo	Masculino casos	Femenino casos	Total
10 - 14	3	0	3
15 - 17	19	2	21

Fuente: Departamento de Sustancias Tóxicas y Medicina del Trabajo del Ministerio de Salud.

INTOXICACIONES LABORALES DE PERSONAS MENORES DE EDAD (VARIABLE: CULTIVO). AÑO 1

	CASOS	%
Banano	1	4,17
Arroz	4	16,67
Frijol	1	4,17
Café	2	8,33
Ornamentales	3	12,50
Macadamia	1	4,17
Tomate	1	4,17
Varios	1	4,17
No indica	10	41,67
Total	24	

Fuente: Departamento de Sustancias Tóxicas y Medicina del Trabajo del Ministerio de

Es evidente la gravedad de los casos cuantificados por el Ministerio de Salud Pública³, en el tanto en que, tal y como se verá infra, el trabajo de menores de edad en labores relacionadas con agroquímicos está prohibido.

2. ALGUNAS ACTIVIDADES LABORALES CUYA NORMATIVA REGLAMENTARIA CONTEMPLA A LOS MENORES DE EDAD

Existen, en el ordenamiento jurídico, algunas normas de rango reglamentario sobre seguridad en el trabajo que contemplan a los menores de edad, ya sea regulando su trabajo o estableciendo límites de edad mínimos, cuya data es anterior a la promulgación del C. N. A., tales como el Decreto número 6 de 6 de setiembre de 1968 (Reglamento de Seguridad sobre Empleo de Sustancias Tóxicas en la Agricultura), el Decreto número 11074-TSS de 5 de mayo de 1980 (sobre el transporte manual de carga), el Decreto número 21406-S de 22 de junio de 1992 (Reglamento de Registro y Control de Sustancias o Productos Tóxicos y Sustancias, Productos u Objetos Peligrosos) y el Decreto número 24037-S de 22 de diciembre de 1994 (Reglamento de Protección contra Radiaciones Ionizantes).

Primeramente, el Reglamento de Seguridad sobre Empleo de Sustancias Tóxicas en la Agricultura, en su artículo 19, fija la prohibición de que personas menores de dieciocho años trabajen en la preparación, rocío o manipulación de sustancias tóxicas. Dicha norma debe ser vista en concordancia con el numeral 2, el cual define como sustancias tóxicas las siguientes: "...los fungicidas, insecticidas, hierbicidas (sic), acaricidas y otras sustancias similares que se usen con fines agrícolas o pecuarios y que puedan poner en peligro la salud, la vida o la integridad física de los trabajadores..."

Se hace importante enfatizar que la prohibición que establece esta normativa para el trabajo de menores de edad, en ese tipo de labores, es absoluta, es decir, que no se contempla ninguna excepción a la regla, lo cual hace ver con claridad lo grave de los datos supracitados sobre intoxicaciones laborales en menores de edad. Estas intoxicaciones son consecuencia de una forma de explotación infantil intolerable, cuyo control y erradicación debería ser prioritario, ya que se ha llegado a verificar incluso la muerte de niños por causa del trabajo en labores agrícolas con plaguicidas. En efecto, en el último reporte oficial de intoxicaciones con plaguicidas del Departamento de Registro y Control de Sustancias Tóxicas y Medicina del Trabajo del Ministerio de Salud (1997), se documenta la muerte de un adolescente de dieciséis años en el cantón de Los Chiles, asociada a la aplicación de plaguicidas en el cultivo de arroz. Al respecto, obsérvese que, según se desprende del cuadro sobre intoxicaciones laborales de personas menores de edad, basado en la variable correspondiente al tipo de cultivo, es precisamente en la actividad del cultivo de arroz donde se da el mayor índice de intoxicaciones de este segmento etéreo⁴.

De manera similar, el Reglamento de Registro y Control de Sustancias o Productos Tóxicos y Sustancias, Productos u Objetos Peligrosos, establece en su artículo 34 la prohibición, para personas menores de dieciocho años, de participar en actividades de fabricación, manipulación, almacenamiento, distribución o suministro de las sustancias, productos u objetos regulados en el Decreto.

3 Con base en información suministrada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

4 A ser tomado ello en cuenta con la finalidad de elaborar futuras estrategias de erradicación de la explotación infantil en este tipo de actividades.

Otro decreto que hace alguna referencia al trabajo de los menores de edad, es el número 11074, el cual fija los límites máximos de peso que pueden manipular los menores de edad, determinando en quince kilogramos el de los varones de dieciséis a menos de dieciocho años de edad y en diez kilogramos el de las mujeres ubicadas dentro de esa misma franja etárea.

Además de esa fijación de pesos máximos, el Decreto prevé la prohibición del empleo regular de trabajadores en el transporte manual de carga, sin que antes hubieren sido sometidos a un examen médico. Sin embargo, la disposición más importante para los efectos de este estudio es la que contiene el artículo 2 in fine, según la cual se prohíbe absolutamente el empleo de personas menores de dieciséis años en el transporte manual de carga.

Otro decreto, esta vez más reciente, que contiene algunas disposiciones específicas sobre menores de edad, es el número 24037-S de 22 de diciembre de 1994, que es el Reglamento sobre Protección contra Radiaciones Ionizantes. Los fines de este Reglamento se encuentran bien especificados en el artículo 1, según el cual su objeto, entre otros, es establecer "...los requisitos que deberán cumplir las instalaciones radiactivas, equipos emisores de radiaciones ionizantes, personal que trabaja en ellas, opere los equipos y realice cualquier otra actividad afín (...) asegurar la protección del personal ocupacionalmente expuesto (...) contra los eventuales efectos nocivos de las radiaciones ionizantes".

De este Decreto son importantes —siempre en cuanto concierne a nuestro tema— dos normas que regulan con claridad los límites de edad permitidos.

El artículo 71 preceptúa que las personas menores de dieciocho años y mayores de dieciséis podrán exponerse a radiaciones únicamente con fines de capacitación, pero reduciendo las dosis a que pueden exponerse a un tercio de lo fijado para trabajadores ocupacionalmente expuestos⁵. A este respecto, la norma de comentario remite al artículo 68, el cual establece los límites anuales de dosis en veinte miliSievert (20 mSv.) para ese tipo de trabajadores —los ocupacionalmente expuestos—⁶.

Luego, el artículo 72 establece la prohibición de que personas menores de dieciséis años desarrollen actividades como trabajadores ocupacionalmente expuestos, indicando de manera expresa que ello no será permitido ni siquiera en el supuesto de las labores realizadas con fines de capacitación o entrenamiento; por lo que establece esta norma, nos parece, una prohibición absoluta.

3. EL ARTÍCULO 94 DEL C. N. A.

a) El texto del artículo en general

Esta norma, tal y como se indicaba supra, es la que establece en el Código las labores prohibidas para los trabajadores adolescentes:

5 El artículo 6 define trabajador expuesto como aquella persona que realiza "...actividades directamente o indirectamente vinculadas con el uso o manipulación de material radiactivo dentro de una instalación u opere equipos generadores de radiaciones ionizantes..."

6 El sievert es la unidad de medida utilizada en este caso para las radiaciones ionizantes.

“Prohíbese el trabajo de las personas adolescentes en minas y canteras, lugares insalubres y peligrosos, expendios de bebidas alcohólicas, actividades en las que su propia seguridad o la de las otras personas estén sujetas a la responsabilidad del menor de edad; asimismo, donde se requiera trabajar con maquinaria peligrosa, sustancias contaminantes y ruidos excesivos.”

Los casos de las minas y canteras y el de los expendios de bebidas alcohólicas parecen bastante claros. Sin embargo, los demás aparecen como categorías harto indefinidas, dada la gran gama de labores que pueden ser, por ejemplo, insalubres o peligrosas.

b) Lugares insalubres y peligrosos

Sobre este tema, resulta útil repasar el texto de los artículos 12 y 13 del Decreto número 11492-SPPS de 22 de abril de 1980 (Reglamento sobre Higiene Industrial), al ser normas que definen los términos establecimiento industrial insalubre e industria peligrosa, de la siguiente manera:

*“**ARTÍCULO 12.** Se entiende por insalubres los establecimientos industriales que, por la naturaleza de los trabajos que en ellos se desarrollan o las condiciones en que se realizan, puedan originar efectos capaces de amenazar o dañar la salud de los trabajadores o del vecindario, debido a los materiales empleados, elaborados, desprendidos o de desechos.*

***ARTÍCULO 13.** Se considerarán peligrosas las industrias que dañen o puedan dañar de modo inmediato y grave la vida de los trabajadores que en ellas laboran o al vecindario, ya sea por la naturaleza de sus faenas o de los materiales empleados, elaborados o de desechos, o por el almacenamiento de sustancias tóxicas, corrosivas, inflamables o explosivas.”*

Como puede observarse, el contenido de tales términos continúa siendo bastante amplio, lo mismo que el de trabajo insalubre y peligroso, pues está claro que la determinación de lo que es uno u otro debe ser, en general, realizada caso por caso, lo mismo que en los supuestos de las “actividades en las que su propia seguridad o la de otras personas estén sujetas a la responsabilidad del menor de edad”, o el de las sustancias contaminantes, las cuales pueden ser de una amplísima variedad⁷.

c) El trabajo en lugares ruidosos

El texto del artículo 94 del C. N. A. también prohíbe el trabajo de adolescentes en sitios con ruidos excesivos. En relación con el ruido, existe un decreto ejecutivo (número 10541-TSS de 14 de setiembre de 1979), el cual regula lo relativo a este aspecto. En efecto, esta normativa denominada Reglamento para el Control de Ruidos y Vibraciones, tiene ciertas definiciones útiles a efecto de determinar en qué medida el ruido es nocivo o perjudicial:

⁷ Una referencia útil en cuanto a sustancias contaminantes y, en general, tóxicas, es el artículo 224 del Código de Trabajo, en cuanto contiene este extenso numeral un listado de enfermedades del trabajo y sus causas, por ejemplo, broncopulmonares producidas por aspiración de polvos y humos de origen animal, vegetal o mineral; de las vías respiratorias por inhalación de gases y vapores; dermatosis e intoxicaciones. Así también podría definirse como lugar insalubre o peligroso aquel que tiene la capacidad de exponer al trabajador a un riesgo laboral. Sin embargo, una definición tal plantea el problema de que casi toda actividad laboral tiene naturalmente una capacidad generadora de riesgos laborales.

“ARTÍCULO 1: (...) Para los efectos de este Reglamento se entiende por

- a) **Ruido:** Cualquier sonido indeseable que pueda producir trastornos fisiológicos o psíquicos, o de ambas especies en las personas.
- b) **Ruido continuo:** El constante o invariable.
- c) **Ruido intermitente:** El que se interrumpe o cesa y prosigue o se repite.
- d) **Ruido de impacto:** Es el que tiene su causa en golpes simples de corta duración (...)
- e) **Decibelio:** Unidad de medida internacional del sonido.

ARTÍCULO 2: *Se consideran lugares de trabajo ruidosos aquellos donde operen motores de chorro, martinets y martillo trituradores, cepilladoras, martillos especiales, plantas eléctricas, sierras circulares, máquinas atornilladoras, prensas, taladradoras, remachadoras, taladros de aire, máquinas laminadoras, herramientas de aire comprimido, hiladoras, telares y aquellos establecimientos comerciales en donde se expendan o reparen instrumentos musicales, ventas de discos y en general, todos aquellos en donde se produzcan ruidos cuya intensidad sea superior a 85 dB.*

ARTÍCULO 26: *El Departamento de Medicina, Higiene y Seguridad Ocupacionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, será junto con el Ministerio de Salud, el que determine mediante el uso de instrumentos adecuados la intensidad de los ruidos en los lugares de trabajo y la eficacia del equipo de protección personal.”*

Esta normativa es bastante precisa en cuanto a cuáles centros de trabajo son considerados como ruidosos y dispone con claridad a qué administración le corresponderá la medición de los niveles de intensidad del sonido, ello a efecto de determinar qué lugares son ruidosos, a la vez que se encarga, en el artículo 28, a la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, controlar los centros de trabajo en lo referente al ruido, obligando este numeral a toda autoridad a prestar el auxilio necesario a la Inspección para la paralización de labores en los centros de trabajo donde se incumplan las reglas sobre ruido que el mismo Decreto contiene.

Aparte de las normas mencionadas, este Reglamento tiene una serie de regulaciones muy completa sobre los centros de trabajo en los que se labora en ambientes ruidosos y sobre las medidas de protección que se deben tomar.

El Reglamento permite el trabajo en ambientes con ruidos que superen los 85 dB de ruido continuo y los 90 dB de ruido intermitente, siempre que se provea a los trabajadores de equipos de protección con capacidad para atenuar el ruido hasta una intensidad de 85 dB (artículo 7). Sin embargo, de la adecuada concordancia del numeral 94 del C. N. A. y de las normas del Reglamento recién expuesto se desprende que **no es legal el trabajo de ningún adolescente en ambientes que superen los 85 dB fijados por el artículo 2 reglamentario**, o en aquellos que se encuentren en el listado que contiene este, aun y cuando se dotara a los trabajadores de equipos especiales de protección. Lo anterior se debe a que la prohibición contenida en el artículo 94, en cuanto a ruido se refiere, no prevé ninguna excepción, e indica solamente que se prohíbe el trabajo de adolescentes “...donde se requiera trabajar con (...) ruidos excesivos”. Excesivos son, entonces, los ruidos que superen los 85 dB y ruidosos los centros de trabajo indicados en el artículo 2 del Reglamento para el Control de Ruidos y Vibraciones citado.

Se debe enfatizar que el Reglamento mismo, tal y como se señaló supra, prevé que la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo tiene la facultad de ordenar la paralización de las labores —incluso de manera permanente— cuando no se cumplan las normas del Reglamento. Con mucha más razón podrá

hacerlo, igualmente, cuando se detecte la presencia de menores de edad laborando en centros de trabajo como los previstos en el numeral 2, ello por aplicación del artículo 94, en relación con el 97a, ambos del C. N. A.

d) Los decretos número 22970-MEIC y número 24662-MEIC-MAG-MIRENEM-MOPT-PLAN

Siempre, en relación con el artículo 94 del C. N. A., y con la necesidad de definir cuáles son los lugares de trabajo insalubres y peligrosos, tal y como se indicara líneas atrás, no se ha sido todo lo exhaustivo que se debería en cuanto a la reglamentación que hace falta realizar al respecto.

Sin embargo, hay dos decretos a partir de los cuales se ha abierto una nueva posibilidad de elaboración de normas, ahora con un criterio más técnico, que permitirían definir con mayor precisión las labores de naturaleza peligrosa o insalubre, a saber los decretos número 22970-MEIC del 20 de febrero de 1994 y número 24662-MEIC-MAG-MIRENEM-MOPT-PLAN del 27 de setiembre de 1995.

Por medio del conjunto que integran estos dos decretos, se ha reconocido oficialmente a la Asociación Instituto de Normas Técnicas de Costa Rica (INTECO) como entidad encargada de desarrollar actividades de normalización técnica en Costa Rica y se han definido con cierta precisión sus funciones.

Lo importante de esta normativa es que reconoce oficialmente el trabajo de esta asociación, el cual entre otros, y en cuanto tiene que ver con lo relevante para este estudio, tiene como objetivo establecer reglas uniformes relacionadas con las normas de seguridad en el trabajo, en general, y con los lugares de trabajo insalubres y peligrosos. Ello mediante la elaboración de lo que se denomina normas técnicas.

De acuerdo con lo que se desprende de los artículos 3 y 6 del Decreto 24662, estas normas técnicas son de naturaleza voluntaria, es decir, no tienen carácter obligatorio. Sin embargo, es importante agregar que uno de los objetivos del sistema creado por los decretos sub examine es que dichas normas lleguen a tener ese carácter, cuando tomen la forma de reglamento —strictu sensu—, una vez que se siga todo un procedimiento administrativo que se establece en el mismo Decreto, el cual culmina con la oficialización de los reglamentos técnicos por medio de su publicación en La Gaceta por parte del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, a través de la Oficina Nacional de Normas y Unidades de Medida (artículo 19).

Se trata de una serie de reglas de carácter extremadamente técnico que se elabora con criterios científicos y que establece mínimos de seguridad en los diferentes géneros de actividad laboral y en los distintos tipos de centro de trabajo. A la vez, hace descripciones detalladas de los requisitos que debería reunir cada actividad y centro para mejorar la seguridad y reducir los riesgos de accidente o enfermedad laborales.

Estas normas no definen, por ejemplo, qué trabajos concretamente son insalubres o peligrosos para trabajadores adolescentes. Sin embargo, fijan los que se consideran, desde el punto de vista técnico, como mínimos por ser observados con base en estándares de seguridad en el trabajo, por debajo de los cuales se considera a este último como insalubre o peligroso.

En efecto, la norma INTE 31-09-12-97, en el acápite 4.1, indica que se considerarán trabajos o centros de trabajo insalubres "...aquellos que se desarrollen por encima de los límites de tolerancia establecidos en las siguientes normas nacionales:

INTE 31-09-16-97 Seguridad e higiene en los centros donde se genere ruido.
INTE 31-08-04-97 Concentraciones ambientales máximas permisibles en los centros de trabajo.
INTE 31-08-05-97 Exposición a ambientes fríos. Límites máximos permisibles.
INTE 31-08-06-97 Niveles y condiciones de iluminación que deben tener los centros de trabajo.
INTE 31-08-08-97 Ventilación de lugares de trabajo.
INTE 31-08-09-97 Exposición a ambientes con sobrecarga térmica. Límites máximos permisibles.”

De igual manera, el párrafo 4.2 establece que se consideran trabajos o centros de trabajo peligrosos “...aquellos que cuando realicen sus actividades u operaciones no cumplan con lo establecido en las siguientes normas nacionales:

INTE 31-02-02-97 Condiciones de seguridad en los centros de trabajo para el almacenamiento, transporte y manejo de sustancias inflamables y combustibles.
INTE 31-02-03-97 Condiciones de seguridad e higiene para la producción, almacenamiento y manejo de explosivos en los centros de trabajo.
INTE 31-04-01-97 Seguridad de las máquinas. Distancias mínimas para evitar el aplastamiento de partes del cuerpo humano.
INTE 31-04-02-97 Sistemas de protección y dispositivos de seguridad en la maquinaria, equipos y accesorios en los centros de trabajo.
INTE 31-04-04-97 Protectores y dispositivos de seguridad en máquinas que operan en lugares fijos. Tipos y características.
INTE 31-04-05-97 Seguridad de las máquinas. Distancias de seguridad para impedir que se alcancen zonas peligrosas con los miembros superiores (...)
INTE 31-09-07-97 Condiciones de seguridad e higiene en los edificios, locales e instalaciones de los centros de trabajo (...)
INTE 31-09-15-97 Manejo de materiales y equipo. Medidas generales de seguridad...”

Como puede observarse de lo transcrito⁸, las normas cubren todo tipo de labores y proporcionan información sobre actividades que, por su naturaleza, son especialmente riesgosas, de allí la importancia de esta sistematización que, tal y como se indicara supra, sigue criterios sobre todo técnicos y científicos, lo cual le da especial relevancia.

Así, por ejemplo, en cuanto al trabajo en lugares con altas temperaturas, la Norma INTE 31-08-09-97, luego de establecer los procedimientos de medición de temperatura, establece un índice-referencia y fija la forma en que se debe organizar el trabajo, dependiendo de las diferentes temperaturas del ambiente donde se realizan labores. De esta manera determina, v. gr., que en un ambiente a treinta grados centígrados, se deberían realizar trabajos pesados llevando a cabo un 25% de trabajo y un 75% de descanso cada hora; a esa misma temperatura, una labor ligera, en cambio, podría realizarse de manera continua, etc. En fin, en una tabla detallada se fijan los valores en tiempo que se deben destinar a trabajo y a descanso. En lo concerniente al tema de las labores peligrosas o insalubres, de acuerdo con los lineamientos generales de INTECO, como ente nacional normalizador, de conformidad con lo que se desprende de los decretos

⁸ Se citan solamente algunas de las normas, ya que las mismas son muy completas y cubren incluso labores extremadamente específicas, v. gr., las realizadas con cables de acero para ascensores y montacargas (INTE 31-11-01-97), con encofrado (INTE 31-09-03-97), etc.

relacionados, sería lugar insalubre un centro de trabajo en el cual se excedieran los límites de trabajo-descanso fijados por la Norma relacionada.

Sin embargo, hay que insistir en el hecho de que, por el momento, normas como la citada como ejemplo, son de naturaleza voluntaria, es decir, no vinculantes, dado que aún no han sido oficializadas —para utilizar el lenguaje del Decreto 24662— mediante su expedición por la dependencia competente y su posterior publicación en La Gaceta.

No obstante, resulta sumamente interesante que, si bien estas normas técnicas generadas por el ente nacional normalizador no son vinculantes —*strictu sensu*— desde el punto de vista jurídico, su implantación se está dando indirectamente en los diferentes centros de trabajo y en la industria en general, por otra vía, a saber, la exigencia por parte del Instituto Nacional de Seguros a los patronos para que procedan estos a cumplir con las pautas fijadas en las normas técnicas expedidas por INTECO, so pena de obligarles a pagar primas más altas en las pólizas de seguro obligatorias, —no sobra agregarlo— que las empresas o personas físicas deben suscribir para proteger a sus trabajadores⁹.

El mecanismo aplicado por el INS tiene, según nuestro parecer, pleno respaldo en el ordenamiento jurídico. En efecto, el C. T. contiene en su Título IV (De la protección de los trabajadores durante el ejercicio del trabajo) una serie de normas que lo facultan para proceder como lo está haciendo, sobre todo los artículos 205 y 208, que dan amplias facultades al ente asegurador en la administración del seguro de riesgos del trabajo.

Sin embargo, a pesar de lo dicho, lo más recomendable sería que los ministerios relacionados (MEIC, MAG, MIRENEM, MOPT, etc.) impulsaran la oficialización de las normas recomendadas por INTECO en su calidad de ente nacional normalizador¹⁰. Con base en ello, serían fácilmente determinables los tipos de labor que deben ser considerados como insalubres o peligrosos, en función de la prohibición respecto de los trabajadores adolescentes que preceptúa el artículo 94 del C. N. A. Si no se procede de tal manera¹¹, al menos se debe acelerar el proceso de regulación de aquello que se debe considerar trabajo peligroso o insalubre, vía decreto específico, respecto de los trabajadores menores de edad, emitido por el Ministerio de Trabajo, tal y como lo determina el numeral 83 *ibidem*; esto con el fin de dar verdadera vigencia a las prohibiciones que el Código establece, junto con el impulso que ha de darse, por supuesto, al mejoramiento del contralor que se debe ejercer sobre el cumplimiento de las normas o reglamentos que se expidan, en otras palabras, el apoyo y remozamiento que se debería dar a la inspección del trabajo.

9 Según los propósitos vertidos por funcionarios tanto de INTECO como del Consejo de Salud Ocupacional.

10 La conveniencia de estas normas se centra, a juicio nuestro, en el sustento técnico y científico que les sirve de base.

11 Según la información suministrada por INTECO, el Sistema Nacional de la Calidad no está funcionando aún en su totalidad, lo cual sería necesario para llevar adelante, de manera adecuada, todos los procedimientos administrativos —regulados detalladamente en el Decreto 24662— que conducirían sin problemas a la oficialización de las normas relacionadas de que se habla en el artículo 19 del Decreto.

CAPÍTULO IV:

LAS MEDIDAS DE CONTROL Y REPRESIVAS COMO MEDIO DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS ADOLESCENTES TRABAJADORES Y DE LUCHA CONTRA EL TRABAJO INFANTIL*

1. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LAS MEDIDAS REPRESIVAS COMO INSTRUMENTO DE DEFENSA DEL MENOR DE EDAD TRABAJADOR Y DE ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL

Sin que haya una explicación clara para ello, muy poca importancia se ha dado en Costa Rica a un medio que los instrumentos internacionales de mayor jerarquía han considerado como vital en la lucha por proteger los derechos de los menores de edad trabajadores y por erradicar el trabajo infanto-juvenil en general, a saber, el control y la represión de las conductas violatorias de las reglas relativas a ese tipo de labores.

Basta con citar, rápidamente, algunas de las normas internacionales concernientes al tema, para darse cuenta, sin mucho esfuerzo, de la importancia que las agencias internacionales han tenido la intención de dar a ese recurso. Para comenzar con el instrumento más general, se citará el artículo 32 de la C. D. N., el cual dice lo siguiente:

- “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.
2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para asegurar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular (...)
 - c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.”

Por otro lado, el C. 138 establece, en su artículo 9, obligaciones para los Estados Partes en el mismo sentido que el 32 de la C. D. N., que anteriormente se mencionó:

- “1. La autoridad competente deberá prever todas las medidas necesarias, incluso el establecimiento de sanciones apropiadas, para asegurar la aplicación efectiva de las disposiciones del presente Convenio.

* En: Serie Documentos de Trabajo N° 5: Análisis de la normativa costarricense sobre el trabajo infanto-juvenil. Douglas Durán (invest.), San José, UNICEF/UCR, 1999.

2. *La legislación nacional o la autoridad competente deberán determinar las personas responsables del cumplimiento de las disposiciones que den efecto al presente Convenio.”*

La Rec. 139, por su parte, es mucho más clara y explícita que los instrumentos hasta ahora citados:

- “14.1) Entre las medidas destinadas a asegurar la aplicación efectiva del Convenio sobre la edad mínima, 1973, y de la presente Recomendación deberían figurar:**
- a)** el fortalecimiento, en la medida necesaria, de la inspección del trabajo y servicios conexos, capacitando especialmente, por ejemplo, a los inspectores para descubrir los abusos que puedan producirse en el empleo o trabajo de niños y adolescentes y para suprimir dichos abusos; y
 - b)** el fortalecimiento de los servicios relacionados con la mejora y la inspección de la formación en las empresas.
- 2) *Se debería atribuir gran importancia al papel que pueden desempeñar los inspectores proporcionando información y asesoramiento sobre el modo eficaz de observar las disposiciones pertinentes, así como velando por su cumplimiento (...)*
- 3) *Se debería prestar atención a:*
- a)** hacer cumplir las disposiciones referentes al empleo en tipos de empleo o trabajos peligrosos...”

Por último y solo con la finalidad de dejar aún más patente la trascendencia que para los entes internacionales ha revestido el uso de la inspección y de la represión en el tema, es útil citar parte de los documentos emanados de la Conferencia de Oslo sobre trabajo infantil. Estos documentos son especialmente importantes, no solo porque constituyen un criterio muy reciente, sino también por lo directo de su lenguaje, el cual, sin ambages, deja claro que la vía represiva debe ser expedita en la lucha contra el trabajo infanto-juvenil:

*“National legislation should contain provisions relating to its enforcement and monitoring including sanctions and penalties (...) Good and comprehensive legislation only has meaning when effectively enforced and implemented. **Lack of enforcement is the biggest problem in many of our countries.** Strengthening enforcement should include not only the involvement and training of governmental officials such as labour inspectors and law enforcement officials, but should also involve the judiciary...” (El énfasis es nuestro)¹.*

Estos instrumentos internacionales y documentos emanados de las más altas autoridades internacionales en materia de trabajo infanto-juvenil, no dejan la más mínima duda respecto de que la labor de la inspección de trabajo, junto con una adecuada respuesta por parte del Poder Judicial, han sido considerados como medios de la más grande trascendencia en la defensa de los derechos de los trabajadores menores de edad y en la lucha por la erradicación del trabajo infanto-juvenil.

No obstante, en Costa Rica parece no haber sido nunca un tema de gran relevancia. Ello se refleja en gran medida en los problemas ocurridos en el país, en relación con una adecuada labor de la inspección del trabajo y de los tribunales en cuanto a las infracciones a las leyes laborales.

¹ Conferencia de Oslo sobre trabajo infantil: Report from technical session to political session, p. 1.

2. LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN COSTA RICA

La problemática citada se manifiesta, en cierta medida, en el desinterés que parece ha existido en relación con la dotación de recursos adecuados para la Dirección General e Inspección General de Trabajo.

Un estudio reciente, elaborado en el seno de la Asociación Costarricense de Inspectores de Trabajo, hace un acercamiento del problema, con algunos datos cuantitativos respecto del funcionamiento de la Inspección².

Por ejemplo, en cuanto a la relación cantidad de centros de trabajo-cantidad de inspectores de trabajo, el estudio mencionado determina que con la cantidad de inspectores con que se cuenta actualmente (117), correspondería a cada uno inspeccionar 406 centros de trabajo y atender 7.334 asalariados. Respecto de estos números es importante aclarar que se refieren solamente a los centros de trabajo registrados en la Caja Costarricense de Seguro Social. Además, se debe tomar en cuenta que algunos empleadores registrados corresponden a empresas que poseen más de un centro de trabajo, lo cual hace suponer que la relación es en realidad aun más desproporcionada.

Estos volúmenes de trabajo podrían ser una de las causas de que la tramitación de las infracciones a las leyes de trabajo, realizada en sede administrativa, sea relativamente lenta. Se nota, por ejemplo, gran dilación en varias etapas del procedimiento:

INFRACCIONES A LAS LEYES DEL TRABAJO. ETAPAS DEL CICLO INSPECTIVO SEGÚN EL TIEMPO CONSUMIDO ENTRE CADA UNA

ETAPA O SUBETAPA ENTRE... Y...	TIEMPO TRANSCURRIDO (días)	TIEMPO ACUMULADO	
		DÍAS	MESES
(1) La inspección y la notificación	6,1	6,1	0,2
(2) La notificación y la revisión	66,4	72,5	2,4
(3) La revisión y el informe de acusación	8,2	80,7	2,7
(4) El informe de acusación y la acusación (*)	56,1	136,8	4,6
(5) La acusación y la sentencia judicial (**)	375	511,8	17,0

(*) Los datos de las variables 1, 2, 3 y 4 se basan en 130 denuncias formuladas por la Dirección Nacional.

(**) La variable 5 se basa en un estudio de 61 sentencias de primera instancia.

Fuente: Franklin Benavides Flores. La Inspección de Trabajo en cifras. Asociación Costarricense de Inspectores de Trabajo, 1998.

2 Franklin Benavides Flores: La Inspección de Trabajo en cifras (Estudio preliminar), sin publicar, 1998.

Como puede observarse, hay partes del procedimiento en las que se da un gran atraso. Por ejemplo, tal y como lo puntualiza el mismo estudio citado, entre la visita de inspección y la revisión con la cual se cierra la primera parte del ciclo inspectivo, transcurren 72,5 días, a pesar de que el término otorgado al empleador para cumplir con la corrección de lo prevenido es, por lo general, de quince días. Según lo indica el inspector que realizó este estudio, ello se debe al volumen de trabajo que enfrentan los inspectores.

Otro problema que podría solucionarse con una organización más descentralizada, es el de que una vez que haya rendido el inspector su informe al Inspector General, la acusación que este realiza se lleva a cabo, como promedio, 56,1 días después. Al respecto, sería menester modificar la organización de la Inspección, de manera que los inspectores pudieran denunciar independientemente, sin tener que pasar por el Inspector General, lo que, evidentemente causa un atraso por la acumulación de asuntos. En aras de ello debería reformarse el artículo 92 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo, el cual establece lo siguiente:

“Siempre que se compruebe la violación de leyes y reglamentos de trabajo o de previsión social, la Inspección requerirá al patrono correspondiente, por escrito, para que dentro del término que le fije, se ajuste a derecho. Vencido el plazo otorgado sin haberse cumplido la prevención, la Inspección levantará un acta haciendo constar su intervención, procediendo, por medio de su Jefe, a entablar la acción judicial correspondiente...”

Esta norma pudo ser práctica en la época en que se promulgó la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo³, cuando el desarrollo de las diversas actividades económicas era incipiente si se le compara con el actual. Luego de un cuarto de siglo, resulta poco conveniente, dada la cantidad de centros de trabajo y de trabajadores que corresponde inspeccionar; esta norma, tal y como está redactada, se ha convertido en obstáculo para el trámite expedito de este tipo de procedimientos, el cual se vería mejorado al permitir que los inspectores provinciales, cantonales y regionales —para utilizar la nomenclatura del artículo 97 *ibídem*— pudieran denunciar directamente sin necesidad de pasar por la oficina del Inspector General.

La escasez de recursos se suma a los diferentes problemas de la Inspección. Por ejemplo, se cita que los funcionarios encargados de realizar las inspecciones en los lugares de trabajo no cuentan con vehículos para desplazarse a los diferentes sitios, por lo que gran cantidad de tiempo que podría ser dedicado a cubrir mejor los centros de trabajo, se dedica al transporte⁴.

La problemática descrita, por ejemplo, en cuanto a carencia de vehículos para los inspectores es tan solo una muestra de la situación generalizada de escasez de medios que padece la Inspección en el desempeño de sus labores, junto con lo poco numeroso de la cantidad de inspectores y la inexistencia de medios técnicos adecuados para ejercer la función contralora que le ha sido asignada.

La situación, hasta este momento descrita, no tiene razón de ser, sobre todo porque existen normas vinculantes de rango suprallegal de las cuales se desprende la importancia de la inspección del trabajo.

3 Este cuerpo legal fue sancionado el 18 de febrero de 1963.

4 *Ibídem*, acápite 1 *in fine*.

En efecto, Costa Rica ratificó el 2 de junio de 1960 el Convenio sobre la Inspección del Trabajo que fuera adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 11 de julio de 1947, convenio que, por medio de su artículo 4, establece que los inspectores de trabajo tendrán la obligación de inspeccionar las condiciones de trabajo a intervalos frecuentes⁵. El artículo 97 del C. N. A. coincide con la norma citada, en el tanto en que preceptúa que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social debe dar seguimiento a las labores de los adolescentes, mediante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, a la cual se obliga a visitar periódicamente los centros de trabajo. Sin embargo, nos parece más comprensiva la norma internacional, en cuanto obliga a que esa periodicidad se dé “a intervalos frecuentes”.

Esta normativa se ve irrespetada todos los días por las razones expuestas, es decir, porque no se ha dotado a la Inspección de los medios necesarios para dar cumplimiento a este imperativo, no solamente legal, sino también supralegal.

También se determina, vía convenio, la exigencia de que la inspección esté compuesta “...de inspectores que hayan recibido la preparación adecuada”. Sobre este tema, es obvio que se debe sugerir la puesta en marcha de programas de capacitación más comprensivos y exhaustivos en función, sobre todo, de que los inspectores adquieran los conocimientos necesarios no solamente sobre el C. N. A., sino de la teoría general sobre los derechos del niño, que se deriva de los diferentes instrumentos internacionales sobre el tema y de la doctrina de la protección integral.

Otro artículo importante del Convenio sobre la Inspección del Trabajo de 1947 es el artículo 3: “Los trabajadores y sus representantes deberán gozar de toda clase de facilidades para comunicarse libremente con los inspectores”. Esta norma debería ser enfocada desde una perspectiva más integral, poniendo realmente en práctica el artículo 58d del C. N. A. Con ello nos referimos al hecho de que de nada sirve crear las facilidades referidas, que en nuestro caso vendrían dadas, por ejemplo, por los artículos 89 y 91 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, si no se da también al trabajador adolescente la oportunidad de conocer realmente cuáles son sus derechos. En ese sentido, el artículo 93 *ibídem*, obliga a la Inspección a realizar esa labor. Sin embargo, siendo evidentes las necesidades y carencias que enfrenta el ente, nos parece que se debe insistir en introducir en la normativa atinente al sistema educativo normas más claras que enfatizan la formación de los educandos en lo referente a sus derechos, primero, en cuanto a acceder a la educación en el sentido de los numerales 59 y 57 del C. N. A., y luego, a que sean tuteladas sus garantías como trabajadores cuando se encontraren laborando. Esta formación no se debe limitar a la educación formal, sino que debe ser extendida a la educación informal y a la técnica vocacional, siendo esta última de vital importancia, dada la gran susceptibilidad que tiene la población juvenil que participa de ella, de orientarse rápidamente hacia el mercado laboral.

En la labor de la Inspección de Trabajo, respecto de los problemas del trabajo infanto-juvenil, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social debería, vía directriz, establecer claramente los lineamientos que se seguirán por parte de los inspectores y por parte de la Dirección Nacional. Esto, a efectos no solamente de

5 *Las disposiciones de este Convenio son de aplicación, exclusivamente, en los establecimientos industriales y comerciales. Actualmente se encuentra abierto a ratificación un protocolo relativo al Convenio de 1947 (Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la Inspección del Trabajo de 1947) en el cual se hacen extensivas las disposiciones de 1947 al sector de los servicios no comerciales o industriales. Costa Rica aún no ha ratificado el protocolo, mas sí el Convenio número 129 de la OIT sobre inspección del trabajo en la agricultura (Ley 4737 de 29 de marzo de 1971).*

que haya coherencia a nivel interno, sino también de que se dé eficacia a la coordinación a nivel interinstitucional encargada, por mandato de ley al Ministerio⁶, respecto de otros entes relacionados con el tema, como el Instituto Nacional de Aprendizaje y el Patronato Nacional de la Infancia, entre otros.

3. LAS INFRACCIONES A LAS LEYES DEL TRABAJO: SU TRAMITACIÓN EN SEDE JURISDICCIONAL

Tal y como se indicó líneas atrás, una de las recomendaciones más importantes, emanadas de la Conferencia de Oslo sobre trabajo infantil, fue el reforzamiento de la inspección de trabajo, así como el mejoramiento de la función jurisdiccional en relación con el aspecto sancionatorio punitivo, es decir, en cuanto nos interesa, lo referente a la función jurisdiccional en materia penal laboral y al procedimiento en lo referente a las infracciones a las leyes del trabajo.

Sobre el tema, es menester indicarlo, han existido importantes deficiencias en cuanto al desarrollo del procedimiento de tales infracciones, ya sea por lo confuso que ha sido el tratamiento del tema por parte de los despachos judiciales, o por las dudas que han existido en cuanto a diversos aspectos específicamente procesales.

El principal problema que se daba en los tribunales que conocían de esta materia es que, asimilando en gran medida el proceso por infracciones a las leyes de trabajo al de un ordinario, hacían del procedimiento un largo rito en el cual se realizaba una prolongada etapa escrita en la que, además de la indagatoria del imputado, se evacuaba toda la prueba testimonial que hubiere, todo ello previo a la audiencia oral correspondiente. Lo apuntado y la gran dificultad de localizar al encartado —a veces durante muchos meses—, eran dilaciones que hacían esta parte extremadamente larga.

En efecto, una vez que la *notitia criminis* llegaba al despacho judicial, se iniciaban las diligencias necesarias para que el endilgado se presentase a estrados. Esta parte del proceso se convierte, a veces, en una labor casi imposible que, además, está la mayoría de las veces fuera del control de los órganos jurisdiccionales, ya que se acude para ello a las autoridades administrativas. Dos, tres o más citas llevan en ocasiones meses de atraso al expediente.

Una vez localizado el imputado e indagado, daba inicio, como se señaló supra, la recepción de todos los testigos en el despacho, lo cual llevaba, igualmente, meses. Tras ello, se hacía la convocatoria a la audiencia oral y pública, en la que se evacuaba nuevamente la prueba ofrecida.

De lo explicado, se desprende claramente, que la prueba testimonial se recibía dos veces innecesariamente. De haberse seguido en la materia los respectivos preceptos del Derecho Procesal Penal, una dilación tal se habría evitado, procediendo simplemente a señalar para la realización de la audiencia oral y pública una vez que se indagara al reo.

El procedimiento descrito, hasta este punto, superaba a veces los ocho meses que, por cierto, de una manera de suyo discutible, se utilizaban como criterio de prescripción, partiendo de lo que establecían las normas que sobre ese punto contenía el Código Penal⁷. Entonces, una cantidad demasiado importante

6 Artículo 82 del C. N. A.

7 Inciso quinto del artículo 82.

de asuntos nunca llegaba a juicio por prescripción de la acción. Tal prescripción, en gran parte, era atribuible al órgano jurisdiccional que, actuando de manera poco recomendable, hacía del procedimiento por infracciones a las leyes laborales una pequeña instrucción.

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 1996⁸, se ha ampliado el término de prescripción de la acción penal. Sin embargo, es necesario agregar que en la mayoría de los tribunales de trabajo encargados de esta materia⁹ se procede hoy indagando al imputado y citando para juicio inmediatamente después de este acto procesal, con lo que se evita caer en el yerro anterior de evacuar prueba testimonial de manera escrita, procedimiento que rompía completamente con el principio de intermediación de la prueba.

Aparte de estos problemas en la forma de tramitar, se dieron y se siguen dando otros problemas de naturaleza procesal. Uno de los grandes puntos de discusión, en esta materia, deriva de las dudas que siempre han existido respecto de cuál debe ser la participación de la Inspección de Trabajo en el proceso.

Entre las referencias de mayor relevancia sobre el tema, por la jerarquía del ente del cual emana, se encuentra el acuerdo tomado en la sesión de Corte Plena número 24-96 del 7 de octubre de 1996 (artículo XIII). El acuerdo toca el tema del rol procesal de la Inspección de Trabajo y limita totalmente la participación de esta en el desarrollo del proceso de infracción a las leyes de trabajo, al acoger las siguientes conclusiones:

“La Inspección General de Trabajo únicamente está legitimada para denunciar y no para acusar, la infracción a las leyes de trabajo y de seguridad social ante los Tribunales de Trabajo. Como consecuencia de su condición procesal de denunciante, su único derecho es el de ser informada de la suerte final de su denuncia, pero no puede intervenir en el proceso como parte ni tener interés legítimo para reclamar el acceso de los expedientes, ni menos aún (sic), está legitimada para impugnar la sentencia de primera instancia.”

En la actualidad, los tribunales de trabajo, en la práctica, están dando a la Inspección una participación mucho más amplia de la que se le quiso otorgar mediante este acuerdo de hace dos años. Lo anterior, ya que los inspectores de trabajo están siendo notificados de los diferentes actos del proceso y, muy importante, están siendo citados a juicio. Los funcionarios mencionados se encuentran participando en las audiencias orales y públicas, incluso respecto de las medidas alternativas de desjudicialización que el nuevo Código Procesal Penal de 1996 ha introducido al ordenamiento jurídico represivo.

Se observa una notoria mejora en la forma en que se tramitan las causas en los despachos judiciales, en el tanto en que se ha dejado de evacuar prueba testimonial de previo al juicio verbal y público a que hace referencia el artículo 571 del Código de Trabajo. Esta sola práctica reduce de manera significativa las grandes dilaciones que se mencionaban líneas atrás, cuando se prolongaba innecesariamente el proceso al intentar hacer llegar al expediente deposiciones que, luego, en la audiencia oral y pública se escuchaban de nuevo y hacían perder tiempo no solamente al testigo, sino también a los despachos judiciales, ya de por sí muchas veces colapsados por el exceso de trabajo.

8 El nuevo ordenamiento procesal penal comenzó a regir el día primero de enero de 1998 (artículo 472 del Código Procesal Penal de 10 de abril de 1996).

9 Juzgados de Menor Cuantía (antes alcaldías) y Tribunal de Trabajo de Menor Cuantía, este último en San José, según lo establece el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Con ello se reduce el tiempo de tramitación de este tipo de infracciones, lo cual redundaría directamente en que disminuye el riesgo de que opere la prescripción, causa de extinción de la acción que hace poco tiempo, antes de la entrada en vigencia del nuevo término de prescripción introducido por el Código Procesal Penal, era de una incidencia alarmante en el número de expedientes archivados sin que se llegara a juicio. Esto tenía consecuencias perniciosas, dada su negativa influencia en cuanto a la ineffectividad del Derecho del Trabajo se refiere: la impunidad afecta no solamente los derechos de los trabajadores y sus condiciones de trabajo, sino que fomenta, indirectamente, nuevos irrespetos a la normativa laboral.

Sin embargo, a pesar de que en la práctica los tribunales estén dando participación a la Inspección, se debería aclarar, desde el punto de vista normativo, el rol procesal de la misma, en aras de garantizar mejor su intervención y, con ello, la defensa de los derechos de los trabajadores, pues está claro que, partiendo por ejemplo, de lo que se desprende del acuerdo de Corte Plena supracitado, prácticamente solo el trabajador podría intervenir en el proceso¹⁰. Además de que el trabajador se encuentra en una clara situación de desventaja respecto del empleador, son evidentes las consecuencias que para el primero tendría el constituirse en el proceso como acusador contra su propio patrono, en un sistema de estabilidad relativa como el nuestro, en el cual, con el pago de las prestaciones laborales al trabajador se le puede despedir, circunstancia aún más grave en el caso de los trabajadores adolescentes, dada su mayor vulnerabilidad, en razón de la cual debería privar su protección especial.

Al respecto, no sería ocioso, incluso, plantearse la posibilidad de que se discuta, ampliamente, una eventual reforma legal en el sentido de crear una especie de fuero protector especial para el trabajador que se constituyere en denunciante o acusador de su empleador, sobre todo si se sigue cuestionando, como hasta el momento, si la Inspección de Trabajo cuenta o no con legitimación procesal para participar en el proceso.

Sin embargo, aunque no sea excluyente de la posibilidad de crear el fuero mencionado se debería, tal y como se indicaba previamente, introducir en la legislación laboral una serie de disposiciones que aclaren, de una vez, la posición procesal de la Inspección, ello aun y cuando existen en el C. T. normas tan claras como el artículo 613, que indica que “la acción para solicitar la imposición de las sanciones establecidas (...) podrá interponerla cualquier persona perjudicada, su representante legal **o la Inspección General del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social...**” (el énfasis es nuestro), norma a la cual remite directamente el artículo 101 del C. N. A., que indica:

“Las violaciones, por acción u omisión, de las disposiciones contenidas en los artículos 88, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 98, en las cuales incurra el empleador constituirán falta grave y será sancionada conforme a los artículos 611, 613, 614 y 615 del Código de Trabajo, reformado mediante Ley número 7360, de 12 de noviembre de 1993.”

Como se ha hecho ver, la sanción penal es un recurso que complementa adecuadamente las acciones de prevención y otras formas de lucha contra el trabajo infantil y contra el trabajo adolescente ilegal. Por esta razón no debe ser dejada de lado, sino que, siguiendo las pautas más recientes (como las señaladas por la Conferencia de Oslo citadas supra), se debe mejorar su puesta en práctica cuando ello proceda, pues no se trata simplemente de reforzar la represión per se sin ningún freno, mas está claro que en Costa Rica nunca

¹⁰ Aunque también, por ejemplo, los sindicatos, por aplicación del artículo 564 del C. T., estarían en posición procesal de acusar (v. infra).

se le ha dado importancia a la utilidad que podría revestir. Ahora, con la entrada en vigencia del C. N. A. se debe intentar fortalecer la jurisdicción penal laboral, visto que el legislador de 1997 vio en esta un instrumento útil: ello es evidente al observar que se incluyeron en este cuerpo legal tres importantes artículos sobre sanciones y multas (numerales 101 a 103).

Al respecto, también se debe llamar la atención en cuanto a la relevancia que puede tener la intervención de otros entes tales como los sindicatos, los cuales —según se desprende del párrafo primero del artículo 564 del C. T.— tienen también acción en los procesos por infracciones a las leyes laborales, sobre todo si partimos, de la manera explicada hasta ahora, de que la participación de la Inspección de Trabajo en el proceso penal laboral ha sido cuestionada y puesta en duda —quizá de manera algo apresurada y sobre todo sin profundizar en el carácter eminentemente penal de este proceso, a pesar de que se haya dicho insistentemente lo contrario—.

En efecto, con el nuevo C. N. A. se ha visto desmitificada la labor de protección de la persona menor de edad y se ha eliminado el concepto —resabio del sistema paternalista proteccional y de la doctrina de la situación irregular— de que la protección de este segmento de la población era una función exclusiva del Estado.

Respecto del trabajo de los adolescentes, un buen ejemplo de ello es el artículo 82 del C. N. A. que, ciertamente, asigna un papel fundamental al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en la protección de los adolescentes trabajadores, pero indica claramente que deberá coordinar, entre otras, con las organizaciones no gubernamentales y con los gremios laborales.

En relación con ello, ha de puntualizarse que la labor del sindicato, como ente actor en los casos de infracciones a las leyes protectoras del menor de edad trabajador y de las prohibiciones preceptuadas en la actualidad por el C. N. A., especialmente la prevista por el artículo 92, puede ser importante si se logra sensibilizar a estas organizaciones sociales, que gozan de fuero protector, lo cual las sitúa en una posición privilegiada respecto del trabajador como ente aislado.

Ya antes, ha sido considerado el papel que en la lucha por erradicar el trabajo infantil puede desempeñar el movimiento sindical¹¹, el cual debería ser impulsado y planteado abiertamente en los diferentes foros que estas organizaciones tienen.

Dentro de la perspectiva que hasta aquí hemos seguido, en el sentido de que es imperativo potenciar la aplicación efectiva de las normas punitivas sobre infracciones a las leyes de trabajo, debe hacerse hincapié en la necesidad de que se ponga en práctica algún tipo de capacitación para los jueces de la materia. Esto no solo, en general, sobre la tramitación de las infracciones a las leyes de trabajo sino, específicamente, sobre la amplia gama de implicaciones que en el ámbito del Derecho Laboral tiene ahora la entrada en vigor del C. N. A., ya que este nuevo cuerpo legal introduce institutos totalmente nuevos, tal como, por ejemplo, el de la reinstalación en el caso previsto por el artículo 91 in fine.

11 Ver al respecto, por ejemplo, las pautas para la elaboración de planes de acción sindical con miras a la erradicación del trabajo infantil (conocidas como El Documento de Sao Paulo) de diciembre de 1995, que bajo el auspicio de IPEC recoge los planteamientos y propuestas de numerosas organizaciones sindicales de América Latina (en OIT- IPEC: sindicatos y trabajo infantil en América latina (sic), Ginebra, 1996, pp. 83-89).

Con este nuevo precepto, que convierte en acto radicalmente nulo el despido del trabajador adolescente cuando fuere practicado sin que se cumpla el procedimiento en sede administrativa previsto por el mismo numeral, se crea un sistema similar, tal como se explicara en otra parte de esta investigación, al que, mediante la reforma de 1993, se introdujera en lo concerniente al despido de la trabajadora en estado de embarazo, en el tanto en que la cesación practicada en estas condiciones faculta a la perjudicada para solicitar la reinstalación.

La formación de los jueces, a que se hacía referencia líneas atrás, se presenta ahora como una necesidad, dada la novedad de la normativa laboral específica introducida respecto de los menores de edad, pero también porque, tal y como se explicara antes, en general, en materia de infracciones a las leyes laborales el trámite ha sido de suyo errático —ausencia de una tramitación uniforme y estable en los diferentes despachos— y erróneo —v. gr., exceso de prescripciones debidas a yerros en el trámite—. Por ejemplo, y ello interesa dado el paralelismo que puede darse ahora, los tribunales de trabajo competentes —al menos en San José— han sido reacios, hasta ahora, a dar trámite, dentro de un expediente por infracciones a las leyes laborales, a una gestión de reinstalación en materia sindical, aun y cuando el artículo 610 del C. T. es claro en el sentido de que cuando se imponga una multa en esta materia, "...la sentencia respectiva deberá disponer, ineludiblemente, la restitución de los derechos violados, la reparación del daño causado y las medidas que conduzcan a tales fines". En estos casos, los tribunales han remitido expresamente a las partes al juicio ordinario, ignorando lo preceptuado por el numeral 610¹².

Tal y como se desprende de lo repasado hasta acá, en relación con el trámite de las infracciones a las leyes de trabajo, está claro que se debe hacer una labor con la Administración y con el Poder Judicial en el sentido, no solamente de mejorar los procedimientos, sino también de dar a los jueces y demás operadores del Derecho, que intervienen en estos procesos, la oportunidad de conocer de manera más completa la nueva normativa sobre niñez y adolescencia que entrará en vigencia este año.

RECOMENDACIONES

- * Es indispensable iniciar, de inmediato, una labor de difusión importante relativa a las normas contenidas en el nuevo C. N. A., no solo entre los operadores sino, en general, entre la población y, especialmente, entre la infanto-juvenil.
- * Se debería fomentar realmente la participación que el artículo 82 del C. N. A. dispone respecto de los entes que, en general, tienen relación con el tema, desde los estatales hasta los que tienen su sustrato en la sociedad civil.
- * Se deben llevar a cabo los contactos necesarios entre la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo y el Ministerio de Educación Pública, para que la obligación que se impone mediante el artículo 87 del C. N. A. tenga verdadera eficacia.
- * Se deberá dar mayor divulgación, entre los docentes, a los alcances de la jurisprudencia que de la Sala Constitucional ha emanado sobre la educación como derecho fundamental.

12 Ver, por ejemplo, la resolución de 09:00 horas del 6 de enero de 1998 del Juzgado de Trabajo de San José.

- * Es menester iniciar la búsqueda de los recursos necesarios para que la Administración Educativa brinde al núcleo familiar un soporte, al menos básico, en aquellos casos en que sea necesaria la aplicación de acciones correctivas que impliquen dirección pedagógica especial mediante la realización de trabajos en el hogar, como los previstos por el artículo 43b de las normas básicas reguladoras del proceso educativo.
- * Se debe eliminar imperativamente la posibilidad prevista por el artículo 15c del Reglamento de Carrera Docente de que, en el caso de faltas graves, el Tribunal de la Carrera Docente pueda conmutar la sanción de despido por otra que implique el descenso del educador a un puesto del grado inmediato inferior, o por una suspensión de tres a seis meses sin goce de sueldo; quizá, al menos, cuando se trate de una agresión física directa cualquiera, especialmente de naturaleza sexual.
- * Se debe perseverar en la orientación que las normas básicas reguladoras del proceso educativo han introducido en la educación; es decir, en un sistema sin énfasis en lo sancionatorio y dispuesto de manera que evite la exclusión del educando del medio educativo, lo cual le dirige, generalmente, al mercado laboral.
- * En aras de hacer aplicable el artículo 94 del C. N. A., se debe acelerar el proceso de reglamentación previsto por los decretos 22970-MEIC de 20 de febrero de 1994 y 24662-MEIC-MAG-MIRENEM-MOPT-PLAN. Si ello no fuere posible, por las dificultades que puede tener la puesta en marcha del sistema que se deriva de los decretos mencionados, al menos se deberán decretar los reglamentos específicos que establezcan las labores que se considerarán peligrosas e insalubres para los menores de edad.
- * Se deben otorgar a la Inspección de Trabajo los recursos que realmente necesita para realizar debidamente su labor contralora, dotándole de más personal y medios adecuados.
- * De conformidad con lo que se desprende del artículo 2 del Convenio 85 de la OIT, debidamente ratificado por Costa Rica, se debe poner énfasis en la capacitación de los inspectores de trabajo.
- * Se debería reformar el artículo 92 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a fin de que no haya ningún obstáculo normativo para la posibilidad de que otros inspectores diferentes al Director Nacional puedan denunciar y accionar por infracciones a las leyes laborales.
- * Es indispensable capacitar a los jueces en cuanto a los nuevos preceptos introducidos por el C. N. A. referentes al trabajo infanto-juvenil.
- * Se debe capacitar a los jueces para mejorar el trámite de los procesos por infracciones a las leyes laborales.

BIBLIOGRAFÍA

I. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada mediante Ley número 7184 de 18 de julio de 1990.

- Convenio de la OIT sobre la Inspección del Trabajo de 1947, ratificado mediante Ley del 2 de junio de 1960.
- Convenio de la OIT sobre la Edad Mínima, de 1973, ratificado mediante Ley número 5594 de 10 de octubre de 1974.
- Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificado mediante Ley número 6968 de 2 de octubre de 1984.
- Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la Inspección del Trabajo de 1947 (sin ratificar).
- Recomendación número 146 sobre la edad mínima, adoptada por la Conferencia General de la OIT el 26 de junio de 1973.

II. CÓDIGOS Y LEYES

- Código de la Infancia de 27 de octubre de 1932.
- Código de Trabajo de 27 de agosto de 1943.
- Código Penal de 4 de mayo de 1970.
- Código Procesal Penal de 10 de abril de 1996.
- Código de la Niñez y la Adolescencia de 6 de enero de 1998.
- Estatuto de Servicio Civil.
- Ley de Justicia Penal Juvenil, número 7576 de 8 de marzo de 1996.
- Ley Fundamental de Educación.
- Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 18 de febrero de 1963.
- Ley Orgánica del Poder Judicial, número 7333 de 5 de mayo de 1993.
- Ley de Aprendizaje, número 4903 de 16 de noviembre de 1971, reformada por las leyes número 5312 de 14 de agosto de 1973 y 5833 de 30 de octubre de 1975.

III. DECRETOS

- Decreto número 11074-TSS de 5 de mayo de 1980.
- Decreto número 19884-P-J de 23 de agosto de 1990.
- Decreto número 20822-MEP de 30 de octubre de 1991.

- Decreto número 22625-SP de 13 de octubre de 1993.
- Decreto número 22970-MEIC de 20 de febrero de 1994.
- Decreto número 24662- MEIC-S-MAG-MIRENEM-MOPT-PLAN de 27 de setiembre de 1995.
- Decreto número 25890-MTSS de 12 de marzo de 1997.
- Normas Básicas Regulatoras del Proceso Educativo, Decreto de 20 de febrero de 1995.
- Políticas de Salud del Adolescente, Decreto número 19753-S de 5 de junio de 1990.
- Reglamento de la Carrera Docente, Decreto número 2235-E-P.
- Reglamento de Registro y Control de Sustancias o Productos Tóxicos y Sustancias, Productos u Objetos Peligrosos, Decreto número 21406-S de 22 de junio de 1992.
- Reglamento de Seguridad sobre Empleo de Sustancias Tóxicas en la Agricultura, Decreto número 6 de 6 de setiembre de 1968.
- Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, Decreto número 21 de 14 de diciembre de 1954.
- Reglamento General de Disciplina, Convivencia y Méritos Estudiantiles de 23 de abril de 1992.
- Reglamento General de Seguridad e Higiene del Trabajo, Decreto número 1 del 2 de enero de 1967.
- Reglamento para el Control de Ruidos y Vibraciones, Decreto número 10541-TSS de 14 de setiembre de 1979.
- Reglamento sobre Higiene Industrial, Decreto número 11492-SPPS de 22 de abril de 1980.
- Reglamento sobre Protección contra las Radiaciones Ionizantes, Decreto número 24037-S de 2 de diciembre de 1994.

IV. PROYECTOS DE LEY

- Decreto Legislativo número 7680 de 10 de julio de 1997, vetado parcialmente por el Poder Ejecutivo el 24 de julio de 1997.
- Proyecto de Ley de ejecución de las sanciones penales juveniles (expediente legislativo número 13001).
- Proyecto de Ley de Fundamentos y Garantías para el Desarrollo y Mejoramiento Continuo del Sistema Educativo Nacional (expediente legislativo número 12715).
- Proyecto de Ley de Protección a la Niñez y Adolescencia Trabajadora y con Conductas de Deambulación (expediente legislativo número 12583).

- Proyecto de Ley de Reforma a los artículos 14, 19, 22, 82, 89, 139, 152, 165 y 376 del Código de Trabajo, para derogar las discriminaciones que sobre el trabajo agrícola contiene dicho Código (expediente legislativo número 12227).
- Proyecto de Ley de Reforma al artículo 89 del Código de Trabajo (expediente legislativo número 13011).
- Proyecto de Ley para el Desarrollo de las Potencialidades del Menor (expediente legislativo número 11275).

V. EXPEDIENTES LEGISLATIVOS

- Expediente del Proyecto de Ley de Reforma a los artículos 14, 19, 22, 82, 89, 139, 152, 165 y 376 del Código de Trabajo, para derogar las discriminaciones que sobre el trabajo agrícola contiene dicho Código (número 12227).
- Expediente del Proyecto de Ley de Garantías para el Desarrollo y Mejoramiento Continuo del Sistema Educativo Nacional (número 12715).
- Expediente del Código de la Niñez y la Adolescencia (número 12839).

VI. JURISPRUDENCIA

- Resolución de 09:00 h del 6 de enero de 1998 del Juzgado de Trabajo de San José.
- Voto 1739-92 de 11:45 h del 1° de julio de 1992 de la Sala Constitucional.
- Voto 6054-96 de 10:24 h del 8 de noviembre de 1996 de la Sala Constitucional.
- Voto 0869-97 de 11:24 h del 7 de febrero de 1997 de la Sala Constitucional.

VII. OTROS

- Acuerdo tomado en la Sesión de Corte Plena número 24-96 celebrada el 7 de octubre de 1996 (artículo XIII).
- Agenda de acción de la Conferencia de Oslo sobre Trabajo Infantil (Oslo, 27-30 de octubre de 1997).
- Carro Zúñiga-Carro Hernández: Derecho Laboral costarricense, Tomo I, Editorial Juritexto, San José, 1993.
- Constitución Política de 7 de noviembre de 1949.
- Departamento de Educación Preescolar del Ministerio de Educación Pública: Estudio sobre patrones de crianza de los niños costarricenses de 0 a 4 años, San José, 1994.

- Dirección de Estadística y Censos: Encuesta de hogares de propósitos múltiples de 1995.
- Informe de la Defensoría de los Habitantes publicado en 1998.
- Pautas para la elaboración de planes de acción sindical con miras a la erradicación del trabajo infantil (El documento de Sao Paulo), Sao Paulo, 1995 (publicado en OIT: Sindicatos y trabajo infantil en América latina (sic), Ginebra, 1996).
- Programme des Nations unies pour le développement: Rapport mondial sur le développement humain 1996, Éd. Economica, Paris, 1996.
- Proyecto Estado de la Nación: Estado de la Nación en desarrollo humano sostenible, Proyecto Estado de la Nación, San José, 1996.

* * *

TEMA 4

Justicia Penal Juvenil

PREHISTORIA E HISTORIA DEL CONTROL SOCIOPENAL DE LA INFANCIA: POLÍTICA JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA*

Emilio García Méndez

1. PREHISTORIA Y ORÍGENES DE LA INFANCIA

La historia y la experiencia demuestran que el tema de la infancia-adolescencia puede ser abordado desde innumerables ángulos.

En este trabajo se pretende realizar un análisis de la categoría infancia-adolescencia desde la perspectiva de los diversos mecanismos y teorías utilizados a lo largo de la historia para su "control social" específico. Es importante aclarar, que el término control social es utilizado aquí en un sentido que va mucho más allá de un uso restringido y frecuente, que lo equipara exclusivamente con prácticas manifiestamente represivas. En términos generales, pero mucho más aplicado a la infancia, el concepto control social pone en evidencia su carácter ambiguo de instrumento sociopenal.

Un abordaje como el propuesto significa, obviamente, rechazar las concepciones tradicionales de la infancia, que la consideran un dato ontológico, ahistórico y de validez universal.

El carácter ideológicamente falso de las concepciones tradicionales ha sido suficientemente demostrado. La infancia, tal como es entendida y representada en su acepción moderna, no existe antes del siglo XVI¹.

La infancia constituye el resultado de un complejo proceso de definiciones, acciones institucionales y cambios sociales en los sentimientos. Los mecanismos e ideas creadores de la infancia corresponden a los mecanismos e ideas creadores del control de la misma. La historia de la infancia es la historia de su control. Al mismo tiempo, puede establecerse la hipótesis acerca de que el estudio del control (en el sentido amplio que aquí se da al término) de un grupo específico de la sociedad, ofrece elementos preciosos para entender el nivel general de desarrollo del conjunto del cuerpo social. La niñez constituye un ejemplo paradigmático.

De los mecanismos que contribuyen a la creación-control de la categoría infancia, la escuela ocupa sin lugar a dudas, un lugar central y de privilegio. Pero más allá de su carácter "creador", la escuela constituye el instrumento más importante de reproducción ampliada de la categoría que nos interesa. En este sentido, hasta por lo menos mediados del siglo XIX, la historia de la infancia es la historia de la escuela. Organizada desde sus orígenes bajo dos principios rectores, la obligación de denunciar y los castigos corporales, el

* *En: Derecho a tener derecho: infancia, derecho y políticas sociales en América Latina, Caracas, La Primera Prueba. C.A., sin fecha de publicación.*

1. *No es posible extenderme aquí sobre este punto. Remito para ello a la obra ya clásica de P. Ariès "El niño y la vida familiar en el antiguo régimen", edit. Taurus, Madrid, 1987.*

valor cualitativo y cuantitativo de la escuela como instrumento de control social no puede ser subestimado. Sin embargo, no todos tienen acceso a la escuela y algunos, teniéndolo, son expulsados de ella. En estos casos, durante mucho tiempo, las formas de control supletorio funcionaron prácticamente en forma indiferenciada respecto del mundo de los adultos. Algunas referencias de control específico pueden hallarse en el Derecho anglosajón del siglo XVII. Se trata, no obstante, de hechos y situaciones absolutamente aislados y esporádicos².

Con el comienzo del proceso de codificación europeo a partir del siglo XIX, empiezan a aparecer algunas disposiciones específicas para los "menores". Ellas se refieren, básicamente, a la introducción de la categoría jurídica del discernimiento, parámetro "objetivo" a ser determinado por el juez para decidir acerca de la conciencia o no del carácter perjudicial del acto. Resulta interesante el hecho de que, en cuanto al lugar de cumplimiento de la pena, para este momento ya mayoritariamente representada por la pena privativa de libertad, no se establecía ningún tipo de diferencia respecto de los adultos. Las penas eran cumplidas en las mismas instituciones y con las mismas características, las que pueden ser resumidas en dos puntos fundamentales:

- a) Condiciones deplorables de existencia.
- b) Duración indeterminada de la condena, en el caso de que esta última hubiera sido pronunciada.

Me detengo un momento, sobre este último punto, para analizar en forma breve algunas consecuencias reales de transformaciones colectivas —en su época percibidas como positivas— en los sentimientos de bondad y protección de la sociedad.

El triunfo de la Revolución Francesa acarrea cambios notables en las ideas y prácticas de control social. El control social se "humaniza" y juridifica. Es el nacimiento del Estado de Derecho. Desaparecen progresivamente los castigos bárbaros, y por sobre todo, la pena privativa de libertad se convierte en la pena más importante.

En una sociedad en la que el tiempo comienza a adquirir el valor de una mercancía, la pena privativa de libertad se convierte en la pena democrática por excelencia. El tiempo es la única propiedad que todos los hombres poseen por igual, y el tiempo de la condena puede ser matemáticamente determinado de modo que corresponda exactamente a la naturaleza del delito. La pena privativa de libertad, por tiempo determinado, es una conquista democrática que corresponde también a la nueva forma de organización productiva de la sociedad³.

Paradójicamente, quien queda fuera del proceso productivo queda fuera de esta conquista democrática. Los "menores", incorporados marginal y clandestinamente al proceso productivo, quedan fuera del discurso oficial sobre el proceso productivo y, por ende, privados de esta conquista democrática. El derecho de menores, todavía inexistente, se creará sobre esta base jurídica cultural colmada de eufemismos y "como si". Cualquier semejanza con la actual consideración jurídica de la situación laboral de los menores no es pura coincidencia.

2. Sobre este punto puede consultarse el excelente trabajo de compilación de documentos históricos de Willey B. Sanders, "Juvenile Offenders for Thousand Years", edit. The University of North Carolina Press 1970.

3. Sobre este punto véase el trabajo de Darío Melossi y Massimo Pavarini, "Cárcel y fábrica", Siglo XXI, México, 1983.

La legitimidad del Derecho Penal moderno, o lo que es lo mismo, la legitimidad de la pena, se asentará sobre la base del concepto jurídico de imputabilidad. Toda una categoría heterogénea de locos, mujeres, menores, etc., aparecerá en realidad estrechamente vinculada, tanto por el concepto real de vulnerabilidad como por el concepto jurídico de inimputabilidad. Para ellos no habrá penas (ciertas temporalmente), sino medidas de seguridad (cuya duración depende de la situación de cada caso). Con los códigos penales del siglo XIX y sus disposiciones relativas al discernimiento, llegamos, prácticamente, al fin de la prehistoria del control sociopenal de la infancia.

2. DE LA INFANCIA AL "MENOR"

Es indudable que la revolución en los sentimientos, causa y efecto de la Revolución Francesa, fermentará durante todo el siglo XIX. Los Estados Unidos de la época constituyen un contexto ideal para el nacimiento de "empresarios y cruzadas morales". El estado de la cuestión penitenciaria⁴ y la condición de la infancia-adolescencia, constituyen motivo suficiente para el nacimiento del movimiento de los Reformadores. Tampoco me extiendo sobre este punto⁵, anotando solamente que se trataba de un movimiento moralista de la clase media y alta, conformado esencialmente por mujeres, que encontraron también en esta acción un método seguro de ascenso e interacción social.

Para fines del siglo XIX los Reformadores habían logrado hacer suyo y colocar el problema de la infancia en un lugar privilegiado de la percepción social. Pero las tareas de protección de la infancia no se llevan a cabo en un contexto políticamente neutro. La defensa de la sociedad es el parámetro último de legitimación de todas las acciones. Por eso no es de extrañar que la protección solo pueda concebirse bajo las múltiples variables de la segregación.

Pero para las acciones que se legitiman a partir de la ideología de la defensa social, la infancia-adolescencia constituye una categoría demasiado heterogénea. La agudización de los conflictos sociales acelera la necesidad de encontrar un marco jurídico y de contención real de aquellos expulsados o que no tuvieron acceso a la institución escolar. En 1899 se crea en Illinois el primer Tribunal de Menores.

El nuevo marco jurídico es relativamente simple. Se trata de realizar las reformas procesales necesarias para otorgar al juez (que debía actuar como un buen padre de familia) poderes de carácter discrecional. Aquella porción de la infancia-adolescencia que por razones de conducta o de condición social entra en contacto con la compleja red de mecanismos de la caridad-represión, se convertirá automáticamente en "menor". Este es el nacimiento de una cultura de judicialización de las políticas sociales supletorias. Es decir, de tratar de resolver, por medio de normas jurídicas, las deficiencias de las políticas sociales básicas. Unidos por el parámetro de la defensa social, entre los jueces y el movimiento social de los Reformadores se establece una clara relación de complementariedad.

4. *Me refiero concretamente a las condiciones de vida en las cárceles, donde todo el mundo era alojado indiscriminadamente, sin ningún tipo de consideración en razón de la edad.*

5. *Remito al excelente trabajo de A. Platt, "Los salvadores de la infancia. La invención de la delincuencia". Siglo XXI. México. 1977.*

3. REFORMADORES EN AMÉRICA LATINA

Con enorme velocidad los sentimientos e ideas impulsados por los Reformadores son importados en América Latina. En cuanto a los problemas, estaban allí y no hacía falta importarlos. Se trataba de recrearlos en función de los nuevos enfoques predominantes. De los tantos aspectos que podrían ser tratados en esta parte, me interesa particularmente destacar las vicisitudes de la traducción del nuevo marco legislativo, en una cultura jurídica que, como la latinoamericana, posee profundas diferencias con el sistema anglosajón. Las limitaciones que la tradición cultural europea continental imponen al juez, tienen que ser resueltas a través de una hipótesis pseudotaxativa de intervención. Es decir, se trata de fijar criterios de intervención judicial, pero definidos con una amplitud tal, que de hecho los convierten en omnicomprendivos. La creación de la figura del "menor en situación irregular", resulta la representación más acabada de lo anterior. El acento está puesto definitivamente en el tratamiento institucional de una conducta o condición que implica un desvío de las normas sociales (algunas de ellas consagradas penalmente) que se suponen mayoritariamente aceptadas.

Desde 1915, aproximadamente, hasta los años 60, dos paradigmas de naturaleza —en apariencia— radicalmente divergente, se suceden en América Latina. Hasta 1940, las visiones bioantropológicas recubiertas a veces de un matiz psicologista, operan como elemento legitimador de la institucionalización segregadora. En un momento en que todavía impera una idea colectiva del progreso indefinido, se trata de buscar causas ajenas a la voluntad del sujeto para explicar la conducta desviada. Es el proceso de medicalización de los problemas sociales, que nadie expresó mejor que un conocido psiquiatra de la época, el Dr. Américo Foradori, quien afirmaba:

*"Insistiremos en el punto de vista clínico-psicopedagógico. Aquellos que hablan de la niñez abandonada y delincuente como problema social, solo quieren ver las consecuencias de un proceso y no su génesis y evolución."*⁶

Para fines de los años 40, la crisis del positivismo de base médica resulta irreversible. Las corrientes de la sociología funcionalista americana no son ajenas a la crisis acelerada del positivismo. Los menores abandonados-delincuentes son ahora, en parte, el resultado de deficiencias socioestructurales, y en parte, el resultado de tensiones entre los fines culturales y los medios institucionales. Pero la radicalidad del cambio de paradigma es mucho más aparente que real. Dos aspectos de primordial importancia resultan inmutables:

- a) Ambas teorías asumen un carácter explícitamente etiológico y correccionalista. Es decir, se presentan como enfoques diversos para explicar las causas y solucionar los efectos de las múltiples formas que asume la conducta desviada de los menores.
- b) La institucionalización segregadora como mecanismo incuestionado de las tareas de defensa de la sociedad y protección del menor abandonado-delincuente.

6. A. Foradori, "El psicólogo en las cárceles y en las colonias para menores delincuentes", en "Archivos de Criminología, Neuropsiquiatría y Disciplinas Conexas", II 4, oct.-dic., 1938, pp. 340-359.

4. POLÍTICAS DISTRIBUCIONISTAS Y ESTADO ASISTENCIAL

Las consecuencias prácticas de las nuevas corrientes son casi nulas. Las concepciones funcionalistas no trascienden, en general, el marco académico. Su aparición en la década del 50 coincide con una expansión del Estado en el campo de las políticas sociales básicas. La condición general de la infancia-adolescencia mejora significativamente. Los "menores" resultan en este contexto cuantitativamente residuales. Esta situación refuerza la imagen y función real del juez como de hecho formulador y ejecutor de políticas supletorias de contención. El movimiento de los Reformadores desaparece, reciclándose en pequeños grupos que practican aisladamente la caridad.

El carácter verticalista pero eficaz del Estado impide aún la formación de movimientos sociales en el sentido moderno en que estos son entendidos.

El viraje autoritario de la década del 70, incide en forma directa sobre esta situación. Es el inicio del fin de las políticas distribucionistas, la crisis fiscal del Estado. La reducción del gasto público en el área social afecta significativamente las políticas sociales básicas, aumentando el área potencial de intervención de las políticas supletorias.

Fracasada la economía y superada la religión como elementos de cohesión social, el Estado autoritario apela a una juridificación negativa de las relaciones sociales. Se invierte, de hecho, el principio liberal, "todo lo que no está prohibido está permitido"⁷.

Tendencialmente, en el contexto latinoamericano puede afirmarse que esta situación adquiere la forma de una judicialización del problema del "menor".

El carácter discrecional de la función judicial y el instrumento amplio de la "situación irregular", constituyen los soportes de esta política de subsidiariedad del Estado (eufemismo elegante para legitimar la reducción del gasto social). Obviamente, la falta de recursos materiales y de retaguardias para sustentar las decisiones, determina que el juez formule en realidad "una ilusión de política social". Los eufemismos y los "como si" mitigan malamente el contacto con la realidad.

En este contexto surgen y se desarrollan los movimientos sociales, que intentan construir políticas alternativas en la tierra de nadie de las políticas sociales. No parece que sea necesario explicar en detalle, que la cultura de estos movimientos estará marcada por una profunda oposición y desconfianza, tanto frente a las políticas públicas en general, cuanto al derecho como instrumento de movilización social por condiciones de vida dignas y como mecanismo regulador de conflictos sociales.

En el proceso de recuperación de la democracia este cuadro tiende lentamente a revertirse.

Los movimientos sociales redescubren tímidamente la forma jurídica como herramienta de lucha y movilización. Es indudable que los acontecimientos actuales —por lo menos hasta donde podemos entenderlos— obligan a una radical redefinición de las funciones de los tres sujetos institucionales que

⁷ Sobre este punto véase el trabajo de Norbert Lechner, "La crisis del Estado en América Latina", *El Cid*, Caracas, 1977, y mi propio trabajo "Autoritarismo y control social", *Hammurabi*, Buenos Aires, 1987.

conforman el universo de las políticas de la infancia-adolescencia: Estado (políticas públicas), movimiento social y mundo jurídico (que es mucho más amplio que el solo segmento de los jueces).

5. POR UN CONTINENTE DE Y PARA LA INFANCIA-ADOLESCENCIA

La lucha por la recuperación de formas democráticas de convivencia social coincide con un nuevo cambio de paradigma, esencialmente de tipo jurídico-cultural. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, coloca al movimiento social frente al desafío concreto de ocuparse de lo jurídico-institucional. La respuesta ha sido positiva.

La Convención Internacional cancela definitivamente la imagen del "menor" como objeto de la compasión-represión, convirtiéndolo en el niño-adolescente sujeto pleno de derechos. Este es el estado actual de la situación en América Latina (en la que Brasil constituye una excepción).

6. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, PANORAMA LEGAL NACIONAL Y ACTORES INSTITUCIONALES

Los instrumentos internacionales, específicamente dedicados al tema de la infancia, ponen cada día más en evidencia su discrepancia con instrumentos de carácter nacional, construidos sobre la base de la "situación irregular" y del tratamiento indiferenciado del "menor abandonado-delincente".

Investigaciones empíricas en curso parecen revelar la ineficiencia de muchas legislaciones nacionales para proteger los derechos humanos específicos de la infancia-adolescencia reconocidos por los instrumentos internacionales⁸. Los instrumentos dichos a que hacemos referencia son básicamente:

- a) La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General en noviembre de 1989 y actualmente en proceso de ratificación).
- b) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, adoptadas por la Asamblea General en noviembre de 1985).
- c) Los proyectos de Resolución I. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil y Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de Riad).

El proceso de transformaciones en la dirección de un creciente reconocimiento de la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos, es claro y dinámico en la evolución interna de la propia normativa internacional.

⁸ Me refiero a resultados parciales de la segunda parte de la investigación sobre control social de la infancia en América Latina, patrocinada por el UNICRI y el ILANUD, y que estará lista para fines de este año.

Las Reglas de Beijing, en su punto 2.2.c. definen menor delincuente "a todo joven que se halle imputado o condenado por el cometimiento de una infracción" (definición que todavía paga tributo a una cultura jurídica que necesitaba segregar o condenar a algún tipo de incapacidad como requisito para otorgar protección). Más adelante, en la parte de "Ampliación del ámbito de aplicación de las Reglas", el punto 3.1. establece: "Las disposiciones pertinentes de las reglas no solo se aplicarán a los menores infractores sino también a aquellos que puedan ser procesados por realizar cualquier acto concreto que no sería punible si fuera practicado por adultos". Esta disposición realizada con finalidades de protección, implica el reconocimiento de la inexistencia o irrespeto frecuente del principio de legalidad en el llamado derecho de menores. El avance en los instrumentos internacionales más recientes resulta evidente. El punto 54 de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil establece:

"A fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización e incriminación de los jóvenes, deberá promulgarse una legislación por la cual se garantice que todo acto que no se considera un delito, ni es sancionado cuando lo comete un adulto, tampoco deberá considerarse un delito ni ser objeto de sanción cuando es cometido por un joven."

Pero más radicales aún son las transformaciones en la tal vez más delicada de las áreas: la privación de libertad. En primer lugar, en el punto II, relativo al alcance y aplicación de las reglas, las Reglas de Riad definen la privación de libertad en una forma que, eliminando cualquier tipo de eufemismo, impide su aplicación subrepticia o encubierta: "por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en otro establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor a su antojo, ordenado por cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública". Además de múltiples disposiciones pueden inferirse algunos principios básicos de la privación de libertad, la que por otra parte es definida como una medida de última instancia, de carácter excepcional y de mínima duración posible, principios tales como el de intentar abolir las diferencias entre el mundo interno y externo. Es decir, tratando de abolir el carácter total de la institución, haciendo a esta lo más dependiente posible de los servicios básicos corrientes para la población en general.

Hasta aquí algunos ejemplos que ilustran el cambio profundo que está aconteciendo en el paradigma de control de la infancia-adolescencia. Es obvio que, de una u otra manera, esta situación está sometiendo, y va a someter aún más, a los tres actores institucionales a grandes tensiones. La dispersión e incomunicación entre ellos parece ser la característica distintiva de sus relaciones actuales.

7. BASES PARA UNA POLÍTICA LATINOAMERICANA DE LA INFANCIA-ADOLESCENCIA

En primer lugar, es preciso reconocer que en el estado actual de situación, ni las políticas públicas ni el movimiento social pueden seriamente revertir por sí solos los problemas más graves que afectan la condición de la infancia.

Es preciso politizar y al mismo tiempo despartidizar profundamente la cuestión de la infancia. Politizar en el sentido de que ninguna variable de importancia debe ser dejada de lado en el momento de trazar las estrategias de acción. Despartidizar en el sentido de que es necesario encontrar los mecanismos institucionales adecuados que consagren la cuestión de la infancia como cuestión de toda la sociedad.

El movimiento social está entendiendo la importancia de la dimensión jurídico-institucional del problema. La experiencia está demostrando que transformaciones legislativas en el ámbito nacional resultan

imprescindibles para incorporar el nuevo paradigma y, más concretamente, para dar un sentido colectivo a los infinitos esfuerzos dispersos realizados en pro de la condición de la infancia. Una nueva legislación deberá reconocer también una articulación deliberativa y paritaria entre los movimientos sociales y las políticas públicas. No hay tiempo para que el Estado se reestructure en un proceso al margen de estas transformaciones. El Estado tiene el derecho y el deber intangible de trazar las políticas sociales básicas. Sin embargo, al mismo tiempo debería desarrollar la flexibilidad y capacidad necesarias para discutir con la sociedad civil, las políticas supletorias de protección de los sectores más vulnerables de la sociedad. Sin abandonar la lucha por el aumento de recursos en el área, es necesario formular estrategias de acción con base en los medios racionalmente disponibles. Si ya no es más posible adaptar los recursos a tareas gigantescas heredadas de otras coyunturas, vale la pena intentar una reformulación de los programas en función de las disponibilidades reales.

En cuanto al mundo jurídico, este se encuentra frente a una disyuntiva de hierro. Su pretendida autonomía se ha transformado en pura ideología. Las universidades y los centros de investigación tienen un lugar en esta lucha, pero solo al servicio de los movimientos sociales. La experiencia brasileña demuestra que cuando los juristas no realizan este movimiento en dirección de la humildad, los movimientos sociales crean sus hombres jurídicos en el propio proceso de transformaciones. En la nueva normativa es necesaria una reestructuración dignificadora de la función judicial. Necesitamos jueces que puedan concentrarse en la resolución de conflictos graves, y no más ejecutores de una ilusión de política social. Es necesario crear condiciones para evitar la criminalización de las desventajas sociales y, al mismo tiempo, la "socialización" del tratamiento de las cuestiones vinculadas a la infracción penal (me refiero concretamente a la pérdida absoluta de garantías penales y procesales legitimadas por supuestas medidas de protección). En otras palabras, es necesaria una separación clara de competencias entre aspectos penales y asistenciales.

8. A MODO DE CONCLUSIÓN

La lucha por la mejora integral de la condición de la infancia es todo lo contrario a una lucha de carácter corporativo. Bajo el nuevo paradigma de promoción y defensa de los derechos, es la lucha por conquistar condiciones plenas de ciudadanía para uno de los sectores más vulnerables de la sociedad. La lucha por consolidar el Estado de Derecho es la lucha por condiciones dignas y justas, priorizando a los más vulnerables entre los vulnerables.

Además, la experiencia demuestra la necesidad de superar falsas disyuntivas en el sentido de invertir esfuerzos en transformaciones de la normativa nacional o internacional. Ambos caminos deben ser recorridos simultáneamente. El uso concreto del Pacto de San José de Costa Rica —para dar solo un ejemplo— pone en evidencia total el carácter falso de la disyuntiva. Más aún, necesitamos instrumentos de carácter regional que especifiquen y profundicen muchos de los logros de la Convención Internacional. Necesitamos un Pacto de Costa Rica de los Derechos Humanos de la Infancia y Adolescencia.

Una parte considerable de los gobiernos latinoamericanos está realizando esfuerzos serios para incluir la integración como punto prioritario de las agendas de nuestros países. Esa integración necesita mayor precisión en sus contenidos. El carácter multinacional y multisectorial de este encuentro confirma que el tema de la infancia-adolescencia debe y puede ocupar ese lugar de privilegio.

Por último, no me canso de insistir en afirmar que lo que en definitiva necesitamos es un cambio en los patrones culturales, en el sentido del nuevo paradigma, que demuestre la absurdidad de pensar en la protección de los sectores más débiles de nuestra sociedad a través de mecanismos que los condenen a alguna de las múltiples variables de la segregación e incapacidad.

LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL EN AMÉRICA LATINA* **

Mary Beloff

1. Introducción

Con la incorporación en América Latina de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a los sistemas jurídicos nacionales, se han generado, a nivel normativo, cambios sustanciales en la manera de concebir a los niños, a los jóvenes y a sus derechos. Tal transformación se conoce, en el debate actual, como la sustitución de la "doctrina de la situación irregular" por la "doctrina de la protección integral", y ha sido caracterizada como el pasaje de la consideración de los menores como objetos de tutela y represión a considerar los niños y jóvenes, sujetos plenos de derecho.

Independientemente de que en efecto se haya producido un cambio legal en los países de la región¹, doctrinariamente se debaten los alcances de la concepción de los niños como sujetos plenos de derecho y la noción de interés superior del niño², otra definición que se utilizaba en el modelo de la situación irregular y que ahora requiere ser reconceptualizada en un nuevo marco legal. En cualquier área temática relacionada con los derechos del niño, la falta de claridad respecto de qué se entiende por interés superior o por sujeto de derecho —aún más, por protección integral³— plantea en muchos casos volver a la discusión en términos del viejo modelo de la situación irregular. Esa circunstancia explica que en diversos países de América Latina se sigan proyectando y eventualmente aprobando leyes, a fin de dar cumplimiento al artículo 2º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que repiten un diseño y una concepción de la infancia propia del modelo anterior.

Existen tres áreas en las que, en el marco de la llamada doctrina de la protección integral de los derechos de los niños, las aguas continúan divididas: el trabajo infantil, la adopción internacional y lo relacionado con las personas que tienen menos de dieciocho años que llevan a cabo una conducta descrita como antecedente de una sanción en el Código Penal. Este trabajo se propone abordar este último aspecto.

* Nota a la segunda edición. Esta versión ha sido corregida y actualizada para esta edición.

** En: García Méndez, Emilio, y Beloff, Mary (comp.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá / Buenos Aires, Temis / Depalma, 1998.

1 El proceso que han seguido los países de América Latina luego de ratificar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ha sido caracterizado como un proceso de triple vía. En algunos países la ratificación del mencionado instrumento internacional no ha producido impacto alguno o, en todo caso, ha tenido un impacto político superficial. En otros países se ha llevado a cabo una adecuación meramente formal o eufemística de las normas de derecho interno al instrumento internacional. Finalmente, otros países han realizado —o se encuentran en proceso de— una adecuación sustancial de su orden jurídico interno al instrumento internacional. Cfr. UNICEF/Tacro, Informe final. Reunión de puntos focales. Área Derechos del Niño, Paipa, 6 al 9 de diciembre de 1993, pág. 16. No obstante, esta sistematización puede y debe ser actualizada a partir de las reformas ocurridas en los últimos años y, en particular, a partir del balance y análisis que se propone en este libro.

2 Ver sobre este tema Miguel Cillero, *El interés superior del niño* (supra, págs. 69-85).

3 El "Régimen penal de la minoridad" (Leyes 22.278 y 22.803) de la República Argentina, sistema para infractores de la ley penal de menores de dieciocho años de edad típico de la llamada doctrina de la situación irregular, establece en el artículo 3º: "La disposición determinará: a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su **protección integral**. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea conveniente respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio; ..." (Las negritas son propias).

Donde con mayor claridad se plantea lo que podría considerarse como "cierta" continuidad entre el antiguo modelo de la situación irregular y el de la protección integral, es en el área relacionada con las personas menores de dieciocho años que cometen delitos. En realidad, la ruptura es precisa en relación con el reconocimiento de las garantías sustantivas y formales de que deben gozar los niños y jóvenes frente al aparato coactivo del Estado. Sin embargo, la idea de un cambio sustancial no parece ser la misma a la hora de discutir la reforma legal en relación con el contenido y los alcances de la responsabilidad de estos infractores y con las características que debe tener la reacción estatal frente a sus comportamientos infractores de la ley penal.

También en este tema la autoproclamada "autonomía científica" del "derecho de menores" se revela como una falacia⁴. En ese sentido, la tesis que se defiende aquí es aquella según la cual, en el marco del modelo de la protección integral, los puntos relativos a la responsabilidad del niño o joven infractor de la ley penal y a la reacción coactiva estatal frente a sus conductas delictivas pueden —y deben— ser comprendidas dentro de la discusión actual acerca del sentido y los límites de la pena estatal⁵.

Esa discusión se extiende hoy desde las posturas abolicionistas, de importante nivel diagnóstico pero de compleja —y en ciertos aspectos cuestionable— viabilidad político criminal en su conjunto, a la industria del control del delito y a los sistemas de Derecho Penal de máxima intervención. En ese marco, el Derecho Penal mínimo surge como la única alternativa posible para justificar en nuestras sociedades la administración de los conflictos violentos mediante reacciones estatales coactivas. Su importancia se hace más evidente a la hora de analizar y dar respuesta a los problemas sociales definidos como criminales en el contexto de la tarea siempre inacabada de construcción de un Estado y una sociedad democráticos.

Es a partir de esa idea que en América Latina —en muchos casos acompañando procesos de transición y consolidación democráticas— se han diseñado y se están implementando sistemas que dan respuesta a las infracciones penales cometidas por adolescentes del modo más activo y menos reactivo posible⁶. Es a esos sistemas que en este trabajo se les llama sistemas de responsabilidad penal juvenil.

En definitiva, el propósito de las páginas siguientes es describir y analizar cómo las nuevas leyes en América Latina abordan este tema; y plantear que, redefinidos entonces los alcances y los límites de la pena estatal a partir de los principios que la limitan, desarrollados por los teóricos del Derecho Penal mínimo, hablar de responsabilidad penal juvenil o admitir en algunos supuestos excepcionales la sanción juvenil frente a las reacciones "blandas", características del Derecho Penal de máxima intervención, se revela como el camino adecuado para dar contenido real a la noción de sujeto pleno de derecho y a la idea de interés superior del niño, en el marco del sistema de la protección integral.

4 Como ha quedado perfectamente claro del análisis de las leyes, de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir del fallo *Gault* y de otros países, y del funcionamiento real de la "justicia de menores" en América Latina, la alegada autonomía del "derecho de menores" por cierto ha existido, pero respecto del derecho constitucional. Ello, por su parte, cuestiona ya no solo su condición de rama autónoma, sino propiamente de derecho. En general sobre este tema ver Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penal*. Gius. Laterza & Figli, 1989, en español: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1995. Desde otra perspectiva ver también Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, edición en español en traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, de *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1992 y 1994.

5 Claus Roxin, "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1976.

6 Dario Melossi, *The State of Social Control*, St. Martin Press, New York, 1990.

2. Los derechos de los niños y jóvenes que cometen delitos en el sistema de la protección integral

El sistema de la protección integral surge de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño⁷ y de otros instrumentos internacionales que, a pesar de no tener la fuerza vinculante que tienen para los Estados estos tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia. Por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas —y de esta manera devienen obligatorios en la medida que se conviertan en costumbre internacional—, según la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Estos instrumentos son:

- las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing⁸;
- las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad⁹; y
- las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riad¹⁰.

Además, si protección integral de los derechos de los niños representa una noción abierta, ya que cada Estado debe progresivamente asegurar nuevos y mejores niveles de reconocimiento y efectivización de derechos a sus niños y jóvenes, deben considerarse incluidos todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos que sean pertinentes en la materia. Por ejemplo, en la medida en que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño no prevé un órgano supranacional de carácter jurisdiccional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos asegura en los países latinoamericanos un mejor nivel de reconocimiento de los derechos de los niños, al prever el sistema interamericano de protección de derechos humanos en general.

Como se señalaba en la introducción, hay algunos aspectos en los que la llamada doctrina de la protección integral indudablemente representa un cambio radical en la forma de entender a los niños, a los jóvenes y a sus derechos. Básicamente, el cambio incluye algunas características que en líneas generales se encuentran presentes en las legislaciones de los países que han adecuado su ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de manera sustancial y en una reforma total.

Estas características enfatizan los aspectos de promoción y defensa de los derechos de los niños y jóvenes en la región, que se expresan en construir condiciones de vida para estos sectores de la población, previniendo la posibilidad de que ingresen a sistemas de responsabilidad por conductas infractoras de la ley penal, como los analizados en este trabajo.

7 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

8 Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 29 de noviembre de 1985.

9 Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990.

10 Resolución 45/112 aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Tercera Comisión A/45/756 en el Cuadragésimo Quinto Período de Sesiones el 14 de diciembre de 1990.

Si se trata de un código integral, se definen al comienzo los derechos de los niños y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos tanto administrativos como judiciales. De este modo desaparecen las categorías de abandono, riesgo o peligro moral o material, situación irregular o las más modernas de vulnerabilidad, o disfunción familiar, haciendo que los remedios restablezcan derechos, en lugar de vulnerarlos, como en el antiguo sistema.

También en el caso de un código integral, se distinguen claramente las políticas sociales de la política criminal, planteando la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales entendidas como responsabilidad conjunta —en su diseño y ejecución— de la sociedad civil y del Estado, las cuales deben ser definidas a partir de la descentralización y la municipalización. De ahí que se desjudicialicen prácticamente todos los asuntos relativos a la protección, supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada.

La desjudicialización opera también en otro nivel, que es el tradicionalmente considerado judicial penal o judicial de familia. En ambos casos las nuevas leyes prevén instancias prejudiciales de solución de conflictos, siempre con control y revisión judicial si fuere necesario.

En general, se abandona la denominación de menores¹¹ como sujetos definidos de manera negativa, por lo que no tienen, no saben o no son capaces, y pasan a definirse de manera afirmativa, como sujetos plenos de derechos.

En cuanto a la política criminal, se reconocen a las personas menores de dieciocho años todas las garantías que les corresponden a los adultos en los juicios criminales, según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales pertinentes, además de las garantías específicas que corresponden a la condición de personas que están creciendo. Es importante insistir en que en un modelo de protección integral la circunstancia de estar creciendo no implica perder la condición de sujeto. Por el contrario, estos sujetos precisamente por esa circunstancia cuentan con algunos derechos extra, aparte de los que tienen todas las personas. Ese es el fundamento, entre otros, de un sistema de responsabilidad penal juvenil.

En un sistema de ese tipo, se establecen, como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven o adolescente, sanciones diferentes que se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semilibertad o privación de libertad en institución especializada. En caso de que sea necesario recurrir a una reacción estatal coactiva, la centralidad la ocupan este tipo de sanciones y lo alternativo es la privación de la libertad. Por eso en el sistema de la protección integral no es correcto hablar, como en el sistema penal de adultos, de alternativas a la pena privativa de la libertad, ya que lo alternativo y excepcional, conviene insistir, es la privación de la libertad.

La alternatividad y excepcionalidad de la pena privativa de la libertad se establece asegurando que esta se trata de una medida de último recurso, que debe aplicarse por el tiempo más breve que proceda y, en todos los casos, por tiempo determinado.

¹¹ La Ley del Menor Infractor de El Salvador es un ejemplo en contrario solo en relación con este punto.

Finalmente, desde el punto de vista procesal, se establece un sistema acusatorio (oral y contradictorio) que es flexible y permite instancias conciliatorias no solo al inicio sino a todo lo largo del proceso, y para intentar una real solución al conflicto de naturaleza jurídico penal que dio origen al proceso, pero no para desconocer garantías, como en el sistema anterior.

En lo que sigue, se tratará de describir, a partir de algunas instituciones centrales (ámbito de aplicación, régimen de privación de libertad, etc.), cómo se organizan y funcionan —o no— estos sistemas de responsabilidad penal juvenil en los países que han modificado su legislación. Se trata de un proceso que se está dando en América Latina y que se diferencia en muchos sentidos de las discusiones que sobre el tema tienen lugar en otros contextos, en particular en relación con la llamada justicia juvenil¹². Por ello, en lugar de hacer un análisis dogmático de las categorías de responsabilidad, imputabilidad y culpabilidad, se describirán y analizarán críticamente las nuevas leyes que regulan el tema en la región para, a partir de allí, formular algunas conclusiones generales respecto de este nuevo sistema.

3. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina

3.1. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil incluidos en códigos integrales de derechos de niños y adolescentes

Brasil

El proceso de reforma legal comenzó en América Latina con la aprobación por Brasil del Estatuto del Niño y del Adolescente¹³ en 1990.

El Estatuto establece, por primera vez en la región, algunas precisiones sobre el tema de la respuesta estatal a las conductas tipificadas como delitos o faltas cometidas por personas que tienen menos de dieciocho años.

En principio, parecería que el Estatuto utiliza la fórmula tradicional, ya que el artículo 104 deja fuera del Derecho Penal de adultos a las personas menores de dieciocho años, al establecer que estas "son penalmente inimputables" y que están sujetas a las medidas previstas por el Estatuto. El Estatuto no habla de responsabilidad penal juvenil ni de imputabilidad. Todo lo contrario, mantiene la categoría de inimputables para las personas menores de dieciocho años. Sin embargo, como se verá más adelante, con un sentido completamente diferente al que esta categoría tenía en los modelos de la situación irregular.

Por su parte el artículo 103, para hacer esta exclusión más precisa, pero al mismo tiempo para superar el fraude de etiquetas propio de las leyes de la situación irregular, establece una categoría que le da nombre al título "práctica de acto infractor", definiendo a este último como la conducta descrita como delito o contravención por la ley penal.

12 *Los estudios sobre justicia juvenil incluyen puntos relacionados con la llamada "ofensa de estado" y con las situaciones relacionadas con el bienestar de los niños y los jóvenes, excluidas de los sistemas de responsabilidad penal juvenil desarrolladas en los últimos años en América Latina. En ese sentido, los sistemas de "justicia juvenil" encuadran en la definición amplia de extensión del ámbito de aplicación de las Reglas de Beijing, que todavía en el año 1985, en la mitad de la década que llevó la discusión, redacción y aprobación de la Convención Internacional, operaban parcialmente en el esquema de la "situación irregular".*

13 *Ley núm. 8069 del 13 de julio de 1990.*

Ello ya permite establecer tres características de un sistema de responsabilidad penal juvenil. En primer lugar, que trata de personas menores de dieciocho años que realizan la conducta descrita como antecedente de una sanción, sean delitos o contravenciones. En segundo lugar, es un sistema completamente diferente del sistema de justicia penal para adultos ("son penalmente inimputables"); y, en tercer lugar, una de esas diferencias se expresa en las "medidas" o consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal cuando es llevada a cabo por una persona menor de dieciocho años.

Para dejar fuera de este sistema a los niños¹⁴ (las personas menores de doce años) el Estatuto establece, en el artículo 105, que "al acto infractor practicado por un niño le corresponderán las medidas previstas en el artículo 101", que son las medidas de protección previstas para aquellos niños o adolescentes cuyos derechos se encuentran amenazados o violados¹⁵.

Aquí aparece una cuarta característica que es la que habilita hablar de sistemas de responsabilidad penal juvenil: la exclusión de los niños de este sistema. El Estatuto establece una solución en estos casos que ha sido posteriormente revisada. Se trata de la casi automática derivación de los niños imputados por la comisión de delitos o contravenciones a los sistemas de protección, ya que establece que a estos les corresponden medidas de protección.

Como esta salida continúa mezclando aspectos penales con aspectos relativos a la protección, posteriormente se han encontrado otras soluciones diferentes de la derivación automática. Esto es que, sin debido proceso es imposible establecer si efectivamente un niño ha cometido un delito o contravención, circunstancia que según el Estatuto lo pondrá en contacto con las instancias de protección. Por tal motivo, y como se verá más adelante, la exclusión de los niños de algún sistema de reacción estatal coactiva se establece de manera absoluta y, excepcionalmente, se prevé la derivación si y solo si el juez que interviene en el caso advierte que los derechos de ese niño se encuentran amenazados o violados.

El Estatuto establece garantías sustantivas en los artículos 106 a 109 y procesales en los artículos 110 y 111, pero no desarrolla en detalle el proceso a seguirse a un adolescente infractor (arts. 171 a 190). El reconocimiento de todas las garantías es la quinta característica de un sistema de responsabilidad penal juvenil.

Las sanciones juveniles en el Estatuto son denominadas medidas socioeducativas y son enumeradas y descritas en los artículos 112 a 125. Se trata de la advertencia, la obligación de reparar el daño, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la semilibertad, la internación o privación de la libertad y todas las medidas de protección con excepción del abrigo y la colocación en familia sustituta.

14 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, número 4.1 en función del párrafo 10 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

15 Las medidas de protección previstas por el Estatuto son: encaminamiento a los padres o responsables, mediante declaración de responsabilidad; orientación, apoyo y seguimiento temporarios; matrícula y asistencia obligatorias en establecimiento oficial de enseñanza fundamental; inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio a la familia, al niño y al adolescente; solicitud de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internación en hospital o con un tratamiento ambulatorio; inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos; abrigo en entidad y colocación en familia sustituta. El Estatuto expresamente prevé que el abrigo es una medida provisoria y excepcional que funciona como transición para la colocación en familia sustituta y que no implica privación de la libertad.

Algunas cuestiones que han sido posteriormente revisadas en relación con las medidas socioeducativas son la posibilidad de su aplicación conjunta, o su sustitución, como ocurre con las medidas de protección (arts. 99 y 113). Ello porque la utilización de esta norma sin un análisis cuidadoso podría dar lugar a una afectación del principio de responsabilidad por el acto.

El Estatuto define las medidas socioeducativas y en particular a la internación, a la que considera una medida privativa de la libertad. Esta última, si bien puede ordenarse por tiempo indeterminado (art. 121.2) —lo que afectaría los principios de legalidad y proporcionalidad— nunca puede exceder los tres años. Esta es la sexta característica del sistema.

El Estatuto intenta limitar la aplicación de esta medida socioeducativa¹⁶ (art. 122) a los supuestos de:

- a) acto infractor cometido mediante grave amenaza o violencia en la persona;
- b) reiteración en la comisión de otras infracciones graves; y
- c) falta de cumplimiento reiterada e injustificada de una medida impuesta anteriormente, no pudiendo en este caso la internación ser superior a tres meses.

Esta limitación, por su vaguedad, ha dado lugar a interpretaciones amplias que admiten la privación de la libertad en prácticamente todos los casos de adolescentes infractores, por lo que posteriores leyes han revisado estos límites y encontrado fórmulas más precisas que hagan efectiva la excepcionalidad de esta medida.

No obstante, en relación con la privación de libertad durante el proceso, se establece como garantía que esta no puede exceder de 45 días, plazo máximo en el que el juez deberá dictar la resolución definitiva. Finalmente, y como séptima característica, el Estatuto incorpora la remisión (arts. 126 a 128) como facultad del Ministerio Público antes de iniciado el proceso. También puede ser otorgada por el juez si el proceso ya se inició, lo que implica la suspensión o extinción del proceso. No requiere el consentimiento del adolescente, lo que aparece como el ejercicio de un criterio de oportunidad del Ministerio Público antes que como la reglamentación de la remisión contenida en las Reglas de Beijing. Si bien, expresamente se establece que la remisión no implica necesariamente el reconocimiento o comprobación de responsabilidad ni tiene consecuencias a los efectos de los antecedentes. La remisión se puede ordenar con cualesquiera de las medidas socioeducativas, excepto la semilibertad y la internación. Esta "remisión con medida", aunque puede ser revisada judicialmente, presenta algunos problemas en relación con la responsabilidad y con las garantías del adolescente infractor, las cuales han sido en parte subsanadas en leyes posteriores.

En síntesis, el sistema de responsabilidad penal juvenil que se inaugura con el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, y que ha servido de modelo para el resto de los países establece que:

1. comprende exclusivamente aquellos supuestos en los que una persona que tiene menos de dieciocho años comete un delito o una contravención;
2. es un sistema que coloca a estas personas fuera del sistema de justicia penal de adultos y en ese sentido exclusivamente se habla de inimputabilidad;

¹⁶ El equipo multidisciplinario de los juzgados revisa periódicamente la privación de libertad.

3. la atribución de responsabilidad en función de la particular condición de sujeto en desarrollo se expresa en consecuencias jurídicas diferentes, llamadas en este caso medidas socio-educativas;
4. esa atribución de responsabilidad también se expresa en la exclusión de este sistema de los niños;
5. los jóvenes, en tanto sujetos de derechos y de responsabilidades en el sentido descrito más arriba, gozan de todas las garantías procesales y sustantivas de las que goza un adulto en un Estado de Derecho frente al aparato coactivo del Estado, además de los derechos particulares que se expresan en este sistema;
6. la privación de la libertad es excepcional, alternativa, limitada en el tiempo y breve; y
7. se prevén soluciones alternativas a la reacción estatal frente al conflicto jurídico penal.

Perú

El Código de los Niños y Adolescentes de Perú¹⁷ recoge la propuesta de adecuación sustancial del Estatuto de Brasil y establece un sistema muy semejante en relación con los infractores de la ley penal. Análoga descripción del principio de legalidad (delito o falta) y similar exclusión de los niños, quienes según el artículo 208 "serán pasibles" de medidas de protección, lo que plantea idéntico problema con la derivación automática de los niños al sistema de protección.

El Código regula la materia sin entrar en la discusión sobre responsabilidad o inimputabilidad. Las garantías y disposiciones de carácter procesal se encuentran aún menos detalladas que en el Estatuto de Brasil, el contradictorio se encuentra debilitado y ello se refleja en la implementación de la ley.

Incluye cláusulas como la del artículo 214 (y la ya mencionada que se refiere a los niños) que de no ser interpretadas de modo armónico con los principios de la protección integral, podrían afectar garantías fundamentales del adolescente: "El sistema de justicia del adolescente infractor se orientará a su rehabilitación encaminada a su bienestar. La medida no solo deberá basarse en el examen de la gravedad del hecho sino también de las circunstancias personales que lo rodean".

¹⁷ Decreto-ley 26102 del 24 de diciembre de 1992.

En cuanto a la remisión, a diferencia de Brasil, se admite también la posibilidad de la semilibertad como medida a cumplir, lo que agrava la situación descrita en relación con el Estatuto¹⁸. También se complica la cuestión respecto del consentimiento del adolescente, ya que se establece que el trabajo que se imponga como consecuencia de la remisión deberá contar con su consentimiento; pero no se le requiere para el otorgamiento de la remisión en sí. Por otra parte, no queda claro si en todos los casos la remisión será con medida.

En cuanto a la limitación de la privación de la libertad, el Código coincide con el Estatuto de Brasil en un plazo máximo de tres años (art. 250) y prevé una mejor limitación al establecer que procede cuando, en primer lugar, se trate de acto infractor doloso cuya pena sea mayor de cuatro años. Las otras dos limitaciones son similares a las del Estatuto y no se prevé que en el supuesto de incumplimiento la internación no puede exceder de tres meses. En otras palabras, si bien el Código intenta superar el problema de la interpretación de la categoría gravedad en el primer inciso, al establecerse que se trate de delitos dolosos reprimidos con penas mayores de cuatro años, luego, al volver a hablar de infracciones graves, surge el mismo problema de vaguedad señalado en relación con el Estatuto.

Guatemala

El Código de la Niñez y la Juventud¹⁹ establece que debe entenderse como una acción cometida por un joven en conflicto con la ley penal aquella que sea tipificada como delito o contravención en el Código Penal o en las leyes especiales. Son sujetos de esta ley todas las personas de edades comprendidas entre los doce años y menos de dieciocho años, al momento de incurrir en una acción en conflicto con la ley penal o leyes especiales (art. 160).

El Código distingue entre dos grupos etarios en cuanto al proceso, a las medidas y a su ejecución: a partir de los doce años de edad y hasta los quince años de edad, y a partir de los quince años de edad y hasta tanto no se hayan cumplido los dieciocho años de edad.

Los actos cometidos por personas menores de doce años de edad, que constituyan delito o contravención, no son materia de este Título del Código, previéndose que estos niños y niñas sean objeto de la atención médica, psicológica y pedagógica que fuere necesaria bajo el cuidado y custodia de los padres o encargados, siendo atendidos por los juzgados de la niñez y la juventud.

18 *Tanto en relación con la remisión con medida como en relación con los niños imputados de delito o falta, la derivación se realiza a otro juez o dentro del mismo juzgado a otra secretaría, de modo que no opera la desjudicialización pretendida por los instrumentos internacionales al prever esta figura. Así, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: "Art. 40 (...) 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: (...) b) siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales ..."; y las Reglas de Beijing: "11. Remisión de casos. 11.1. Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente. 11.2. La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial con arreglo a los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas. 11.3. Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite. 11.4. Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas".*

19 *Decreto 78 del 11 de setiembre de 1996; aún no ha entrado en vigencia debido a sucesivas prórrogas de las que ha sido objeto, como se explica en la introducción.*

Se prevén formas anticipadas de terminación del proceso como el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de conciliación, la remisión y el criterio de oportunidad reglado (art. 211).

El proceso prevé una instancia nueva en el debate para adolescentes infractores: la cesura. Así, el artículo 241 establece que el juez dividirá el debate en dos etapas: una sobre el grado de responsabilidad del joven en el acto que viole la ley penal, y otra sobre la idoneidad y justificación de la medida.

En cuanto a las medidas privativas de libertad, y en particular a la de internamiento en centros especializados, se le limita admitiéndose su aplicación en los siguientes casos:

- a) cuando se trate de una conducta realizada mediante grave amenaza o violencia hacia las personas;
- b) cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal, o leyes especiales con pena de prisión superior a seis años; y
- c) cuando haya incumplido injustificadamente las medidas socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas.

La medida de internamiento durará un período máximo de cinco años para jóvenes entre los quince y los dieciocho años, y tres años para jóvenes con edades entre los doce y los quince años. Se prevé también la suspensión condicional de la sanción de internamiento por un período igual al doble de la medida impuesta.

Se prevé, finalmente, el control de la ejecución de las medidas.

Honduras

En lo sustancial, el Código de la Niñez y de la Adolescencia²⁰ establece un sistema de responsabilidad penal juvenil muy similar al establecido por la Ley del Menor Infractor de El Salvador. Si bien, está en muchos aspectos influido por cuestiones tutelares y asistenciales, el tema está tratado en un título aparte y claramente se establece en el artículo 180 que los niños no se encuentran sujetos a la jurisdicción penal ordinaria y "solo podrá deducírseles la responsabilidad prevista en este Código por las acciones u omisiones ilícitas que realicen".

Ahora bien, se establece que el sistema previsto por el Código se aplica a mayores de doce años que cometan una infracción o falta, y que los menores de doce años "no delinquen" y "en caso de que cometan una infracción de carácter penal solo se les brindará la protección especial que su caso requiera y se procurará su formación integral" —art. 180—.

De modo similar a Guatemala, y a pesar de algunos problemas en la regulación del proceso, se dedican muchos artículos al tema y se prevén instituciones alternativas como la remisión, la conciliación y la aplicación de criterios de oportunidad.

²⁰ Decreto 73-96 del 30 de mayo de 1996.

Los supuestos que habilitan el dictado de una medida de privación de la libertad son similares a los del Estatuto de Brasil, y la duración máxima de esa medida es de ocho años (art. 198).

Nicaragua

El Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua²¹ crea una "justicia penal del adolescente" para las personas entre trece y dieciocho años no cumplidos. Se establece una distinción entre aquellos que tienen quince a dieciocho años no cumplidos y quienes tienen trece y catorce años, no pudiendo estos últimos ser sometidos a medidas que impliquen privación de la libertad. En ambos casos se habla de responsabilidad. En cuanto a los menores de trece años, se establece que no serán sujetos a la justicia penal del adolescente, que están exentos de responsabilidad (excepto la civil); aunque se prevé que el juez remita el caso al órgano administrativo correspondiente a los fines de su protección integral (art. 95). Si bien se trata de un supuesto de derivación automática, se prevé que se respeten las garantías y derechos del niño y que bajo ningún motivo se les aplique una medida privativa de la libertad.

Las garantías para aquellos sujetos a la justicia penal de adolescentes (se reconoce expresamente que se trata de una jurisdicción penal especial) se encuentran desarrolladas en los artículos 101 y siguientes. Se prevé un proceso detallado e instancias alternativas al proceso, como la conciliación (art. 145).

En cuanto a la privación de libertad se establece la posibilidad de su empleo a partir, por un lado, de una enumeración de los delitos que permiten su aplicación²² y, por el otro, el supuesto de incumplimiento de otras medidas, que habilita una privación de libertad por un período máximo de tres meses. La privación de libertad puede dictarse a partir del mínimo establecido para el delito por la ley penal pero en ningún caso podrá exceder de seis años.

Bolivia

En Bolivia el Código del Niño, Niña y Adolescente²³, que reemplaza al Código del Menor²⁴ de 1992, organiza un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes en el Capítulo III, bajo el título "De la responsabilidad social en infracciones".

En el artículo 224 se define la infracción como la conducta tipificada como delito en la ley penal, en la que incurre como autor o participe un adolescente y de la cual emerge una responsabilidad social. Aparece un problema con el ámbito de aplicación, ya que según el artículo 2º de la ley son adolescentes las personas entre doce y dieciocho años, mientras que el artículo 225 establece que la responsabilidad del adolescente se aplicará a las personas comprendidas entre los doce y menores de dieciséis años. Se agrega un artículo —que no resuelve el problema— que establece que las personas entre dieciséis y veintiún años serán sometidas a la legislación ordinaria, pero contarán con la protección a que se refieren las normas de ese título (228).

21 Ley 87, mayo de 1998.

22 Asesinato atroz, asesinato, homicidio doloso, infanticidio, parricidio, lesiones graves, violación, abusos deshonestos, rapto, robo, tráfico de drogas, incendio y otros estragos, envenenamiento o adulteración de agua potable, bebidas, comestibles o sustancias medicinales (artículo 203).

23 Código del Niño, Niña y Adolescente, proyecto de ley 195/98-99, aprobado en la Cámara de Diputados en febrero de 1999.

24 Ley 1403 del 18 de diciembre de 1992.

Respecto de los niños, esto es, las personas menores de doce años, se prevé que se les apliquen, previa investigación, medidas de protección, y que no se dispondrá por ningún motivo medida privativa de libertad (art. 226). En este punto la ley avanza con garantías específicas sobre el esquema ya analizado de derivación automática de los niños al sistema de protección.

Se establecen las garantías procesales (art. 233) y participación del fiscal (art. 237). También se establece el principio de proporcionalidad por el hecho (art. 242) y la determinación temporal de las medidas socioeducativas (art. 241).

El Código progresa considerablemente al establecer la excepcionalidad del dictado de una medida cautelar, y la posibilidad de diversificarla (arts. 234 y 235). Sobre la detención preventiva, se impone un límite al juez —que debe ser interpretado en forma restrictiva— al preverse que solo procederá, entre otros motivos, cuando el delito imputado tenga prevista una pena privativa de libertad cuyo máximo sea de cinco años o más. Se establece también una extensión máxima de cuarenta y cinco días (art. 236).

Sobre la sanción de privación de libertad en centro especializado —que el Código sigue llamando medida socioeducativa— se prevé la posibilidad de su aplicación para el mismo supuesto en el que se le admite como detención preventiva, y para el caso de incumplimiento injustificado y reiterado de otras medidas socioeducativas. En este último caso no podrá exceder de tres meses. En el primer supuesto, el plazo máximo de duración es de cinco años para adolescentes entre trece y dieciséis años y de tres años para aquellos comprendidos entre las edades de doce a catorce. Se agrega una garantía adicional que nunca podrá aplicarse en un caso en el que, tratándose de un adulto, no pudiera aplicarse privación de libertad —art. 254—.

Ecuador

En Ecuador no se establece un sistema de responsabilidad penal juvenil²⁵. El Código de Menores²⁶ de 1992 trata el tema de los infractores dentro del título referido a los menores en situación de riesgo. Ello ya cambia sustancialmente la perspectiva establecida por Brasil y Perú.

En líneas generales, parecería que se sigue un sistema similar al establecido por el Estatuto de Brasil, pero esto es así solo en una primera lectura. Se afirma que las personas menores de dieciocho años son penalmente inimputables y que están sujetas a las disposiciones del Código. No se distingue entre niños y jóvenes en función de la responsabilidad sino en relación con la privación de la libertad. Se establece en el artículo 166 que ningún menor de doce años podrá ser privado de libertad y que "en estos casos" el Tribunal de Menores deberá resolver la medida socioeducativa que más le convenga, con el fin de promover su desarrollo, dignidad y responsabilidad. Adviértase que la privación de libertad existe como medida socioeducativa con el nombre de ubicación institucional (art. 184).

25 Actualmente, a partir de la reforma constitucional de agosto de 1998, se ha iniciado un proceso tendente a modificar las leyes de infancia y juventud del país, a pesar de que la ley vigente es relativamente reciente y fue aprobada con posterioridad a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ello porque, como se puede observar en lo que sigue, no establece un sistema conforme los artículos 37 y 40 del mencionado instrumento internacional.

26 Registro Oficial 995 del 7 de agosto de 1992.

Se prevé que el proceso de investigación tenga como finalidad, además de conocer el grado de participación del menor en los hechos, el investigar su personalidad, las circunstancias del acto, comprobar su conducta, descubrir las causas y el medio en que se desenvuelve, con el fin de aplicar el tratamiento socioeducativo necesario para su reintegración social (art. 179).

Se otorga validez a las actuaciones policiales y se prevé la intervención judicial o administrativa (aunque excluidos los supuestos de privación de libertad, libertad asistida y reparación del daño) cuando familiares o responsables soliciten al tribunal o al organismo administrador ayuda para tratar a menores cuyo comportamiento, sin implicar comisión de delitos o faltas, "se traduzca en actos concretos que afecten la convivencia familiar, social, o escolar, o a su propio desarrollo".

Se establece que todas las medidas sean dictadas por tiempo determinado. No existe una estricta limitación de los supuestos que habilitan la medida de privación de libertad, que tiene una duración máxima de cuatro años.

Finalmente, se reconocen también las garantías sustantivas y procesales básicas confirmadas por los instrumentos internacionales.

República Dominicana

Tampoco en este caso existe un sistema de responsabilidad penal juvenil. Es más, el sistema previsto por la ley contiene, como se puede apreciar en el comentario al proceso de reforma legal en el país, muchos elementos del modelo de la situación irregular. Un ejemplo, entre muchos, es que el Código para la Protección del Niño, Niña y Adolescente define como niños, niñas y adolescentes infractores a aquellos que incurran en hechos sancionados por la ley (art. 122); y los clasifica en infractores leves, graves y habituales (arts. 123, 124 y 125).

Más adelante (arts. 188 a 229) trata de modo similar las medidas de protección y socioeducativas —el juez debe distinguirlas ya que la ley no lo hace—.

A partir del artículo 230, en el título sobre el acceso a la justicia, se dedica una sección a los adolescentes infractores. Aquí sí se precisa que acto infraccional se refiere a la conducta tipificada como crimen, delito o contravención por las leyes penales y se establece que niños, niñas y adolescentes son inimputables (art. 231). En este caso la inimputabilidad, una vez más, se refiere a la prohibición de ser juzgados por tribunales ordinarios y a su sometimiento a la justicia especializada.

Ello no obstante, al establecerse la competencia correccional de los jueces especializados, se prevé su intervención en los casos de delitos o faltas, u otros actos de conducta irregular que sean atribuidos a menores de dieciocho años (art. 266 a). Asimismo, a lo largo de la ley se observa que se habilita la intervención judicial a partir de supuestos vagos tales como desórdenes de conducta, conducta irregular o inadaptación social, y se enfatiza la finalidad "tratamental" de la intervención judicial.

En relación con el procedimiento, no se le ha desarrollado extensamente. El principal problema que aparece es que el defensor cumple funciones de ministerio público fiscal, con lo que tanto la garantía de la defensa como el principio del acusatorio —ambos recogidos por el modelo de protección integral de derechos— aparecen vulnerados (arts. 251, 253, 240 y concordantes).

Venezuela

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente²⁷ expresamente establece un "sistema penal de responsabilidad del adolescente". Define a este sistema como el conjunto de órganos y entidades que establecen la responsabilidad del adolescente por los hechos punibles en los que incurra, que aplican y que controlan las sanciones correspondientes (art. 552). También prevé, expresamente, que el adolescente que viole derechos penalmente protegidos responde por el hecho en la medida de su culpabilidad, de forma diferenciada al adulto. La diferencia consiste en la jurisdicción especializada y en la sanción que se le impone (art. 554).

El sistema se aplica a las personas comprendidas entre los doce y los dieciocho años no cumplidos y si se trata de un niño, se le aplican medidas de protección de acuerdo con lo previsto en la propia ley (art. 560). Se establece una distinción a los efectos de la aplicación y ejecución de las sanciones, de los que tienen entre doce y catorce años no cumplidos, y catorce a dieciocho años no cumplidos (artículo 561). Se prevé un diseño procesal acorde con los más modernos sistemas procesales penales. En cuanto a la privación de la libertad, puede ser dictada solo si se trata de algunos delitos en particular²⁸, en caso de reincidencia y de que el hecho de la nueva sanción esté reprimido con pena que en su máximo sea igual o mayor a cinco años, y el supuesto de incumplimiento de otras medidas que habilita la privación de la libertad hasta por seis meses.

En cuanto a la duración máxima de la privación de la libertad, que así es llamada en el Proyecto (arts. 654, 662 y concordantes), se prevé una duración no inferior a un año y no superior a siete, para aquellos adolescentes mayores de catorce años. Si se trata de menores, no podrá ser menor de seis meses ni mayor de tres años. Se establece un límite adicional y es que, en ningún caso podrá imponerse al adolescente un lapso de privación de la libertad mayor al límite mínimo de pena establecido en la ley penal para el hecho punible correspondiente.

Tratándose de un Código integral, la ley de Venezuela representa, hasta el momento, el sistema más moderno, completo y respetuoso de los derechos y garantías de los niños y jóvenes imputados de la comisión de delitos.

Anteproyectos y proyectos

En cuanto a los anteproyectos y proyectos de códigos integrales, el de Uruguay, con dictamen favorable de comisión en la Cámara de Diputados, establece un moderno sistema de responsabilidad penal juvenil. Comprende a adolescentes entre catorce y dieciocho años. Se incluye un procedimiento específico y la privación de la libertad no puede exceder de cinco años.

27 Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente núm. 5266, promulgada por el Poder Ejecutivo, el 2 de octubre de 1998. Esta ley entrará en vigencia el 1º de abril del año 2000.

28 Homicidio excepto el culposo, lesiones gravísimas, salvo las culposas, violación, robo agravado, secuestro, tráfico de drogas y robo y hurto sobre automotores.

3.2 Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en leyes específicas

El Salvador

La Ley del Menor Infractor²⁹ representa la primera reforma que se limitó al tema de las personas menores de dieciocho años, imputadas de una infracción penal dirigida a adecuar el derecho interno del país a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. La decisión respecto de llevar adelante un proceso de adecuación sustancial total o parcial y mediante leyes integrales o leyes específicas ha estado presente en la región en los últimos años, con resultados diversos. El principal problema que se advierte en la variante de la reforma parcial es la indefinida postergación de la reforma referida al ámbito de protección de derechos.

A partir de la Ley del Menor Infractor todos los países que han dictado leyes específicas (o que las han proyectado) optan por elaborar sistemas de responsabilidad penal juvenil. Las diferencias entre las distintas leyes se explican, por un lado, a partir de la experiencia acumulada por cada proceso de reforma legal que permitió mejorar los textos considerablemente a lo largo de los últimos tres años. Por el otro, a partir de los diferentes contextos políticos nacionales en los que se discutieron y aprobaron las diferentes leyes.

La Ley del Menor Infractor establece, en el artículo 2º, que se aplicará a las personas mayores de doce y menores de dieciocho años de edad. Distingue entre los grupos de dieciséis a dieciocho años no cumplidos y entre doce y quince años. En relación con los menores de doce años que "presenten una conducta antisocial", se establece que no están sujetos ni al régimen jurídico especial de la ley ni al común, que están exentos de responsabilidad y que, en su caso, debe darse aviso al organismo administrativo para su protección integral.

La ley llama todavía internación a la privación de la libertad, estableciéndose un máximo, en general para todas las medidas, de cinco años, con excepción de aquellos que tuvieran dieciséis años al momento de la comisión del hecho (art. 17). En este caso el juez puede ordenar el internamiento hasta por un término cuyo mínimo y máximo sean la mitad de lo establecido como pena de prisión respecto del delito de que se trate, pero en ningún caso la medida podrá exceder de siete años (art. 15).

El internamiento puede ser aplicado como medida cuando concurren los supuestos que autorizan la privación de libertad por orden judicial durante el proceso, en este caso, que se trate de una infracción cuya pena tenga como mínimo dos años de prisión.

Por primera vez se prevé un minucioso procedimiento acusatorio para adolescentes infractores que incluye todas las garantías procesales y las, hasta entonces inéditas, instituciones procesales en la región como la conciliación para todos los delitos o faltas, excepto los que afecten intereses difusos (arts. 59 y ss.). Otra importante novedad introducida por la Ley del Menor Infractor es la figura del juez de ejecución de las medidas.

29 Decreto 863 aprobado el 16 de febrero de 1995.

Costa Rica

La Ley de Justicia Penal Juvenil³⁰ avanza considerablemente sobre las disposiciones de la Ley del Menor Infractor. Si bien se denomina penal juvenil, no habla de responsabilidad, sino que establece su aplicación para las personas que tengan una edad comprendida entre los doce y los dieciocho años no cumplidos, que cometan hechos tipificados como delitos o contravenciones por el Código Penal o las leyes especiales (art. 1º). La ley distingue dos grupos etarios: entre doce y quince años, y entre dieciséis y dieciocho años no cumplidos.

Respecto de las personas menores de doce años prevé que los casos serán remitidos por los juzgados penales juveniles al órgano administrativo de protección, a fin de brindar la atención y el seguimiento necesarios. Se establece como garantía que, en caso de que las medidas administrativas que se apliquen conlleven restricción de la libertad ambulatoria del niño, se deberá consultar al juez de ejecución penal juvenil, que las controlará (art. 6º).

La Ley de Justicia Penal Juvenil ya no habla de medidas sino de sanciones. Las sanciones privativas de la libertad, llamadas internamientos, se dividen en tres tipos. La más grave, el internamiento en centro especializado, solo puede dictarse cuando se trate de delitos dolosos sancionados por el Código Penal, o por leyes especiales, con pena de prisión superior a seis años y en el caso de incumplimiento injustificado de otras sanciones. La ley prevé un máximo para esta sanción de quince años para aquellos jóvenes entre quince y dieciocho años no cumplidos. Este es un máximo de privación de libertad que no tiene antecedentes en ninguna otra ley, ni anterior ni posterior a la Ley de Justicia Penal Juvenil. El máximo para los jóvenes comprendidos entre los doce y los quince años también es elevadísimo y sin precedentes: diez años (art. 131). Se prevé, no obstante, la ejecución condicional de esta sanción, por un período igual al doble de la sanción impuesta.

Se anticipa además el control de la ejecución de las sanciones. Esta parte será completada en el futuro con la aprobación del Proyecto de Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, también nuevo en la región.

Anteproyectos y proyectos

En cuanto a los anteproyectos y proyectos, Panamá y Chile cuentan con anteproyectos de leyes que expresamente aluden a la responsabilidad penal juvenil.

En particular, el proyecto de Panamá, en su artículo 1º, sostiene que la ley establece los términos y condiciones en que los adolescentes son responsables por las infracciones que cometan a la ley penal. La ley habla de acto infractor como el hecho que viola la ley penal.

Trata de las personas entre catorce y dieciocho años de edad no cumplidos (art. 7º) y establece que los menores de catorce años no son responsables por las infracciones de la ley penal en que hubieren podido incurrir, en los términos de esta ley. Se prevé que en estos casos los jueces de la niñez y la adolescencia

30 Núm. 7576 del 6 de febrero de 1996.

serán las autoridades competentes que solo aplicarán medidas reeducativas acorde con la responsabilidad social de las personas menores de catorce años de que se trate.

Se incluyen formas anticipadas de terminación del proceso como la remisión, la conciliación y la aplicación de criterios de oportunidad (art. 67).

La ley también trata de las sanciones, previéndose la excepcionalidad de la privación de la libertad, en particular en su modalidad de reclusión en centro de cumplimiento. Esta última modalidad solo puede ser dictada cuando se trate de algunos delitos en particular³¹ o en el caso de incumplimiento injustificado de otras sanciones. La duración máxima en el primer supuesto es de cinco años y de cuatro meses en el segundo supuesto.

El Anteproyecto de Ley sobre Responsabilidad por Infracciones Juveniles a la Ley Penal de Chile organiza un sistema de reacciones estatales para aquellos comprendidos entre los catorce y los dieciocho años (art. 2º) encontrados responsables de crímenes o delitos que son específicamente determinados por la ley. Este sistema —que despenaliza algunas conductas si se trata de jóvenes— es novedoso en la región. Así, "se considera infracción juvenil a la ley penal la intervención de un joven en calidad de autor o cómplice en un hecho que, si fuera cometido por una persona mayor de dieciocho años, constituiría alguno de los siguientes crímenes o simples delitos: 1. El homicidio, el aborto, el secuestro, las mutilaciones, las lesiones, la violación, los abusos deshonestos y la violación sodomítica (...); 2. El robo con fuerza en las cosas, el robo con violencia e intimidación en las personas, el robo por sorpresa (...), el incendio, los estragos; 3. Delitos de hurto y daños (...); 4. Los delitos contra la seguridad del Estado (...); 5. Los delitos (...) sobre conductas terroristas; 6. Los delitos de tráfico de estupefacientes (...); 7. El porte y tenencia ilegal de armas (...); 8. La conducción en estado de ebriedad (...); 9. Los cuasidelitos de homicidio y lesiones gravísimas (...). Asimismo (...) constituyan delitos calificados, agravados o especiales, respecto de aquellos que se contienen en la enumeración precedente" (art. 4º).

El Anteproyecto prevé derechos y garantías (arts. 12 al 20) y sanciones específicas a las que denomina medidas (arts. 21 al 41). Sobre la privación de libertad se distingue entre la incorporación a un programa residencial por un período no inferior a seis meses y no mayor de dos años, de la internación en centros cerrados por un período de hasta tres años (art. 33). Se permite su aplicación para aquellos jóvenes declarados responsables de la comisión de infracciones graves (art. 34). En particular, la privación de libertad en centro cerrado solo puede aplicarse a mayores de dieciséis años y a aquellos entre catorce y dieciséis solo si como consecuencia directa de una infracción grave se hubiere causado la muerte de una persona (art. 35). Se establece un procedimiento acusatorio (arts. 42 y ss.) y la excepcionalidad del dictado de medidas cautelares, que se encuentran diversificadas (art. 75).

4. Comentarios finales

Los sistemas de responsabilidad penal juvenil, incorporados en la mayoría de los países de América Latina a partir de los procesos de adecuación parcial o total de las leyes internas a la Convención Internacional

31 Homicidio doloso, violación, secuestro, robo y tráfico de drogas (art. 141).

sobre los Derechos del Niño, han ido perfeccionándose a partir de la experiencia acumulada y en particular, a partir de que, en la región, la reforma de las leyes relacionadas con las personas menores de dieciocho años, imputadas por la comisión de delitos, ha tenido lugar conjuntamente con la discusión acerca de la reforma de la administración de justicia.

La participación de la víctima en el proceso, los métodos de solución alternativa de conflictos y el sistema acusatorio, entre otros, han sido paulatinamente incorporados en las leyes sobre adolescentes infractores de la ley penal, como garantías para el infractor y como respuesta a la sociedad que reclama una administración de justicia diferente, atenta a sus problemas, democrática, rápida y respetuosa de los derechos de todos y que en lo posible encuentre una solución real a los problemas sociales definidos como criminales.

Con el tiempo, los textos legales han ido perfeccionándose desde el punto de vista técnico, logrando un sistema compatible con los postulados del garantismo aplicado a las personas que tienen menos de dieciocho años que cometen delitos. Salvo alguna excepción que combina un excelente diseño procesal con un extremadamente grave plazo máximo de sanción de internamiento en centro especializado³², que no es compatible con el postulado de brevedad de la privación de la libertad en un marco de protección integral, las leyes han transformado absolutamente la condición de los jóvenes imputados de la comisión de delitos en el sentido de un reconocimiento de su condición de sujetos y de sus derechos.

Estos sistemas tratan, a partir del reconocimiento de la condición de sujetos plenos de los niños y jóvenes por el orden jurídico vigente, en particular por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, de vincular al adolescente con su acto infractor a través de diferentes formas e instancias. Excepcionalmente, esa atribución de responsabilidad tiene como consecuencia una reacción estatal coactiva. Aún más excepcionalmente, esa reacción estatal coactiva puede consistir en privación de la libertad.

En definitiva, los sistemas creados en América Latina hasta el momento no son sistemas de justicia juvenil en el sentido en el que tradicionalmente los han entendido el mundo anglosajón y continental europeo. Estos sistemas, a los que se llama de responsabilidad penal juvenil, solo tratan de los jóvenes o adolescentes —como sea que se les defina desde el punto de vista de las edades comprendidas— que lleven a cabo actos u omisiones descritos como antecedentes de una sanción penal. En este sentido, es importante señalar que pese a los avances que representan las nuevas leyes analizadas más arriba, en general todas incluyen en el sistema delitos y contravenciones. En el marco de la protección integral las conductas de los adolescentes que constituyan contravenciones no deben ser objeto de un sistema de responsabilidad como el aquí analizado. El hecho de la contravención podrá eventualmente dar lugar a la intervención de las instancias de protección, siempre que los derechos de ese adolescente se encuentren amenazados o violados, y nunca bajo la forma de una intervención estatal coactiva.

Este tema se relaciona con la exclusión de los niños de este sistema. La exclusión debe ser absoluta en el sentido de que el Estado renuncia a intervenir coactivamente en la vida de un niño en razón de la

32 Se trata de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica.

comisión de un delito cualquiera. Una vez más, si alguna intervención tiene lugar, esta deberá basarse en una situación de amenaza o violación de derechos que no puede presuponerse en el caso de que un niño esté involucrado en conflictos sociales definidos como criminales. Obviamente, esta intervención no podrá tener carácter coactivo.

Son entonces los jóvenes o adolescentes los sujetos de este sistema, que trata de encontrar una solución al conflicto jurídico penal originario a través de la aplicación de criterios de oportunidad, de la conciliación, de la remisión, la reparación del daño, entre otros; y, en caso de que ello no sea posible, prevé sanciones por parte del Estado dentro de las cuales la privación de la libertad es una respuesta alternativa, excepcional, limitada en el tiempo y breve, que se aplica a hechos excepcionalmente graves y violentos. De ahí que las leyes más modernas prevean expresamente, sin dejar lugar a interpretaciones, cuáles son los delitos que pueden acarrear, llegado el caso, una sanción privativa de la libertad para un adolescente infractor.

En relación con las formas anticipadas de terminación del proceso, o con las formas de derivación del caso a instancias no judiciales, es importante reiterar que en caso de que esas soluciones impliquen la adopción de alguna medida que corresponde a las sanciones juveniles o medidas socioeducativas, deberá procederse con sumo cuidado a fin de no afectar garantías básicas del joven infractor³³. El consentimiento en estos casos y la asistencia letrada constituyen dos elementos fundamentales.

La lógica es siempre la misma. Si el Estado renuncia a intervenir coactivamente, entonces el episodio no implicará ninguna modificación ni intervención en la vida del joven y de su familia. Si existe alguna modificación o intervención estatal (en sentido amplio) entonces debe recurrirse a todas las garantías para que esa intervención sea realizada en un marco de legalidad.

Así como las medidas de protección deben —y de hecho han sido— claramente separadas de un sistema de este tipo, las medidas cautelares también requieren una regulación minuciosa. Debe ser claramente establecida su finalidad cautelar y los supuestos que entonces justifican su dictado, y deben existir diferentes medidas a fin de que la excepcionalidad en este tema opere no solo en relación con el dictado de la medida cautelar —a fin de compatibilizar el sistema con el estado jurídico de inocencia— sino también en relación con la privación de la libertad como medida cautelar.

Relacionado con el proceso, debe preverse expresamente que en caso de ser posible llegar a una solución del conflicto originario, en todo momento las partes puedan sentarse a intentar un arreglo conciliatorio.

33 *Un problema que aparece reiteradamente en el trabajo con los equipos técnicos, es el relacionado con la adopción de la libertad asistida en estos casos en los que no existe juicio ni debido proceso, sino una solución anticipada (remisión por ejemplo). Técnicamente el adolescente no ha sido encontrado responsable del hecho imputado; sin embargo, al ser sometido a un programa de libertad asistida que se basa en su presunta responsabilidad, los equipos técnicos se encuentran frente al problema de tener que discutir la responsabilidad del joven en el hecho —que no ha sido judicialmente determinada— para definir el plan a seguir.*

También debe preverse la cesura del debate, como en el caso de Guatemala o Chile, para diferenciar claramente la discusión en relación con la responsabilidad por el hecho, de la discusión en torno de la sanción o medida a aplicar, en donde las circunstancias personales y de mayor o menor vulnerabilidad del joven infractor solo puedan operar como un correctivo que disminuya el reproche por el hecho.

En cuanto a los actores procesales, la circunstancia de contar con un Ministerio Público Fiscal especializado en la materia, en algunos casos ha debilitado la figura del defensor, en particular del defensor público en estos sistemas. Es importante sobre este punto insistir en que la garantía de defensa se integra tanto por el nivel de la defensa material como por el de la defensa técnica, que no puede ser suplido por un fiscal por más respetuoso que sea de la legalidad y de los derechos del joven infractor. En general, en los sistemas de responsabilidad penal juvenil vigentes, la revalorización del rol del defensor sigue siendo una tarea pendiente.

Las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal realizada por un adolescente son, en este sistema, sanciones. Por ese motivo deben ser establecidas por tiempo determinado en función del hecho cometido. Las circunstancias personales, como se señaló en el párrafo anterior, solo pueden operar para reducir la gravedad de la sanción a imponer. En este sentido, los fines de reintegración o integración social del joven, declarado penalmente responsable, no pueden anteponerse al reproche por el acto.

A fin de que se hagan efectivos los principios de excepcionalidad y brevedad de la privación de la libertad, deben establecerse supuestos taxativos de aplicación que remitan a los delitos, cuya gravedad se expresa, en que están reprimidos con penas severas en el Código Penal, y debe eliminarse el supuesto de incumplimiento de otras sanciones. Asimismo, debe establecerse un máximo de duración de la privación de la libertad en centro especializado, que no exceda del mínimo previsto para esos delitos graves.

Los sistemas de responsabilidad penal juvenil, descritos en este trabajo, han sido recientemente implementados, por lo que el análisis se ha limitado a la formulación del sistema en los textos legales. En un momento no lejano, debería analizarse de manera minuciosa la implementación a fin de introducir los ajustes que sean necesarios. Por cierto, la reforma de las instituciones que implica todo proceso de reforma legal en materia de infancia y juventud, que en muchos países es una tarea pendiente —reforma institucional, creación de programas, desinstitucionalización, participación de la comunidad, etc.— tiene un impacto directo en la implementación de estos sistemas; en tanto esta reforma y adecuación no tenga lugar, no podrá seriamente hablarse de la existencia de un sistema de responsabilidad penal juvenil en el marco de la doctrina de la protección integral de derechos.

Algunas posiciones sobre este tema, plantean que desarrollar sistemas de responsabilidad penal juvenil resulta una innecesaria expansión del ámbito de lo penal, dado que los grandes problemas sociales que serían materia de un Derecho Penal reformulado no pueden hoy —como tampoco en el pasado—, ser seriamente enfrentados por la justicia criminal. Además, no son estos los hechos en los que se ven habitualmente involucrados jóvenes o adolescentes. Sin embargo, estas posiciones no ofrecen una respuesta concreta a los problemas sociales que implican conflictos y sufrimientos que son definidos como delitos cuando son cometidos por adolescentes. Ello en muchos casos conduce a soluciones aún más lesivas de derechos (las llamadas soluciones "blandas") que las representadas por los sistemas de responsabilidad penal juvenil.

Al mismo tiempo, un sistema de responsabilidad penal juvenil enmarcado en la doctrina de la protección integral de derechos solo tiene sentido si su formulación no queda solamente reducida al tema del reconocimiento de las garantías, a la reducción del ámbito de lo penal o a su abolición. Es que no se trata solamente de la asociación de los más débiles (frente al infractor o frente al Estado) contra los más fuertes (en el conflicto originario y en su posterior derivación a una agencia estatal) sino de la construcción de relaciones sociales y condiciones de vida que pongan a los niños y a los jóvenes al margen de la realización de los comportamientos no deseados que provocan sufrimiento real.

En definitiva, "la cuestión de fondo (...) es que los procesos de construcción democrática, de legitimación racional del poder político y de aumento de un tipo de control social fundado sobre la capacidad de autocontrol de los individuos, son todos los procesos íntimamente vinculados. El problema del control social no es un problema que se pueda eludir, así como Foucault ha recordado, no se puede eludir el problema del poder. Solo se puede intentar cambiar la forma, y el fundamento de legitimación, del "exterior" del individuo y autoritario (o sea monista), al "interior" y democrático (o sea pluralista), con la esperanza —solo la esperanza— de que tales cambios constituyan la aproximación más cercana concedida a los seres humanos de la idea de "libertad"³⁴.

34 Dario Melossi, *Ideología y Derecho Penal. Garantismo jurídico y criminología crítica: nuevas ideologías de la subordinación*, en *Revista "Nueva Doctrina Penal"*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 83.

TEMA 5

Niñez y adolescencia como víctimas y justicia penal

EXPLOTACIÓN SEXUAL EN COSTA RICA: ANÁLISIS DE LA RUTA CRÍTICA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES HACIA LA PROSTITUCIÓN*

María Cecilia Claramunt

CAPÍTULO I: COMPRENDIENDO EL PROBLEMA

Este apartado enfoca la prostitución infantil dentro del contexto en el cual ella se enmarca, con el propósito de poder comprender el tipo de sociedad que tolera y da cabida a este modelo de violación de los derechos fundamentales de niñas y niños. De esta manera, además de la conceptualización de la prostitución como una manifestación de explotación sexual, se interpreta su interrelación con otros ejes problemáticos tales como la violencia contra las mujeres y, específicamente, el maltrato sexual hacia ellas dentro de las sociedades patriarcales. Se revisa también el contexto costarricense en varias áreas: investigación, legislación, turismo sexual e instituciones que trabajan con la problemática.

1. ¿Qué es la prostitución infantil?

Definir el concepto de prostitución infantil significa explicitar el punto de partida. Para ello se toma como base la Convención sobre los Derechos del Niño, que define la infancia como el período comprendido desde el nacimiento hasta los 18 años.

La prostitución infantil es una forma de explotación sexual comercial, entendida esta última como el empleo comercial para actividades sexuales de personas menores de dieciocho años y donde existe remuneración económica u otro tipo de beneficios y regalías entre la niña o niño, el cliente y los intermediarios. La explotación sexual comercial también puede tomar forma de pornografía o trata y venta de niñas y niños con propósitos sexuales.

A nivel más específico, la prostitución infantil se define como cualquier acción para contratar u ofrecer los servicios de un niño o una niña para realizar actos sexuales a cambio de dinero u otro beneficio. De acuerdo con el documento "Estudio de Antecedentes" del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial Infantil (World Congress Against Commercial Sexual Exploitation of Children: 1996, c), la explotación sexual contra niñas y niños es un problema presente en todos los países del mundo, que afecta principalmente a las niñas provenientes de familias pobres. Aunque se reconocen múltiples factores causales, se evidencia particularmente, la injusticia económica y las disparidades entre ricos y pobres; la discriminación de los grupos minoritarios que obligan a la migración y desintegración familiar; las actitudes culturales que otorgan escaso valor a las mujeres y las niñas; el deterioro de las estructuras familiares de contención y la existencia de explotadores inescrupulosos (clientes).

* En: *Explotación sexual en Costa Rica: análisis de la ruta crítica de niños, niñas y adolescentes hacia la prostitución*, San José, UNICEF, 1998.

Independientemente de los factores que conducen a la prostitución, las consecuencias de la explotación sexual son profundas y con frecuencia tienen duración a lo largo de sus vidas. De esta manera es necesario encontrar respuestas para su erradicación.

2. Antecedentes de investigación en Costa Rica

Los estudios sobre el problema de la prostitución infantil en nuestro país son escasos. Dentro de ellos se ubican, como pioneros, los trabajos de Tatiana Treguear y Carmen Carro (1994, 1997), quienes caracterizaron, mediante dos estudios cualitativos, la experiencia de las niñas en prostitución. El primero, forma parte de una investigación centroamericana y trata el problema en 30 adolescentes mujeres entre los 13 y los 17 años, quienes practican la prostitución en San José. Con este trabajo, Costa Rica se enfrenta a la evidencia científica de la realidad de la existencia de la prostitución infantil. En este estudio se caracteriza fundamentalmente el ejercicio de dicha práctica. Tres años después, como apuntan las mismas autoras, se realiza una segunda investigación, con objetivos más amplios y una muestra mayor de 50 adolescentes mujeres entre los 9 y los 17 años. En este trabajo se abarca el problema de los factores de riesgo de la prostitución, el análisis de las historias de vida que expulsan a las niñas del hogar y las condiciones de vida.

En relación con el último estudio, cabe destacar, la experiencia del abuso sexual como antecedente a la explotación comercial, ya que 41 de 50 niñas refirieron historias de maltrato sexual.

Se reconoce el esfuerzo de estas autoras como pioneras en la investigación del problema de la prostitución infantil. A partir de sus hallazgos, cabe señalar, se interpreta la necesidad de contar con mayor información relacionada con los factores que impulsan la prostitución, la situación de los varones, la experiencia de dicha práctica fuera del centro de San José y los recursos internos para lidiar con la explotación.

Jacobo Shiffter, por otra parte, muestra en su libro "La casa de Lila" (1998), un análisis cualitativo de las prácticas sexuales llevadas a cabo en una casa de prostitución masculina, dirigida principalmente hacia, como dice el autor, "clientes paidofílicos", es decir, hombres con preferencias sexuales hacia varones adolescentes. Aunque no fue el propósito el trabajar específicamente el problema de la prostitución infantil, sí se demostró en el estudio el alto consumo de drogas y la frecuencia con que asisten a los juegos electrónicos, como una de las características de las condiciones de vida en los jóvenes en prostitución. El problema de la drogadicción y la adicción al alcohol y al juego, pueden ser interpretados como estrategias de sobrevivencia a un estilo de vida doloroso.

Por otra parte, se encuentra también la investigación realizada por Julia O'Connell Davidson y Jacqueline Sánchez Taylor (1996), citada con anterioridad y la cual forma parte de una serie de estudios auspiciados por ECPAT (Coalición de organizaciones no gubernamentales en contra de la explotación sexual comercial), para el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños y Niñas, llevado a cabo en Estocolmo en 1996. En este trabajo, las autoras señalan que Costa Rica es un país que por razones políticas y ecológicas, atrae un gran número de turistas y residentes que provienen principalmente de Estados Unidos y Europa.

Dentro de los principales factores que O'Connell y Sánchez ofrecen para explicar la vulnerabilidad de los niños y niñas costarricenses frente a la prostitución, se encuentran: la extrema pobreza con que vive el 10% de nuestra población, el alto porcentaje de mujeres adolescentes que no van a la escuela, la gran cantidad de mujeres costarricenses que tienen su primer hijo entre los 15 y los 18 años y en un país donde el 41% de los nacimientos corresponden a madres solteras. También se destaca como un problema asociado

a la pobreza, el alto consumo de drogas en el país. Todos estos problemas, dicen las autoras, inciden en la vulnerabilidad de las mujeres, niñas y niños costarricenses a la explotación sexual comercial. Esta investigación se realizó en el lapso de una semana y se enfocó en el análisis de 16 entrevistas, a profundidad, con turistas sexuales y residentes y en el análisis de fuentes documentales. Se incluyó, sin especificar el número ni la edad de las entrevistadas, algunas entrevistas a mujeres en prostitución, así como de trabajadores de la industria sexual organizada, trabajadores turísticos y visitas de campo a lugares de prostitución.

De esta investigación se desprende la evidencia de la asociación entre la actividad turística (principalmente Pacífico seco y zona Atlántica) y la explotación sexual comercial.

A manera de síntesis, los diferentes estudios en materia de prostitución infantil se caracterizan por utilizar metodologías cualitativas, la caracterización del ejercicio de la prostitución y sus consecuencias en la vida cotidiana, así como un énfasis en la población femenina. La mayoría de los trabajos, por otra parte, se centran en niñas que ejercen la prostitución en la ciudad de San José, capital de Costa Rica.

Por lo anterior, se desprende la necesidad de estudiar poblaciones que incluyan una mayor variabilidad en su representación. Es decir, además de explorar factores de ruta crítica en las niñas, hacerlo también con los niños. Por otra parte, se acredita también la necesidad de contar con información fuera del área metropolitana, preferiblemente en lugares con condiciones sociales diversas.

A diferencia de otras investigaciones internacionales, donde profesionales en salud mental han abordado las consecuencias emocionales de la vida en prostitución, los estudios costarricenses se han abocado, prioritariamente, a la realidad social de quienes ejercen la prostitución, dejando de lado, por consiguiente, las repercusiones de ésta en el área psicológica o subjetiva individual.

3. El origen social de la explotación sexual infantil: el patriarcado

La prostitución infantil solo puede comprenderse si logramos ubicarla en el contexto social en que ella ocurre. De esta manera, su presencia en la realidad nacional se concreta cuando concuerdan varios factores que la propician y legitiman. Por ejemplo, sin clientes no habría prostitución, es decir, en nuestra sociedad el aumento de niñas y niños prostituidos, va paralelo al aumento de varones adultos (principalmente) que buscan cuerpos y mentes infantiles para satisfacer sus propias necesidades. De igual manera, la explotación sexual se encuentra legitimada por la impunidad con que ocurre, tanto dentro del sistema de justicia como ante la mirada del conjunto social.

La legitimidad para prostituir niñas y niños se otorga cuando se distorsionan las razones de su ocurrencia, se disculpa a quien abusa, se culpa y estigmatiza a las víctimas y se minimizan en ellas las consecuencias. Como ejemplo de lo anterior puede citarse la inexistencia del delito de prostitución infantil en nuestro sistema de leyes, la condicionalidad del delito de corrupción en niñas y niños sin abuso previo y que excluye, por tanto, a quienes han sido prostituidos o pervertidos con anterioridad; a la práctica policial común de detener y hostigar a las víctimas y no a los clientes y a la ausencia de control estatal sobre las diferentes formas de explotación sexual, entre muchas otras razones.

El sistema social que da cabida a estas prácticas ha recibido el nombre de patriarcado, por el derecho de propiedad que ejercen los hombres sobre las mujeres, las niñas y los niños. Este derecho se encuentra entrelazado con otra serie de creencias y prácticas que legitiman la superioridad masculina en el orden social.

"El patriarcado es el poder de los padres, un sistema familiar, social, ideológico y político mediante el cual los hombres por la fuerza usando la presión directa o por medio de símbolos, ritos, tradiciones, leyes, educación, el imaginario popular o inconsciente colectivo, la maternidad forzada, la heterosexualidad obligatoria, la división sexual del trabajo y la historia robada, determinan qué funciones pueden o no desempeñar las mujeres. En este sistema, el grupo, casta o clase compuesta por mujeres siempre está subordinada a la clase o casta compuesta por hombres aunque pueda ser que una o varias mujeres tengan poder."

(Facio: 1992, p. 20).

El modelo patriarcal de dominación masculina ubica al varón adulto en el centro de todas las cosas; por lo tanto, los intereses y las necesidades propias de mujeres, niñas y niños se subordinan a los intereses y necesidades de ellos. Este modelo permea las relaciones familiares, laborales y todas aquellas en que se sitúa un hombre y una mujer o un varón adulto y una niña o niño. De esta forma, en la prostitución infantil se establece la misma relación asimétrica.

Las mujeres, ya sean adultas o niñas, han vivido y actuado a la sombra del patriarcado o de la dominación paternalista y por lo tanto se les considera como seres inferiores a los hombres y así, por ejemplo, se les ve incapaces (para la política o el desempeño de puestos gerenciales) o carentes y envidiosas del pene (según el psicoanálisis). En esta cultura, las mujeres aprenden a cambiar sumisión por protección, trabajo no remunerado por manutención.

Incluso la moral o la diferencia entre la conducta socialmente aceptada o rechazada es diferenciada según el género. En ellos se acepta, como apropiadamente masculina, la conducta infiel, las relaciones múltiples, la "pericia" sexual y el "impulso sexual incontrolable", mientras que las mujeres son consideradas "naturalmente" vírgenes, castas, fieles, inexpertas y monógamas. Las "otras", de manera escindida, son entonces, las que buscan el placer, las malas, las putas, las pecadoras.

La prostitución femenina sirve a este modelo patriarcal ya que contribuye no solo a legitimar las anteriores dicotomías sino, también, al orden jerárquico entre los géneros. De acuerdo con Marcela Lagarde (citada por Ortiz et al.: 1998), las mujeres en prostitución constituyen uno de los engranajes de la doble moral y del machismo, la poligamia masculina, la virginidad, la castidad y monogamia femenina y la escisión de la sexualidad femenina en buenas y putas.

La prostitución es, por lo tanto, una manera en que se concreta el privilegio masculino para utilizar a las mujeres como objetos de intercambio, mercancías para el placer. Privilegios que se dan en múltiples espacios y vínculos, como por ejemplo en la violación por desconocidos, en citas o en el matrimonio.

El control y explotación de los cuerpos femeninos se expresa con mayor claridad cuando tiene lugar en una relación hombre-adulto y mujer-niña. Así, el incesto, el abuso sexual infantil, el estupro, la pornografía y la prostitución de niñas representan claros ejemplos del control patriarcal. El cuerpo de la mujer (niña, adolescente, adulta) pasa a ser objeto de violencia, mutilación y rechazo; se le percibe como caótico y en constante "necesidad" de ser controlado, es un cuerpo que ha sido socialmente apropiado y "... está predeterminado para ser usufructuado, poseído, ocupado y apropiado por el hombre" (Lagarde: 1990, p. 380). Al desarrollarse la cultura patriarcal, la vida de las mujeres y por lo tanto, el cuerpo femenino, pasaron a ser objeto de intercambio masculino. Ellas fueron vendidas y compradas para el matrimonio o la esclavitud sexual y la propiedad sobre ellas se igualó a la que se administraba sobre las tierras y los animales, convirtiéndose igualmente durante los períodos de guerra (llámese Grecia antigua o Yugoslavia) en un trofeo para los vencedores.

"El conocimiento sobre los miles de años anteriores al patriarcado fue alterado al igual que los símbolos y mitos que sustentaban a la gente. Lo erótico —fuente sagrada de poder para todo individuo— fue vinculado a la violencia y la sexualidad femenina fue reprimida y relegada a un plano inferior. El cuerpo de la mujer fue mutilado y en nombre de la cultura fue usado para racionalizar esta represión" (Retana y Zúñiga: 1998, p.14).

El control sobre el cuerpo femenino es el control sobre la vida de las mujeres y se convierte en campo de batalla de la cultura patriarcal: deformación de los pies de las mujeres en China, la clitoridectomía en África y Oriente Medio, las dietas en Occidente y el incesto, la violación en el mundo entero (Retana y Zúñiga: 1998).

En relación con lo anterior, un informe elaborado por Medicus Mundi (1996,b) sobre la situación de las mujeres en el Tercer Mundo señala que:

- Muchas de las mujeres que emigran a países más ricos con promesas de empleo en servicios domésticos o "espectáculos" son engañadas y empujadas a la prostitución. Se les maltrata, confiscan sus pasaportes, retienen su salario y su condición de ilegales o indocumentadas las vuelve aún más vulnerables al abuso.
- La mutilación genital afecta entre 85 y 114 millones de mujeres y niñas en todo el mundo. Se calcula que dos millones de niñas, o más, son sometidas a esa operación cada año. Hay aproximadamente 6.000 nuevos casos por día, o sea, cinco niñas por minuto.
- Desde la infancia hasta la madurez, las vidas de muchas mujeres del tercer mundo están ensombrecidas por la amenaza de la violencia que en algunos casos comienza incluso antes del nacimiento, con pruebas que determinan que si el feto es femenino, puede ser objeto de aborto. El infanticidio y el aborto selectivo de fetos femeninos ha aumentado significativamente en algunos países de Asia.
- Mujeres y niñas padecen especialmente las consecuencias de los conflictos armados, siendo víctimas de actos de terrorismo, tortura, raptos, desapariciones, violaciones y desplazamientos.
- De los 1.300 millones de personas que viven en la pobreza absoluta, más del 70% son mujeres, en razón de su desigual situación en el mercado laboral, la forma en que se les trata en el sistema de bienestar social y su falta de poder en la familia. La pobreza es una causa directa de la prostitución de las jóvenes del Tercer Mundo, algunas de las cuales son vendidas por sus propias familias. Naciones Unidas estima que en Asia hay un millón de niños, especialmente niñas, que son empujados a la prostitución cada año. En Tailandia hay unas 800.000 muchachas menores de 20 años que trabajan como prostitutas, 500.000 en Brasil y 400.000 en la India.

El sistema de ideología patriarcal ha sido el contexto que ha favorecido la explotación de las mujeres, niños y niñas, donde ellos son considerados propiedad masculina. Los varones, mientras se encuentren en su infancia, se encuentran en condición semejante a las mujeres: débiles, necesitados de protección y objetos de propiedad. De esta manera, la cultura patriarcal legitima también el uso del cuerpo infantil masculino.

La prostitución infantil se encuentra, por lo tanto, entrelazada con otras formas de apropiación del cuerpo infantil, entre las cuales una de las más crueles es el incesto. A pesar de que el contacto sexual entre padre-hija es un tabú en todas las sociedades conocidas, el mismo se quebranta constantemente. Dentro

de la familia, el poder de los padres ha sido incuestionablemente legitimado no solo para legalizar la agresión sexual hacia las niñas por parte de otros hombres, sino para validar los derechos sexuales de los padres sobre sus hijas. En el Talmud o en el Código Penal, el consentimiento del padre para la actividad sexual de una niña con un hombre adulto se considera razón suficiente para despenalizar el estupro o autorizar un matrimonio. De acuerdo con el antropólogo Levi-Strauss (citado por Claramunt, 1996), el tabú del incesto no es una norma para prohibir el contacto sexual con las mujeres de la familia sino la regla que obliga a entregarlas a otros hombres. De esta manera el tabú del incesto debe entenderse dentro de las normas de intercambio de la sociedad patriarcal.

En el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual (World Congress Against Commercial Sexual Exploitation of Children: 1996, a) se estimó que en Estados Unidos existen entre 100 a 300 mil niños y niñas que son explotados sexualmente en prostitución o pornografía, de los cuales, la mayoría reporta haber sufrido incesto, violación o abuso en sus hogares. De esta forma, muchas chicas "optan" por la explotación sexual en las calles, por parte de desconocidos, como resultado de la continua violencia familiar, e incesto por parte de los hombres de sus propios hogares.

Diversos estudios designan que la prostitución y la conducta sexual indiscriminada en mujeres adolescentes son indicadores de alta probabilidad de abuso sexual infantil (Finkelhor y Browne: 1985; James y Myeding, citados por Russell: 1986; Faller: 1993). Más aún, Faller (1990) reportó, en un estudio norteamericano, que el 90% de las adolescentes prostituidas tienen historia de abuso sexual previo y Sam Janus (citado por Blume: 1987), reporta en esta población, un 92% de experiencias tempranas de incesto o abuso sexual.

En Alemania, Marwitz et al. (1990) señalan que en su país, al igual que en los Estados Unidos, se ha encontrado una conexión entre abuso sexual durante la niñez y la prostitución y de igual manera, entre ambos y el abuso de drogas. Las niñas y mujeres dentro de la prostitución, agregan, experimentan una cadena de rompimientos a su confianza y límites personales y por tanto, no pueden protegerse a sí mismas. El abuso sexual sufrido les ha robado su yo e impedido la construcción de una identidad femenina como personas y al ser consideradas como objetos, ellas mismas no logran tomar en serio sus deseos y necesidades apropiadamente. Ellas se alcoholizan, drogan y separan su yo de su cuerpo (disociación) para poder soportar la vida diaria. Esta escisión les ayuda a impedir el estar en contacto y tomar conciencia de sus sentimientos. La disociación y las drogas son entonces mecanismos, de acuerdo con estos autores, que contribuyen a anestesiar y aturdir sus emociones. Muchas niñas encuentran en la prostitución la forma de conseguir el dinero necesario para comprar el alcohol, las pastillas y las drogas y salirse de ella significa, por tanto, dejar la anestesia y hacerle frente a su dolor pasado.

En la misma línea, el Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo Europeo (Council of Europe: 1998) también identifica al abuso sexual infantil y específicamente al incesto, como un factor contribuyente o causa de la prostitución infantil y recomienda implementar, por lo tanto, como prioridad de investigación, la relación entre abuso sexual dentro de la familia y prostitución, aparte de otras medidas de acción relacionadas con esta vinculación.

En Costa Rica, Tatiana Treguear y Carmen Carro (1997), en su estudio con 50 niñas prostituidas, encontraron historias semejantes de abuso sexual, demostrando también en nuestro país, el vínculo entre maltrato sexual previo y explotación sexual comercial.

De acuerdo con Sue Blume, la industria del sexo se abastece de las sobrevivientes de incesto y de otras formas de explotación sexual en la niñez. Ella dice:

"La conexión entre el incesto y la actividad posterior en estas áreas es enorme. Violadas y explotadas en la niñez, estas sobrevivientes toman más adelante las riendas de su propia explotación, engañándose a sí mismas en la creencia de que ahora sí tienen control sobre sus vidas" (Sue Blume: 1989, p. 20).

En el caso de los varones la investigación es más escasa y existe menos información, sin embargo, la existente se dirige en la misma ruta que la encontrada para las mujeres. La prostitución masculina en la adolescencia es vista dentro de un proceso vital donde hubo abuso sexual previo (Sonkin: 1992; Finkelhor y Browne: 1985).

A pesar de lo anterior, no todas las víctimas de violencia sexual en la niñez, llegan a ser explotadas sexualmente dentro de la prostitución. En este sentido debe reunirse otra serie de condiciones para ir conformando la ruta crítica.

La prostitución infantil representa dentro de este esquema interpretativo, un elemento más de la violencia, agresión y avasallamiento de la dignidad humana, legitimados en un orden social deshumanizado y jerárquico, donde las mujeres, niñas y niños se someten a las reglas del mercado patriarcal.

La violencia intrafamiliar dirigida fundamentalmente por parte del hombre adulto contra la mujer, las niñas y los niños, también es parte de la vivencia cotidiana en nuestro sistema social. La misma, reconocida públicamente como un problema de gran dimensión y graves repercusiones tiene un reciente reconocimiento, asociado a las luchas reivindicativas de las mujeres en todo el mundo. La familia, entonces, ha dejado de percibirse como el lugar privilegiado de contención y fuente de amor, respeto, cuidado y protección. Por el contrario, en Costa Rica, se calcula que una de cada tres mujeres es maltratada por su cónyuge (CEFEMINA, 1994) y Cover (1994) encontró que en poblaciones universitarias, el 30% de jóvenes reveló haber experimentado abuso sexual durante la niñez, cometido principalmente en el seno de la familia.

De esta forma, la prostitución infantil es comprendida como una manifestación, entre muchas otras, de la asimetría genérica y por edad que caracterizan las relaciones interpersonales de nuestro sistema social.

El Council of Europe (1998) recomienda en este sentido, por ejemplo, que sus Estados miembros, implementen políticas de asistencia a niñas y niños en situación de riesgo, ya que se ha reconocido que la mayoría tiene una historia de vida difícil: problemas con sus propios padres, institucionalización y fugas del hogar. Adicionalmente, se agregan poca educación, entrenamiento vocacional y la acumulación de factores negativos, que les obliga a adoptar patrones de comportamiento desviado, entre los que se encuentran la prostitución y la drogadicción.

4. Patriarcado, prostitución y orden económico

La pobreza se identifica también como un factor contribuyente al fenómeno de la explotación sexual, si bien no puede ser considerada como justificación para la prostitución de los niños y niñas, sí colabora en la generación de un entorno que puede contribuir con ella. Una estructura socioeconómica injusta con evidentes disparidades en la distribución de la riqueza, la expansión urbana, las escasas opciones laborales y las crecientes necesidades de consumo hacen a los sectores sociales más pobres y dentro de ellos a niñas y niños, vulnerables a la explotación sexual.

El sistema económico basado en las reglas del mercado supone igualdad entre sus integrantes (países, grupos o personas) para competir en la venta o el consumo de bienes. No obstante, la realidad latinoamericana cuestiona tal premisa al evidenciar la extrema pobreza en que vive gran parte de sus habitantes.

De igual forma, la pobreza no se distribuye por igual en quienes conforman un país o región. La pobreza tiene rostro de mujer y las mujeres latinoamericanas, a pesar de tal desventaja, tienen a su cargo, de manera privilegiada, la responsabilidad de cuidado, alimentación y atención de niñas y niños. La creciente situación de pobreza de las mujeres se interpreta, como se señaló anteriormente, en razón de la desigualdad, la discriminación social y económica y la falta de poder dentro de la familia.

El patriarcado sustenta, adicionalmente, que el trabajo femenino tiene poco valor, tal y como fue denunciado, por su parte, en la Conferencia de la Mujer, realizada en Copenhague en 1980, cuyos datos siguen vigentes. Las mujeres realizan entre dos tercios y tres cuartas partes del trabajo que se hace en el mundo y producen un 45% de todos los alimentos que se consumen en el planeta, pero cobran menos por su trabajo, reciben únicamente el 10% de la renta mundial, poseen el 1% de las propiedades mundiales, tienen menores posibilidades de crédito y no tienen el mismo acceso para tomar decisiones político-económicas (Claramunt: 1996).

Adicionalmente, del total de personas adultas analfabetas existentes en el mundo, las dos terceras partes son mujeres y con enorme frecuencia, constituyen el principal sostén económico de sus familias.

De esta forma, con poca educación, maternidad temprana (sumada al abandono masculino en la responsabilidad de crianza y manutención), las oportunidades mínimas y los bajos salarios son parte del contexto de riesgo hacia la prostitución, ya que la misma se vislumbra, cuando no existen otras opciones, como una de las pocas posibilidades para la sobrevivencia. A pesar de ello, la pobreza no es la causa de la explotación sexual infantil. Podría decirse que la mayoría de niñas y niños pobres no están en situación de venta. Al respecto, deben agregarse otros factores que contribuyen con la ruta crítica hacia la prostitución.

Las niñas y las mujeres, por lo tanto, son especialmente vulnerables a la violencia y el abuso familiar, incluido el incesto y la negligencia. Estos son factores críticos en nuestra sociedad para que ellas frecuentemente sean vistas como mercancías para ser vendidas y compradas (World Congress Against Commercial Sexual Exploitation of Children: 1996, b).

Los intereses comerciales y de lucro son circunstancias que también se encuentran presentes en el crecimiento del problema. La prostitución infantil se ha convertido en un lucrativo negocio para los intermediarios o quienes dirigen estos crímenes. Así, los que ganan con la explotación sexual de niñas y niños son, de manera organizada o no, los dueños de los clubes, hoteles y bares, conductores de taxi, policías y guías turísticos, entre otros. Adicionalmente, por ejemplo, la Gaceta Nipona (Escandón: 1997) señala que en Japón, paralelamente a la existencia de los viejos burdeles, la prostitución infantil se ha incrementado en forma similar a la diversificación de las redes que la sostienen y de esta forma, se ha comenzado a utilizar tecnología de punta, como los clubes de conversación erótica y la teleprostitución.

La prostitución infantil es un crimen organizado en la mayoría de los países del mundo y por lo tanto, no es un hecho aislado de las ciudades pobres de los países tercermundistas, sino más bien, su existencia se encuentra respaldada por toda una organización clandestina que mueve a miles de personas: los clientes, los niños y niñas, las rutas de distribución, el negocio, las salidas y todos los pormenores de esta organizada industria.

Sin estos clubes y redes de pederastas sería mucho más difícil para los turistas explotar a las niñas y los niños, ya que ellos distribuyen mecanismos de enlace por computadora, folletos y boletines. Por ejemplo:

"La Asociación Norteamérica de Amantes de Niños (ANAN) creada a fines de los años setenta es la agrupación más conocida e influyente con oficinas en Nueva York, San Francisco y filiales en todo el país. Esta organización asegura que se limita a exponer y difundir información sobre relaciones sexuales con menores, al amparo de la garantía de libertad de expresión prevista en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Sin embargo, en sus publicaciones se defiende claramente, la pederasta... La Red Alerta Pederasta es otra organización clandestina que instruye a los pederastas que han sido descubiertos sobre la manera de escapar de la justicia y vivir fuera de la jurisdicción de Estados Unidos" (Ehrlich 1993: p. 35).

En sus publicaciones y manuales, estas organizaciones recomiendan lugares apropiados para llevar a cabo actividades sexuales con menores, aconsejan cómo liquidar sus inversiones en Estados Unidos, abrir cuentas bancarias no localizables en el extranjero y conseguir pasaportes ilegales.

En Costa Rica, más específicamente, se presupone la existencia de una red organizada para ofrecer niñas y niños a residentes y turistas, la cual opera mediante catálogos que describen las principales características del menor, contactos en hoteles y servicios de taxi (La Prensa Libre, 6 de julio, 1997, p. 9). Un ejemplo de la forma de operar se encuentra en el hallazgo que la policía costarricense hiciese de un prostíbulo con varones adolescentes en un lugar rural de Costa Rica y destinado a turistas extranjeros.

"En una casa de San Mateo de Alajuela, la policía decomisó mapas, en los que se informaba a los turistas acerca del lugar exacto en el que estaba situada la casa y la forma en que se podía llegar hasta ella..."

5. Turismo sexual y prostitución infantil

El crecimiento del turismo sexual es un problema que en las últimas décadas ha convertido a los países del Tercer Mundo, incluyendo a Costa Rica, en un destino importante para desarrollar aventuras sexuales. Dado que los turistas o viajantes de negocios pueden ofrecer mejor paga, los residentes locales no solo aceptan la actividad sexual de niñas y niños con los extranjeros sino que también puede desarrollarse una promoción de la misma, por medio de catálogos, agencias de viaje y publicidad turística.

El turismo sexual se ve favorecido cuando residentes de países con fuertes sanciones penales a la explotación sexual infantil, son atraídos por el bajo costo y la corta edad de niños y niñas, así como por la impunidad de la prostitución en América Latina, Asia y otros países del Tercer Mundo.

"Son miles los turistas pederastas procedentes de Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña, Alemania, Suecia, Japón, Australia y Nueva Zelanda que alimentan esta industria de la trata de menores, ayudados a menudo por organizaciones clandestinas. Estas personas vuelan a África, Asia y América Latina en busca del comercio sexual con niños, seguros de que no corren gran riesgo de ser atrapados y de que si lo son la sanción no será muy severa" (Ehrlich: 1993, p. 33).

El atractivo de los dólares que deja el turismo hace que los gobiernos y las autoridades policiales de muchos países sean tolerantes y algunas veces, complacientes con los explotadores de niñas y niños. En

esta misma línea de pensamiento se menciona, como otro de los elementos favorecedores del problema de prostitución infantil, el exacerbado consumismo de nuestra sociedad.

Las formas de dar a conocer los destinos turísticos con propósitos sexuales son varias, entre las que se destacan, el envío de revistas, muestrarios o catálogos que contienen fotografías de niñas y niños desnudos y mapas o direcciones en donde se especifica el lugar y la forma de llegar a los sitios donde se les encuentra. Otra forma es a través de páginas en INTERNET, en donde se anuncia la prostitución de menores de diversas edades y la propaganda del país como un punto accesible para el ejercicio impune de esta actividad. También, se emplea el envío de tarjetas de presentación a los lugares dedicados a esta actividad, en donde se incluye el nombre del lugar y los servicios que se ofrecen, acompañados con dibujos eróticos, todo con el fin de que el extranjero tenga un panorama amplio de la diversidad de servicios que ofrecen las redes de proxenetas.

Cabe mencionar al respecto, que en los últimos años, Costa Rica se ha promocionado en países extranjeros, sobre todo, en aquellos donde sus integrantes tienen un alto poder adquisitivo como destino turístico. Así, nuestro país ofrece, por medio de agencias de viajes, revistas o INTERNET, una serie de ventajas relacionadas con el clima, la belleza ecológica, la estabilidad social y política, la seguridad y la cordialidad; este tipo de publicidad ha hecho de nuestro país un lugar cotizado por personas provenientes de diversos lugares del mundo.

Sin embargo, unido a este tipo de ventajas de nuestro territorio, existe una publicidad encubierta e ilícita, la cual promociona a nuestro país como un lugar de placer y diversión en el ámbito sexual. Este tipo de divulgación es realizada por entes individuales y por redes organizadas de proxenetas a nivel nacional, las cuales establecen contacto con grupos similares en el ámbito internacional, ofreciendo servicios para los turistas que desean placer y diversión al llegar al país.

Esta práctica ha aumentado aceleradamente en nuestro país, convirtiéndose en todo un negocio promovido y sustentado por los proxenetas nacionales. De este modo, es común observar como

"...los focos de concentración de niñas prostituidas se inscriben alrededor de una infraestructura de afluencia de turistas (bares, casinos, hoteles, restaurantes) lo que sugiere una vinculación entre turismo-entretenimiento sexual" (Treguear y Carro: 1997, p. 7).

Las vías que emplean los turistas para contratar los servicios de menores son variadas, ya sea directamente en la calle o en el bar en que se encuentran, o bien recurriendo a diversos contactos —taxistas, saloneros, propietarios de bares y hoteles—, quienes pueden conectarlos con proxenetas, o dueños de prostíbulos que, en algunas ocasiones, son llamados casas cuna, porque en ellos viven niñas a las cuales se les brinda alimento y vestido a cambio de que se prostituyan. El sistema en estos sitios suele operar mediante catálogos que describen las principales características del menor, el contacto que hay en cada hotel, el servicio de taxis y los montos respectivos por cada servicio. Si el turista está interesado, los proxenetas pueden enviar a la niña o niño donde el turista lo solicita. (Esta Semana, 8 de junio, 1992; La Nación, 24 de diciembre, 1992; La Nación, 23 de enero, 1993; La República, 24 de enero, 1997; La República, 25 de enero, 1997; La Nación, 26 de junio, 1997; La Prensa Libre, 8 de julio, 1997; Semanario Universidad, 29 de agosto, 1997).

Cabe destacar, unido a los turistas que visitan el país en forma esporádica, existe otro tipo de cliente, como lo es el extranjero o extranjera que reside en el país y que establece algún tipo de relación con los

menores, ofreciéndoles viajes, ropa, educación o dinero a cambio de su "compañía" y la realización de los oficios domésticos.

De acuerdo con Milena Grillo (1998), la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes en Costa Rica es un problema que se relaciona con la promoción internacional de nuestro país como un lugar de acceso para la práctica impune de la prostitución infantil por parte de costarricenses o extranjeros. De esta forma se ha hecho evidente que dentro de los lugares de mayor demanda de niñas y niños están los puertos del Pacífico y del Atlántico, por la afluencia de barcos y yates y donde no existen controles o sanciones para estos crímenes. Al respecto, la autora señala:

"Desde la perspectiva del turista sexual y para los propósitos de la movilización social, es importante rescatar como variable que estimula la escogencia de Costa Rica para su actividad, una anticipada impunidad que nace de la misma negación o desconocimiento que existe en el país sobre el hecho; de la carencia de una legislación internacional específica que tipifique y sancione su comportamiento; de la desidia o, podríamos decir, la implícita anuencia social; de la pobreza; de la droga; y de su percepción como extranjero de que tanto la edad como el sexo tiene una significancia diferente en el 'Tercer Mundo' de lo que se tiene en el 'Primer Mundo', por lo que las 'reglas del juego social' no son las mismas" (Grillo: 1998, p. 22).

6. La calle

"La calle constituye aquel espacio donde la niña prostituida muestra el texto insólito de lo cotidiano. Decir 'calle' es decir 'los otros'; es remitirse al entramado social de la prostitución; es donde se anudan historias de vida habitadas por quienes enfrentan el destierro del hogar, de la escuela, de la 'formalidad', del mundo de los sueños" (Treguear y Carro, 1997, p. 37).

El fenómeno de la calle es fruto no solo de la pobreza, la migración, el crecimiento urbano y la falta de alternativas, sino también y en forma interconectada, del maltrato y la violencia intrafamiliar. Así, en algunos casos, niñas y niños salen de su casa "a la calle" (¿a qué otro lugar pueden ir?) porque han sido expulsados por un ambiente hostil y amenazante; en otros, porque la presión económica y necesidad de supervivencia les obliga a buscar recursos para subsistir.

El problema de los "niños de la calle", aunque presente en casi todas las ciudades del mundo, es una característica común en los países pobres. Medicus Mundi (1996, a) lo evidencia de la siguiente manera:

- "En el mundo existen cien millones de niños que viven en la calle. La mayoría se concentra en los países en vías de desarrollo aunque no es un problema exclusivo del Tercer Mundo sino que afecta también a países como Estados Unidos, 40 de esos cien millones de niños viven en Latinoamérica, entre 25 y 30 en Asia y 10 millones en África."
- En la India, "... la mayoría de estos niños y niñas suelen escaparse de casa a causa de las tensiones familiares, la violencia doméstica o simplemente atraídos por la ciudad donde sin embargo tendrán que vivir bajo los puentes".
- En Nepal "... la pobreza no es el único factor que impulsa a los niños a vivir en la calle, ya que un 45% de los niños abandonó el hogar debido al desinterés de los padres y solo un 32% lo hizo por razones económicas".

- En Brasil "... se dedican durante el día a la venta de bolsas de plástico, bolígrafos o chicles, limpian parabrisas, botas o roban carteras y al caer la noche, hay muchas que acuden a los hoteles de turistas para ofrecer sus favores sexuales a cambio de algunos dólares".
- En África "... se dedican a la venta de mercancía: ropa, fruta o bebidas; realizan transportes con carretillas de mano, lustran botas o limpian objetos y un porcentaje menor mendiga".
- En Ghana "... de 10.000 niños de la calle 4.000 son niñas —especialmente expuestas al abuso sexual—. No tienen lugar fijo de residencia y trabajan por su cuenta en la calle o en actividades del sector informal. Uno de los problemas más graves de las niñas de la calle en Ghana es 'la necesidad de buscarse algún compañero que les otorgue cierta protección a cambio de favores sexuales'. Es frecuente que las niñas queden embarazadas y en este caso suelen ser abandonadas de inmediato por su protector".
- En Guatemala "... los niños de las calles llevan el estigma y sufren la violencia de las fuerzas de seguridad. Son golpeados, torturados y muchas veces asesinados de la manera más cruel por agentes de la policía que quieren 'dar un aviso' a los otros niños".
- En Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica la situación es parecida, "miles de niños viven en la calle, bajo la amenaza de ser disparados a sangre fría por la policía, aunque solo cometan un pequeño hurto o se estén drogando" (sic).

La salida a la calle, como producto de la expulsión de la familia (por necesidad, por abandono voluntario o involuntario del padre y la madre, por la violencia recibida y observada, entre muchos otros), posibilita o induce a la creación de "nuevos" vínculos afectivos, entre los que se encuentran la pareja y el grupo de pares. En ambos casos, niñas, niños y adolescentes crean lazos afectivos y de protección que les ayudan a sobrevivir en un ambiente marcado por el abuso, la humillación y la persecución. El consumo de las drogas constituye muchas veces la conducta que posibilita el sentirse parte; es decir, la posibilidad percibida de saberse protegido, aceptado y querido.

Por lo tanto, un problema que se aúna a la vida en las calles es el consumo paralelo de drogas, factor que desempeña también un importante papel en la explotación sexual, ya que muchos niños y niñas mantienen su adicción mediante la prostitución.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (citada por Medicus Mundi: 1996, a), en los 100 millones de niños y niñas de la calle, una proporción importante consume regularmente alcohol y otras drogas para contrarrestar su estrés, dolor y sufrimiento. En muchos casos no consideran la droga un problema, sino la solución. Más aún, se calcula que de cada diez niños latinoamericanos que viven en la calle, nueve tienen adicción al solvente de pintura, pegamento barato y otras drogas más fuertes como el llamado "basuko" que consiste en un derivado de la cocaína altamente tóxico por los aditivos químicos que contiene. Al mezclarse con el cigarrillo causa una sensación de euforia más fuerte que la inhalación de pegamento y crea más adicción que éste.

A pesar de que el problema de la drogadicción es considerado en la actualidad como un asunto de salud pública en casi todos los países del mundo, no solo por la magnitud del mismo sino también por las graves consecuencias que acarrea, se ha visto una estrecha relación entre consumo de drogas por parte de niñas, niños y adolescentes y la vida en la calle. El Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA)

ha revelado (Bejarano; Víquez; Sandí y otros, citados por Andrade: 1996) que la mayor parte del grupo adolescente que vive en la calle ha consumido alcohol y drogas ilícitas, entre las que se destacan el "crack", la cocaína y la marihuana; de igual manera se reconoce al alcohol y al tabaco como drogas de entrada al abuso de otras más fuertes y de venta prohibida. Otro dato interesante, es el aumento en las cifras de prevalencia en un período muy corto, lo que se interpreta como un deterioro de las condiciones de vida de la juventud en Costa Rica.

De acuerdo con Andrade (1996) el deterioro de las condiciones de vida de la juventud y la niñez costarricense se relaciona con varios factores, entre los que se destacan la pobreza y la reducción del gasto en programas sociales (vinculado a la sustitución de los gobiernos "paternalistas" por un estilo de gobierno "neoliberal"), el cambio en la tipología familiar que ha obligado a niñas y niños a salir a la calle y a insertarse dentro de una economía informal para contribuir con la supervivencia personal y del grupo en que viven.

Otro aspecto importante en el análisis del consumo de drogas es el relacionado con la variable genérica. Dado que la prostitución es un problema asociado fundamentalmente al género femenino, ¿cómo interpretar el uso y abuso del alcohol y otras sustancias prohibidas por niñas y mujeres? Forselledo y Fuster (1996) publican un estudio donde revelan los factores de riesgo para el consumo de drogas en las mujeres, entre los que se destacan la violencia, el abuso sexual infantil y las violaciones. Específicamente, se identifican cuatro factores de riesgo asociados a situaciones especialmente agravadas: acoso y abuso sexual, la prostitución, el desempleo y la necesidad imperiosa de sustento y la violencia doméstica.

Walker (1990) también confirma lo anterior dentro de la sociedad norteamericana cuando afirma que la violencia dentro de la familia constituye la puerta de entrada al consumo del alcohol y las drogas en la mujer, citándose específicamente el uso que hace el marido de dichas sustancias y la violencia física, emocional y sexual que sobre ella, él ejerce. Al respecto, Zúñiga (1996) menciona, que estas mujeres utilizan su adicción como una forma de anestesiar el dolor y sobrellevar su realidad.

El consumo de alcohol y drogas conlleva serias consecuencias para los niños y las niñas, entre las cuales, además del deterioro físico (patologías en los pulmones, hígado y daños irreversibles en el cerebro, por ejemplo), se destaca la reducción en su capacidad de respuesta para intervenir conscientemente sobre su realidad.

El consumo de drogas inyectables, la conducta sexual grupal (en niñas y niños que viven en pandillas), la falta de medidas de protección asociadas a altos niveles de intoxicación y la falta de poder frente a los clientes, contribuyen también con altas tasas de enfermedades de transmisión sexual, entre ellas, de VIH-SIDA.

Un estudio realizado en junio de 1994 en Bogotá, Colombia, mostró que había entre 5.000 y 7.000 niñas y adolescentes en prostitución, de las cuales un tercio era menor de 14 años y más de la mitad había tenido alguna enfermedad de transmisión sexual; y en Zambia, la incidencia de VIH-SIDA entre muchachas de 15 a 19 años es 17 veces más alta que en chicos de la misma edad (World Congress Against Commercial Sexual Exploitation of Children:1996,b).

La explotación sexual proporciona devastadoras consecuencias en el desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral y social. El sentido de dignidad, identidad y autoestima se ve minado, existe una amenaza

constante de embarazo precoz y de mortalidad materna, las posibilidades de sufrir golpes, lesiones y violaciones por parte de los clientes es muy alta, es probable que se produzca un retraso del desarrollo y que constantemente se sufran enfermedades de transmisión sexual, entre ellas, una con peligro mortal, el VIH-SIDA.

7. El explotador sexual

La demanda en el mercado del sexo nace principalmente de los clientes, en su mayoría hombres que buscan la gratificación sexual ilegal con los niños. Ellos pertenecen a una amplia gama de grupos y niveles de la sociedad. Entre estos se encuentran "trabajadores de cuello blanco", obreros, familiares, hombres de negocios, líderes políticos, funcionarios gubernamentales y policías. Ellos se muestran indiferentes respecto de las consecuencias negativas de sus actos y pueden, algunas veces, culpar a niñas y niños, y otras, pensar que sus acciones son positivas pues ellos contribuyen con el sustento de las niñas, los niños y sus respectivas familias.

No se descarta tampoco al agresor adolescente que vive igualmente en la calle, y que a cambio de droga o protección, también exige sexo, cuando no utiliza, solo o en grupo, la táctica de la violación. En África, para

"...las niñas, la violación en grupo puede ser incluso un rito obligado para ser aceptadas en una pandilla. Su iniciación tiene lugar a los 6 ó 7 años y es frecuente que terminen convirtiéndose en prostitutas" (Medicus Mundi: 1996, a, p. 7).

Quienes explotan sexualmente a los niños provienen, por lo tanto, de todas las ciudades y países, son comerciantes, trabajadores, hombres de negocios y burócratas que desconocen o no les preocupa el impacto de sus acciones. En su mayoría son residentes locales, sin embargo, cabe mencionar, en relación con el turismo sexual, que la base de datos de la ECPAT mostró, a mediados de 1996, acerca de 240 explotadores sexuales que habían sido arrestados, deportados, convictos o sancionados por alguna falta en relación con crimen sexual contra niñas y niños en Asia, que ellos eran principalmente norteamericanos, seguidos por alemanes, ingleses y australianos (World Congress Against Commercial Sexual Exploitation of Children: 1996, b, p. 6).

Otro grupo de explotadores son los intermediarios y agentes, tales como los dueños de bares, hoteles, prostíbulos, taxistas y trabajadores turísticos, entre muchos otros, que se benefician del comercio sexual con niñas y niños. No obstante, sin importar el grupo al que pertenezcan, todos están cometiendo actos criminales.

Los explotadores sexuales también cuentan con el apoyo de grandes sectores sociales de nuestro país que toleran y justifican el mercado sexual de niñas, niños y adolescentes, culpando a las víctimas y siendo indiferentes ante sus necesidades; negando y minimizando las consecuencias negativas de la explotación sexual y finalmente, protegiendo a quienes cometen dichos crímenes.

8. La respuesta psicológica

Los seres humanos no tienen equipamiento biológico y psicológico que les permita vivir sin consecuencias dentro de una trama de maltrato y terror. Cuando se experimenta la amenaza constante de abuso, el temor al mañana, el abandono constante, la violencia física y el ataque sexual, la persona responde de múltiples maneras para aliviar la tensión, el dolor y poder enfrentar el futuro. Estas

experiencias, sin embargo, dejan profundas huellas que marcan la vida de quienes cotidianamente se enfrentan a ellas.

La necesidad de relegar de la conciencia los hechos más dolorosos, la angustia, el miedo paralizante, las pesadillas, el insomnio, los sentimientos de culpa y vergüenza son respuestas "normales" a situaciones de terror intenso y repetido. Toda persona que se enfrenta a una situación peligrosa y conflictiva responde psicológica y biológicamente con mecanismos de protección y adaptación. Por ejemplo, los sobrevivientes de campos de exterminio y de las explosiones nucleares, los excombatientes y quienes han experimentado una catástrofe, utilizaron sus propios recursos personales para protegerse del peligro y de la tensión emocional intensa de tales eventos. La fatiga crónica, la irritabilidad, las pesadillas, la hipervigilancia y las palpitaciones, así como los esfuerzos para evitar pensamientos o sentimientos asociados con dichas situaciones fueron respuestas comunes a dicha tensión.

Puede decirse entonces, que las situaciones traumáticas constituyen experiencias que además de ocasionar un miedo intenso, agotan las capacidades adaptativas de los seres humanos porque exigen un estado de alerta y vigilancia constante, respuestas inmediatas y una gran cantidad de soluciones a un mismo tiempo, todas ellas, con el propósito de defenderse ante aquello que amenace su integridad.

Los niños y niñas que sufren de maltrato y en su impotencia para detenerlo y cambiar su entorno, buscan, seleccionan y adoptan cualquier recurso interno que les permita crecer, desarrollar y sobrevivir. Esos recursos, además, les permite aliviar la tensión y el dolor. Entre ellos se encuentran el negar que son objeto de abuso, minimizar el dolor y el impacto de las conductas abusivas y olvidar fragmentos, períodos o elementos asociados a la experiencia traumática.

Un ejemplo de los mecanismos psicológicos de sobrevivencia en quienes han experimentado abuso sexual en su niñez, es la estrategia psicológica denominada disociación. Ellen Bass y Laura Davis la definen de la siguiente manera:

"...en situaciones de sufrimiento, dolor, terror y violencia abrumadores, cuando nuestra mente no puede soportar lo que estamos obligados a soportar, nos separamos, o separamos una parte de nosotros, de la experiencia. Nos disociamos. Las supervivientes de abuso sexual en la infancia suelen referir que se observaban a sí mismas mientras eran violadas: 'Dejaba mi cuerpo y me miraba desde un rincón en el techo'. La conciencia se escinde, se separa de lo que es insoportable.

En esas circunstancias, el cerebro no funciona como lo hace en circunstancias normales. De hecho, toda la fisiología del cerebro funciona de manera diferente. Cuando la mente está así de sobreestimulada, podemos ser fisiológicamente incapaces de asimilar y almacenar la información de manera normal. Disociamos esas experiencias, las separamos de nuestro conocimiento consciente. Posteriormente pueden volver fragmentos en forma de imágenes visuales, recuerdos corporales, sensaciones y sentimientos o pensamientos intrusos.

Las supervivientes de abusos sexuales que se disociaban a sí mismas cuando estaban abusando de ellas, pueden haber percibido, y recordado, la experiencia en fragmentos y trozos (sentimientos, sensaciones corporales, sonidos, olores, imágenes visuales), no en forma de incidente o historia coherente y cronológica que se puede contar con facilidad.

Paradójicamente, aunque un trauma puede conducir a la amnesia o a recuerdos fragmentados, también puede fijar recuerdos de forma indeleble en nuestra memoria. Podemos ser incapaces de saber toda la historia de lo que nos ocurrió por el mismo motivo que podemos ser incapaces de olvidar fragmentos de lo ocurrido. En ambos casos, la mente ha sido incapaz de integrar el recuerdo del trauma en el total de nuestra vida. Así pues, aunque es posible que no logremos comprender o contar la historia del abuso, podemos al mismo tiempo sentirnos bombardeadas por sentimientos, sensaciones corporales e imágenes de escenas aterradoras.

Recordar los acontecimientos reales, hablar de ellos, sentir los sentimientos e integrarlos en la historia de la propia vida es una parte del proceso de curación que puede ayudar a las supervivientes a avanzar, a superar el sufrimiento y entrar en el futuro" (Bass y Davis: 1995, pp. 103-104).

Sin embargo, cuando el abuso se multiplica, cuando nadie interviene para detenerlo y se pierde la esperanza del cambio, se hace necesario buscar nuevas estrategias. La droga, por lo tanto, es un factor que contribuye a anestesiar y aliviar el dolor. Las adicciones, desde este punto de vista, son elementos de escape a un duro vivir cuando las personas adultas no intervienen y los recursos internos se agotan.

Una respuesta común a la vivencia de maltrato es la depresión, entendida esta como un "desorden" en el estado de ánimo. Por lo general, incluye grados variables de desesperanza, tristeza, sentimientos de culpa y de vergüenza. La depresión infantil se refiere a su vez a las particularidades con que la misma se manifiesta en niños, niñas y adolescentes. Recientemente se ha encontrado una fuerte asociación entre situaciones ambientales traumáticas y depresión. Entre los traumas más comunes se observa la victimización sexual, la observación de amenazas contra la vida de personas amadas (por ejemplo, ser testigo de la violencia hacia la madre), así como las experiencias directas de abuso físico y emocional recurrente (Alvarado y Saborío: 1998).

De manera similar a la experiencia adulta, cuando un niño o una niña se enfrenta a situaciones traumáticas, puede reaccionar con el llamado síndrome depresivo, que incluye, además del cambio en su estado de ánimo, cambios psicomotores, cognitivos y motivacionales y suele estar acompañado de trastornos físicos o psicosomáticos. Dentro de las características comunes a la depresión, se encuentran la desdicha y la desesperanza, los sentimientos recurrentes de culpa, inutilidad y autorreproche, la pérdida del interés, los problemas para concentrarse e irritabilidad y, finalmente, las ideas continuas de muerte y suicidio.

De manera paralela, puede interpretarse el dato de que el abuso y el maltrato son factores de riesgo para la conducta suicida o autodestructiva en la población infantil y adolescente. En esta última se incluyen la mutilación de los cuerpos (cortes en brazos, heridas autocausadas, entre otros) y los comportamientos de alto riesgo.

Independiente del tipo de estrategias que cada niña, niño o adolescente adopte para sobrevivir su experiencia de maltrato, es importante destacar que éstas son los recursos que les han permitido aliviar el dolor de vivir en una sociedad que hasta la fecha ha sido indiferente a sus miserias.

9. La prostitución infantil en Costa Rica

9.1 Legislación

El principal instrumento jurídico de protección a la infancia es la Convención sobre los Derechos del Niño, de alcance universal, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de

noviembre de 1989 y ratificado por Costa Rica en 1990. Esta normativa representa el avance que en las últimas décadas se ha obtenido a favor de la dignidad humana, el respeto por la paz social, la libertad y el respeto por los derechos de quienes desde siglos atrás han sido considerados ciudadanos de segunda clase.

De esta forma, el carácter humanista de los convenios internacionales sobre derechos humanos se expresa también en la declaración de los derechos universales e inalienables de las personas menores de 18 años. Específicamente, la convención trata el tema de la explotación sexual y exige a los Estados que la ratificaron "... dar protección a los niños frente a la explotación y los abusos sexuales así como promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de las víctimas infantiles".

Esta Convención considera que la explotación sexual comercial de los niños es una violación fundamental de sus derechos. Ella dice:

Artículo 19: *"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legales, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo".*

Artículo 34: *"Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:*

- a. la incitación o coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal*
- b. la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales*
- c. la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.*

Otra disposición vinculada directamente con la prostitución exige:

Artículo 33: *"Proteger a los niños y niñas contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales y para impedir que se utilicen a niños y niñas en la producción y el tráfico ilícito de esas sustancias".*

A pesar de la ratificación que Costa Rica hiciera de la Convención, la legislación no tipifica la prostitución infantil como delito. Sin embargo, el Código Penal, bajo el título de Delitos Sexuales, realiza las siguientes disposiciones relacionadas con la explotación sexual de niñas y niños:

- **Corrupción:** delito que tipifica a quien promoviera la corrupción de una persona menor de dieciséis años, mediante actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consintiera en participar en ellos o en verlos ejecutar. El hecho no es punible si la persona menor es corrupta (art. 167). Este delito se agrava si la víctima es menor de 12 años, si hay fines de lucro o si el autor fuese ascendiente, tutor o encargado de la educación, entre otros (art. 168).

- Proxenetismo: figura legal que tipifica el delito de quien promueva o facilite la prostitución de personas, de uno u otro sexo, con ánimo de lucro o para satisfacción de deseos ajenos (art. 169). Al igual que en el caso de la corrupción, el proxenetismo se agrava cuando la víctima fuese menor de 18 años, o si el autor fuera el padre o encargado de la educación, entre otros factores (art. 170).
- Rufianería: figura legal para castigar con prisión de 2 a 7 años a quien se hiciera mantener total o parcialmente por una persona que ejerza la prostitución, explotando así las ganancias de esa actividad (art. 171).
- Trata de mujeres y menores: Figura legal para castigar a quien promoviera o facilitare la entrada o salida del país, de mujeres o de menores de edad, de un sexo u otro, con fines de prostitución (art. 172). La pena asciende si el delito se comete con circunstancias similares al proxenetismo agravado.

Las anteriores disposiciones no eximen a la legislación costarricense de estar formulada desde una visión sexista, discriminatoria y moralista, dado que en delitos sexuales no se castiga el abuso o maltrato, sino la violación del honor u honestidad de la víctima, tal y como pudo evidenciarse en el condicional del delito de corrupción y en la impunidad con que se cometen ciertos delitos si el agresor paga con el matrimonio o recibe el perdón del padre y del Patronato Nacional de la Infancia. Por ejemplo, el delito de estupro impone prisión de 2 a 6 años al que tenga acceso carnal con una "mujer honesta", mayor de 12 y menor de 15 años. El hecho no es punible si la niña no fuese "honesta".

Estos artículos evidencian lo expresado anteriormente por Grillo (1998) para comprender la elección de nuestro país como un lugar donde la explotación de niñas y niños, en el marco de la prostitución, es una actividad impune para nacionales y extranjeros.

En contradicción con muchos de los artículos citados del Código Penal se aprueba, en 1997, el Código de la Niñez y la Adolescencia y el mismo se convierte en el plano nacional, en el marco jurídico general para la protección integral de los derechos de las personas menores de edad. Dicho código surge como respuesta a la necesidad planteada por numerosos sectores sociales ante el vacío legal que se hiciera evidente con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño que realizó nuestro país en 1990.

En relación con la explotación sexual, y tomando como base lo estipulado en este Código, se establece por ejemplo:

- El derecho de toda niña o niño prostituido a ser protegido en su honor y su reputación.
- La prohibición de publicar el nombre o cualquier dato personal que permita identificar a una persona menor de edad autora o víctima de un hecho delictivo.
- La prohibición de publicar, reproducir, exponer, vender o utilizar en cualquier forma, imágenes o fotografías de niñas, niños y adolescentes para ilustrar informaciones relacionadas con su experiencia en la prostitución.
- Todo funcionario o funcionaria de institución pública o privada a donde se atiendan niñas, niños y adolescentes, está obligado a denunciar cualquier sospecha razonable de maltrato.

- El Ministerio de Educación deberá garantizar la permanencia de niñas y niños en el sistema educativo.

9.2 Instancias que trabajan con el problema de la explotación sexual

A finales de la década de los 80 y principios de los 90, se inicia en Costa Rica un proceso de concientización pública en relación con el problema de la agresión sexual contra niñas y niños. La Fundación Paniamor, pionera en esta lucha, realiza una campaña nacional para reconocer y prevenir el abuso sexual infantil. La Fundación Ser y Crecer levanta la voz en nombre de las víctimas de incesto y la Fundación Procal abre paso al problema de la madre adolescente. Estos primeros pasos en torno al problema de la violencia sexual, que sistemáticamente se ejerce en nuestro país contra niños y niñas, constituyen el primer movimiento para demostrar más tarde el problema de la explotación sexual comercial.

Actualmente se reconocen varios esfuerzos, entre los que se destaca la creación de una Comisión Nacional Permanente de Trabajo contra la Explotación Sexual Comercial de Personas Menores de 18 años en Costa Rica, con el propósito de prevenir y atender el fenómeno de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes en el país. En esta comisión se integran diferentes organizaciones internacionales y costarricenses, privadas y estatales con experiencia de trabajo en el campo de la prostitución. La Comisión organiza su plan de trabajo en seis áreas: política, investigación, de atención, jurídica, prevención y represión.

Algunas de las organizaciones relacionadas con la atención del problema son: Fundación PROCAL, FUNDESIDA, Ministerio de Salud, Patronato Nacional de la Infancia, ILPES.

10. Definición de conceptos

Interesa, fundamentalmente, precisar algunos conceptos claves dentro de la investigación. Entre ellos:

- **Abuso sexual infantil:** incluye toda actividad sexual directa o indirecta, donde medie contacto físico (como por ejemplo, la penetración, los tocamientos y el sexo oral) o donde el contacto sea indirecto (como en el caso de la utilización de niñas y niños para la pornografía), entre una persona adulta y un menor de edad.
- **Abuso sexual incestuoso:** aunque el Código Penal costarricense lo precise de forma diferente, en este estudio se define incesto como cualquier tipo de actividad sexual directa o indirecta entre un niño, niña o adolescente y una persona adulta con quien sostenga lazos de consanguinidad, afinidad, tutela, o bien cuando esa persona adulta resida con el niño o niña en la misma casa.
- **Explotación sexual comercial:** se refiere a la utilización sexual de menores de edad, donde medie un fin comercial para la niña o niño, la persona intermediaria, o cualquier otro que se beneficie económicamente de la trata de niños y niñas. En el Congreso Mundial contra la explotación sexual comercial, se distinguieron tres formas de explotación infantil: la prostitución, la pornografía y la trata y venta de niños con propósitos sexuales.

- **Disociación:** estrategia de supervivencia ante situaciones traumáticas o que ocasionan gran dolor. Consiste en segregarse o separarse de la conciencia, los eventos o recuerdos desagradables. Entre los mecanismos disociativos más frecuentes se tienen: la amnesia psicogénica y los estados de fuga. Estos últimos pueden ser entendidos como lapsos donde la persona "vaga sin objetivo" y donde puede haber o no amnesia del episodio. El factor impulsor de los estados de fuga es el deseo de escapar de situaciones intolerables.
- **Pornografía infantil:** elaboración, venta, distribución o uso de material audiovisual que utilice a niñas, niños o adolescentes en un contexto sexual.
- **Prostitución infantil:** utilización u ofrecimiento de niñas, niños o adolescentes para llevar a cabo actos sexuales a cambio de dinero u otro tipo de compensación económica.
- **Trata y venta de niñas y niños:** práctica análoga a la esclavitud que comprende el transporte de un niño o niña de un país a otro, o dentro del mismo país, de una zona o localidad a otra, con fines comerciales de índole sexual.

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA COMO VÍCTIMAS Y JUSTICIA PENAL

Carlos Luis Redondo Gutiérrez

Introducción

El cambio de paradigma con motivo de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por nuestro país el 18 de julio de 1990, mediante Ley N° 7184), provocó se reafirmaran y delinearán mejor, con renovada carga impositiva, los derechos de los niños, niñas y adolescentes que, desde antes, en textos de elevado rango (Declaración sobre los Derechos del Niño o Declaración de Ginebra de 1924, Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil o Reglas de Riad y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad), habían comenzado a influir en los esquemas legislativos modernos (Código del Menor de Colombia, noviembre 1989; Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, julio 1990; Código de Menores de Ecuador, agosto 1992; Código de los Niños y Adolescentes de Perú, diciembre 1992 y Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, diciembre 1998, entre otros).

Temas acerca de la doctrina integral y el interés superior del menor, ampliaron el horizonte para reconocerle su condición de sujeto de derecho y no de un simple objeto de tutela, derribando de esa forma la arcaica doctrina de la "situación irregular". No obstante, la praxis jurídica no resulta muy grata. Aún apreciamos serias dificultades en la atención de los menores víctimas cuando incursionan en el sistema de justicia penal. El trato sigue siendo desigual e injusto, producto quizá de estar alineado al tema del posicionamiento de la situación de la víctima en el proceso penal, históricamente expropiada de sus derechos y reducida a un simple dato probatorio. Aparejado a ese dilema enfrentamos el de la sistemática revictimización que a aquélla le produce el aparato jurisdiccional y los distintos subsistemas de justicia.

Motivo fundamental de este trabajo es casualmente individualizar las falencias resultantes del ordenamiento jurídico penal, que no solo pone en tela de juicio el cumplimiento efectivo del principio constitucional de acceso a la justicia, sino también evidencia los riesgos de victimización institucional a que los niños, niñas y adolescentes se ven expuestos cada vez que acuden a demandar la tutela de sus derechos lesionados.

La apreciación jurisprudencial también ha provocado serias confusiones en lo tocante a la defensa efectiva de los intereses de los menores víctimas. La prevalencia del interés familiar en demérito del interés individual de sus miembros, sin realizar las debidas demarcaciones, ha expuesto a éstos, en especial cuando son menores, a soportar una serie de inconvenientes que les causan una injusta estigmatización.

La debida atención de las víctimas, en particular niños o niñas, en lo correspondiente al plano asistencial, auxilio y representación legal, no resultan debidamente garantizados en la práctica. El Estado carece de programas efectivos que llenen a cabalidad esas expectativas. El Patronato Nacional de la Infancia (PANI) carece de recursos humanos y materiales para dar atención a los menores que han sufrido vejaciones a consecuencia del delito. La ley minimiza, prácticamente nulifica, la condición de parte en el proceso a esa

Institución, dejándola reducida a una simple figura decorativa, inerte ante cualquier intento de amparar, como se debe, los intereses de los menores, quedando en serio predicado su rol de ofrecerles la adecuada tutela conforme lo exigen la Convención sobre los Derechos del Niño (C.D.N), la Constitución Política (C. Pol.) y el Código de la Niñez y la Adolescencia (C.N.A.). En tanto la Procuraduría General de la República (P.G.R.) carente de facultades, según el Código Procesal Penal (C.P.P.), para resguardar esos intereses, se debate igualmente en la imposibilidad material para asistir legalmente a todos los niños, niñas y adolescentes victimizados, no obstante, así se lo demanda el numeral 110 del C.N.A. y su Ley Orgánica en el ordinal 3º, inciso k). El Ministerio Público (M.P.), en tanto, ocupado de vindicar la acción delictiva, no fija su norte prioritario en brindarle atención a las víctimas y solo excepcionalmente cuando le delegue el ejercicio de la acción civil resarcitoria, no obstante que su Ley Orgánica (L.O.M.P.) así lo establece en el ordinal 33. Todo ello hace que el menor carezca de la asesoría necesaria para enfrentar el proceso penal, con franca desventaja para participar en las formas alternas de justicia (principalmente la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y el pago integral del daño) incluidas dentro del nuevo esquema de justicia penal.

Desmerece en mucho, también, la forma como es tratado el menor en sede jurisdiccional. El ambiente es hostil, muchas veces se le confronta con el acusado y se carece de iniciativa y creatividad para paliar el efecto traumatizante del proceso. Ninguna diferencia se encuentra entre una causa tramitada en daño de un adulto a la de un niño o niña. El desmedido ritualismo y las dilatorias prácticas procesales, aumentan la angustia y ansiedad de los menores. Se obvia la asesoría técnica al niño o niña (abogados, psicólogos y trabajadores sociales) para ejercer la denuncia y cuando deponen ante los tribunales de justicia, exponiéndosele a interrogatorios recurrentes, muchas veces culpabilizantes, por personal poco capacitado.

Son los anteriores aspectos prioritarios que no agotan el tema pero sí permiten auscultar las carencias de un sistema deficitario de justicia, en perjuicio de los niños, niñas y adolescentes, con la pretensión, a la larga un tanto ilusoria pero sí con mucho optimismo, de proponer medidas correctivas mínimas para enderezar los yerros, muchos, como se ha anotado, de carácter práctico, otros de orden legislativo y muchos por la ausencia de motivación, iniciativa y creatividad de los operadores de la justicia penal.

El interés es tratar los anteriores temas de forma sucinta, puntualizando algunas ideas acerca de la llamada "reivindicación" de la víctima, que no pasa de ser un válido intento de acercarla a un modelo de justicia equitativa, sobre todo en el caso de los niños, niñas y adolescentes que apenas tienen en el panorama una simple expectativa de ver satisfechos sus intereses, rodeada de obstáculos y negaciones imprácticas y absurdas.

I. Una cuestionable reivindicación de la víctima

1. El olvido de la víctima

Tradicionalmente la víctima ha sido objeto de las más abiertas desventajas y adversidades de cara al fenómeno del delito. La búsqueda de la verdad histórica propició desde la Inquisición, el desmedido interés por expropiar a las víctimas de sus derechos, convirtiéndose el sistema penal en un mero instrumento de persecución estatal ejercido directamente sobre los ciudadanos. El autor del hecho adviene como objeto de persecución y la víctima es ignorada, perdiendo su calidad de titular de derechos. El sistema penal *"despojó a la verdadera víctima de su calidad de tal para investir de esa calidad a la comunidad ... (la ha sustituido) por una víctima simbólica y abstracta"* (María de la Luz Lima. "El derecho victimal". VICTIMOLOGÍA. Centro de Asistencia a la Víctima del Delito. Córdoba, Argentina, 1994, pág. 15). Como lo afirma Bovino, *"a través de la persecución penal estatal, la víctima ha sido excluida por completo del conflicto que, se supone, representa*

todo caso penal" (Alberto Bovino. Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo. Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1998, pág. 91).

En otro sentido, la inserción del concepto de bien jurídico en la doctrina penal, también ha conspirado para minimizar el papel de la víctima en el escenario penal. Aun cuando el contenido del bien jurídico ha sido objeto de enormes discusiones, su relevancia surge en tanto constituye la objetivización de la víctima en la norma penal. Así, en el afán persecutorio del delito, el Estado termina por sustituir a la víctima y representarla en el proceso. A ello debe, se añade, el interés por deflacionar el Derecho Penal ante el supuesto ensanchamiento de su campo de acción, acuñándose entre sus postulados la característica nota de *mínima ratio*, con la cual se afirma el interés de tutela exclusiva de aquellos bienes jurídicos de señalada importancia para la convivencia social, sin atender, eso sí, el verdadero interés de la víctima en lograr una eficaz y adecuada salvaguarda de sus derechos.

Relacionado con lo anterior, Ferrajoli indica que: *"ha habido una expansión inflacionista de la cantidad de los bienes jurídicos penalmente tutelados. Por un lado a través del incremento (expresión de una concepción autoritaria del Estado) de delitos sin daño, como los que ofenden entidades abstractas como la personalidad del Estado, la moralidad pública, etc.; por el otro, a través del aumento incontrolado, provocado por la incapacidad del Estado de intervenir con sanciones administrativas, de los delitos contravencionales, con frecuencia consistentes en infracciones de poca monta o en meros ilícitos de desobediencia. En segundo lugar ha habido una extensión indeterminista del campo de denotación de los bienes tutelados, a través del uso de términos vagos, imprecisos o peor aún, valorativos, que derogan la estricta legalidad o taxatividad de los tipos penales, permitiendo amplios espacios de discrecionalidad o de inventiva judicial... En tercer lugar tenemos una cada vez más difundida anticipación de tutela de los bienes, mediante la configuración de delitos de peligro abstracto o presunto, caracterizados por el carácter altamente hipotético y hasta improbable de la lesión del bien..."* (Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos. Luigi Ferrajoli. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, marzo-junio 1992, Año 4, N° 5, pág. 5). Un irracional activismo estatal desdeñó a las víctimas y las ha mantenido postradas en un continuo vaivén de inclusión y exclusión. Bien apunta Bovino: *"Al describir el hecho nos constituye en víctimas y afirma la presencia cierta de un conflicto, independientemente de si tal conflicto existe o no. Como víctimas, ya hemos sido incluidos, y por lo tanto, ha llegado el momento en el que podemos ser excluidos. A partir de aquí, el Estado decidirá si se ha ofendido a la víctima, en cuánto se le ha ofendido, cuánto vale la ofensa y cómo ha de tratarse al ofensor"*. (Op. cit. pág. 84).

Los fines de un Derecho Penal mínimo conducen igualmente a la búsqueda alterna para dirimir los conflictos. Se rediseñan mecanismos apropiados para desjudicializar las soluciones. En ese proceso igualmente la víctima sufre un marginamiento, pues en la praxis jurídica ese fenómeno se orienta preferentemente a menguar la sobresaturación de la carga laboral de los tribunales y disminuir de esa manera la mora judicial, sin dejar de lado el interés por disminuir el índice de sobrepoblación de las cárceles. Todo eso contribuye a un paulatino marginamiento de la víctima.

Hay que reconocer, sin embargo, el advenimiento, en las últimas décadas, de un manifiesto propósito de reivindicar a las víctimas. Esa idea habría surgido desde la Ilustración, acentuada en el Código francés de 1808. Como lo veremos más adelante, han surgido en los códigos procesales modernos, entre ellos el costarricense de reciente data (1996), institutos jurídicos de señalada importancia. La querrela en los delitos de acción pública y privada, el ejercicio de la acción civil y la conversión de los delitos de acción pública en privada (con el correlativo derecho a la revocatoria de la instancia), son ejemplos de ello. Cabe resaltar, no obstante, que de los anteriores solo en el caso del ejercicio de la acción privada constituye un derecho sustantivo de la víctima, por cuanto es titular exclusivo de la acción penal, dependiendo solo de ella la

persecución y reservándosele la potestad de renunciarla. En el caso de las pretensiones resarcitorias siempre es dependiente de la suerte del proceso penal, conservando, en todo caso, la posibilidad de ejercerla en la sede civil o contenciosa. En lo que respecta a la acción pública, su participación en calidad de querellante será siempre subsidiaria, en la medida en que el Estado es quien continúa detentando la titularidad de la acción penal. Por otra parte, se le han reconocido a la víctima otros derechos como el ser informada del proceso, el ejercicio a impugnar la desestimación y el sobreseimiento y a participar en el trámite conciliatorio, entre otras fórmulas alternativas de solución del conflicto.

2. El fenómeno de la revictimización

Históricamente el sistema de justicia penal ha sido revictimizante para quien sufrió el embate del delito, especialmente cuando este es un niño, niña o adolescente. La preocupación mayor ha estado marcada siempre en el autor del hecho, a quien se le mira como sujeto rescatable y merecedor de todas las garantías procesales. A la víctima históricamente se le han regateado sus derechos. No más entró en vigencia el Código Procesal Penal la actitud excesivamente liberal, adobada de una buena dosis de insensibilidad, interpretó como posible extinguir la acción penal en delitos sexuales en daño de menores, potenciados por dudosos procesos conciliatorios. Fue dolorosa la experiencia de conocer semejante suerte de una causa, finiquitada por un puñado de monedas, de padres que "conciliaron", obviándose la prohibición establecida en el artículo 155 del C.N.A., con el ofensor de un niño de edad escolar que subrepticamente había sobrepasado la barda de seguridad de una escuela de la periferia de la ciudad, accediéndole carnalmente en dos ocasiones repetidas. Las condiciones fueron la promesa de pagar una determinada suma de dinero a sus progenitores, no acercarse al centro educativo y no relacionarse con la víctima. Fue la forma más ignominiosa e indigna de fenecer un proceso, propiciado por regulaciones normativas de fácil distorsión y una inventiva judicial descontextualizada, en cuanto a lo que significan los derechos de los niños y las niñas, especialmente el interés superior y la protección integral de aquéllos.

La Sala Constitucional, advirtiendo los potenciales daños a los menores, optó por concederle máxima tutela a los intereses del menor, aun cuando se crea una disparidad con los del ofensor, negando toda posibilidad de permitir el trámite conciliatorio en esos casos. Eso se manifestó en su pronunciamiento, referente a la parte final del referido artículo 155 del C.N.A., el cual proscribía la conciliación en materia de delitos cuando el ofendido es un menor de edad, al establecer: *"La experiencia enseña cómo los menores son víctimas frecuentes de delitos, básicamente de aquellos que afectan su integridad física y su libertad sexual. El legislador optó por no otorgar un trato igual a los autores de delitos cometidos contra menores de edad, negándoles la posibilidad de conciliar. Esa diversidad de tratamiento obedece a la situación también diversa que se da en las causas por delitos cometidos en perjuicio de menores; la diversidad radica en la especial consideración del menor como ser humano en desarrollo. La desigualdad es razonable y así lo entiende esta Sala, pues conforme se indicó, la conciliación parte del diálogo directo y libre que debe darse entre imputado y víctima, y surge como un medio para que la víctima reasuma su papel protagónico en la solución del conflicto. En el caso de los menores, la igualdad de condiciones entre las partes para negociar no existe y en razón de ello, el impedimento establecido por el legislador resulta constitucionalmente válido"*. (Res. N° 07115-98 de las 16:09 horas del 6 de octubre de 1998).

3. Niños(as) y familia: confluencia de intereses

No debe olvidarse que el niño y la niña forman parte de una integridad llamada familia. Esta, como lo entiende la Constitución Política (art. 51) es *"elemento y fundamento de la sociedad"*. La estructura tradicional napoleónica sustentada sobre una base abstracta de unidad de la familia, ha dado paso a una concepción

inspirada en el diálogo y condicionada por el interés de sus miembros. El criterio doctrinario dominante establece que la unidad de la familia no debe entenderse como un *"concepto abstracto"*, o como un *"centro de referibilidad de derechos"*, sino más bien como una *"unidad de personas en interacción evolutiva, abierta a las influencias externas"* (Víctor Pérez. "La dimensión personalista-comunitaria en materia de relaciones entre padres e hijos en el sistema jurídico latinoamericano". Revista de Ciencias Jurídicas N° 35, Universidad de Costa Rica - Colegio de Abogados, mayo-agosto 1978, p. 252). En ese tanto no es dable hablar de interés de la familia sino más bien de interés familiar, porque este presupone un grupo de sujetos (familia) que conforman una realidad diferente a la de sus propios integrantes. Pérez menciona que *"este interés familiar está dirigido a la realización de los fines para la consecución de los cuales el grupo familiar fue constituido"* (Víctor Pérez. "Unas breves observaciones sobre el llamado "interés familiar" o "interés de la familia". Revista de Ciencias Jurídicas N° 27. Universidad de Costa Rica - Colegio de Abogados. Setiembre-Diciembre 1975, p. 120).

De acuerdo con lo anterior, es indudable que la tutela del derecho debe ir encaminada a los miembros del grupo familiar, individualmente estimados. Ello no significa que debe abstraerse de la protección la estabilidad del grupo familiar, elemento de gran influencia en la consecución de otros valores del sistema. No obstante, al emerger los conflictos de la familia con el de alguno de sus integrantes, la prevalencia, tratándose de menores, la tienen estos últimos.

En atención a la preferencia que debe merecer el interés superior del niño, niña o adolescente, se requiere en este caso hacer un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que puedan ser lesionados por la resolución de la autoridad. Razonablemente siempre se decidirá por aquellos que aseguren la máxima satisfacción de los derechos y su menor restricción. Resulta claro en la normativa que los padres (o persona encargada) deben velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores, quienes tienen el derecho a permanecer en su hogar y no ser apartados de su familia, salvo disposición expresa de la ley o acuerdo judicial que así lo exija (arts. 9 de la C.D.N., 29, 30, 33 del C.N.A.). Rige entonces la excepción de separar al niño o niña de su ámbito familiar. Sin embargo, cuando éste le resulte hostil o dañoso, podría ser separado y encargársele la custodia y protección al órgano estatal competente (art. 9 de la C.D.N. y 34 del C.N.A.).

Conforme a lo anterior, si un niño o una niña resultare maltratado o victimizado sexualmente por alguno de sus parientes, el interés a tutelar será el del menor y no el de su familia. No obstante, la Sala Constitucional, tratando el tema de la abstención regulado en el canon 36 del texto supremo de la nación, privilegió, a nuestro juicio equivocadamente, el interés de la familia en situaciones de conflicto, antes que el interés del menor. A esos efectos invocó los conceptos *"cohesión del núcleo familiar"* y la *"armonía familiar"* (votos N° 264-91 de 14.30 horas del 6 de febrero de 1991; N° 2984-93 de 9.15 horas del 25 de junio de 1993. En igual sentido Voto 2776-92). En el primero de los votos citados el alto tribunal estableció que el derecho de abstención en los casos indicados, tiene por *"fin... proteger la cohesión del núcleo familiar, fundada en razones de orden moral y familiar, deja a entera voluntad del testigo decidir si declara o no dentro del proceso penal"*. En ese tanto, agrega, *"es el testigo el que ostenta el privilegio de valorar su relación familiar y libremente decidir si declara o no lo hace"*. Esto no es posible cuando quien tenga que ejercer ese derecho sea un niño o una niña que, por su edad, carezca de la capacidad de discernimiento, o sea esta insuficiente, para advertir la trascendencia de la declaración. Es ahí donde se justifica sustituir la voluntad del menor por la del profesional que le asista.

El artículo 12.2 de la C.D.N. indica que el niño debe ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo. También señala que si no lo puede hacer directamente, lo hará *"por medio de un representante o de un órgano apropiado"*. Hace falta en la estructura legislativa un eslabón fundamental que posibilite la correcta y efectiva protección de los derechos del menor en esos casos.

La Sala Constitucional atemperó ulteriormente su posición y dispuso lo siguiente: *"El objeto de verdad de los procesos represivos es tan importante como la búsqueda de la tutela al interés superior del niño, y, en esas condiciones, la mínima diligencia impone al juzgador sopesar, más allá de las elementales reglas de la sana crítica que deben impregnar la valoración de la prueba, la conveniencia de que un menor declare como testigo en una causa en que se ven enfrentados sus padres. Se dirá que la decisión habrá de tomarla, a pesar de su corta edad el menor, cuando, llamado al estrado, le sean explicadas sus garantías constitucionales que le protegen de declarar contra sus padres, pero también la autoridad judicial tiene que asumir su cuota de responsabilidad y decidir si esta sola comparecencia es necesaria y conveniente"*. (Voto 2196-96 de las 10:09 horas del 10 de mayo de 1996). Sin embargo, como lo anotaremos posteriormente, existen serias dificultades de representación y defensa de los menores en el proceso penal.

Nótese que la misma Sala no estableció de qué manera puede resolverse el caso de un menor de escaso discernimiento por razón de la edad, o que padezca de alguna discapacidad que le imposibilite comunicarse y deba deponer en un juicio, asistiéndole constitucionalmente el derecho de abstención. Es uno de los problemas más serios porque ello no solo pone en entredicho las posibilidades de una efectiva tutela de los derechos de los menores, sino que, además, coloca en serio riesgo la correcta administración de justicia, sin ignorar las facilidades con que cuentan los allegados al niño o niña para manipularle u obligarle a no declarar acerca de los hechos. Esta circunstancia ha hecho que se engrose la cifra de impunidad de los delitos en perjuicio de niños, niñas y adolescentes.

4. El interés superior del(de la) niño(a) en el abordaje judicial

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce al menor derechos sociales, civiles y políticos. Dentro de ese contexto le permite a los menores adquirir su plenitud como sujetos de derecho, dentro de un nuevo modelo de libertad y protección integral, sustentado en el interés superior del menor.

El propósito de este nuevo paradigma fijado en la Convención es lograr la incorporación del menor al medio social en el cual se desarrolla, con francas posibilidades de alcanzar su perfeccionamiento espiritual y el progreso material. Los principales obligados en procurar ese desarrollo integral de la persona menor de edad, son los padres o encargados (art. 7 del C.N.A.). Pero es el Estado el que debe adoptar las medidas administrativas, legales, presupuestarias y de cualquier naturaleza, a los fines de hacer efectivos esos derechos (art. 4 del C.N.A.). Esta protección integrada de los niños, niñas y adolescentes, se pone de manifiesto en tanto se reconozca el *interés superior* que a ellos les asiste en todas las actividades de su vida personal y comunitaria.

El Código de la Niñez y la Adolescencia establece como parámetros para la determinación del interés superior del menor los siguientes: a) su condición de sujeto de derechos; 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 interés individual e interés social (art. 5 del C.N.A.). Para establecer, en cada caso concreto, cuál es o debe ser el interés superior del menor, la ley recomienda el asesoramiento de un equipo multidisciplinario (art. 112, in fine del C.N.A.). Es más, este principio rige también para los casos en que deba dirimirse cuál es la norma más favorable, en particulares circunstancias de conflicto o de duda en la interpretación normativa (art. 9 del C.N.A.).

La jurisprudencia constitucional y penal paulatinamente han ido perfilando ese principio en casos conflictivos muy puntuales. Expresamos supra que en lo atinente al derecho de abstención a declarar, no está claramente resuelta la situación del menor cuando deba deponer en la causa y no tenga la capacidad para apreciar la conveniencia o no de su testimonio, en el caso que el acusado sea su pariente en los grados

establecidos en el artículo 36 constitucional. Entendemos que en este caso debe prevalecer el interés superior del menor, y aun cuando le pueda asistir el derecho de abstención, deberá hacerlo porque no está en capacidad de discernir acerca de los alcances de su acto testifical. Y como lo que está en juego es su desarrollo integral, la cohesión familiar habrá de ceder ante el interés superior del menor. Sobre el particular, hacíamos mención que la familia, en cuanto grupo, no es sujeto jurídico y, por tanto, no es potencialmente destinataria de intereses jurídicos. Más bien cuando se trata de los intereses de la familia es respecto de las particulares situaciones jurídicas de los componentes del grupo familiar (cfr. Pérez, Revista de Ciencias Jurídicas N° 27, pág. 125). La Sala Constitucional dispuso, en relación con este asunto, que: *"en toda situación en la que se encuentre involucrado un menor, los intereses de éste deben prevalecer sobre los demás y ese es el norte que ha de guiar las actuaciones de las autoridades públicas y del Estado en general"*. (Voto 5543-97 de 12 de setiembre de 1997).

Es indudable que la atención al interés superior del niño obliga a satisfacerle completamente sus derechos. Es un principio de corte constitucional, vinculante para todas las autoridades, judiciales o administrativas. Antes de la Convención se estimaba que la noción de ese interés era prácticamente particular, algo que estaba más allá del derecho. No obstante, es claro que conforme a ese texto internacional la visión del interés superior es distinta y debe ser apreciada en conjunto con los derechos humanos. Constituye un límite a la discrecionalidad de las autoridades y es de carácter imperativo para todas estas, incluyendo, desde luego, las jurisdiccionales. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia lo expresó con claridad meridiana, cuando dijo: *"Así, entonces, es obligatorio para todos los tribunales en cuyas sedes se conozcan asuntos en los que directa o indirectamente participen menores, que en sus resoluciones se atienda el interés superior del niño"*. (Voto N° 327-F-94 de las 14:30 horas del 29 de agosto de 1994). Nuestra percepción es que el acceso a la justicia y el tratamiento que se le da al menor en sede penal, siguen siendo deficitarios en nuestro medio. No tiene, como los adultos, la misma facilidad de incursionar con la denuncia de hechos que le perjudica, ni la amplitud de trato cuando acude ante el estrado en demanda de justicia, o simplemente a referir un hecho que conoce.

La concepción acerca del interés superior es diferente ahora, pues el principio hay que conceptualizarlo dentro de un marco de referibilidad distinto, adosado por un cúmulo de facultades que posibilitan neutralizar el abuso de poder y el excesivo paternalismo que tradicionalmente ha imperado en la regulación de temas relacionados con la infancia. El sistema de justicia penal debe ser consecuente con esos fines. El operador debe ser consciente de que frente a él tiene una víctima igual a cualquier otro ser humano, con debilidades y fortalezas, además con necesidades que deben ser satisfechas de forma imperiosa. La respuesta debe ser oportuna y eficaz, sin límites ni cortapisas.

Las interpretaciones judiciales también deben corresponder a ese interés, en forma clara y precisa, evitando elucubraciones innecesarias que simplemente provocan la postergación del conflicto, sin dar una respuesta oportuna y adecuada, de manera que no conduzca a una evidente negación de justicia para el menor.

Entonces, dos aspectos importantes surgen del principio de interés superior. Uno es su característica hermenéutica asignada por el artículo 3 de la Convención. Los derechos del niño deben interpretarse sistemáticamente porque en su contexto se garantiza la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del menor. Otro es que facilita la solución de conflictos jurídicos, pues a él hay que remitirse para ponderar los derechos encontrados. Desde luego, en esa apreciación es factible se dé el uso abusivo del principio, que, para soslayarlo, es preciso atender el principio de la reserva judicial y la exigencia de acudir al interés superior solo cuando el conjunto de derechos no permita resolver el *diferendum*.

II. El menor víctima en el proceso. Entre el regateo y la ventaja

En el campo teórico es dable encontrar algunos caminos que posibilitan el acceso de la justicia al menor, ensanchados en gran medida por el nuevo texto procesal penal. Pero, también, es de reconocer que esas vías no están libres de obstáculos, algunos insalvables. Las trabas pueden ser de orden legislativo, algunas derivadas de meras apreciaciones absurdas del operador del sistema, en tanto otras han sido moldeadas por factores culturales o idiosincráticos de las propias víctimas que les conduce a desconfiar del sistema. Concretaremos algunos de los impedimentos en referencias muy sucintas y puntuales.

1. El caso de la denuncia

a. Limitaciones al ejercicio de la denuncia.

La primera reacción de la víctima frente al delito es la de sentir miedo, sobre todo cuando ha sido un hecho violento o una afrenta sexual. Sin duda la víctima experimenta reacciones de ansiedad, angustia, insomnio que afecta su decisión de si efectúa o no la denuncia. Por otra parte, suele presentarse en la víctima una reacción psicológica para buscar una explicación al hecho con respecto al sujeto que lo causó. Generalmente, en especial cuando se trata de delitos de connotación sexual y en perjuicio de menores, se genera un sentimiento de culpabilidad personal, creyendo que lo que generó el suceso fue su propia negligencia o descuido. Además, subyace un sentimiento de impotencia, no solo en su persona sino también del orden institucional. El o la afectada se siente incapaz de actuar debido a la falta de confianza en su propia conducta, propiciándole una ostensible inseguridad, por la cual asume que ninguna actividad le va a representar nada útil. También cree que la policía, fiscales y jueces, en general el sistema, no le aportan ninguna confianza o seguridad. Finalmente, quiere evitar la excesiva carga revictimizante del proceso, que con los formalismos inútiles muchas veces le hace nacer la sensación que ella es la acusada. Todo ello provoca en la víctima su reticencia a denunciar, lo cual hace ensanchar la brecha de la criminalidad oculta ("cifra negra"). Zaffaroni apunta a ese respecto que, tratándose de delitos sexuales, su cuantificación es difícil de establecer, precisamente por *"la marcada tendencia a la ocultación, entre otras razones por la forma de comisión, porque la víctima suele ser incapaz o porque siendo capaz teme a la vergüenza pública o al escarnio de las autoridades o de la prensa, fenómeno particularmente agudo en sociedades machistas y más o menos patriarcales"*. (Eugenio Raúl Zaffaroni. "El aumento de las penas en Costa Rica". Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, marzo-junio, 1992. Año 4, N° 5, pág. 69).

Es patético señalar que la mayoría de los procesos se inician no a instancias de la investigación policial o judicial, sino por denuncia de la víctima. Bustos, citando a Dünkel, señala con especial dramatismo que el noventa por ciento de los delitos que son conocidos por la policía, jueces y tribunales, lo es por intervención directa de la víctima, por lo cual, afirma, *"la pretensión del Estado de la resolución del conflicto aparece contradicha ya por los estudios criminológicos sobre la cifra oscura, pues ellos demuestran que hay una gran cantidad de víctimas que no denuncian"*. (Juan Bustos Ramírez. "Presente y futuro de la victimología". VICTIMOLOGÍA: PRESENTE Y FUTURO. 2ª ed. Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1993. pág. 35).

Es necesario tomar conciencia de lo anterior para idear mecanismos adecuados, a fin de motivar a las víctimas a denunciar los hechos. Desde luego, emprender los correctivos necesarios para hacer renacer en ellas la confianza en el sistema.

b. Regulación normativa de la denuncia.

En nuestro ordenamiento cualquier persona puede denunciar un delito de acción pública (art. 278 del C.P.P). En materia de menores víctimas también la ley les garantiza el ejercicio de ese derecho, así como plantear las acciones civiles pertinentes (art. 104 del C.N.A.). Tratándose de delitos de instancia privada (relaciones sexuales consentidas en mayores de doce años y menores de quince años, el contagio venéreo, la violación cuando la ofendida sea mayor de quince años y no hubiese estado privada de razón o incapacitada para resistir, las agresiones sexuales sin agravantes, las lesiones leves y otros ilícitos), solo la persona ofendida puede denunciarlos (arts. 17-18 del C.P.P.). El numeral 17 citado establece que en el caso de ser el perjudicado menor de quince años, ejercerían la denuncia los representantes legales, o, en su defecto, el tutor o guardador. El C.N.A. (art. 104), normativa posterior al Código Procesal Penal, no establece límite de edad en la denuncia, aun cuando se trate de hechos de instancia privada. Es más, ese cuerpo normativo indica que las personas menores de edad tienen participación directa en los procesos y se les debe escuchar su opinión (art. 105 del C.N.A.), lo que es concordante con el artículo 12.2 de la C.D.N., al establecer que el menor debe tener *"oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo... ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado..."* Desde luego, la ley procesal fija un requisito de procedibilidad, cual es la denuncia directa del ofendido en los delitos anotados, o por medio de su representante legal, tutor o curador. La razón es por existir un interés privado que necesita ser tutelado.

Es posible que a la víctima no le interese que se investigue. Sin embargo, la determinación de ese interés, en caso de menores, estaría a cargo de sus representantes legales, tutor o guardador, según sea el caso. Queda a la reserva de estas personas si corresponde investigar los hechos o dejarlos bajo el amparo del manto de la impunidad. Más bien convendría al Patronato Nacional de la Infancia (PANI) la valoración pertinente, para que, apreciando las circunstancias del caso, determinase si conviene o no la investigación judicial, atendiendo el interés superior del menor. Pero dejar librado a las personas referidas la posibilidad de la denuncia equivaldría a trasladarle a ellas determinar un problema de difícil cuantificación. Aparte de lo anterior, podrían presentarse problemas adicionales, como sería el caso que los referidos individuos no tengan la capacidad suficiente, material e intelectual, para decidir qué es lo que más conviene al menor afectado. Además, surgen situaciones en que el interés del niño, la niña o el adolescente, es difícilmente individualizable al estar condicionado a una serie de variables, solo detectables técnicamente.

Véase como el numeral 112 *in fine* del C.N.A indica que *"para la mejor determinación del interés superior del niño, la autoridad deberá contar con el apoyo y la consulta de un equipo interdisciplinario"*. Convendría en este caso hacer una revisión de la ley procesal, para que se pueda encargar al PANI precisar cuál ha de ser el interés en juego y permitirle a esa entidad el ejercicio de la denuncia del suceso, aun cuando los encargados del menor no lo hagan. La parte final del artículo 17 del C.P.P. permite al Ministerio Público ejercer la acción penal en forma directa en estos delitos, cuando el hecho fue realizado contra un incapaz o un menor que no tiene representación, o cuando lo realizó uno de los parientes del menor hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad, el representante legal o guardador. Sin embargo, es conveniente se interprete que el PANI podría denunciar ese suceso ilícito, con soporte en lo establecido por el artículo 111 del C.N.A. que dice en lo pertinente: *"En los procesos judiciales y procedimientos administrativos en que se involucre el interés de una persona menor de edad, el Patronato Nacional de la Infancia representará los intereses del menor cuando su interés se contraponga al de quienes ejercen la autoridad parental"*. El primer párrafo del artículo 17 del C.P.P. parece rozar con disposiciones constitucionales, no solo porque impide el acceso a la justicia de una persona menor de quince años (art. 41 de la C. Pol.), sino porque el interés superior y protección integral del menor, parámetros esenciales en la tutela de los derechos del niño, niña o

adolescente, son de rango constitucional pues aparecen resguardados, especialmente, en los artículos 3.1., 6 y 12.2. de la C.D.N., ordenamiento internacional ratificado por la nación (Ley N° 7184 de 18 de julio de 1990).

2. Defensa de los intereses del menor

Son indudables los serios problemas de defensa que tiene el menor en el sistema penal. Gran parte de la problemática surge porque al PANI se le mantuvo alejado del proceso, reconociéndosele únicamente una participación mínima. A pesar del encargo que le hace la Constitución Política para darle una *"protección especial"* al menor, le resulta casi imposible ocuparse de manera válida y eficaz de tal deber en el proceso. La ley adjetiva penal no reconoce la figura del PANI como sujeto del proceso, lo cual, por sí solo, riñe con la Constitución (arts. 41 y 53 de la C. Pol.). Aparece únicamente en el texto procesal una referencia en el artículo 39.b. que alude a la delegación que la víctima puede hacerle del ejercicio de la acción civil resarcitoria, cuando fuere incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quién lo represente.

La otra referencia en el código es la recomendación que esa entidad hace respecto de la cesación de la medida cautelar de abandono del domicilio por parte del imputado, cuando el ofendido sea un menor de edad (art. 248 del C.P.P.). Pero, aparte de ello, no existe una sistematizada participación del PANI defendiendo los intereses de un menor en sede penal. Nótese que ni siquiera como actividad procesal defectuosa podría encauzarse un alegato por su falta de intervención (arts. 175 y ss. del C.P.P.). Como defecto convalidable es imposible invocar su ausencia porque el orden adjetivo no establece su operatividad en el sistema y como defecto absoluto tampoco, por cuanto éste solo concierne a la intervención, asistencia y representación del imputado, al nombramiento, capacidad y constitución de los jueces o tribunales y al ejercicio de la acción penal y su participación en el proceso del Ministerio Público. En todo caso, es nuestra opinión, que a pesar de no estar enunciada la irregularidad procesal, el defecto subyace por cuanto la protección del menor, en cualquier espacio en que se ejerza el derecho, debe ser garantizada plenamente, no solo por el PANI, sino por la misma Procuraduría General de la República (P.G.R.) en atención a lo que establece el artículo 3º, inciso k) de su Ley Orgánica (L.O.P.G.R.), en consonancia con el artículo 110 del C.N.A., en especial cuando en la palestra está la defensa del interés superior y la protección a su desarrollo integral, de raigambre constitucional, como lo hemos dicho reiteradamente. Además, no pueden hacerse discriminaciones injustas porque ello equivale a tolerar el quebranto al principio de igualdad (art. 33 de la C. Pol., 6 *in fine* del C.P.P., 3, 8 y 114, inciso c) del C.N.A.) en evidente perjuicio para los niños y niñas víctimas de delito.

Además, tómese en cuenta que, en la misma línea de pensamiento y para abundar en razones el Código de Familia (art. 5, párrafo segundo) establece la obligación de tener como parte al PANI *"en todo asunto en que aparezca involucrado un menor de edad"*. "Involucrado" puede entenderse, en el caso penal, como sujeto activo o pasivo de la infracción. El Código de la Niñez y la Adolescencia prevé también, aunque con una redacción no muy feliz, la posibilidad de esa intervención del PANI *"cuando en los procesos judiciales esté involucrado el interés de una persona menor de edad"*. Igualmente esa normativa autoriza la representación del PANI en los casos en que exista interés contrapuesto al de quienes ejercen la autoridad parental, pudiendo actuar también en los demás asuntos en calidad de *coadyuvante* (art. 111 del C.N.A.). En todo caso, sistemáticamente es factible tener al PANI como parte en el proceso cuando aparezca un niño, niña o adolescente como víctima de un delito. Ya lo dice la Convención en el ordinal 4.1. al señalar que *"los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención"*.

La Sala Constitucional ha expresado que es derecho de todo ciudadano, sin discriminación alguna, demandar la tutela jurisdiccional, la cual debe ser efectiva, en el tanto *"no resultan admisibles los obstáculos"*

que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un simple formalismo, o que no sean justificados y proporcionados a las finalidades adecuadas a esa garantía constitucional". (Voto 1193-95 de las 09:18 horas del 3 de marzo de 1995). Conforme a esa tesis, se limitaría irracionalmente la posibilidad de defensa de los menores víctimas, de no contar con una persona o ente que ejerza su representación y le defienda de manera efectiva sus particulares intereses en el proceso. Bien lo señaló la Sala en ese fallo: *"las nuevas tendencias mundiales en materia penal buscan rescatar el papel de la víctima a través de mecanismos que permitan defender sus intereses en forma adecuada"*. Ahora, cuando hacemos la referencia al PANI como parte, aludimos a su intervención activa como sujeto del proceso, nos referimos a la amplia participación en el régimen de acción y las implicaciones formales que se derivan de él, así como en lo que es la actividad probatoria y la fase impugnativa.

Obviamente, sería ilusorio pensar en la efectiva participación del PANI en el proceso penal, si no cuenta con los recursos humanos y materiales para hacerle frente a esa obligación. Debe ser interés prioritario del Estado la asignación de los recursos necesarios a esa Institución, para que pueda cumplir adecuadamente la tarea asignada por la Constitución y la ley.

3. Principales medidas alternativas y el rol de la víctima

Se ha puesto mucho interés, en los códigos procesales modernos, a las formas alternativas, distintas a la judicialización, de encarar y resolver el conflicto penal. Haremos referencia a la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y el pago integral del daño, por ser institutos en los que directamente se involucra a la víctima.

a. La conciliación.

Regulada en nuestra legislación procesal penal en el artículo 36. En principio, debería regir solo para delitos de bagatela. La norma en cuestión la autoriza para delitos sancionados exclusivamente con días multa, los de acción privada, de acción pública a instancia privada y los que admitan el beneficio de la suspensión condicional de la pena que, conforme a la legislación vigente, procede para aquellos casos en que es posible aplicar una pena de tres años de prisión o menos y cumpla el agente, también, con los demás requisitos legales, entre ellos, la calidad de reo primario (arts. 59 y 60 del C.P.). Un objetivo básico de la conciliación es conseguir una mejora en el clima social y no la simple y mera compensación del daño.

Muchas veces se trata de analizar el sentimiento de la víctima y observar cómo puede sentirse compensada, sin que en estos casos domine la proporcionalidad de la gravedad del daño, aun cuando, sin duda, constituye siempre un marco de referencia importante. La confrontación es el aspecto más relevante del acto conciliatorio. El autor debe encararse con la víctima, conocer el daño que le ha causado y darse cuenta que la víctima también es un ser de "carne y hueso". En tanto ésta percibe la sensación de que alguien está dispuesto a repararle el daño causado y por tanto que el hecho no quedará en el olvido, así como el tener la oportunidad de conocer a quien le causó daño y poder decirle lo que piensa acerca de su acción, no deja de ser un pasaje "gratificante" para ella. Con la conciliación no se pretende necesariamente exigir el arrepentimiento del autor, sino solucionar un conflicto que es justo. Quien ha violado el derecho está obligado a reparar el daño y quien lo ha sufrido tiene el derecho de ser recompensado. La conciliación no se nutre de ideas moralistas o un afán puramente reparatorio. Se entiende que las partes que concilian deben estar en condiciones de plena igualdad. El tribunal puede solicitar el asesoramiento de entidades especializadas para lograr acuerdos justos y equilibrados. Concluido el acto el juez debe homologar los acuerdos, provocando de esa forma la extinción de la acción penal (art. 30.k del C.P.P.).

No es posible, sin embargo, conciliar cuando la víctima es menor de edad, por las circunstancias naturales de desventaja en que se encuentra (art. 36 *in fine* del C.P.P. y 155 del C.N.A.). Ante una consulta judicial la Sala Constitucional declaró que no era violatoria del principio de igualdad la prohibición de conciliar hechos delictivos en perjuicio de niños, niñas y adolescentes. El razonamiento del alto tribunal fue el siguiente: *"La experiencia enseña cómo los menores son víctimas frecuentes de delitos, básicamente de aquellos que afectan su integridad física y su libertad sexual. El legislador optó por no otorgar un trato igual a los autores de delitos cometidos contra menores de edad, negándoles la posibilidad de conciliar. Esa diversidad de tratamiento obedece a la situación también diversa que se da en las causas por delitos cometidos en perjuicio de menores; la diversidad radica en la especial consideración del menor como ser humano en desarrollo. La desigualdad es razonable y así lo entiende esta Sala, pues conforme se indicó la conciliación parte del diálogo directo y libre que debe darse entre imputado y víctima, y surge como un medio para que la víctima reasuma su papel protagónico en la solución del conflicto. En el caso de los menores, la igualdad de condiciones entre las partes para negociar no existe y en razón de ello, el impedimento establecido por el legislador resulta constitucionalmente válido"*. (Res. 07115-98 de las 16:09 horas del 6 de octubre de 1998).

Tampoco puede concederse esa opción en delitos de carácter sexual, tomando en cuenta el tipo de afrenta que causa, generalmente daños irreversibles en la psique de la víctima, lo cual conlleva un grado de reprochabilidad mayor. De igual manera está proscrito ese procedimiento en delitos que provienen de disensiones domésticas.

b. La suspensión del proceso a prueba.

Procede, según el artículo 25 del C.P.P., en los casos de delitos sancionados solamente con penas no privativas de libertad y en los que sea viable conceder la suspensión condicional de la pena. Se trata de una forma de parar el ejercicio de la acción penal si el imputado se somete a prueba durante un plazo (no inferior a dos años ni superior a cinco), cumpliendo con las condiciones que el tribunal le fije, según el catálogo, no agotable, previsto en el numeral 26 *ibídem*. A esos efectos, el imputado debe admitir la comisión del hecho y presentar un plan conducente a reparar el daño causado con el delito, el cual puede consistir en conciliarse con la víctima, o bien, la reparación natural o simbólica del daño. Igualmente debe indicar qué tipo de condiciones estaría dispuesto a cumplir durante el período de prueba. Si bien la víctima participa en este tipo de acuerdos, lo cierto es que no se regula adecuadamente el instituto, por cuanto no se prevé qué sucede si la víctima objeta el plan reparatorio propuesto, por estimarlo desproporcionado o injusto.

El citado artículo 25 indica que el juez aprobará o modificará el plan de reparación ajustándolo a *"criterios de razonabilidad"*, pero nada indica acerca de la posible inconformidad de la víctima si estimara justamente *"irracional"* la propuesta. Igualmente es omisa la ley si el instituto se acoge cuando el ilícito tuvo por víctimas a niños, niñas o adolescentes, o bien se trate de delitos sexuales, en los que es posible la eventual suspensión de pena. Los criterios de razonabilidad del juez deben atender tales cuestiones porque involucran elementos insoslayables referidos al interés superior del menor. En esa medida el funcionario debe asumir una actitud más firme y cuidadosa en la atención de tal interés.

c. La reparación integral del daño.

Dispone el artículo 30, inciso j) del C.P.P. que la acción penal se extingue por la reparación integral del daño, en delitos de carácter patrimonial causados sin grave violencia sobre las personas, o en delitos culposos, siempre que lo admitan la víctima o el Ministerio Público. Es una forma compositiva de justicia que se orienta a mejorar, de manera prioritaria, la situación de la víctima y, secundariamente, en beneficio del imputado.

Dentro de un marco ideológico liberal el Estado es el encargado de proteger los derechos fundamentales del ciudadano, aunque no debe expropiarle esos derechos. Como señala Issa El Khoury *"los bienes jurídicamente tutelados son tales porque el derecho los enfoca, pero ello no les quita la pertenencia: son de las personas. El interés estatal es el reflejo de un interés social y no debe ni puede trascender ese interés social"*. (Henry Issa El Khoury Jacob. La reparación del daño como causal de extinción de la acción penal. REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO PROCESO PENAL. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., San José, 1996, pág. 197).

Neuman, por su parte, afirma que este tipo de medida debe implementarse como una pena alternativa para ciertos delitos, a manera de tercera vía, exonerando al imputado de la posibilidad del encarcelamiento (véase Elías Neuman. VICTIMOLOGÍA. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales. Cárdenas, Editor. México, 1989, pág. 265). No obstante, Bovino refuta esa tesis por los inconvenientes que ello genera. Así, dice el tratadista, podría ser que el autor y la víctima acuerden un monto determinado de reparación, pero el juez considere que el contenido no alcanza cumplir los fines de la pena. Además, agrega, *"la reparación no sirve para respetar el principio de última ratio, pues la solución reparatoria no es utilizada en todos los casos, sino solo en aquellos en los cuales ella resulta posible y, además, resulta adecuada para cumplir los fines de la pena (aparte que) puede representar una ampliación del control social jurídico-penal si la sanción reparatoria, en lugar de reducir la aplicación de la sanción penal tradicional, termina por agregarse a ella sin alterarla"*. (Alberto Bovino. Op. cit., págs. 104-105). En esa misma línea Navarro sostiene que con este tipo de medida compositiva se pretende propiciar *"la satisfacción de la víctima (no en términos de venganza), sino de novedosas fórmulas de compensación, más que en meras sanciones, las cuales históricamente no han retribuido ni a la víctima, ni a la sociedad y resultan particularmente negativas para el fin de reintegración social del delincuente"*. (Sonia Navarro Solano. "Conciliación y reparación entre víctima y delincuente: Una perspectiva para la solución alternativa de conflictos en materia penal". RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS. Cuadernos para el Sector Justicia N° 3. CONAMAJ, 1995, pág. 115).

Es innegable, además, que la reparación persigue favorecer a la administración de justicia penal, que se desembaraza de una buena parte de casos, y permitir un mejor tratamiento de los demás (Bovino. Id., pág. 94), elemento que ha jugado un papel preponderante en la etapa transicional de la justicia represiva en Costa Rica, pues debido al agobiante exceso de casos condujo a propiciar alegremente esta forma expedita de "justicia", sin atender, en muchos casos, el verdadero interés de las víctimas.

En todo caso, se requiere para esta forma alternativa de solucionar el conflicto, que la víctima exprese libremente su voluntad, previo a ser informada por el tribunal acerca de la posibilidad de ser reparada.

Es necesario entender que la reparación del daño no es solamente de carácter nominal. El juez debe constatar si efectivamente la reparación se dio y no fue vulnerada la voluntad de la víctima, antes de dar término al proceso. Es posible engañar a la víctima haciéndole creer la bondad del acuerdo reparatorio y al final de cuentas eso no ocurrió así, con el consiguiente beneficio para el inculpaado por haberse cerrado indefectiblemente la causa.

En realidad, la reparación debe verse como un derecho que tiene la víctima y no como una concesión graciosa. Dentro del marco de este acto compositivo autor-víctima, solo pueden darse concesiones por parte de quien las pueda ofrecer. Sin embargo, generalmente ocurre que el autor carece de recursos para satisfacer los intereses de la víctima. Dentro de ese contexto la víctima puede ser presionada a aceptar concesiones en el monto de la reparación o modo de sufragarla, obteniendo menos de aquello que realmente le correspondía. La carga psíquica para la víctima es considerable en el tanto de las ventajas otorgadas dependería la continuación del proceso o su fenecimiento. Por ello, como lo apunta Hirsch, muchas veces

las ventajas mayores son para el imputado y no para la víctima (véase: Hans Joachim Hirsch. De los delitos y de las víctimas. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 1992, p. 89). De ahí que veamos con reservas este tipo de medida.

De cualquier manera, la víctima debería ser asesorada antes de decidir lo correspondiente a la reparación. La Unidad Especializada en la Defensa Civil de las Víctimas, adscrita al Ministerio Público, no solo debe entenderse de la acción civil resarcitoria delegada por el afectado (arts. 39 del C.P.P., 33, 34 y 35 de la Ley Orgánica del Ministerio Público), sino también de auxiliar en esos menesteres a la víctima. Y cuando esta sea menor de edad, igualmente el PANI debe coadyuvar con los padres o representantes legales, en consentir el trámite reparatorio aludido, aun cuando no se constituya como parte en el proceso.

Si se quiere realmente proteger, de manera efectiva, los derechos de las víctimas, es necesario rodearlas de una serie de garantías que permitan la reparación pronta y adecuada de los daños sufridos a consecuencia del delito. Se expuso antes que es muy corriente la imposibilidad material del inculpado de satisfacer los intereses patrimoniales lesionados al ofendido. Es necesario pensar en el establecimiento de programas de asistencia, compensación y auxilio a las víctimas. Conviene establecer, legalmente, porque de ello existe una laguna enorme en la legislación costarricense, la obligación del Estado de indemnizar los daños causados a las víctimas por delito, cuando al imputado le fuere imposible cubrir la obligación o no se logró obtener de él ese afán reparatorio. Compensar los perjuicios a las víctimas constituye una exigencia de interés público por razones de solidaridad social.

Desde 1985, con la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder", documento emanado del VII Congreso de las Naciones Unidas celebrado en Milán y aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se dispuso (art. 13) que *"se fomentará el establecimiento y ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas... cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes"*.

III. El(la) niño(a) y el adolescente ante el sistema operativo de justicia penal

1. ¿Conviene involucrar al menor en el proceso?

Mucho se ha discutido acerca de la conveniencia de que el niño, la niña o el adolescente se enrole en el sistema de administración de justicia penal. De por sí ya victimizado por el autor del delito, se enfrenta ahora a un sistema judicial igualmente victimizante.

La percepción de un buen sector de la crítica que adversa la forma persecutoria de los delitos en daño de menores, es que el interés del sistema hacia un determinado fallo conclusivo deja de lado las necesidades de la víctima. A los niños, niñas y adolescentes se les aprecia como una ficha, sujeta a la autoridad de la fiscalía y el tribunal, dejando al margen sus verdaderos intereses. Así, los estrados judiciales se constituyen en el último reducto de protección del menor. Los procesos penales operan únicamente para vindicar un interés social y nunca para proteger a los menores víctimas. Estos son forzados a contar su historia, una y otra vez, enfrentarse al acusado y sufrir interrogatorios hostiles. De la misma forma el trauma aumenta por la fría estructura de los tribunales, el alejamiento del hogar, el temor a las represalias, la presencia del juez, fiscal, defensor y público en las audiencias, y el temor a la identificación en los medios de comunicación masiva.

Contrario a tales aseveraciones, otros, en cambio, sostienen que el litigio no es exactamente dañino para los(as) niños(as). Sobre este tema conviene destacar los resultados de un estudio especializado, que

señaló lo siguiente: *"En (un) estudio de 100 niños que habían sido víctimas de abuso sexual... las conclusiones indicaron que 'los niños que no estuvieron involucrados en el proceso penal en el tribunal evidenciaron mayor tensión, depresión y ansiedad. Este grupo muy probablemente tuvo como supuesto perpetrador a un miembro de su familia'. Este mismo estudio también descubrió que el testimoniar los niños víctimas de abuso sexual en tribunales de menores puede ser beneficioso para el bienestar mental del niño (generalmente por admisión de culpabilidad), mientras que aquellos involucrados en procesos penales prolongados fueron afectados adversamente. Ciertamente, numerosos estudios han indicado que el testimonio en el tribunal a menudo fortalece al niño víctima cuya mayor necesidad es recuperar el sentido de control sobre su propia vida"*. (Child Sexual Abuse in the Court: Hearing Before the Subcomm. On Juvenile Justice of the Senate Comm. On the Judiciary. 1994. Transcrito en documento mimeográfico de la Fundación Paniamor-Escuela Judicial para el Programa de Justicia para Niños, pág. 70). Algunos psicólogos señalan, efectivamente, que la experiencia en los tribunales genera en los(as) niños(as) un efecto catártico.

Sin duda, enfrentarse al tribunal le puede significar al menor vindicar y reducir los sentimientos de culpa y responsabilidad que maneja, al afirmar ante los operadores de justicia que él no fue responsable de la afrenta. Incluso *"el niño puede aprender que las instituciones sociales le toman en serio. Algunos niños dicen sentirse fortalecidos por su participación en el proceso. Algunos se han quejado, cuando el ofensor se declaró culpable, de no haber tenido la oportunidad de ser escuchados en el tribunal"*. (Berliner y Barbieri. The Testimony of the Child Victim of Sexual Assault. Fundación Paniamor-Escuela Judicial. Op. cit., pág. 71).

Es incuestionable que la tarea prioritaria es reducir el trauma en el menor una vez enfrentado al aparato jurisdiccional y maximizarle los beneficios apenas llegan a él. Para ello se requiere una mayor capacitación dirigida a los operadores de la justicia penal, corregir algunos defectos en el sistema y exigir mayor concientización por parte de quienes participan en el juzgamiento de delitos en daño de menores, para que tomen en cuenta que estos son también seres humanos, titulares de derechos, en cuyo favor debe operar siempre el interés superior de propiciar un mejor desarrollo físico, mental y espiritual.

El menor debe gozar de asistencia profesional en todas las etapas de la investigación, con el fin de determinar, en el caso concreto, si resulta imprescindible la deposición del niño o niña, sopesando estrictamente el interés superior, sin poner en peligro, por otro lado, la correcta administración de justicia. Para disminuir las posibilidades de riesgo traumático del menor es necesario conformar equipos multidisciplinarios, encargados de valorar la necesidad y conveniencia de la declaración directa del menor ante el juez y las partes. En ese caso, el niño o niña declararía ante los especialistas y luego la voz autorizada comunica al tribunal y demás sujetos del proceso, el dicho del menor. Así se evita que la víctima enfrente al tribunal, fiscal y defensa. Si bien el Código de la Niñez y la Adolescencia (art. 126) y el Código Procesal Penal (art. 212) disponen reglas específicas tendentes a evitar las penurias del menor cuando deba deponer, ello no es suficiente por cuanto siempre se mantiene el riesgo de la revictimización al ser expuesto directamente al frío ambiente de los estrados judiciales y al encaramiento con jueces, partes y acusado.

Igualmente, podría pensarse en otras fórmulas de atención a los menores cuando se involucren en el sistema de justicia penal. Las salas donde los niños y niñas deponen deben ser especiales, con la ambientación necesaria, a fin de crearles un clima de confianza y seguridad. Ahí, durante el proceso, deben ser auxiliados por psicólogos y trabajadores sociales. Es conveniente contar con sistemas de monitoreo televisado. El testimonio se rendiría en una sala distinta a la del debate, en la cual se tomará la imagen del niño o niña mientras declara. El audio y el vídeo se proyectarían a la audiencia del debate. El

tribunal y las partes podrían formular las preguntas, mediante sistemas de audífonos, directamente al especialista que asiste al menor, quien podría replantearlas si lo considerara necesario, para evitar distorsiones, o bien, para minimizar la carga intimidante o afrentosa que eventualmente contenga alguna interrogante. El niño o niña contestaría directamente a quien lo asiste y por el sistema especial de sonido se haría escuchar en la sala de debate. Eso elimina la eterna discusión, aun cuando solventada con resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, acerca de la necesaria salida del imputado del recinto de la audiencia mientras el niño o niña declara.

La jurisprudencia señala que en tanto se garantice la defensa del acusado, ninguna afectación produce en sus derechos el estar ausente mientras declara el menor. En ese caso el defensor lo seguirá representando y una vez incorporado a la sala se le informará acerca de lo declarado por el niño o niña. (Así: votos 686-F-93 de las 09:45 horas del 3 de diciembre de 1993; 273 de las 09:00 horas del 22 de julio de 1994 y 83-F-95 de las 14:05 horas del 23 de febrero de 1995). Debe recordarse lo anotado anteriormente en cuanto refería que los derechos de los niños tienen prevalencia cuando se trate de amparar su interés superior y garantizar una protección integral. Dispuso la Sala Constitucional (Voto N° 7115 de las 16:09 horas del 6 de octubre de 1998) que *"el legislador optó por no otorgar un trato igual a los autores de los delitos cometidos contra menores de edad"*. En igual sentido se pronunció la Sala Penal de la Corte en su resolución N° 1999-01040 de 20 de agosto de 1999.

En todo caso, la propuesta de recibir por mecanismos diferidos la deposición del menor en el debate, no riñe, de manera alguna, con la Constitución y la ley, más bien se ajusta a los principios fundamentales que se regulan en materia de menores. Como complemento de lo expuesto vale recordar que cuando regía el Código de Procedimientos de 1973, era permisible la incorporación por lectura al debate de declaraciones dadas en el período de investigación (*"instrucción formal"*), trámite que en el actual proceso aparece muy limitado. En aquella oportunidad se cuestionó el respaldo constitucional del precepto que autoriza ese procedimiento. La Sala se pronunció señalando que en eso no se vulnera el principio de inmediación de la prueba. Al respecto dijo: *"si, en protección del interés superior del menor, se hace necesario incorporar su declaración escrita —rendida durante la instrucción— al debate, a fin de evitar que se vea afectado por tener que revivir la agresión sexual de que fue víctima, o bien porque el menor no quiere o no pueda declarar en forma oral por lo doloroso que la situación resulta, el juez está facultado, en protección de aquel interés, para incorporar por lectura la declaración anterior del menor ... ya que se trata de una materia especial con rango superior a la ley y, por ende, superior a las normas procesales"*. Agregó: *"No se debe perder de vista que el menor, como persona humana, disfruta de todos los derechos y garantías establecidos en los instrumentos internacionales y que son intrínsecos al ser humano, con determinadas limitaciones en vista de su edad..."*

Con este antecedente jurisprudencial no queda ningún margen de duda para realizar interpretaciones progresivas en favor de la niñez, sin necesidad de recurrir a los laberínticos procedimientos de enmienda legislativa. El juez, de acuerdo con el fallo de la Sala, debe mostrarse más creativo y poner en práctica algunas medidas que por sentido común y experiencia, favorezcan al niño o a la niña sin provocar alteraciones al equilibrio procesal. Por otra parte, el citado Tribunal (Voto N° 2196-96) indicó que el juez debe tener la capacidad suficiente de *"estructurar de alguna manera la audiencia, para no estigmatizar al niño, escucharlo, e incluso, previo a hacerlo, disponer su valoración psicológica ... pues el juez ostenta poderes jurisdiccionales que le permiten adoptar esas medidas y está, desde la propia Constitución, obligado a proteger en forma especial a los niños"*. Con ello se confirma que pueden idearse mecanismos tendentes a evitar la exposición de los niños, dentro del proceso, particularmente en las audiencias orales, a influencias negativas que puedan afectar seriamente el desarrollo de su personalidad.

2. El testimonio del menor: calidad de la prueba

La ley procesal penal prevé el principio de libertad probatoria, según el cual cualquier hecho se puede demostrar por cualquier medio de prueba lícito (art. 182 del C.P.P.). Uno de esos medios es la declaración testifical. Para el menor esta práctica puede ser muy dolorosa y por ello es necesario rodearla de una serie de garantías que eviten ese efecto negativo. Nuestro sistema carece de facilidades para disminuir el efecto traumático de la deposición en sede judicial.

Dos presunciones válidas surgen alrededor del testimonio. Una, que los sentidos no engañan (fidelidad de la percepción); otra, el testigo no desea engañar (transmisión de lo percibido). En ese sentido la calidad y el desarrollo de las facultades mentales cuentan. Esas condiciones indudablemente son distintas en un menor de etapa preverbal, comparativamente a las de un menor de edad escolar, cuando ha comenzado a tener vida propia en el centro de estudio, inicia su relación fuera del ámbito familiar y comienza a nutrirse de una serie de fuentes de información.

El funcionamiento de los sentidos muchas veces conspira con un buen relato. Es necesario determinar, en el caso de un menor, si está en condiciones físicas y mentales para relatar. Conviene orientarle para que ubique las condiciones en que el acontecimiento se dio. Además, se le debe crear un clima de confianza durante su deposición para que relate libremente el suceso. El relato debe estar fuera del alcance de cualquier influencia que distorsione su percepción. Los menores propenden a amoldarse a lo pautado por el adulto. Además, se les debe respetar su lenguaje, transcribiéndose fielmente en el acta las palabras utilizadas por él durante la declaración. Es indispensable consignar las reacciones, emociones y gestos del niño o niña, pues ello ayuda a la valoración intrínseca de sus manifestaciones.

La declaración del menor debe rendirse en un tiempo muy cercano al hecho. Es indudable que si el lapso se prolonga demasiado ese acto provoca que la evocación de lo percibido se sublime, recordando solo algunas cosas del suceso. Además, el testimonio tardío posibilita el riesgo de presiones o manipulaciones de los adultos, con el evidente peligro de alterar la fidelidad y confiabilidad del testimonio.

Mucho se discute acerca de la credibilidad del testimonio de los niños y niñas. Debe partirse de un hecho cierto: el menor, como el adulto, está expuesto a agentes externos que pueden influir en la validez de su declaración. Ciertamente, los estudios señalan que los niños pueden ser más sugestionables que los adultos. Lo anterior se debe no solo a la edad, sino porque otros factores importantes confluyen en el testimonio del menor, como el interés que otras personas puedan tener en el contenido del relato, sobre el cual pueden influir. También el tiempo que transcurre desde el momento del suceso al de la declaración. Además, debe valorarse el nivel de sofisticación del lenguaje utilizado para interrogar y las técnicas usadas para practicar ese interrogatorio. Los niños y niñas recuerdan de modo distinto que los adultos, a causa de su capacidad cognitiva menos desarrollada. Ellos recuerdan menos pero cuando lo hacen es con la misma exactitud que los adultos. Por ello, la idoneidad y sinceridad del testimonio del(de la) niño(a) se mide tomando en cuenta la ausencia de factores que influyan para afectar su voluntad.

Conclusiones

El nuevo esquema de protección integral de la niñez y la adolescencia, obliga a un cambio de actitud en todas las esferas del quehacer nacional, tanto pública como privada. La administración de justicia no escapa a esa necesidad. En consecuencia, es necesario tomar en cuenta aspectos de gran importancia relacionados con el tratamiento que se da a los menores cuando acuden a la sede penal, con el propósito de

disminuir los efectos revictimizantes del proceso y procurar la efectiva salvaguarda de sus derechos lesionados, sin dejar de lado la importante tarea asignada a la administración de justicia de solucionar adecuadamente el conflicto. Las pautas deben fijarse necesariamente para conceder una adecuada asistencia a los menores víctimas y garantizar el ejercicio pleno de sus derechos. En virtud de tales parámetros conviene observar lo siguiente:

1. Es fundamental tomar en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente. Ello exige un trato especial en razón de su condición, no solo en la rendición del testimonio mismo, sino en la comprensión, tolerancia y espíritu solidario que debe demostrarse hacia él, sobre todo cuando se trata de un menor victimizado por el delito y, muy especialmente, cuando este es de naturaleza sexual.
2. Se le debe considerar como sujeto de derecho y no como un objeto de tutela. No se trata de una "cosa" que merece protección, sino de un ser humano que debe ser tratado dignamente.
3. El menor tiene derecho a ser escuchado. Por ello no es posible negarle o limitarle sus derechos y, en esa condición, es preciso darle las condiciones óptimas para que exprese espontánea, libre y confortablemente sus opiniones.
4. Tiene derecho a recibir asistencia legal del Estado y sus instituciones. Es preciso tener al PANI como parte en el proceso cuando en él se discutan intereses del niño, la niña o el adolescente. Cuando menos apersonarse en las diligencias, no de una manera nominal sino efectiva, de manera que haga valer una defensa cabal de los derechos del menor en el litigio.
5. Es necesario brindarle asistencia especializada durante todo el proceso. Antes de que el Código de la Niñez y la Adolescencia exigiera la asistencia al menor ofendido y su familia durante el proceso (art. 123) ya la Corte Suprema de Justicia (1996) había instaurado un programa de atención a los menores víctimas de delitos sexuales. Fundamentalmente persigue favorecer el manejo objetivo del relato sobre abuso sexual sufrido por un menor. De igual manera procura fortalecer al niño o niña mediante la atención psicológica, social, educativa y legal. Además, le proporciona los mecanismos necesarios para que inicie un proceso de superación personal que le permita avanzar hacia el desarrollo de sus potencialidades. También determina cuáles han de ser los procedimientos de atención y referencia a familiares del menor víctima, a fin de tenerlos como recursos de apoyo. La escasez de presupuesto, sin embargo, aletarga un tanto la realización óptima del programa, lo que, a la vez, dificulta su extensión a todo el país. Pero constituye, sin duda, un excelente recurso a favor de los menores víctimas que no debe desaprovecharse y sí, más bien, fortalecerlo y darle los recursos necesarios para la ejecución plena de sus objetivos.
6. Es preciso crearle al menor un ambiente adecuado para que no perciba la desventaja en que se encuentra frente al sistema. Ello requiere del mejoramiento o cambio de la infraestructura de las sedes judiciales, creando la ambientación necesaria para esos fines. Deben existir espacios idóneos para la permanencia de los(as) niños(as) cuando asisten a vertir su testimonio, no mezclándolos con los adultos y, mucho menos, con familiares o conocidos del presunto infractor.
7. Es conveniente contar con recursos materiales suficientes que permitan minimizar la tensión del menor cuando está presto a declarar. Para esos efectos, sería ideal contar con recintos

destinados para juegos, debidamente equipados y con materiales didácticos idóneos (papel, crayolas, libros, etc.).

8. Resulta altamente benéfico evitar la relación traumática del careo con el ofensor o sus parientes, con el fin de menguar la ansiedad y el nerviosismo propio de estos casos y, además, evitar correr riesgos de manipulación o actitudes coaccionantes o amenazantes. Así lo exige el artículo 127 del C.N.A. cuando señala que *"la autoridad encargada del caso deberá ... evitar el contacto directo de las personas menores de edad ofendidas con la persona a quien se le atribuye el hecho"*.
9. Es indispensable informar al niño o niña acerca del proceso. Se le explicará la razón por la que se requiere su testimonio y las implicaciones del proceso. Ese propósito conlleva la necesidad de cumplir un fin educativo y cívico.
10. Una forma de disminuir la tensión del niño es permitiéndole conocer previamente el lugar donde va a rendir su declaración. Se le indicará el sitio donde será ubicado mientras depone y el sitio que ocuparán los jueces y las partes.
11. Se deben seguir técnicas adecuadas para interrogar al menor. La Fundación PANIAMOR, en coordinación con la Escuela Judicial, desarrolló por varios años el "Programa Justicia para Niños", dirigido a operadores de la justicia penal. El propósito primordial era el de fortalecer los conocimientos y destrezas de los funcionarios judiciales con el fin de mejorar la administración de justicia penal. Y a fe que se logró. Producto de esos encuentros la Corte, por acuerdo del Consejo Directivo de la Escuela Judicial (Sesión 29 de 12 de setiembre de 1991) giró instrucciones a todas las dependencias de la materia penal sobre cómo atender los casos de delitos en perjuicio de niños, niñas y adolescentes. Por la importancia de las directrices conviene transcribirlas en lo que interesa:

"En todo trámite del proceso penal en que se ventile agresión a menores se recomienda: En denuncias directas, que el Juez de Instrucción realice la entrevista directamente en presencia del Agente Fiscal, el representante del menor si lo hubiese y la defensa pública. 2. Si el OIJ recibe la 'notitia criminis', los oficiales inmediatamente: Informarán al Agente Fiscal y al Juez (aun si es de noche). Si no localizan apoyo jurisdiccional, se limiten a visitar el sitio, entrevistar a familiares, solicitar el examen médico, reservando la entrevista al niño para cuando se logre el apoyo jurisdiccional. 3. Si hay detenidos, el médico legal los examinará en busca de indicios... 4. Si la denuncia proviene del PANI, se procederá de igual forma. 5. Los resultados de la entrevista se consignan en manuscrito (evitando el tecleo de la máquina que puede distraer al menor) y dejando constancia de situaciones especiales del niño (llanto, movimiento corporal, posición de manos, etc.) luego se transcribe a máquina para el expediente. 6. El acta deberá ser suscrita por todas las partes. 7. En caso de requerirse más de una entrevista se procurará la presencia de un profesional en psicología que asista, y entre entrevista no mediará más tiempo que el recomendado por el profesional."

Además:

"1. Obligatoriamente se informe al Juez o al Agente Fiscal cada vez que haya un menor que va a declarar para que, en lo posible, no se delegue la recepción de tales denuncias en el personal de apoyo, a efectos de evitar repeticiones inútiles que afecten al menor. 2. Se dé trámite expedito

al expediente otorgándole categoría. 3. Se considere obligatorio ordenar la pericia del experto (psicólogo, psiquiatra, etc.) referente a: capacidad del menor para deponer en juicio; estado emocional de la víctima y posibles secuelas o perturbaciones producto del hecho denunciado; dudas existentes en torno a la veracidad de la declaración del menor. 4. Se cite como testigos a trabajadores sociales, médicos que hayan atendido profesionalmente al menor, y se recabe de los Centros de Salud y certifique los expedientes clínicos y/o estudios sociales relacionados que pudieran constituirse en nuevos elementos probatorios."

Como se observa, muchas de las anteriores recomendaciones constituyeron, sin duda, un insumo importante para dar forma a las regulaciones que sobre esa materia se incluyeron posteriormente en los códigos Procesal Penal y de la Niñez y la Adolescencia, vigentes desde los primeros meses de 1998.

En consecuencia, el programa aludido es de suma importancia, por lo que se requiere mantenerlo y fortalecerlo, dándole los recursos necesarios para que abarque mayor parte de la población meta.

12. Los procesos en los cuales la víctima es un menor, deben ser fluidos, dinámicos y prácticos, procurando evitar el mayor ritualismo en los términos, como lo exige el artículo 113. b) del C.N.A. Tampoco debe ser un proceso dilatorio (art. 4 del C.P.P. y 115.g) del C.N.A.) que signifique el aumento de la angustia al no verse resuelto pronto el caso.
13. Es recomendable evitar las reiteradas concurrencias del menor a estrados judiciales, o a cualesquiera de las instancias propias de la investigación. Los interrogatorios al(a) niño(a) no deben ser repetidos o recurrentes porque cada vez que se le obligue a recordar los episodios del hecho que lo agobia, el factor de revictimización aumenta. Manda el artículo 125 del C.N.A. que los interrogatorios "*se reservarán para la etapa decisiva del proceso*".
14. Los intereses del menor deben cautelarse debidamente. Han de ser protegidos del infractor antes, durante y después del proceso. Permite la ley procesal la salida del inculpado de su domicilio cuando el ilícito surja en el ambiente propio de la familia y depositar una cantidad de dinero para cubrir la obligación alimentaria (arts. 152, 244.g, 248 y 249 del C.P.P.). Es necesario que los jueces tomen en cuenta esta previsión, pues es muy corriente que el menor ofendido se enfrente a la incómoda situación de tener a su lado al agresor, aparte de la indudable presión a que puede someter al niño o niña.

Iguals previsiones deben tomarse cuando se conceden al imputado algunos beneficios. Es el caso del descuento de la prisión en libertad (art. 55 del C.P.), la condena de ejecución condicional de la pena (art. 59 y 60 del C.P.) y la libertad condicional (art. 64 del C.P.). Al imponerse las condiciones de cumplimiento de tales actos graciosos, lo mínimo que debe atenderse es la situación en que se encuentra el menor víctima, especialmente porque es posible que el infractor beneficiado haya guardado prisión por el hecho atribuido o por el cual se le juzgó y procure desahogar un resentimiento hacia aquél. Es necesario, además, que cuando se elaboren los informes técnicos que recomienden la concesión de alguna de esas ventajas, se tome en cuenta la situación en que se halla la víctima y los posibles efectos o consecuencias de la liberación del imputado. Es lamentable que se carezca de programas de rehabilitación para paidofílicos. Eso incrementa potenciales y serios riesgos para los menores víctimas.

15. Conviene señalar, finalmente, la necesidad de conceder facilidades a los menores cuando tengan que desplazarse a los tribunales u oficinas judiciales a cumplir algún acto procesal que interese. Ocurre, a menudo, que a los niños y niñas se les obliga a comparecer en esas sedes sin que se les cubra, lo mismo que a sus acompañantes, los gastos de traslado y alimentación. Igualmente, en pocas ocasiones se les extiende constancia de su comparecencia para los efectos escolares pertinentes de justificar la ausencia en los centros de enseñanza.

Mucho se ha logrado desde la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Nuestro país ha ajustado su legislación a ese texto y se han logrado significativos avances en las interpretaciones jurisprudenciales en beneficio de los menores. Se requiere, sin embargo, acoplar una serie de prácticas y procedimientos en la operatividad de las leyes y, sobre todo, un cambio de actitud en muchos de los que están a cargo de la administración de justicia penal. Mejorando en esos campos podríamos sentirnos satisfechos de los avances logrados. Podríamos inclusive escuchar, en algún momento, de parte de nuestros niños, niñas y adolescentes el manifestar que sienten confianza y seguridad en el principal reducto de nuestra democracia: la justicia.

Bibliografía

- BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *¿La sociedad/judicatura atiende a "sus" víctimas/testigos?* Cuadernos de Derecho Judicial. LA VICTIMOLOGÍA. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1993.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Victimología: presente y futuro*. 2ª edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1993.
- CÓRDOBA ORTEGA, Jorge et al. *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA*. Concordada, anotada y con resoluciones de la Sala Constitucional, 2ª edición, San José. Asamblea Legislativa: Investigaciones Jurídicas S.A., Centro para la Democracia, 1996.
- ESER, Albin. *"Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal"*. DE LOS DELITOS Y DE LAS VÍCTIMAS. Ed. Ad - Hoc, Buenos Aires, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales. Marzo-Junio, Año 4, N° 5, 1992.
- FUNDACIÓN PANIAMOR - ESCUELA JUDICIAL. Antología. *Programa de Justicia para Niños*. San José, 1994.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Beloff, Mary. *INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA*. Editorial Temis-Depalma. Buenos Aires, 1998.
- GARCÍA-Pablos de MOLINA, Antonio. *El redescubrimiento de la víctima: Victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada "Victimización Terciaria" (El penado como víctima del sistema legal)*. Cuadernos de Derecho Judicial. LA VICTIMOLOGÍA. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

- GIMÉNEZ-SALINAS, Esther. **"La conciliación víctima-delincuente: hacia un Derecho Penal reparador"**. Cuadernos de Derecho Judicial. LA VICTIMOLOGÍA. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1993.
- HIRSCH, Hans J. **"Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal"**. DE LOS DELITOS Y DE LAS VÍCTIMAS. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 1992.
- ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. La reparación del daño como causal de extinción de la acción penal. **REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO PROCESO PENAL**. Primera edición. Corte Suprema de Justicia - Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., San José, 1996.
- LIMA, María de la Luz. **"El derecho victimal"**. VICTIMOLOGÍA. Centro de Asistencia a la Víctima del Delito. Córdoba, Argentina, 1994.
- NEUMAN, Elías. **VICTIMOLOGÍA**. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales. Cárdenas, Editor. México, 1989.
- NEUMAN, Elías. **VICTIMOLOGÍA Y CONTROL SOCIAL**. Las víctimas del sistema penal. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1994.
- NAVARRO SOLANO, Sonia. **"Conciliación y reparación entre víctima y delincuente: una perspectiva para la resolución alternativa de conflictos en materia penal"**. RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS. Cuadernos para el Sector Justicia N° 3, CONAMAJ, 1995.
- PÉREZ, Víctor. **"Unas breves observaciones sobre el llamado 'interés familiar' o 'interés de la familia'"**. Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica - Colegio de Abogados, N° 27, setiembre-diciembre, 1975.
- PÉREZ, Víctor. **"La dimensión personalista-comunitaria en materia de relaciones entre padres e hijos en el sistema jurídico latinoamericano"**. Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica - Colegio de Abogados, N° 35. Mayo - Agosto, 1978.
- ZAFFARONI, Eugenio R. **"El aumento de las penas en Costa Rica"**. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Marzo - Junio, Año 4, N° 5, 1992.

Legislación nacional e internacional consultada

- Constitución Política de la República de Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1999.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Comité Nacional de los Derechos del Niño. UNICEF. San José, 1992.
- Código Procesal Penal. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1998.
- Código de la Niñez y la Adolescencia. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1999.

Ley contra la Violencia Doméstica. La Gaceta N° 83 de 2 de mayo de 1996.

Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1997.

Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1998.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1998.

* * *

TEMA 6

Derecho a la convivencia familiar y adopciones

MANUAL DE PROCEDIMIENTOS PARA LA FORMACIÓN DE LA FAMILIA ADOPTIVA*

Francisco Pilotti

LA ADOPCIÓN COMO INSTITUCIÓN SOCIAL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. La adopción como un caso particular de la constitución de la familia

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, adoptar significa "recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente".

De esta definición se desprende que la adopción es un mecanismo socialmente aceptado, que crea entre personas, que no son necesariamente parientes consanguíneos, relaciones ficticias de parentesco y filiación. Se trata, por lo tanto, de un caso especial y particular del proceso de constitución de la familia, que se distingue por el hecho de que uno o ambos cónyuges no tienen participación en la gestación biológica del individuo que adquiere la condición de hijo adoptivo.

Para una mejor comprensión del origen y características de la familia adoptiva, es preciso detenerse, aunque brevemente, en algunas consideraciones generales en torno a la institución de la familia.

2. Familia y ciclo familiar

De acuerdo con el antropólogo Murdock, la familia es un grupo social caracterizado por la cooperación económica, residencia común y reproducción. Incluye adultos de ambos sexos, al menos dos de los cuales mantienen relaciones sexuales aprobadas socialmente, con uno o más hijos nacidos de dichas relaciones o que han sido adoptados por ellos.

Entre las funciones más destacadas que le corresponde cumplir a la familia, están la reproducción cotidiana y reproducción generacional de los miembros de la sociedad. La primera de estas funciones se refiere al conjunto de procesos (alimentación, salud, descanso, etc.), por los cuales todos los individuos reponen diariamente su existencia y capacidad de trabajo. La reproducción, generalmente, incluye procesos tales como nacimiento, socialización y educación, mediante los cuales las sociedades reponen a su población.

* *En: Derecho a tener derecho: infancia, derecho y políticas sociales en América Latina, Caracas, La Primera Prueba, C.A., sin fecha de publicación.*

Al destacar la función reproductora de la familia, queda en evidencia la naturaleza cíclica de la institución, ya que se está enfatizando su papel central en el reemplazo generacional. Esta característica está conceptualizada a través del llamado ciclo familiar, en el que se pueden distinguir tres amplias fases: 1) matrimonio o unión, que constituye el inicio de la formación de la familia; 2) desarrollo de la familia, en el que se da, normalmente, una etapa de expansión que cubre el período que va desde el matrimonio hasta que se completa la dotación de hijos de la familia (fecundidad que dependerá de la interacción de una constelación de factores biológicos, sociales, culturales y económicos), y una etapa de dispersión en la que los hijos empiezan a contraer matrimonio; 3) el divorcio o muerte marca la disolución de la familia, dando lugar al reemplazo, en el que la propiedad familiar se distribuye entre los hijos, quienes ya han empezado, o empezarán, nuevos ciclos familiares.

Implícito en este esquema está el modelo biológico de una pareja heterosexual reproductora, la cual vela por el crecimiento y desarrollo de sus hijos hasta que llegan a la edad adulta, para luego terminar su relación como consecuencia de la muerte.

Sin embargo, dado que en la dinámica familiar no solo intervienen procesos biológicos sino que también los socioeconómicos y culturales, el ciclo presentado anteriormente exhibe diversas variaciones, como lo ha demostrado con gran detalle la etnografía. Además, los ciclos familiares están expuestos a situaciones de crisis que amenazan su normal desarrollo.

3. Ciclo familiar, crisis y familia sustituta

La orfandad, el abandono, la pobreza crítica y la separación de los cónyuges, constituyen algunas de las crisis más frecuentes que provocan un deterioro o quiebre en los vínculos que unen a los padres y a estos con sus hijos. Debido a que estas situaciones amenazan el desarrollo y socialización normales del niño, también constituyen un peligro para los intereses vitales de la sociedad. Es por ello que la mayoría de las sociedades disponen alternativas a la familia biológica, es decir, familias sustitutas, en el seno de las cuales se completará el proceso de maduración del niño desamparado. Es así como en muchas sociedades la familia extendida no solo está en condiciones de acoger al niño cuyos padres biológicos se encuentran incapacitados para atenderlos, sino que es también el único arreglo socialmente aceptado para estos propósitos.

La solución a este problema también se puede encontrar en la incorporación de estos niños en familias ajenas, dispuestas a cumplir con las funciones inherentes a la paternidad y maternidad biológicas. Los fundamentos que impulsan a una familia a aceptar la responsabilidad de criar a un niño, con el cual no existe vínculo sanguíneo, son diversos y varían culturalmente, aunque es probable que la solidaridad humana esté presente en todos los casos. Como se puede apreciar, esta situación es la que corresponde a la definición de adopción señalada anteriormente. En este punto es preciso señalar también que muchos núcleos ven interrumpido el desarrollo normal del ciclo familiar, a causa de la esterilidad de uno o ambos cónyuges. Para estos casos, el niño ajeno aparece como una solución para asegurar la continuidad de esas familias.

Como se verá más adelante, la adopción, en su versión moderna, aparece como la solución óptima para la crisis del matrimonio sin hijos y, para la crisis del niño sin familia propia.

Para entender el alcance y significado del concepto de familia sustituta, resulta útil tener presente las cinco tareas más importantes que cumplen los padres biológicos con sus hijos naturales: 1) gestación,

2) crianza, 3) fomentar y contribuir a la adquisición de habilidades técnicas así como de normas sociales y morales, 4) ser fuente de identidad social, 5) mantener y patrocinar a los hijos hasta que adquieran la condición de adultos.

En el cuadro que se presenta a continuación, se exponen las cinco funciones básicas y se indica cuáles pueden ser desempeñadas por arreglos sociales alternativos a la familia biológica.

Cuadro 1

FAMILIA BIOLÓGICA Y FAMILIAS SUSTITUTAS:
FUNCIONES QUE PUEDEN CUMPLIR

Funciones	Familia biológica y familias sustitutas			
	Paternidad natural	Adopción	Paternidad de guarda	Padrinazgo
Gestación	*			
Identidad social	*	*		
Crianza	*	*	*	
Educación y normas sociales	*	*	*	*
Manutención y patrocinio	*	*	*	*

Fuente Pilotti, Francisco, *Adopciones internacionales en América Latina*. IIN, Montevideo, Uruguay, 1993, p. 39.

Del análisis del cuadro precedente, se desprende que la gestación es la única función que solo puede realizarla la paternidad biológica. Todas las demás puede cumplirlas la familia adoptiva.

Si bien los hogares de guarda o de colocación familiar (foster homes) generalmente brindan una crianza integral al menor, no lo desarraigan totalmente de su familia biológica y no cambian su apellido. Generalmente se trata de una relación temporal, aun cuando puede transformarse en una adopción informal. A menudo los menores en colocación familiar mantienen vínculos afectivos tanto con los padres de guarda como con los naturales.

La literatura antropológica y sociológica se ha referido, con bastante detalle, a la institución del "compadrazgo", bastante difundida en América Latina. A pesar de que el énfasis ha estado en la naturaleza y función de la relación de reciprocidad que se establece entre "compadres", no debe olvidarse la función específica que se le asigna al "padrinazgo" que es parte fundamental del ritual que da origen a esta institución. Los padrinos, considerados como padres espirituales del menor, no solo deben contribuir en la educación religiosa de éste, sino que también proveer el auxilio económico en situaciones de crisis en las que los padres naturales están incapacitados para cumplir con las funciones propias de la paternidad biológica.

Las consideraciones anteriores dejan en claro, entonces, las ventajas de la adopción al compararla con otras formas de sustitución de la familia biológica; es por ello que generalmente se le considera como el método más universal para asegurar la continuidad de núcleos familiares amenazados por crisis tales como la incapacidad de procrear voluntariamente.

4. Evolución de la adopción

Toda institución social es por naturaleza dinámica, es decir, no permanece inmutable en el tiempo sino que, por el contrario, está en permanente interacción con las demás instituciones que conforman la estructura social, por lo que el cambio es intrínseco a ella. La adopción, por lo tanto, no ha sido ajena al cambio. Es así como en su evolución pueden distinguirse dos grandes etapas: 1) la adopción "clásica", institución destinada a solucionar la crisis de matrimonios sin hijos, circunstancia que representa una seria amenaza para la continuidad del ciclo familiar, especialmente en sociedades donde el culto ancestral y la herencia constituían una preocupación fundamental; 2) la adopción "moderna" en la que el énfasis está en solucionar la crisis del niño sin familia. Es por ello que se dice que el fundamento de la adopción pasó de ser "un niño para una familia" a "una familia para un niño". A continuación, se presenta una breve reseña de la historia de esta institución, en la que se trata de identificar los determinantes que dan lugar a la transición de la adopción clásica a la moderna.

Documentos antiguos, leyendas y mitos dan testimonio de que la adopción es una entidad con siglos de existencia. En efecto, dentro de las primitivas civilizaciones orientales y de la ley griega y romana, una pareja sin hijos adoptaba un niño para disponer de un heredero directo o para perpetuar el culto ancestral doméstico.

Cabe recordar que en sociedades primitivas y aun en países como Estados Unidos, a mediados del siglo XIX, los niños no deseados eran eliminados por medio del infanticidio. Vale decir, el bienestar del niño no constituía una preocupación prioritaria, lo que refuerza la noción de que en sus inicios la adopción no era considerada como una institución benefactora de menores, sino más bien, como mecanismo que servía los intereses de familias sin hijos.

Durante la Edad Media la adopción perdió prestigio e interés debido a que el derecho feudal consideraba como impropia la convivencia de señores con villanos y plebeyos en una misma familia; además, habían desaparecido las consideraciones religiosas de prolongación del culto de los antepasados —tan vitales en la India, Grecia y Roma— y el problema de la infancia abandonada era prácticamente inexistente en la sociedad feudal.

Entre los siglos XIII y XVII no existía la adopción en Inglaterra desde un punto de vista estrictamente jurídico; sin embargo, a través de la institución del "aprendizaje", huérfanos, abandonados o cedidos por sus padres biológicos, se integraban, en calidad de aprendices, a familias de artesanos pertenecientes a estratos socioeconómicos superiores. Al interior de esta familia sustituta, el menor no solo establecía lazos afectivos sino que además adquiría los elementos que definirían su eventual posición en la sociedad.

La práctica del aprendizaje se extendió a las colonias norteamericanas en el siglo XVII, donde la incorporación de huérfanos y abandonados en familias "adoptivas", cumplía con la finalidad de proveer a estas familias de trabajo infantil. Es posible que las "adopciones internacionales" tengan su origen en esa época. En efecto, existen antecedentes que señalan que en 1627, alrededor de 1.500 niños huérfanos fueron trasladados, vía marítima, desde Inglaterra a colonias del sur de los Estados Unidos para incorporarse como aprendices en familias de colonos.

Las primeras reglamentaciones sobre la situación de menores en familias sustitutas, en los Estados Unidos, surgieron a raíz de la utilización indiscriminada de menores huérfanos y abandonados como trabajo infantil barato. Al respecto, se considera que el Estado de Massachusetts fue el primero que, en el año 1851, promulgó una ley destinada a proteger que contemplaba resguardos para el menor adoptado. En la década

de los años 50 más de 40 Estados exigían informes sociales para la evaluación de la idoneidad de matrimonios que solicitaban a un menor para adopción.

Íntimamente relacionado con los avances experimentados por la adopción en los Estados Unidos, están las profundas transformaciones sufridas por las instituciones de bienestar social, como resultado de la implantación del "welfare state" y de la profesionalización del trabajo social. Todo lo anterior dio origen a las agencias de adopción, destinadas a brindar servicio y atención al menor, sus padres biológicos y padres adoptivos.

Las normas y orientaciones elaboradas por la Liga Norteamericana para el Bienestar del Menor (Child Welfare League of America), organismo privado, y la Oficina del Menor (Children's Bureau), institución gubernamental, constituyen otro elemento fundamental en el proceso de modernización que ha experimentado la adopción en los Estados Unidos. La aceptación social, así como el profundo arraigo que la adopción tiene en la cultura estadounidense, quedan de manifiesto al considerar el hecho de que en la actualidad hay casi 2 millones de adoptados en ese país, cifra que supera ampliamente la de cualquier otra nación del mundo.

En Europa, la Revolución Industrial tuvo como uno de sus costos sociales el abandono de cantidades importantes de menores, muchos de los cuales fueron explotados a través del trabajo prematuro. Por otra parte, la urbanización fortaleció y consolidó la familia nuclear, la que se caracteriza por su autonomía e independencia de los valores y costumbres tradicionales que enfatizan la consanguinidad en la familia extendida. De esta manera, la abundancia de niños abandonados en las grandes ciudades, así como las actitudes más modernas que surgen de los requerimientos de la revolución urbano-industrial, facilitan la emergencia de una nueva orientación en los objetivos de la familia sustituta.

La necesidad de contar con una institución que permitiera la incorporación más definitiva del menor ajeno al seno de la familia que lo acoge, adquirió urgencia durante las guerras mundiales y su secuela de huérfanos abandonados. Así, en países como Italia, Francia e Inglaterra, se dictan, entre los años 1914 y 1930, nuevas normas legales sobre la materia. Si bien, estas disposiciones jurídicas no conceden al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes, establecen entre ellos vínculos casi idénticos a los que existen entre padres e hijos legítimos.

Desatada la Segunda Guerra Mundial, la legislación francesa introdujo en 1939, como nueva figura jurídica, la legitimación adoptiva que favorecía a mentores de cinco años abandonados, huérfanos o hijos de padres desconocidos. Mediante la legitimación por adopción el menor dejaba de pertenecer a su familia de origen, salvo el impedimento matrimonial de parentesco, y adquiría en forma irrevocable la condición de hijo legítimo de los adoptantes cuyo apellido tomaba. A través de los años el cuerpo legal fue perfeccionándose hasta que en 1966 se sustituyó la legitimación adoptiva por la adopción plena y se conservó la antigua adopción ordinaria como adopción simple.

En cuanto a América Latina, existen indicios de que algunas formas de adopción eran practicadas durante la época colonial en muchos países de la región. Al respecto, se ha señalado que el abandono de los hijos de nobles españoles, fruto de relaciones extramatrimoniales, era resuelto mediante la entrega de éstos a familias campesinas, quienes se hacían cargo de su cuidado recibiendo por ello algún auxilio económico.

Sin embargo, la adopción fue ignorada y omitida de las legislaciones latinoamericanas de principios del siglo actual. Es así como proyectos tan adelantados y elogiados en su época, como el de Andrés Bello y Dalmacio Vélez Sársfield, que se transformaron luego, respectivamente, en los códigos civiles de Chile y Argentina, no contenían ningún precepto reglamentando la adopción.

Con el transcurso de los años se hizo necesario remediar esta carencia legislativa, por lo que muchos países introdujeron durante las primeras décadas del siglo XX normas sobre la materia; Chile, por ejemplo, lo hizo en 1934. Estos preceptos legales emulaban las normas sobre adopción dictadas a principios de siglo en países europeos. Es decir, se trata de la "adopción clásica", caracterizada por el hecho que no crea estado civil entre adoptantes y adoptado, manteniendo incólume el vínculo de sangre entre este último y sus padres biológicos.

Recogiendo los avances posteriores de la legislación europea, Uruguay fue el primer país de la región que, en 1945, introdujo la legitimación adoptiva. Debe recordarse que la "adopción moderna", bajo la denominación de legitimación por adopción, se incorporó a la legislación francesa en 1939. Su característica fundamental es que busca incorporar al adoptado, con todos los derechos de hijo legítimo, a la familia que lo adopta.

La legislación uruguaya, que sirvió de modelo para la ley chilena número 16.346 de 1965, dio a la legitimación adoptiva consecuencias que excedieron sustancialmente a las previstas en la ley francesa que originó la institución. Es así como en su afán de otorgarle al adoptado no solo derecho de hijo legítimo sino la calidad de tal, estableció mecanismos para asegurar la supresión de todo rastro que pudiera permitir la identificación de su verdadero origen.

Un gran número de países de la región incorporaron en sus legislaciones, especialmente durante las décadas de los años 60 y 70, a la adopción moderna, aunque bajo diferentes denominaciones. Sin duda que la modernización que ha experimentado la legislación referente a la adopción en América Latina, busca perfeccionar uno de los sistemas más adecuados para la atención del menor en situación irregular. Esto debido a que después de las guerras mundiales, adquieren fuerza ciertos procesos que acompañan el desarrollo industrial sustitutivo de importaciones que caracteriza a la región. En efecto, la creciente urbanización, producto de las corrientes migratorias rural-urbanas, trae consigo algunos efectos negativos tales como la pobreza y la desorganización familiar en sectores marginados de los frutos del desarrollo, todo lo cual culmina en el descuido y abandono de un número creciente de menores. En Chile, por ejemplo, uno de los fundamentos sociales que inspiró el dictado, en 1965, de la ley número 16.346 sobre legitimación adoptiva, fue el de "buscar solución al grave problema de la infancia desvalida".

A pesar de los avances registrados en las legislaciones latinoamericanas durante los últimos años, es preciso señalar que, debido a la persistencia de obstáculos socioculturales, la adopción no es utilizada en forma masiva como institución beneficiadora de niños y adultos.

BIBLIOGRAFÍA

ALLAER, C. **"La filiation adoptive en France"**, documento presentado en la Conferencia Mundial sobre Adopción y Colocación Familiar, Milán, Italia, 1971.

BORSOTTI, C. **"Notas sobre la familia como unidad socioeconómica"**. Revista Paraguaya de Sociología, Año 13, N° 36, Asunción, Paraguay, 1976.

CALVENTO-SOLARI, U. **"Adopción interna e internacional"**. IIN, Montevideo, Uruguay, 1981.

- INSTITUTO SER DE INVESTIGACIÓN. **"La adopción: aspectos jurídicos en el Derecho Nacional e Internacional, y aspectos prácticos de su trámite jurisdiccional y administrativo"**, documento presentado en el Simposio Internacional sobre Adopción, Bogotá, Colombia, 1979.
- KREAGER, P. **"Traditional Adoption Practices in Africa, Asia, Europe and Latin America"**. IPPF, Londres, 1980.
- MADISON, B. **"Adoption: Yesterday, Today, and Tomorrow. Part 1"**, Child Welfare, N. York, May, 1966.
- PILOTTI, F. **"Las adopciones internacionales en América Latina"**. IIN, Montevideo, Uruguay, 1983.
- PILOTTI, F. **"Intercountry Adoption: A View from Latin America"**. Child Welfare, vol. LXIV, N°1, Jan.-Feb., New York, 1985.
- PINTO-FOGERS, H. **"La familia adoptiva en el Derecho chileno"**. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970.
- SOROSKY, AD. y colaboradores. **The Adoption Triangle. Anchor Press/Doubleday, Garden City**, N. York, May, 1978.
- WEISS-ALTANER, E.R. **"Economía clásica, familia y actividad femenina"**. Demografía y Economía, XI:1, México, 1977.

* * *

EL DERECHO A LA CONVIVENCIA FAMILIAR

María Esther Brenes Villalobos

I. INTRODUCCIÓN

Desde 1990, Costa Rica cuenta con normativa especializada en Niñez y Adolescencia, sin embargo, el reconocimiento de esos derechos por parte de la sociedad civil y las instituciones públicas y privadas, ha sido una conquista difícil de obtener.

Prácticamente, el mundo entero se compromete para que, antes de que finalice el milenio, los derechos humanos sean propiedad de cualquier ser humano o humana de este planeta, sin importar su edad, género, etnia, cultura, idioma, religión, ideología, nacionalidad o cualquier otra condición propia, de su padre, madre, representantes legales o personas encargadas. Iniciamos el nuevo milenio, y el reto aun está latente, en vías de construcción.

Los derechos de las niñas, niños y adolescentes, les pertenecen a ellos, pero quienes estamos a su alrededor, debemos conocerlos y respetarlos, para darles validez.

En esta ocasión, con la elaboración de este documento, se pretende un acercamiento al derecho a la convivencia familiar. Para ello se propone un análisis de la normativa internacional y nacional sobre ese derecho de las personas menores de edad y algunas reflexiones doctrinarias y jurisprudenciales que sirvan como instrumento para motivar la realización de una labor jurisdiccional más cercana a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, desde el conocido, pero a veces poco practicado, paradigma de la protección integral.

Corresponde a los(as) juzgadores(as), asumir el deber de atender las necesidades de esta población en consonancia con la normativa especializada y en particular, tomar en cuenta su opinión en todos aquellos asuntos de su interés, especialmente, los que se refieran a las relaciones familiares, donde se enfrenta el mito de que el hogar es un lugar seguro y cálido, que brinda protección, afecto y comprensión, para dar paso al espacio físico y temporal en donde se propician muchos de los conflictos más traumáticos para el ser humano.

Lamentablemente, una gran mayoría de los niños, niñas y adolescentes que acude a los tribunales de justicia, ve a sus progenitores desgastarse en una contienda sinfín, muchas veces afectados por las secuelas de una relación disfuncional de pareja, que minimiza el objetivo principal de estos asuntos, la relación entre ellos y los menores de edad, el compromiso que como padres y madres deben asumir para que sus hijos sean formados en armonía con los valores familiares y sociales que se aspiran alcanzar. Para evitar ese tipo de situaciones, existe normativa que debe hacerse valer, ya que la niñez y adolescencia de este país, merecen atención como sujetos de derechos en proceso de desarrollo, y no ser tratados como objetos de sus progenitores y de los mismos órganos administrativos y jurisdiccionales, quienes pretenden en muchos casos, conocer a priori, qué es lo mejor para ellos, sin escucharlos y atender incluso en forma interdisciplinaria —como es el ideal y se consagra en la Convención—, sus necesidades, inquietudes y sus derechos. Escuchar a los menores de edad y valorar sus criterios de acuerdo con su grado de madurez,

poner en práctica medios alternos para la solución de conflictos familiares que lo permitan, deben ser estrategias que fructifiquen en los tribunales e instituciones encargadas de la niñez y la adolescencia.

Se deben propiciar cambios radicales en el manejo de esos procesos, para poder afirmar que a los ciudadanos del presente menores de edad, les estamos enseñando a manejar sus conflictos familiares como oportunidades de cambio, de evolución familiar y personal y no que continúen siendo espacios para proyectar las limitaciones socioculturales aprendidas de una mala comunicación que nos impide solucionar nuestros problemas. Para ello, debe asumirse una actitud comprometida de los operadores del sistema, que empiece a gestar el cambio que se requiere.

II. OBJETIVO GENERAL

Propiciar un espacio de reflexión y análisis del derecho a la convivencia familiar de las personas menores de edad, que promueva la efectividad y validación de la normativa internacional y nacional aplicable, en todos los ámbitos de convivencia de niños, niñas y adolescentes con sus familias y seres amados.

A. DEFINICIÓN Y MARCO NORMATIVO

Un primer acercamiento al tema, nos permite ir delimitando a su vez, el contenido de este estudio. Es claro que en la convivencia familiar cotidiana, están inmersos múltiples factores regulados por el derecho de las personas menores de edad, tanto a nivel nacional como internacional, sin embargo, para efectos de este trabajo, definiremos como tal, el derecho de las personas menores de edad a la vida en común con sus seres queridos, especialmente con aquellos de mayor trascendencia biológica, afectiva y emocional, por la atención adecuada que han dado a sus necesidades básicas espirituales, físicas y materiales.

A.1. Regulaciones generales.

Para comprender la situación actual de los derechos de la niñez y la adolescencia en toda su magnitud, debemos referirnos, indefectiblemente, a sus raíces. En efecto, respecto de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes, deben rescatarse detalles importantes de la evolución de éstos, ya que, no es sino en nuestros días que podemos hablar del reconocimiento paulatino del Derecho de las Personas Menores de Edad, como una rama autónoma del Derecho.

Siguiendo las acotaciones que sobre el tema han presentado juristas nacionales como el Lic. Diego Benavides Santos y el Lic. Gerardo Trejos Salas, tenemos como su máximo exponente normativo, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, instrumento internacional que se ha convertido en el eje del derecho de las personas menores de edad en nuestro país y en el mundo. Costa Rica firmó la Convención el mismo día de su promulgación, es decir, el 26 de enero de 1990. Fue ratificada o aprobada en la Asamblea Legislativa el 12 de julio de 1990 por Ley número 7184, y fue publicada en La Gaceta el 9 de agosto de 1990. El 21 de agosto fue recibido en las Naciones Unidas el instrumento de ratificación de nuestro país, por lo que de conformidad con el numeral 49 de la Convención, entró en vigencia el 20 de setiembre de 1990. También es de importancia el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, más conocido como "Protocolo de San Salvador", aprobado mediante Ley N° 7907, publicado en La Gaceta N°190, en el artículo 15, que en lo que interesa señala: "Los Estados Parte mediante el

presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: ...c) Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral..." —este protocolo entró en vigencia el día 16 de noviembre el año pasado, cuando el Gobierno de Costa Rica lo deposita como onceavo país, de los quince signatarios—.

En armonía con su doctrina están, dentro del rango internacional, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, más conocidas como Reglas de Beijing, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices del RIAD —normativa aun no ratificada por Costa Rica— pero que sí debe servir como medio de interpretación de la normativa interna para la justicia penal juvenil, conforme los reiterados pronunciamientos de la Sala Constitucional en ese sentido; el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, y por último, el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, estos últimos ratificados por Costa Rica en 1995 y 1998, respectivamente.

Respecto del derecho interno, podemos citar los siguientes instrumentos legales de mayor importancia: el Código de la Niñez y la Adolescencia, la Ley de Justicia Penal Juvenil, las reformas sobre abandono y adopción del Código de Familia y la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, normativa que, en todo caso, surge a la vida jurídica como respuesta a los compromisos asumidos por Costa Rica, ante la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que debía adecuarse la legislación vigente a esa fecha, al nuevo enfoque o paradigma que surgió con su promulgación, la Doctrina de la Protección Integral de las personas menores de edad, sin discriminaciones socioeconómicas que favorecían solamente la regulación normativa sobre "los menores" únicamente cuando se encontraban en situación irregular de vida. Con ella se marcó la transición de la vieja consideración de las personas menores de edad como objetos de protección, a la de sujetos de derechos en condición particular de desarrollo.

No podemos dejar de pasar desapercibido el hecho de que la Convención sobre los Derechos del Niño, surgió como fruto de negociaciones entre naciones con muy diversa percepción sobre el tema de la niñez, y hay muchos detalles que tuvieron que marginarse, esto es importante entenderlo, para valorar en mayor medida, los alcances de este instrumento internacional y la necesidad de que, ese esfuerzo entre naciones, sea realidad en cada niña, niño o adolescente de nuestro país, amén de ser conscientes de que, se debe continuar la validación de los derechos humanos de las personas menores de edad, porque es necesario interiorizar en las personas esa realidad social y jurídica. Con ese fin, debe tenerse presente además, que existen casos en la práctica en que a las niñas se les margina por el hecho de ser mujeres, a ellas debe alcanzar además de la normativa de cita sobre niñez y adolescencia, la relativa a la no discriminación contra las mujeres (Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Organización de Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979, ratificada por Costa Rica en diciembre de 1984 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994 y por Costa Rica, ratificada mediante Ley N° 7499, el 18 de abril de 1995, y firmada por el Presidente de la República el 22 de junio de 1995, publicada en La Gaceta N°123 del 28 de junio de 1995).

Importa destacar que la responsabilidad de hacer efectivos los derechos de la niñez y la adolescencia en la práctica forense, sigue siendo un reto constante, porque aunque existen muchas conquistas a nivel normativo y práctico, la voz de niñas, niños y adolescentes, en muchos casos, aun no es escuchada respetando sus derechos como tales. De ahí que resulte de especial importancia, conocer las regulaciones específicas del tema, las que pasamos a analizar.

A.2. Regulaciones específicas.

En relación con el derecho a la convivencia familiar de las personas menores de edad, cabe destacar que, como parte del cuerpo normativo específico del tema, se pueden detectar varios aspectos en el articulado especializado, los cuales son de consulta obligatoria para la atención de ese derecho; concordancias que fueron establecidas por el licenciado Diego Benavides Santos en un estudio sobre la Convención de los Derechos del Niño y que son complementadas en este documento con algunos comentarios y las regulaciones del Código de Familia sobre el particular.

Como punto de partida, citaremos el concepto de niño(niña) y adolescente, regulado en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante C.D.N., que se puntualiza en el artículo 2 del Código de la Niñez y la Adolescencia, citado con posterioridad como C.N.A. y además, podemos encontrarlo en los artículos 1, 4 y 6 de la Ley de Justicia Penal Juvenil (L.J.P.J.). Veamos, el primer artículo de cita señala: *"Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"*, el C.N.A., para efectos de nuestra legislación interna, viene a complementar esa definición, la que revestirá de importantes alcances procesales y de fondo, el tratamiento de los derechos de esta población. El numeral de cita refiere: *"Para los efectos de este Código, se considerará niño o niña a 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. Ante la duda, prevalecerán la condición de adolescente frente a la de adulto y la de niño (niña) frente a la de adolescente"*. De esta forma, inicia en la legislación doméstica la diferenciación de niñez y adolescencia, con el ánimo, según se desprende de las diversas regulaciones, de conceder mayores y efectivas posibilidades de participación directa a las personas que han superado los doce años de edad y con mayor contundencia, a los mayores de quince años; claro está, sin menoscabo del reconocimiento y ejercicio de los derechos de la población que no ha alcanzado esas edades, la cual debe igualmente ser escuchada (al respecto, ver además los artículos 6, 40, 78, 79, 104, 105, 107, 108, 111, 144, 158).

De especial importancia, el articulado que presenta el concepto del INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA MENOR DE EDAD, representado por su mayor exponente el numeral 3 de la C.D.N., el cual es particularizado por el artículo 5 del C.N.A. complementado por los números 9 y 112 de ese mismo cuerpo normativo y que se relaciona en la especialidad correspondiente a lo penal juvenil, con el ordinal 7 de la L.J.P.J. Es este un principio básico, que al resultar de vital trascendencia en la materia se transcribe a continuación: —artículo 3 de la C.D.N.—: *"1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés social del niño"*. Sobre este mismo punto, el C.N.A., nos dice: *"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. 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, d) La correspondencia entre el interés individual y el social"*. (artículo 5). El desarrollo jurisprudencial de este concepto desde estas regulaciones, ha enriquecido en gran forma la interpretación que debe darse a la normativa específica del Código de Familia que estipula lo relativo a la convivencia familiar, como analizaremos en el aparte correspondiente, solo basta indicar por el momento, que los artículos 2, 56 y 152, como principales exponentes de ese derecho, han sido interpretados trascendiendo sus contenidos en aras de proteger el interés superior de las personas menores de edad (Voto 28-94 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, de las catorce horas, cuarenta minutos del veintiséis de enero de mil novecientos noventa y cuatro).

Sobre el articulado del Código de Familia que se cita, debe advertirse que las corrientes psicosociológicas modernas, nos llaman a la reflexión sobre el concepto de "unidad de la familia" ante las cada vez más evidentes violaciones de derechos humanos de las personas con mayor vulnerabilidad dentro del seno de esta. Si bien es cierto se habla de crisis de la unidad familiar por parte de algunos autores, existe un llamado a la complementariedad de esa unión con otros valores humanos esenciales, que permitirán inferir con un sensible análisis, que es más acertado no obviar la existencia de otros tipos de familias en donde se respeten esos derechos, que someter a la totalidad de sus miembros a convivencias frustrantes e insalubres física y emocionalmente, por el principio mismo que se analiza. Se concluye así, que no es la "unidad por la unidad misma" de la familia, sino en la medida que esta resulte propicia para la realización espiritual, social y material de las personas que la conforman, lo que pone de relieve, una vez más, la importancia del trabajo interdisciplinario en la toma de decisiones respecto del derecho de las personas menores de edad, no solo en el área del derecho penal sino también en el derecho de familia (ver al respecto Circular 13-98 sobre las reglas prácticas con ocasión de la promulgación del Código de la Niñez y la Adolescencia, publicadas en el Boletín Judicial N° 147 del 30 de julio de 1998, artículo 112 del C.N.A.).

En cuanto al tema de la vida, desarrollo y protección de la integridad, se citan los artículos 6 de la C.D.N., 12 y 24 del C.N.A.; con respecto al derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, el artículo 7 de la C.D.N., 7 y 54 del C.N.A. A partir del objetivo general de este ensayo, de ellos interesa destacar el contenido del ordinal 7 del Código de la Niñez y la Adolescencia que estila la obligación primordial de los padres o encargados de procurar el desarrollo integral de las personas menores de edad, aspecto que debe tenerse en cuenta para cualquier medida que deba tomarse respecto de ellos.

En relación con el derecho de la niñez y la adolescencia de no ser separados de sus progenitores y excepciones a ese principio, derecho del niño de mantener relaciones con sus padres, y a tener un domicilio, se deben consultar los artículos 9 y 16 de la C.D.N., 25, 26, 29 a 36 del C.N.A. y 56 y 152 del Código de Familia. Respecto del derecho a la vida familiar, los numerales 10 de la C.D.N., 15, 16, 17 y 29 a 36 del C.N.A. En primer término, en este articulado se destaca la obligatoriedad de los progenitores o personas encargadas del desarrollo integral de las personas menores de edad, asimismo, el derecho a conocerlos y a desarrollarse a su lado y ser cuidado por ellos. Resalta esta normativa la necesaria intervención judicial para la determinación de los casos de excepción a ese derecho de permanencia en su núcleo familiar, argumento con el que ha sido coincidente la jurisprudencia nacional (ver además artículos 56, 101, 115 a 124, 151 y 152 del Código de Familia). Igualmente se regula el derecho de las personas menores de edad a crecer y ser educadas en el seno de una familia, argumento que nuestros educadores en forma constante recalcan, al señalar que los niños, las niñas y los adolescentes tienen como su primer lugar de enseñanza, el hogar. Se indica además, que en el caso de que las personas menores de edad no vivan con su familia, tendrán derecho a tener contacto con ésta, tomando en cuenta su interés personal en esa decisión, de modo que, su negativa para recibir visitas debe ser considerada y obliga al Patronato Nacional de la Infancia, a investigar la situación que genera ese rechazo (artículo 35 del C.N.A.).

Las normas que regulan, en forma específica, las medidas contra traslado o retención ilícitos de la niñez y la adolescencia se citan en el artículo 11 de la C.D.N., los numerales 5, 16 y 17 del C.N.A., sin olvidar el contenido de los convenios ratificados por Costa Rica, específicos del tema, Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, y por último, el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores .

De gran trascendencia para cualquier decisión que deba tomarse respecto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, es tener en cuenta su derecho a expresar libremente su opinión en asuntos que lo afecten, lo que se regula en los artículos 12 y 13 de la C.D.N., 14 y 105 del C.N.A. y 133 del Código de

Familia y que anuncia un enriquecimiento en la asertividad de las decisiones de los jueces y juezas respecto de los asuntos de interés de esta población.

Sobre la obligación de ambos padres en la crianza y desarrollo del niño, los artículos 18 de la C.D.N., 140 y siguientes del Código de Familia, 29 y siguientes del C.N.A. y sobre la especial protección a niños(as) contra perjuicios, abusos, descuido, maltrato o explotación, los numerales 19, 34 y 39 de la C.D.N., 29 y siguientes del C.N.A., 115 y siguientes, 158, 159 y 160 del Código de Familia.

También es importante analizar la normativa específica sobre protección y asistencia a niños privados de medio familiar, artículos 35 del C.N.A., 20 de la C.D.N., 100 y siguientes del Código de Familia, así como los convenios sobre adopción y sustracción de menores ya citados.

Por último, interesa destacar que respecto de la resolución alterna de conflictos, de acuerdo con las investigaciones realizadas en Costa Rica por la Unidad RAC del Poder Judicial, es precisamente el derecho a la convivencia familiar, uno de los que más ha posibilitado la práctica de la conciliación y la mediación, como medios alternos al litigioso para establecer la forma en que los progenitores y sus hijos(as) se relacionen, no solo entre ellos, sino también con otros familiares afectivamente cercanos a aquellos. Esta tendencia parece coincidente con la doctrina sobre conciliación en materia de familia. En efecto, diversos autores señalan la viabilidad de estos medios para resolver muchos de los conflictos que surgen en el seno del hogar, tema que ha sido de interés en los Congresos de Derecho de Familia (se puede consultar el trabajo de investigación de la Unidad RAC, denominado "Conciliación en Derecho de Familia", realizado en el mes de abril del año mil novecientos noventa y nueve, además, las obras: *Dinámica de la mediación por Jean-François Six*, *La mediación en conflictos familiares de Eduardo José Cárdenas*, *Mediación familiar interdisciplinaria de Daniel J. Bustelo Eliçabe-Urriol*, y *Cuando las familias se pelean de Jeffry y Carol Rubin*, *Relaciones humanas en el núcleo familiar de Virginia Satir*, *Memoria del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia celebrado en El Salvador, en 1992*, *IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Publicación extraordinaria, Panamá, 1996, entre otras*).

La trascendencia de este tema en la conformación de una sociedad que promueva la paz social, desde la construcción de las soluciones a sus problemas más cotidianos, me invita brevemente, a presentar algunas consideraciones básicas sobre la conciliación.

Hasta la fecha, el instituto de la conciliación, si hacemos un análisis retrospectivo, cuenta con bastantes años de estar regulado. Sin embargo, se había subutilizado porque no se conocía como medio para solucionar un problema en forma satisfactoria y antes bien, se le entendía de dos formas básicas. Por un lado, como una fase del proceso en la que obligatoriamente había que "reconciliarse" con el adversario, sin obtener ningún beneficio o satisfacción a las pretensiones, aspecto que resultaba nugatorio para las aspiraciones de las partes en materia de familia (divorcios, separaciones, nulidades de matrimonio, entre otras). Este modo de pensar llegó al punto de que la mayoría de litigantes recomendaba a sus clientes no presentarse a esa audiencia. Por otro lado, la conciliación fue vista únicamente como una "herramienta" para dilatar el proceso en forma injustificada, apartándose en gran medida, de la ética profesional en la estrategia del litigio.

Surge la necesidad de rescatar la conciliación para lo que efectivamente fue creada, como un medio para solucionar los conflictos entre las partes, de modo que ambas queden satisfechas con lo acordado. Consecuentes con ese propósito, es que hoy día se está poniendo en boga la especialización y profesionalización de las técnicas que se ocupan para realizar una conciliación en la que se cumpla con todos los requisitos jurídicos y psicosociológicos que en ella intervienen.

Así, se pretende enfrentar el conflicto, como una oportunidad de cambio, una opción para que las partes tomen decisiones importantes sobre sus vidas, para que juntas construyan su solución al problema, en fin, una oportunidad de promoción de la paz social y familiar, a través de la construcción de soluciones que sean beneficiosas para ambas partes, y mejor aun, para todos los miembros que la conforman.

El elemento básico de la conciliación es la comunicación. Una escucha activa y comprometida promovida desde el conciliador, será la que le permitirá dirigir el proceso conciliatorio para que las partes se comuniquen entre sí y juntas puedan visualizar la solución ideal a sus intereses. Para lograr ese tipo de escucha, el conciliador utiliza varias técnicas, las que permiten ir construyendo un modo de comunicación asertivo que lleva a las partes a cambiar de posiciones a intereses. Esto es, no estar preocupado por el resultado que se quería desde el inicio, sino, estar ocupado en resolver el problema que se presenta. Por ello se afirma que en la conciliación, se es duro con el problema, y suave con las personas.

Ahora bien, existen varios modelos de conciliación. Para Costa Rica, en sede judicial se ha adoptado el modelo de conciliación por etapas, el cual es considerado en sí mismo una estrategia que tiene como objetivo, repito, propiciar un espacio a las partes para que se comuniquen directa y asertivamente con el fin de solucionar de la forma más satisfactoria el problema que los ha llevado a estrados judiciales, por eso es tan importante el rol que cada uno de los intervinientes va a desempeñar en la conciliación (conciliador, partes, representante del Patronato Nacional de la Infancia, representante de la Procuraduría General de la República, abogados).

La viabilidad de estos medios alternos para solucionar problemas en donde estén involucrados derechos o intereses de las personas menores de edad, ha quedado plasmada en el articulado del Código de la Niñez y la Adolescencia, que los regula a partir del numeral 154 y hasta el 167. En ellos claramente se norma lo relativo a ambos institutos para la atención de conflictos que versen sobre derechos disponibles de las personas menores de edad, entre ellos, el derecho a la convivencia familiar que nos ocupa, entendida como la posibilidad de relacionarse en la vida cotidiana no solo con sus progenitores, sino además con los familiares o seres queridos que han atendido en forma cercana sus necesidades básicas: físicas, espirituales y materiales. Sin embargo, las soluciones propuestas por ese medio alterno, no quedan en lo jurisdiccional, también se participa a la sociedad civil en el replanteamiento para solucionar las diferencias y conflictos familiares, a través de los comités tutelares, órganos adscritos a las asociaciones de desarrollo, a los cuales se les asignan funciones sumamente importantes, como velar por el respeto de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes de su comunidad, y funcionar como centros de mediación.

Como señaló el Dr. Edson Seda de Morais, Consultor de UNICEF, en la Universidad Nacional Autónoma, en una conferencia desarrollada en marzo de 1998: "después de la experiencia histórica acumulada, se llegó la hora de distribuir mejor los papeles de atención de las necesidades básicas de la humanidad...lo que llevó a los pueblos a repensar la organización de las comunidades, creando estructuras nuevas que permitieron la participación del pueblo en cuestiones gubernamentales... los países que han suscrito la Convención sobre los Derechos del Niño, tienen un compromiso de efectividad...", en el caso de Costa Rica, los comités tutelares, han iniciado la tarea, los resultados empiezan a vislumbrarse.

B. ANÁLISIS DOCTRINARIO DEL DERECHO A LA CONVIVENCIA FAMILIAR

Cualquier análisis doctrinario en Derecho de Familia, requiere un acercamiento con otras ciencias, en este caso, se hará con la Sociología, pretendiendo no la exhaustividad de los conceptos, sino la sensibilización que requiere cualquier aventura académica en este tipo de exploraciones.

B.1. El derecho a la familia: perspectivas sociológica y jurídica del concepto de familia.

Tener una familia nuclear o ampliada y ser separado de ella, solo en forma excepcional cuando circunstancias graves lo aconsejen y se decida mediante resolución judicial, es un derecho humano fundamental de la niñez y la adolescencia consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño.

A partir de esa enunciación, parece imprescindible el siguiente cuestionamiento ¿qué debemos entender por familia?, ¿será solamente la familia surgida a partir del matrimonio de los padres o del reconocimiento de la unión de hecho entre dos personas de distinto sexo?, para dar respuesta a estas interrogantes, debe atenderse el concepto de familia desde dos perspectivas: la sociológica y la jurídica.

La familia, como grupo primario por excelencia, es un grupo social básico al que se pertenece, no por decisión individual, sino por haber nacido en su interior y por aceptar reglas internas que en ellas se generan. Así, a través de la vida familiar, el individuo se convierte en parte de la sociedad, interioriza conductas, normas y valores que le permite cumplir los roles sociales asignados y asumidos (sobre el particular, Puga, Peschard y Castro, sociólogas citadas por Benavides, Diego, en el Código de Familia concordado y comentado, 1999). Desde esta perspectiva, tenemos además, que la familia cumple varias funciones, entre ellas: la vinculación íntima y durable que establece entre los cónyuges, la reproducción de los miembros de la comunidad, la crianza, manutención y desarrollo biológico de los hijos, la socialización primera de estos con arreglo a las normas culturales de la sociedad, y la asignación de los mismos a un estatus social inicial. Es también considerada como una unidad económica fundamental que se distingue desde el punto de vista sociológico en familia nuclear y familia extensa, como ya lo apuntáramos al inicio, aspectos que adquieren especial relevancia en la actualidad, cuando diversas manifestaciones sociales, como por ejemplo el divorcio y la separación de los cónyuges, han conformado grupos familiares disímiles a la familia tradicional, grupos sociales a partir de los cuales surge la mayor cantidad de asuntos que permite la injerencia judicial para establecer la forma en que sus miembros se han de relacionar. Sobre este aspecto en particular, dedicaremos el siguiente apartado, no sin antes atender la perspectiva jurídica de la familia.

Esta tiene su mayor exponente en el artículo 51 de la Constitución Política, que la señala como la célula fundamento de la sociedad, merecedora de una debida protección por parte del Estado. En ese mismo sentido, el artículo 18 de la Convención de los Derechos del Niño, en sus párrafos segundo y tercero señalan: "*1. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas*". Continúa señalando la Convención en su numeral 20: *1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Parte asegurarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección a menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico*".

Por su parte, el Código de la Niñez y la Adolescencia establece en el artículo 29 lo siguiente: "*Derecho a la vida familiar*: Las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y a su madre,

asimismo a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar, del cual no podrán ser expulsados ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca.

El Código de Familia, especialmente en los artículos 56 y 152, establece la necesidad de que los hijos puedan relacionarse con sus padres y abuelos, una vez decretado el divorcio, la separación judicial o la nulidad de matrimonio.

No debe dejarse de lado el problema de los niños y las niñas víctimas de la pobreza, que como bien establece el Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 31, deben recibir el apoyo institucional para posibilitar que el derecho a la vida familiar no se viole por causas socioeconómicas, educativas o ambientales, apoyo que el Estado no puede dejar de brindar, bajo la excusa de limitaciones presupuestarias (artículo 4 del C.N.A.). Esta problemática alcanza niveles bien difíciles, cuando nos enfrentamos a adolescentes y jóvenes acusados penalmente, que necesitan reinsertarse a su familia y la sociedad, pero en ella no tienen las condiciones óptimas, precisamente por la situación socioeconómica y la ausencia de estructuras que apoyen ese proceso. Veamos entonces, lo que ocurre con las familias no tradicionales.

B.2 Niños, niñas y adolescentes con familias no tradicionales.

Refiriéndonos al concepto de familia desde el punto de vista sociológico, advertíamos que a partir de diversas manifestaciones sociales, como el divorcio, la separación y la misma violencia doméstica, se han conformado grupos familiares disímiles a la familia tradicional paradigmática, y surgen nuevas y a veces complicadas relaciones de parentesco, dado el proceso que implica ampliar la familia nuclear, para dar origen a las "familias extensas".

Citemos algún ejemplo para visualizar más claramente el panorama que enfrentan los niños y las niñas o adolescentes que tienen que asimilar este paso. Las parejas divorciadas o separadas forman nuevas parejas atrayendo a todo un nuevo grupo familiar en la relación. Si a ello agregamos los nuevos roles que deben cumplir los miembros de la familia, dada la incorporación de las mujeres a las actividades remuneradas y académicas y consecuentemente, de los hombres a las tareas y cuidados del hogar y la familia, así como el rol más activo de los hijos e hijas tanto respecto de esos roles como en la toma de decisiones familiares, es clara la construcción de nuevas tipologías de familias que obedecen a las circunstancias particulares. Todos sus miembros deben romper esquemas mentales muy arraigados sobre el concepto de vida familiar y esto trae consecuencias positivas y negativas en las relaciones interpersonales, máxime aun, cuando a la fecha se guarda socialmente el sentido de pertenencia de los hijos respecto de los progenitores, quienes desean demostrar cuál de ellos es el "dueño" de su prole, olvidando muchas veces que se trata de seres humanos con sentimientos y necesidades que es obligación de ambos atender, ya que las niñas, los niños y los adolescentes no tienen condiciones para satisfacer, por sí mismos, sus necesidades básicas. El problema surge entonces, cuando hay desacuerdo en el seno de la familia sobre su atención.

¿Cuáles son, entonces, los problemas más comunes en el ejercicio del derecho a la convivencia familiar?; de ello trataremos en el siguiente aparte.

B.3 Conflictos más comunes en el ejercicio de este derecho: el binomio autoridad parental-interés superior de la persona menor de edad.

Desde la perspectiva de los adultos hacia las personas menores de edad, debemos retomar lo relativo a la autoridad parental o patria potestad. Esta consiste en un conjunto de derechos y deberes

(potestades, poderes-deberes) que los padres tienen respecto de la persona y a los bienes de sus hijos menores de edad. Comprende, según refiere el Lic. Benavides Santos, al analizar el artículo 140 del Código de Familia, tres contenidos esenciales: el personal, el patrimonial y la representación. De nuestro interés el primero de ellos, que abarca el poder de cuidar al menor, velar por su integridad física y psíquica, más conocido como guarda, proporcionarle los alimentos y atender sus necesidades fundamentales para su adecuado desarrollo —*crianza*— y prepararlo para la vida —*educación*—. Para Zannoni, la potestad de guarda no es definible por sí misma, sino a través de los elementos que la aseguran, de modo que la guarda presupone el reconocimiento legal de la autoridad parental y el derecho-deber de los padres de convivir con los hijos, con la correlativa obligación de estos de habitar con sus padres (Zannoni Eduardo, Tratado de Derecho de Familia, T. II, N° 985, pág. 712, citado por Osvaldo Felipe Pitrau, en Derecho de Familia: revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, página 47, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990).

Otros autores, como Belluscio, Cafferata y Simler, Bossert y D'Antonio, brindan definiciones de la guarda que oscilan entre el derecho de tener consigo al menor de edad para así orientar la formación y educación de los hijos, hasta la tenencia del hijo, como proximidad física a diferencia de la "guarda", en sentido amplio, la que resulta del desmembramiento de ese elemento de la patria potestad. La importancia práctica del término, resulta de la guarda integrada a la autoridad parental, ya que esta surge como un derecho-deber natural y originario de los padres, que consiste en la convivencia con sus hijos y es el presupuesto que posibilita las restantes funciones paternas de educación, asistencia, vigilancia, corrección y representación. Por un lado, tenemos que la guarda, no es simplemente una potestad de los padres respecto de sus hijos, sino que implica una obligación de convivencia, ya que junto al derecho subjetivo de los padres, aparece el de los hijos de estar junto a sus padres, lo que constituye entonces en un deber para aquellos. Un deber que preexiste al ordenamiento positivo el cual únicamente se regula para su correcto ejercicio. La guarda entonces, se identifica con el término convivencia, porque más allá del elemento material de la inmediatez, hay un contenido espiritual y afectivo en la vida común, puesto que a través de ella, como señalamos anteriormente, se concretan incluso los otros derechos y obligaciones de la autoridad parental.

Es así que, el derecho a ejercer la guarda de los hijos, en otras palabras, la convivencia familiar, generalmente no presenta conflictos cuando los padres conviven junto a ellos, pero en situaciones de separación o divorcio, como indicáramos al inicio, se plantea una serie de problemas, que son los que citamos como más comunes: ¿con quién de sus progenitores queda la persona menor de edad? ¿podrá quedar la persona menor de edad con otra persona distinta de estos?, y si esto se supera ¿cómo se relacionarán en adelante esos hijos con el progenitor que no compartirá el hogar familiar con ellos?, estos son supuestos básicos para discutir en la mayor parte de los casos. Sin embargo, existen otros asuntos más complejos en donde se discute además, si es totalmente inconveniente para la persona menor de edad, relacionarse con su progenitor(a), si es necesario para el correcto desarrollo y formación de la persona menor de edad, que otros familiares cercanos se hagan responsables de una relación más cercana con él, además de papá, mamá o hermanos. La doctrina señala que, respecto del derecho a mantener una adecuada comunicación con el pariente con quien no se convive, es trascendental conocer el criterio de la persona menor de edad, quien podrá expresar todo cuanto estime necesario para tomar la decisión más apropiada. Nótese como desde el Código Procesal Civil de mil novecientos noventa, artículos 260 y 261, ya se atendía con preocupación el opuesto interés que pudiese existir entre un progenitor y su hijo menor de edad; y es que, del lado de los niños, las niñas y los adolescentes, se encuentra para su protección, su interés superior, consagrado a nivel normativo tanto nacional como internacional.

También es claro que las reconocidas "visitas" u oportunidades de interrelación entre los hijos y sus progenitores, se dan a partir de la asignación de la guarda, crianza y educación de los hijos a uno solo de ellos. Se excluye de ese modo la idea de que para aspirar al establecimiento de un "régimen de visitas" o

"interrelación familiar", debe compartirse la autoridad parental. Ese derecho de visitas, le otorga la posibilidad al padre o a la madre, de ver a los(as) hijos(as) y recibirlos en su casa periódicamente, es decir, tenerlos consigo. Así, la interrelación es beneficiosa como regla y solo deberá denegarse en casos excepcionales, esto es, en aquellos casos en que se lesiona el interés superior del(de la) niño(a), ya que es reconocido que a este se le reconoce un orden superior que debe ser tutelado por encima del que pueda emanar formalmente de la patria potestad que la ley otorga a padre y madre.

En efecto, de acuerdo con la Constitución Política, en su artículo 7, párrafo 1, las convenciones ratificadas por Costa Rica tienen rango superior a las leyes internas. Al respecto, la Sala Constitucional señaló en el Voto 1982 de las dieciséis horas del veintiséis de abril de mil novecientos noventa y cuatro: "a partir del momento en que la Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por nuestro país, las normas legales que contravengan las normas y principios contenidos en ese instrumento internacional, resultan inconstitucionales". Por ello afirmamos con la doctrina, que con la Convención, efectivamente se marca la transición del pensamiento social de que las personas menores de edad eran objetos de protección a la consideración de los niños, las niñas y adolescentes como sujetos de derecho en condición particular de desarrollo. En ella se consagra el principio de interés superior del niño y la niña, como una garantía de vigencia de los demás derechos que consagra e identifica a favor de estos. También se advierte este interés superior del niño y de la niña, como un principio de interpretación que reconoce el carácter integral de los derechos humanos de las personas menores de edad, y de integración, porque a través de él se pueden llenar los vacíos normativos.

Podríamos decir ¿y qué es este interés superior de la persona menor de edad?, bien, el Código de la Niñez y la Adolescencia, en su artículo 5 establece, en lo conducente: "La determinación del interés superior deberá considerar: a) Su condición de sujeto de derecho y responsabilidades, b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve, d) La correspondencia entre el derecho individual y el social", aspectos todos que deben analizarse para poder diferenciar el interés subjetivo del menor, de su interés superior consagrado en la normativa que nos ocupa. Sobre este aspecto en particular, considero de especial importancia, retomar algunas consideraciones que presenta Rita Maxera, en su ensayo, Los Derechos Humanos de los niños, las niñas, los y las adolescentes, 1999: "La Convención consagra que los niños, las niñas, los y las adolescentes son sujetos de derecho con responsabilidades precisas según la etapa de desarrollo en que se encuentren. También consagra la 'sujeción' de estas personas al 'poder legítimo' de las personas adultas, madre, padre, tutor(a), encargado(a), maestro(a), profesor(a), etc. Las personas adultas ejercen, respecto de las personas menores de edad, un poder que se deriva de la obligación correlativa de protección que las personas adultas tienen hacia los niños, las niñas, los y las adolescentes. Significa también, que ese poder no es arbitrario y que cuando las personas adultas abusan de él, deja de ser legítimo y este abuso constituye una violación a los derechos". Precisamente de ese tipo de vulnerabilidades deseo tratar, en cuanto se refieran a las limitaciones que las niñas, los niños, los y las adolescentes sufren, cuando se les impide relacionarse con sus familias y seres queridos.

Veremos en el siguiente aparte, la respuesta de nuestros tribunales más connotados a los problemas cotidianos respecto del derecho a la convivencia familiar.

C. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA CONVIVENCIA FAMILIAR

Resulta propio recordar que, tratándose de la decisión de cuál de los dos progenitores va a ser responsable de la guarda directa de la persona menor de edad, en una gran mayoría de casos, las madres son quienes tienen que asumir esa responsabilidad; aspecto que paulatinamente va dando muestras de

cambio en nuestra realidad nacional, posiblemente por la evolución género-sensitiva de los roles materno y paterno, pero que se mantiene como norte aun en instrumentos internacionales como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", aprobado por Costa Rica mediante Ley N° 7907 del jueves 30 de setiembre de 1999, publicado en La Gaceta N° 190, pero que espera, para su entrada en vigor, la entrega de once ratificaciones de los dieciséis países que la firmaron el 17 de noviembre de 1988; para el año 1996, solamente cinco países habían cumplido con ese trámite. En todo caso, si existiera conflicto en ese aspecto, hasta la fecha se ha interpretado que el mismo se dilucida en un proceso abreviado de modificación de guarda, crianza y educación (artículo 420, inciso 4) del Código Procesal Civil). Si lo que existe, por el contrario, es una diferencia de criterios, sobre la forma en que se debe relacionar la persona menor de edad con respecto al cónyuge que no vive cerca del hijo o hija, se ha estipulado que debe acudir a la vía sumaria del conocido "régimen de visitas", denominación que se recomienda cambiar, por interrelación familiar (en ese sentido Benavides Santos en Código de Familia concordado y comentado y Bossert y Zannoni, Manual de Derecho de Familia), de este último tipo de conflictos, es del que trataremos en adelante.

C.1 Resoluciones de la Sala Constitucional y de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

La jurisprudencia constitucional se ha enriquecido con los preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño. Inicia ese proceso con el Voto de la Sala Constitucional relativo a la ratificación por Costa Rica de la Convención sobre los Derechos del Niño, Voto N° 0647-90, de las quince horas del doce de junio de mil novecientos noventa, en que se indica que no hay objeción de constitucionalidad al texto de la Convención, pero que, para la legislación nacional "niño" equivaldría a "menor", y que el artículo 6 debía interpretarse en el sentido de que la protección a las personas menores de edad, abarca desde la concepción hasta antes de los dieciocho años de edad, señalándose por último que se excluyen, como medios de planificación familiar, todos aquellos que pudieran tener carácter abortivo, ya que estaría en contraposición con lo dispuesto por el artículo 6. También, a manera de ejemplo, podemos citar el Voto 348-94, de las quince horas con cuarenta y ocho minutos del dieciocho de enero de mil novecientos noventa y cuatro, en el que declara que la Sala parte de la consideración de que el derecho a saber quiénes son sus padres, que toda persona tiene, es un derecho fundamental; así, sobre las pruebas científicas en las investigaciones de paternidad puede el juzgador ejercer su autoridad y ordenar ciertos actos, con las consecuencias conocidas en caso de inasistencia del demandado (artículo 98 del Código de Familia); asimismo, podemos citar el Voto N° 1975-94, de las quince horas con treinta y nueve minutos del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y cuatro, sobre la autoridad parental de los hijos extramatrimoniales. Reconoce la Sala que el concepto constitucional de familia, es amplio y nunca restrictivo, incluyéndose de ese modo tanto la familia unida por un vínculo formal, como aquella en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales, asimilando esos efectos a la paternidad de los hijos procreados dentro o fuera del vínculo formal del matrimonio.

Específicamente, en cuanto al desarrollo del tema del interés superior de las personas menores de edad, contamos con el Voto N° 5531-93, de las once horas tres minutos del veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y tres, que diferenció el interés superior del niño respecto de sus intereses subjetivos, de modo que, solamente en cuanto coincidan ambos, se podrá atender ese interés subjetivo.

Por otra parte, se presentan dos resoluciones de la Sala Segunda que resultan de interés. En ambas, se retoma el concepto de autoridad parental o patria potestad confrontado con el concepto de interés superior

de la persona menor de edad. Se pasa de seguido a examinar, en lo conducente, el contenido de ambos votos.

Voto N° 244 de las catorce horas con treinta minutos del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y ocho:

"La doctrina del derecho de familia imperante, señala que la procreación, como resultado de una unión intersexual, determina la filiación. A su vez, ésta establece un conjunto complejo de relaciones entre padres e hijos que, dentro del ámbito de la familia, deben cumplir con los requerimientos básicos de asistencia, protección y representación jurídica de los menores, mientras lo sean o no se hayan emancipado... Esa autoridad paterna ha de encaminarse, ineludiblemente, a velar física y moralmente por los hijos, así como por sus alimentos... en la sociedad moderna la mayoría de los padres deben dejar a sus hijos al cuidado de terceras personas, recibiendo estas últimas una remuneración por esa labor. Esa situación es más palpable tratándose de madres jefas de familia, quienes para proveer las necesidades básicas personales y de sus dependientes, deben laborar fuera del hogar. No obstante, esa circunstancia en modo alguno, puede justificar el hecho de delegar en forma absoluta el rol de madre, el que como se dijo, es irrenunciable. Los padres deben siempre estar atentos para que los cuidados brindados a sus hijos por parte de terceras personas sean los adecuados; deben tratar de solventar las necesidades básicas de sus hijos, brindarles compañía en los tiempos de descanso laborales, guiarlos, darles amor, estar a su lado en los momentos difíciles, entre otros. De ahí que, solo es razonable justificar a los progenitores, cuando no puedan cumplir alguno de sus deberes por causas ajenas e involuntarias a ellos, como sería el caso de no poder brindar los alimentos suficientes debido a la pobreza extrema. Mas, la situación de excepción apuntada, no es aplicable al caso que nos ocupa, toda vez que, tal y como se dijo, la madre en forma voluntaria se fue desentendiendo del menor, dejando que, la guardadora asumiera las obligaciones que por ley solo le correspondían a ella."

Este voto hizo evidente la necesidad del contacto de los padres con los hijos e hijas y viceversa, para que puedan cumplirse los propósitos de la vida en común y de la formación adecuada de la prole, pero además, citó un problema que se trataba de eliminar y era el que se venía dando en las familias indigentes. Precisamente, a través de las declaratorias de abandono administrativas, en muchos casos se castigaba la pobreza en el hogar, arrebatando a los hijos del seno de la familia para institucionalizarlos o darlos en adopción, recurso único que tenía el Patronato Nacional de la Infancia, ante la ausencia de programas que atendieran esa problemática social. El Código de la Niñez y la Adolescencia, consecuente con todos los principios que lo inspiran, estipula en los artículos 4, 31 y 38 el apoyo del Estado para las familias en particulares circunstancias de pobreza, intentando dar respuesta a esa realidad social, para evitar que la ausencia de recursos económicos, sea un elemento más para la desintegración de las familias.

De gran trascendencia resulta el Voto 28-94 de las catorce horas, cuarenta minutos del veintiséis de enero de mil novecientos noventa y cuatro de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en que se discute entre los progenitores de un niño y unos terceros, la guarda del menor. La Sala decide que el interés superior del niño en ese caso concreto es que se quede con los terceros, veamos:

"VI.- De conformidad con la ley (artículo 138 del Código de Familia actualmente 151), el padre y la madre de los hijos de matrimonio, ejercen la patria potestad, la cual comprende, además de la representación legal y la administración de los bienes del hijo, el derecho y el

deber de guardarlo; o sea que tal autoridad emana de la situación familiar (relación paterno y materno filial). Es cierto... que lo conveniente es que el niño nunca sea separado de sus padres biológicos, para que ellos puedan ejercitar el poder-deber en referencia y el niño desarrollarse como persona humana dentro de la familia biológica. Pero también lo es que...la regla puede excepcionarse en casos particulares de maltrato, descuido o de separación de los padres. Si en el presente, la madre, voluntariamente, porque ésta era soltera y no lo podía cuidar y no contaba con el apoyo del ahora actor S. B., separó de sí al niño y lo entregó a los demandados, quienes le han prodigado el afecto y atenciones adecuados, existe fundamento legal y real, no para separar al hijo de sus padres, según se ha querido dar a entender, sino para mantenerlo separado de ellos, como hasta ahora lo ha estado, por su propia voluntad. El que en los padres biológicos existan sentimientos posesivos en relación con el hijo, no puede ser invocado, como única razón válida, para disponer el desarraigo de un menor... si la satisfacción de esos deseos afecta o pone en peligro los intereses del menor. Tampoco es válido en el presente caso invocar la conveniencia de la entrega del niño a los padres biológicos, con el argumento de que... se protege la unidad de la familia. En esta materia (artículo 2º del Código de Familia) la unidad de la familia es un valor que debe protegerse; mas no por sí mismo, sino en la medida en que esa institución es útil para el desarrollo adecuado de la personalidad de los individuos como parte de un núcleo primario de la sociedad y, consecuentemente, de esta misma..."

Al unísono de la doctrina de la protección integral, este voto resalta en una de sus máximas expresiones, el interés superior de la persona menor de edad, aun por encima de los derechos e intereses de los adultos responsables de ese niño. Nos llama además a la reflexión, sobre la unidad de la familia, en tanto esta no puede ser entendida por sí misma, sino a través de la concreción de otros valores fundamentales del ser humano, protegidos con gran vigor por el Derecho de Familia y de Menores, como lo son la felicidad y el amor. En ese mismo sentido, continúa señalando el voto, en lo que interesa:

"VII.- *De acuerdo con el Código de Familia (artículo 127), la patria potestad le corresponde a los padres...se ha planteado discusión en el sentido de si (en casos como el presente de conflicto entre padres y terceros, sobre la tenencia de los menores, no regulados expresamente en el Código de Familia) debe privar un criterio formal semejante al que se aplica en el derecho de las cosas, de que probada la propiedad, mientras la situación no sea modificada en forma expresa, procede la vindicación (reivindicación) de ellas,... o si, por el contrario, es esto último lo que debe prevalecer a la hora de resolver este tipo de conflictos (se refiere al interés o la conveniencia de la persona menor de edad). Un ejemplo de ello es la sentencia de la Sala Primera de esta Corte, N° 72, de las 16:30 horas del 8 de agosto de 1980, en la cual, si bien una mayoría de la Sala estimó que el Código de Familia confiere amplias facultades a los Tribunales de esa materia para resolver en estos conflicto acuerdo con los intereses del menor (sic), sin requerir la previa suspensión, con base en los artículos 56, 61 y 139 de ese Código, que así lo facultan para los casos de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio (lo cual la doctrina nacional no ha estimado pertinente, —Trejos, Gerardo. Derecho de Familia Costarricense, página 421—), una minoría (dos Magistrados) sostuvo el otro criterio y citó un antecedente jurisprudencial, en ese mismo sentido. Esta Sala se inclina por la segunda tesis, pues estima que los conflictos sobre la situación de los menores debe resolverse siempre atendiendo primordialmente la conveniencia de ellos, de acuerdo con una correcta ordenación de los principios que el Código de Familia enumera en el artículo 2º y atendiendo a lo que ahora dispone el citado artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño, el que, por formar parte del bloque de legalidad constitucional, debe tenerse, en su*

contenido, como una norma informadora del ordenamiento inferior de la materia. En consecuencia, las ventajas que pueden resultar para los intereses del menor de una situación de hecho como la presente, deben verse como un derecho subjetivo del niño, de orden superior, que debe tutelarse por encima del que pueda emanar formalmente de la patria potestad que la ley otorga a los padres, si la protección de este último pone en peligro o perjudica los intereses del menor..."

Podemos entonces afirmar que, si los intereses de los progenitores están en consonancia con el interés superior de sus hijos menores de edad, y estos a su vez, con los intereses subjetivos del niño, la niña o el adolescente, es muy probable que encuentren aprobación para su pretensión, ya que lo contrario no será posible.

De seguido, una ventana a la segunda instancia de los Tribunales de Justicia.

C.2 Algunas resoluciones de interés del Tribunal de Familia durante el período 1998-2000.

Como sabemos, el Tribunal de Familia, es el único tribunal especializado del país para conocer de las apelaciones en materia de familia, por lo que sus resoluciones revisten gran trascendencia; de seguido se transcriben, en lo conducente, algunas de interés sobre el tema del derecho a la convivencia familiar, las que de seguro será de utilidad conocer.

a. Sobre el interés superior de las personas menores de edad al momento de fijar un régimen de visitas —interrelación familiar—:

VOTO N° 246-00

TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las nueve horas, cincuenta minutos del primero de marzo de dos mil.

"II.- ...en la especie no existe obstáculo de ninguna naturaleza que impida la vinculación afectiva entre la menor y su progenitor. Sin embargo, debe establecerse que el derecho de visitas no es un derecho irrestricto del progenitor solicitante o de los progenitores en general, porque debe otorgarse tomando en cuenta, el interés superior del menor, como principio rector de toda nuestra normativa familiar y que el menor es una fina estructura de sentimientos y emociones altamente vulnerable, con intereses vitales propios, que deben ser respetados. El régimen que se establezca debe procurar beneficios y satisfacciones a ambas partes, pero sobre todo el menor involucrado, tomando en cuenta que el mismo se encuentra inmerso en pleno proceso de estructuración de personalidad, y que son los padres los primeros llamados tanto a nivel moral, sicoemocional y legal, a brindar estabilidad y seguridad a sus hijos. En este caso, en que el desarrollo de la relación afectiva entre los progenitores ha sido fuente constante de conflictos, angustia y crisis; de la cual la menor no ha podido abstraerse y que ha permeado hondamente en ella, por la inmadurez y la incapacidad de ambos progenitores de guardar el equilibrio; lo propio es establecer un régimen de acercamiento paulatino, como el otorgado; que se incrementará de acuerdo con la profundización de la vinculación de la menor con su padre..."

b. Sobre la obligación de los progenitores de velar por las necesidades de sus hijos e hijas:

VOTO N° 1009-98

TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSÉ. A las once horas, treinta minutos del once de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

"IV. Cabe puntualizar que sendos progenitores están en la obligación de brindar a sus menores hijos un clima de armonía y equilibrio, que les propicie las condiciones necesarias para un sano proceso de crecimiento, tanto a nivel físico, como sicoemocional por lo que deben ser prudentes y mantenerles al margen de la situación de conflicto que entre ellos otrora, se generó, restableciendo en la medida de lo posible, una relación armoniosa, todo ello en aras del bienestar de sus propios hijos comunes; y tomando en cuenta las cargas que hasta hoy, han tenido que asumir sin corresponderles, por la irresponsabilidad de los adultos."

c. Sobre el deber de todo juzgador o juzgadora de escuchar el parecer de las personas menores de edad:

VOTO N° 1089-98

TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las trece horas, cuarenta minutos del siete de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

"...El artículo 12 de la Convención plasma la necesidad de tomar en cuenta la opinión de los menores, cuando se trate de tomar decisiones que les afecten directamente. En el caso bajo estudio, contamos con que ambos progenitores se muestran idóneos para asumir la custodia de los hijos, de modo que el fallo no debe sustentarse en la descalificación de uno u otra. Además, lo que interesa es tomar la decisión que más convenga a los menores y nunca castigar al señor S. o a la señora M. por asuntos del pasado. Consultados sobre el problema, ambos menores indican que prefieren vivir con la madre, opinión que, brindada a viva voz frente a los juzgadores, tiene mayor peso que el resto de la prueba; pues como se dijo, del expediente no es posible inferir la inconveniencia de que los niños vivan con su madre o con su padre, de modo que la decisión final en mayor medida depende de su voluntad. No resulta conveniente tampoco pensar en la separación de los hermanos como solución para este caso, pues ya sea que vivan con la madre o con el padre, lo cierto es que en la medida de lo posible no deben separarse. Partiendo de lo anterior, y en el entendido de que la madre asumirá responsablemente la custodia de los menores, bajo la supervisión indicada en el fallo, debe mantenerse la sentencia recurrida..."

VOTO N° 185-00

TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSÉ.- A las nueve horas, diez minutos del dieciséis de febrero de dos mil.

"...IV. Además de lo expuesto, no consta en autos que las personas menores de edad hayan sido escuchadas en el proceso, como corresponde y lo ordena la legislación como garantía

en favor de aquellos, en el artículo 114, inciso f) del Código de la Niñez y la Adolescencia, cuando dispone: **'Garantías en los procesos.** En los procesos y procedimientos en que se discutan los derechos de personas menores de edad, el Estado les garantizará: ... f) Derecho de audiencia: en todos los procesos administrativos y judiciales relacionados con los derechos de esa población se escuchará su opinión' y en igual forma el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en el párrafo primero: 'Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse en juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño' de lo que se infiere necesariamente que debe el a quo, enmendar en lo que corresponda las omisiones apuntadas y que conllevan irremediablemente anular el fallo apelado para que se corrija en su oportunidad..."

- d. **Derecho de la persona menor de edad a tener contacto con el progenitor con quien no convive regularmente:**

VOTO N°747-00

TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las ocho horas del doce de julio de dos mil.

"III.- Contrario a lo señalado por el recurrente las personas menores de edad tienen derecho a permanecer al lado de sus progenitores y ahí desarrollarse en forma plena. Cuando por circunstancias diversas ello no ocurre, igual es necesario que se respete el derecho a interrelacionarse con el padre o la madre que no conviven, salvo claro está, que por causas debidamente valoradas se logre determinar la inconveniencia para los hijos de mantener esta situación de acuerdo con su interés superior..."

- e. **Viabilidad del acuerdo de partes para establecer un régimen de interrelación padres e hijos:**

VOTO N° 300-2000

TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las nueve horas, treinta minutos del veinticuatro de marzo del año dos mil.

"...II.- Atendiendo el virtual convenio a que hayan llegado los progenitores y la necesidad de que siempre prevalezca el diálogo entre ellos para que la relación filial no se vea perturbada en modo alguno por los conflictos de los padres, debe entonces mantenerse el horario establecido por el juzgado de primera instancia, el que podrá lógicamente ser ampliado según convengan ambos progenitores y atendiendo el interés de la niña. Si hasta aquí la madre ha condescendido en que el padre vea a la niña por más horas e inclusive está de acuerdo en que se la lleve y la regrese a su hogar según lo pactado, debe entonces prevalecer esa actitud de ambos, entendiendo que el régimen de interrelación es necesario que se cumpla en paz y armonía, en vista de la importancia en la formación y desarrollo de M., quien aunque de corta edad tiene todo el derecho de compartir con sus progenitores pese a que no sea en forma permanente. Por ello resulta importante que prevalezca una buena comunicación entre

los padres, dado que el principal interés que debe privar, independientemente de cualquier otro conflicto es el de M. y en vista de que aparentemente en el presente caso, se ha cumplido este precepto, mediante el acuerdo de los progenitores, se impone entonces modificar la resolución recurrida en el sentido de que la niña puede salir con su padre en el horario establecido y manteniéndose en lo demás el régimen provisional impuesto..."

- f. **El procedimiento de la Ley contra la Violencia Doméstica NO es idóneo para regular interferencias en un régimen de visitas fijado anticipadamente.**

VOTO N° 669-99

TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las ocho horas, treinta minutos del dos de julio del año mil novecientos noventa y nueve.

"III.- La Ley contra la Violencia Doméstica, en su artículo 2) establece una serie de definiciones de las diferentes manifestaciones de la violencia intrafamiliar, sin embargo, debe quedar claro que no solamente las conductas allí descritas constituyen violencia intrafamiliar, sino, que esas definiciones solo deberán servir de guía para interpretar en su conjunto dicha legislación. No obstante, sobre este punto, se debe distinguir que lo resuelto en un proceso de medidas de protección, tiene carácter provisional, es decir, no analiza la problemática de fondo pues ello está reservado para otro tipo de procesos. En este caso concreto, el actor, pretende que la madre no interfiera en el régimen de visitas fijado en relación con la hija de ambos; que le permita llevarla al doctor y que se prohíba a la accionada que perturbe o intimide a cualquier integrante del grupo familiar. Evidentemente, lo primero se refiere a la ejecución de un régimen de visitas. Lo segundo, a una supuesta inactividad de la madre con respecto a la salud de la niña, lo cual implicaría un aparente incumplimiento de los deberes que impone el ejercicio de la autoridad parental y eso no puede ser objeto de discusión en esta vía, sino en el proceso dispuesto para ello, donde se analice el fondo de los hechos y el efecto jurídico de los mismos...Debe notarse que en esta vía, únicamente pueden ser objeto de debate, pretensiones referidas a esta temática y no a los problemas derivados del incumplimiento de un régimen de visitas y los inconvenientes que tal inejecución conlleva. Considerar lo contrario, implicaría duplicar las vías para conocer sobre un punto determinado..."

III. CONCLUSIONES

Confrontadas la normativa y la doctrina internacional y la nacional, así como alguna de la jurisprudencia más significativa sobre el derecho de la convivencia familiar, vemos que los derechos de las niñas, los niños, las y los adolescentes, reciben una valoración especial, como su interés superior y vulnerabilidad lo requieren. Deberes que deben cumplir las familias, la sociedad y el Estado.

Sin embargo, ¿qué dice la realidad social?, ¿qué dice la sociedad civil?, ¿respeto sus criterios, sus necesidades e intereses? Estos cuestionamientos son propicios aun y cuando nos refiramos al derecho a la convivencia familiar, uno de los derechos en que según la experiencia, es más factible entrar a valorar la posibilidad de recurrir a los medios alternativos para solucionar los conflictos que surgen en el seno de la familia. Para ello, se requiere de partes dispuestas a solucionar problemas, antes que rivalizarlos, de abogados conscientes de la especial labor que realizan en esta materia, cuya función socializadora alcanza todas las

etapas del proceso. De juezas y jueces que comprendan que la especialidad de la materia impone una mentalidad abierta, flexible y comprensiva de las dinámicas e intereses en juego, en los que siempre, debe ocupar un lugar preponderante, el interés superior de la persona menor de edad, quien requiere respuestas y soluciones integrales y rápidas para que sean significativas en su desarrollo personal y definición de proyecto de vida. De otro modo, las conquistas normativas serán letra muerta, ya que somos los operadores del sistema quienes debemos impregnar de vida las regulaciones contenidas en las leyes que protegen nuestra niñez y adolescencia. Indudablemente el desconocimiento que las personas menores de edad han tenido de sus derechos, ha permitido un sinnúmero de violaciones a estos, de ahí la importancia de que las niñas, los niños y los adolescentes puedan conocerlos. El medio que tenemos a nuestro alcance en sede judicial, es, indudablemente, escucharlos e informarlos de esa normativa, puesto que, el deber de información a las partes en esta materia, resulta vital para las posibles decisiones que puedan asumir al proponerles la resolución alternativa de sus problemas, a través de la construcción dinámica de soluciones que respeten las necesidades, sentimientos e intereses de los involucrados. En ese sentido, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es muy claro al determinar que el niño y la niña va adquiriendo progresivamente capacidad de discernimiento, o sea, capacidad para manifestarse y para hacer valer su voluntad. En la medida que interioricemos axiológicamente esos derechos, empezarán a cobrar verdadera vida los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes.

BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIONES POLÍTICAS:

1. Constitución Política de la República de Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A., 1992, San José, Costa Rica.

CONVENCIONES INTERNACIONALES:

1. Convención de los Derechos del Niño, ratificada mediante Ley N° 7184, a los doce días del mes de julio de mil novecientos noventa.
2. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979, ratificada por Costa Rica en diciembre de 1984.
3. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994 y por Costa Rica, ratificada mediante Ley N°7499, el 18 de abril de 1995 y firmada por el Presidente de la República el 22 de junio de 1995, publicada en La Gaceta N°123 del 28 de junio de 1995.

CÓDIGOS:

1. Código de la Niñez y la Adolescencia y Convención sobre los Derechos del Niño, anotados y con índice, por el Licenciado Diego Benavides Santos, Editorial Juritexto, 1998.

2. Benavides Santos, Diego, Código de Familia actualizado, concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, 1999.
3. Camacho Vargas, Eva, Código de Familia con jurisprudencia, concordado y legislación conexas, por Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 1998.
4. Código Procesal Civil, 1990.

LEYES:

1. Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, promulgada mediante Ley N° 7648, del veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y seis.
2. Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, promulgada mediante Ley N° 7142 del ocho de marzo de mil novecientos noventa.
3. Ley General de Protección a la Madre Adolescente, promulgada mediante Ley N° 7735, publicada en La Gaceta N°12 del 19 de enero de 1998.
4. Ley sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad y su Reglamento.

LIBROS:

1. Alfaro Ulate, Rocío, **En palabras sencillas**, Derechos y Deberes de las Niñas y los Niños, Editorial Ministerio de Educación Pública, San José, Costa Rica, 1996.
2. Análisis situacional de los derechos de las niñas y las adolescentes en Costa Rica, UNICEF, Costa Rica, 1999.
3. Bossert, Gustavo A., Zannoni, Eduardo, **Manual de Derecho de Familia**, Editorial Astrea, Tercera Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1993.
4. Calvo, Yadira, **Mitos y realidades de la democracia en Costa Rica**, San José, Costa Rica, DEI, CEPAS, 1990.
5. Facio Montejo, Alda, **Cuando el género suena, cambios trae**, Programa Mujer, Justicia y Género, ILANUD, San José, 1996.
6. La percepción de los adultos costarricenses sobre los derechos de la niñez y la adolescencia: Análisis de dos encuestas nacionales, UNICEF, Costa Rica, 1998.
7. Mata Tobar, Víctor Hugo, **La aplicabilidad del Derecho Internacional de los derechos humanos en el orden jurídico de los Estados de Centroamérica**, Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica, San José, marzo de 1998.

8. Paja Burgoa, José A., **La Convención de los Derechos del Niño**, Editorial Tecnos S. A., España, 1998.
9. Sagastume Gemmell, Marco A., **Cuentos para vivir en paz**, Editorial Fundación UNA, San José, Costa Rica, 1997.
10. Trejos Salas, Gerardo, **Derecho de Familia costarricense**, Tomo II, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1999.
11. Vicente Salazar, Rodolfo, **Un vistazo a los antecedentes del Código de la Niñez y la Adolescencia y a la Ley de Justicia Penal Juvenil**, Patronato Nacional de la Infancia, junio, 1999.

MANUALES:

1. Facio, Alda y otros, **Caminando hacia la igualdad real**. Manual en módulos, dirigido a facilitadoras(es) de talleres de capacitación para juezas(ces) en la Administración de Justicia con perspectiva de género, Naciones Unidas, ILANUD, 1998.
2. Hidalgo, Adriana, **Manual de capacitación para comités tutelares**, UNICEF, Costa Rica, 2000.

* * *

LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL DERECHO COSTARRICENSE Y LA CONVENCION DE LA HAYA

Fabián Volio Echeverría

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La necesidad de desarrollar una investigación sobre el tema de las adopciones directas y la regulación normativa que tienen las mismas, tanto en el plano nacional como en el internacional, se encuentra plenamente justificada a la luz del debate que hoy día y en torno al tema, mantienen la Secretaría Técnica de Adopciones del Patronato Nacional de la Infancia (PANI) y los Tribunales Superiores de Familia de nuestro país.

En este debate, el PANI ha indicado que no es posible autorizar una adopción directa en beneficio de personas extranjeras si no han agotado las posibilidades de entregar el menor en adopción a una familia nacional, puesto que, conforme a este criterio, los convenios internacionales que regulan el tema, así lo establecen. Esto se verá adelante.

Por su parte, nuestros tribunales de familia sostienen un criterio contrario y afirman que ni en el Derecho nacional ni en el Derecho internacional existe una norma que disponga que, respecto de las adopciones directas, exista el "criterio de subsidiariedad" del que habla el PANI y que, a efectos de una adopción directa, deba darse preferencia a una familia nacional antes que a una familia extranjera.

Planteado de esta manera el debate que se desarrolla sobre el tema de las adopciones directas a favor de personas extranjeras, procedemos a analizar las normas nacionales y las normas internacionales que se aplican al tema.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADOPCIONES

A) Constitución Política

1. **La Constitución Política no establece expresamente una prelación a favor de las familias nacionales contra las familias extranjeras.**

Nuestra Constitución Política no establece ninguna regla general o especial sobre el tema de las adopciones y menos sobre el tema de las adopciones directas a favor de familias extranjeras. Se limita a establecer un régimen general de protección de la familia como base y fundamento de la sociedad y especialmente en favor de la madre y el menor.

El constituyente se limitó a establecer en el artículo 51, que: "La familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido..."

Este régimen general de protección dispuesto por el constituyente, se particulariza en favor de la madre y el niño al disponer el artículo 55 que: "La protección especial de la madre y el niño estará a cargo de

una Institución Autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado".

En concordancia con lo anterior, la Sala Constitucional, a propósito de la labor protectora que cumple el PANI, ha dicho que:

"Conforme a los artículos 51 y 55 de la Constitución Política el Patronato Nacional de la Infancia es la Institución encargada de proteger a todo menor de edad y en especial a todos aquellos niños que han sido declarados en estado de abandono —luego de todo un estudio social y después de agotados todos los procedimientos en busca de la reincorporación del menor a su hogar—. Incluso considera la Sala que esa obligación constitucional del Patronato —de proteger al menor— puede ir más allá en aquellos casos en que el niño ha sido abandonado, buscándole, y colaborando, padres adoptivos que puedan recibirla de la mejor forma posible y garantizarle así una mejor vida en familia que es el elemento natural y fundamental de la sociedad". Sentencia número 1784-91.

De esta manera, es fundamental la protección de la madre y del niño, en especial si es abandonado, que deberá ser brindada por uno de los pocos entes estatales de relevancia constitucional que contiene la Constitución, el Patronato Nacional de la Infancia; de manera que esta institución debe ocuparse de desarrollar estas directrices constitucionales y proteger los niños desvalidos, e integrarlos a una familia que les brinde el amor y el cuidado "de un buen padre de familia", como lo estipula el principio romano y toda la ayuda necesaria para que se desarrolle integralmente. No estipula la Constitución prelación o preferencias entre familias nacionales o extranjeras para efectos del régimen legal de adopción. Este es un tema librado al desarrollo por tratados internacionales o por la ley común.

2. La tesis del PANI.

El Consejo Nacional de Adopciones del PANI, a través de la Secretaría Técnica de Adopciones, considera, por la vía de la interpretación, que tanto la Convención de Derechos del Niño como la Convención de La Haya, regulan la hipótesis de las adopciones directas y establecen respecto de todas las modalidades de adopción un criterio de subsidiariedad respecto de las adopciones, por el que la familia adoptante nacional debe tener prioridad sobre una familia adoptante extranjera.

De igual manera, cuestiona la validez del acto por el que una madre entrega, con autorización de un juez, su hijo menor de edad a otra familia, con el objeto de que esta última lo adopte y le brinde condiciones socioeconómicas que la primera no le puede brindar al menor en cuestión. Esta tesis ha sido sostenida constantemente en los trámites de adopción y es la posición oficial de la institución. Sin embargo, los tribunales no la han aceptado, según se desarrollará en este trabajo.

B) Convención sobre los Derechos del Niño

1. La Convención no prohíbe la adopción.

Este tratado internacional multilateral fue adoptado en Nueva York por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 44-25 del 20 de noviembre de 1989, y entró en vigor el 2 de setiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Costa Rica aprobó la Convención por Ley 7184 de 1990, publicada en el Diario Oficial La Gaceta, de 9 de agosto de 1990.

Conforme a esta Convención, es perfectamente válida la adopción de niños por personas extranjeras, siempre y cuando intervengan las autoridades estatales del país de origen.

Dicen las principales disposiciones sobre adopción de menores:

"Artículo 20.

1. *Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.*
2. *Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.*
3. *Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.*

"Artículo 21.

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a) Velarán por que la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes." (Se agregó el subrayado).

Estas cláusulas permiten que la legislación de cada Estado Parte de la Convención autorice la adopción o el depósito en instituciones públicas o privadas, cuando el niño esté bajo la custodia del Estado y ello sea en su mejor interés. Pero los Estados podrían no autorizar algunos de esos medios de protección, entre ellos la adopción, sea por nacionales o extranjeros; esta es una facultad delegada al derecho interno de cada Estado¹.

Nótese que el artículo 20.1 propugna por mantener al niño en su medio familiar. Pero, si esto no es posible, se obliga al Estado a brindar **"la protección y asistencia especiales"**. En este sentido, el artículo 20.1 se refiere a los casos en los que el niño está fuera del medio familiar **"temporal o permanentemente"**, o que han sido protegidos del medio familiar hostil en que estaban (medidas cautelares de protección).

En estos casos, la Convención establece que los niños tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. Esta protección y asistencia se manifiesta de varias maneras, tal y como lo desarrolla el artículo 20.2. al indicar que **"para esos niños"**, es decir, los que están fuera del medio familiar o que han sido protegidos contra ese medio familiar, **"Los Estados Partes garantizarán otros tipos de cuidado"**, conforme a la legislación local. Con ello se delega en la legislación costarricense, como Estado parte, la regulación legislativa de la adopción.

De igual manera, el artículo 20.3 estipula que, entre esos otros tipos de cuidados que pueden brindarse a los niños temporal o permanentemente sustraídos de su medio familiar, y que están bajo custodia y protección del Estado, están, entre otros:

- a) La colocación en hogares de guarda,
- b) La kafala del derecho islámico,
- c) La adopción; o, de ser necesario,
- d) La colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.

2. La Convención no discrimina a los adoptantes.

El Código de Familia costarricense, que es la legislación local a la que se refiere el artículo 20.2 de la Convención, no establece esta distinción entre costarricenses y extranjeros para efecto de tener derecho a adoptar a un niño protegido por el Estado, ni establece un orden de preferencia o prelación en favor de los costarricenses en cuanto a los potenciales adoptantes extranjeros, vivan o no en el país.

¹ Esta tesis la comparte el prof. G. Parra-Aranguren en el párrafo 40 de sus comentarios al Convenio de La Haya, respecto del tercer párrafo del Preámbulo, quien dice: "40. El tercer párrafo del Preámbulo reproduce el texto del borrador ... y confirma las ideas expresadas en el artículo 21, subpárrafo b, de la Convención de los Derechos del Niño, de acuerdo con la cual todos los Estados Parte que reconocen o permiten el sistema de la adopción, deberán 'reconocer que la adopción internacional puede ser considerada como un medida alternativa a la protección del niño, si el niño no puede ser depositado en una familia sustituta o adoptiva, o no puede ser protegido de alguna manera adaptable en el país de origen del niño'". 41. "Sin embargo, la formulación del tercer párrafo del Preámbulo no es literalmente la misma, porque hace referencia solo a una de las posibilidades alternativas de cuidado del niño referidas en el artículo 20, párrafo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño: "entre otros, hogares sustitutos, la kafala de la ley islámica, la adopción, si es necesario depósito en instituciones adecuadas para la protección del niño".

Al respecto, el lenguaje del artículo 21, párrafo primero y del inciso b) de la Convención, pone particular énfasis en ese aspecto. Es decir, el criterio jurídico verdaderamente relevante para admitir la adopción nacional o internacional o bien el depósito del menor en hogares de guarda, es **"el interés superior del niño"** y no la nacionalidad de los padres adoptantes ni su lugar de residencia. Si los padres adoptantes cumplen las normas y los criterios técnicos y por ello se protege el interés presente y futuro del niño, es posible la adopción.

Surge entonces la pregunta ¿Impuso la Convención sobre los Derechos del Niño una jerarquía de medios de protección del menor? Es decir, ¿Fue creado en la Convención un sistema de ordenación jerárquica de medios de protección? La respuesta es, a nuestro juicio negativa, puesto que ninguno de estos **"otros tipos de cuidados"** contemplados por la Convención guarda preferencia sobre el otro, por ser todos medios de protección de un niño que ha sido abandonado o que fue separado de su hogar como medida cautelar forzosa. No indica la Convención, ni es su propósito, que deban agotarse las posibilidades de proveer al menor un determinado tipo de cuidado, para luego proceder a brindar otro tipo. Son soluciones independientes, no consecutivas.

El ofrecimiento de alternativas de cuidado del menor no fue concebido por la Convención como una secuencia de opciones, porque de serlo, implicaría considerar a un tipo de cuidado como más importante que el otro. Como se dijo, el principal criterio de interpretación adoptado por la Convención, es el de **proteger el interés superior del niño**, de manera que en todo caso de duda, la tesis de interpretación se inclinaría por proteger al menor, sea cual sea el tema involucrado.

Pero debe recordarse que conforme al artículo 20.1 la obligación del Estado surge cuando los niños están **"temporal o permanentemente privados de su medio familiar"**, es decir, pueden o no haber sido abandonados, pero el mejor interés **"exija que no permanezcan en ese medio"** familiar; con mayor razón si se trata de un caso de abandono permanente. También surgen las obligaciones del Estado, cuando **"su medio"** (se refiere al hogar), no sea el más adecuado pese a no estar el niño abandonado. Estos son, por ejemplo, los casos de maltrato dentro del hogar que permiten la intervención estatal con el fin de rescatar al niño de esa situación de riesgo. Ello se manifiesta en el artículo 21.b de la Convención al permitir la adopción del niño cuando no hay otras alternativas a la disposición del Estado y este es el custodio del niño.

Pero muy distinto es el caso que nos ocupa, cual es la adopción directa, por la que la madre del menor, sin haber abandonado a su hijo o sin haber incurrido en alguna conducta que haga necesaria la separación forzosa de su hijo, dictada por el Estado, desea entregarlo en adopción a una pareja de costarricenses o de extranjeros que viven en el exterior porque considera que dichas personas lo cuidarán mejor que ella y le pueden ofrecer al menor una mejor calidad de vida.

Esta hipótesis no está contemplada por la Convención como una limitación o impedimento para la adopción internacional. En otras palabras, el artículo 21.1 permite al Estado que custodia a un menor, autorizar su adopción por extranjeros en caso de que esta sea la mejor opción en el momento y los adoptantes cumplan todos los requisitos para ser unos buenos padres de familia.

Como se expuso, este es el caso en que el niño está custodiado por el Estado, sea porque había sido abandonado o porque fue protegido de su medio familiar (art. 20.1).

Nada dice la Convención en cuanto que, en el momento en que una mujer desea dar su hijo en adopción, deban intervenir las autoridades nacionales —el PANI o el juez de familia— y tomar custodia del

niño. No es este el argumento... el hecho de iniciar el proceso de adopción directa no equivale a la figura de abandono del menor, que es la hipótesis por la que surgen las competencias del Estado a favor del niño. Ninguna norma nacional o internacional asimila la intención de adopción con un acto de abandono que genera la obligación estatal de proteger al niño. Esta tesis no ha sido sostenida por nuestros tribunales.

Lo expuesto causa una consecuencia tan grave como es que toda madre que desee entregar su hijo en adopción, sea o no a unos extranjeros, debe ser automáticamente declarada por el Estado como una madre que ha abandonado a su hijo y, que por ello, el Estado deberá dar ese hijo en adopción a la pareja costarricense que lo desee cuidar y cumpla los requisitos legales. Ello porque los costarricenses gozan de un derecho de prelación frente a los extranjeros, conforme a la tesis del PANI, que no compartimos, ni la comparten los tribunales.

Si se admite esta tesis, surge un problema práctico y es la necesidad de abrir una licitación o subasta pública para adjudicar el niño a unos padres costarricenses porque tiene un derecho de prelación; y, únicamente luego de fracasada esa licitación pública del menor, se permitiría la adopción internacional (sea a costarricenses o a extranjeros que viven en el exterior). Esta es la consecuencia de considerar que el criterio definitorio de la adopción es la nacionalidad de los padres o su lugar de residencia y no el mejor interés del niño.

La tesis ha sido rechazada por el Tribunal Superior Primero Civil que resolvió lo siguiente:

"... no puede aceptarse el argumento que el Patronato esgrimió ante el juez, en cuanto a que el niño estaba abandonado porque la madre lo entregó a la profesional apoderada de los actores durante el trámite de la adopción, ya que el abandono se entiende cuando hay desamparo y no cuando ha pasado de manos de la madre, cuyo marco social se ha detallado, a las que lógicamente lo ha cuidado..." Sentencia N° 346 de 1985.²

En conclusión, no ocurre un acto de abandono cuando la madre inicia el procedimiento para dar en adopción a su hijo.

3. La tesis del PANI afecta el ejercicio de la patria potestad de los padres sobre sus hijos menores de edad.

Frente a lo anterior, tenemos que conforme a los artículos 52 y 53 de la Constitución Política y los artículos 3, 5 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los progenitores ostentan la patria potestad sobre los hijos, independientemente de la naturaleza de la filiación.³ Lo mismo estipula el Código de Familia

² Monge, Vera Julieta. "Las adopciones internacionales en el ordenamiento jurídico costarricense". Tesis de Grado. UCR, 1994, pág. 132.

³ Artículo 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 5.

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

en los artículos 140 a 163, que preserva la autoridad parental salvo sentencia que la suspenda o la haga terminar.

Si se admite que la madre no puede dar su hijo en adopción a una pareja de extranjeros, para residir en otro país, se tendría que admitir que la sola intención de la madre produciría la pérdida de la patria potestad sobre su hijo y esto ha de generar a su vez la consecuencia de perder la custodia del menor. Sobre el tema dice al artículo 9.1 de la Convención:

"Artículo 9.

1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño..."

Ello implica que la correcta interpretación de la Convención permite preservar la autoridad parental y, a la vez, preservar el interés superior de menor. De manera que no es admisible la tesis de negar el derecho de la madre a entregar en adopción a su hijo a una pareja de extranjeros o de costarricenses residentes en el extranjero, si antes no se le obliga a entregarlo a una pareja de nacionales o de extranjeros residentes en Costa Rica, porque ello implica la supresión total de sus derechos como madre.

C) El Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993

El Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993, fue adoptado por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado el 23 de mayo de 1993. La Conferencia es una organización internacional permanente que se ocupa de desarrollar tratados sobre el Derecho Internacional Privado. Conforme a su artículo 46, el Convenio entró en vigor luego de depositado el tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación de los Estados Partes o de los invitados a la 17ª sesión de la Organización. Costa Rica aprobó el Convenio por Ley 7517 de 22 de junio de 1995 (La Gaceta N° 135 de 17 de junio de 1995).

El Convenio en cuestión fue consultado por los diputados a la Sala Constitucional, que no detectó problemas de procedimiento, según se indicó en la sentencia N° 2691-95; pero la Sala no se pronunció sobre el contenido.

1. Objeto y ámbito de aplicación del convenio.

El Convenio claramente estipula en su Preámbulo, que el propósito es mantener al menor dentro de su familia; pero, si esto no es posible, la adopción internacional es una alternativa válida y posible. Al respecto, establece el párrafo tercero del Preámbulo:

"Reconociendo que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen."

Es notorio que el Preámbulo se refiere a los casos en los que el niño no tiene una familia, porque así se comprende la razón por la que no podría encontrar "una familia adecuada en su Estado de origen".

Por otra parte, el párrafo cuarto del Preámbulo se ocupa de definir el propósito ulterior del Convenio, cual es, impedir la sustracción, la venta o el tráfico de niños. De esta manera, es claro que cuando los padres se presentan ante el juez de familia de Costa Rica a solicitar su autorización para entregar su hijo en adopción y el juez verifica las condiciones socioeconómicas de los padres y demás requisitos legales, se suprime del todo el peligro de sustracción, de venta o de tráfico de niños. Esto porque de acuerdo con los principios del Derecho Internacional Privado, el Convenio se entiende como legislación supletoria de la legislación nacional, en caso de ser esta deficiente y que no regule adecuadamente la institución de la adopción.

Entre los propósitos de la Convención no está prohibir la adopción internacional, sino regularla, especialmente para evitar delitos relacionados con las adopciones. En un memorando preparado por la Comisión Permanente de la Conferencia, de noviembre de 1989, se explica que los fines de la Convención son:

*"(b) la necesidad de un sistema de supervisión para asegurar que estas normas sean observadas (que puede hacerse para evitar que las adopciones internacionales ocurran en contra del mayor interés del niño; cómo puede ser protegido un niño de ser adoptado por medio de fraude, coacción o por recompensa monetaria..."*⁴

En cuanto a su aplicación en Costa Rica, el Convenio exige ciertos requisitos formales como la comunicación de cuál será la autoridad central costarricense. Costa Rica designó al Consejo Nacional de Adopciones del Patronato Nacional de la Infancia, como la Autoridad Central, por "nota verbal" presentada por nuestra embajada ante el Departamento de Tratados del Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, el día 30 de octubre de 1995, según pudimos comprobar en el expediente del Convenio en el Departamento de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica.

Procedemos ahora a analizar el Convenio sobre la hipótesis de que, en caso de aplicarse plenamente, dicho Convenio no impide la adopción por extranjeros aprobada por un juez costarricense.

2. Autoridades centrales.

Conforme al artículo 6.1 del Convenio todo Estado debe acreditar ante el depositario, una "autoridad central":

"Artículo 6.

Todo Estado Contratante designará una autoridad central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone..."

⁴ G. Parra-Aranguren. *Op. cit.*, párrafo 7.

El PANI ha esgrimido como argumento en favor de la aplicación del Convenio, que tanto su Ley Orgánica como los reglamentos vigentes, designan al Patronato Nacional de la Infancia como la Autoridad Central en materia de adopciones. Pero esto no es suficiente para el Derecho Internacional, puesto que el acto de designación de una autoridad central debe ser comunicado a las otras partes de un tratado, o como lo dice el artículo 13 del Convenio:

"Artículo 13. *La designación de autoridades centrales y, en su caso, en el ámbito de sus funciones, así como el nombre y dirección de los organismos acreditados, serán comunicados por cada Estado contratante a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado."*

Ello significa que el requisito fue cumplido parcialmente por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica, cuando comunicó al Gobierno de los Países Bajos, la designación de la Autoridad Central costarricense, pero no se ha hecho la formal comunicación a la Oficina Permanente de la Conferencia. Este requisito internacional no puede ser suplido por la Ley o los reglamentos locales, porque se trata de un acto internacional del Estado costarricense y las leyes y reglamentos locales no producen efectos extraterritoriales. En otras palabras, el Derecho costarricense no tiene vigor en el mundo internacional, de manera que la obligación de designar una autoridad central debe ser cumplida como un acto de comunicación formal de Estado a Estado.

Sin embargo, este requisito, aun cuando imperfectamente cumplido, no guarda relación con la tesis de otorgar prioridad a los adoptantes nacionales en perjuicio de los extranjeros. Aquí es claro que el hecho de comunicar a los otros Estados Parte cuál es la Autoridad Central costarricense, no tiene el efecto de variar los criterios de adopción, sino simplemente cumplir el requisito formal que permitirá la comunicación entre los Estados.

De todas maneras, cuando se cumpla este requisito internacional de eficacia, nuestra Autoridad Central tiene entre sus funciones:

"Artículo 9.

a) ...;

b) *Facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción."*

De esta manera, el Convenio no obliga a rechazar una adopción internacional de un niño que está custodiado por su madre, si antes no se ha ofrecido a posibles adoptantes costarricenses. La función de la autoridad central es administrativa, tal y como se verá.

3. Autoridades competentes.

Conforme al artículo 4 del Convenio, las adopciones deben cumplir ciertos requisitos:

"Artículo 4. *Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen:*

a) *han establecido que el niño es adoptable;*

b) *han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño;*

c) se han asegurado de que:

1. las personas e instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas..."

La norma anterior se refiere a "**las autoridades competentes del Estado de Origen**", y no se refiere a la "Autoridad central", esto por cuanto las funciones de la Autoridad Central dentro del Convenio no son las de aprobar o improbar las adopciones, sino de colaborar con la Autoridad Central del otro Estado. En efecto, ninguna de las cláusulas del Convenio otorga a la Autoridad Central la competencia de aprobar o improbar las adopciones. Esto se reitera en el Capítulo III, artículo 7.1, donde se hace una distinción entre las autoridades centrales y las autoridades competentes cuando dicho artículo establece que:

"Artículo 7

1. *Las Autoridades centrales deberán cooperar entre ellas y promover una colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar la protección de los niños y alcanzar los demás objetivos del Convenio...*"

Los comentarios oficiales a la Convención hacen esa diferencia entre las autoridades centrales que desarrollan el proceso de cooperación internacional y las autoridades competentes para aprobar definitivamente la adopción:

"111. La verificación de las garantías establecidas por el artículo 4 no es necesariamente hecha por la Autoridad Central prevista por el Capítulo III de la Convención, sino por las 'autoridades competentes' del Estado de origen. El Estado de origen está en la libertad de determinar cuáles son las autoridades competentes, sean administrativas, o judiciales, o hasta la Autoridad Central."⁵

Lo expuesto tiene sentido, por cuanto en los tratados o convenios internacionales en los que se prevé una Autoridad Central con el fin de que sirva como medio de comunicación con los demás órganos internos y que facilite la comunicación entre los Estados contratantes, también se reconoce que la decisión sustantiva es dictada por otro órgano diferente. En el caso de las convenciones sobre extradición o sobre cooperación penal internacional, la Autoridad Central colabora en el proceso, pero las extradiciones son aprobadas por los jueces.

Sobre el punto, dice el profesor Hans van Loon, Primer Secretario de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado:

"AUTORIDADES CENTRALES Y ORGANISMOS ACREDITADOS.

El capítulo III se ocupa de las Autoridades Centrales que deben ser designadas por cada Estado Contratante (los Estados Federales pueden designar más de una Autoridad Central).

5 Id., párrafo 111.

Hay un aspecto internacional así como uno interno en las funciones de las Autoridades Centrales: internacionalmente, su tarea es cooperar con sus contrapartes en otros Estados Contratantes; internamente deben promover cooperación entre las autoridades competentes. Sus responsabilidades de carácter general y específico; las segundas responsabilidades pueden ser delegadas en 'organismos acreditados' (artículos 9-12).⁶ Se agregó el subrayado.

El profesor Van Loon, funcionario de la organización que adoptó el Convenio, distingue claramente entre las funciones que ostentan las Autoridades Centrales y las funciones de las "autoridades competentes" que son las que aprueban o deniegan la adopción internacional. En Costa Rica estas autoridades competentes son los jueces de Familia.

Esta es la correcta interpretación del Convenio de La Haya porque en Costa Rica, el PANI no tiene competencia para aprobar una adopción, sino únicamente para dictar las medidas cautelares de suspensión de la patria potestad para efectos de declarar el estado de abandono en fase administrativa, o decretar un depósito provisional del menor, o bien otorgar el "consentimiento" en materia de adopciones (artículo 4 de su Ley Orgánica).⁷ Pero ninguna norma otorga al PANI la potestad de vetar una decisión judicial de adopción dictada aun en contra de la opinión del PANI.

Lo expuesto contrasta radicalmente con la tesis sostenida por el PANI, porque obligaría al juez a verificar si hay mejores postores para el niño. Pero si la madre no desea darlo en adopción a otra pareja residente en Costa Rica, porque estima que lo mejor para su hijo es que sea adoptado por unos costarricenses o unos extranjeros que viven fuera, conforme a la tesis del PANI habría que declararlo en abandono y luego promover la adopción por nacionales, aunque esto sea contrario al interés superior del menor que va a ser adoptado.

La tesis del PANI implica eso. En todos los casos en que los progenitores —o uno de ellos— declaren que desean dar su hijo en adopción, el PANI deberá declararlo en abandono, acto seguido dictará las medidas cautelares de custodia y depósito del menor y luego lo dará en adopción a una pareja costarricense. Ese es el efecto material de la interpretación dictada por el Patronato Nacional de la Infancia, porque de otro modo no es posible concebir esta tesis operativamente.

Vista desde esta perspectiva, la tesis del PANI implica que ninguna madre costarricense (ni extranjera residente aquí) podrá dar su hijo en adopción a una pareja extranjera, si antes, la madre, o el Estado, no han agotado todas las posibilidades de entregar el niño a una pareja costarricense. Los extranjeros estarán a la espera de que los costarricenses decidan o no adoptar al menor.

Ello elimina del todo la decisión de la madre, quien ejerce la patria potestad de sus hijos, porque una vez que declara su deseo de dar en adopción, pierde su patria potestad y por ende toda capacidad de decisión sobre el proceso de adopción.

6 *Hans van Loon. Introductory Note on The Hague Convention on 29 May 1993 on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption. En Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Académie De Droit International de La Haya-Institut Interamericano de Derechos Humanos. San José-La Haya, 1996, página 167.*

7 *Artículo 4.- Atribuciones: Las atribuciones del Patronato Nacional de la Infancia serán:...o) Promover la adopción nacional e internacional, y otorgar el consentimiento para que se adopte menores de edad por medio del Consejo Nacional de Adopciones, como autoridad central administrativa, según la normativa vigente dentro y fuera de Costa Rica.*

Es posible que una madre esté dispuesta a entregar a su hijo a una pareja de extranjeros, pero puede cambiar de opinión y mantenerlo con ella. De ocurrir esto ¿Puede el PANI impedir a la madre cambiar de opinión? ¿Puede al PANI forzar a la madre a entregar su hijo a quien no quiere entregarlo? Opinamos que esto no es admisible.

4. La igualdad de costarricenses y extranjeros.

El derecho de prelación en favor de los costarricenses, del que habla el PANI, coloca a los extranjeros en una categoría jurídica disminuida porque deberán esperar el resultado de una especie de subasta o licitación pública en favor de los nacionales y, si no aparece ningún nacional con interés en el menor, podrá ser adoptado por unos extranjeros y ser llevado al exterior.

Esta tesis no es admitida por nuestra Constitución Política, que en el artículo 19 proclama la igualdad entre costarricenses y extranjeros y permite únicamente ciertas distinciones fundadas en razones de orden público. Sobre el tema dijo la Sala Constitucional:

"La Sala ha señalado ya que la frase 'con las excepciones y limitaciones que esta constitución establezca' (en el artículo 19 de la Constitución) no contiene una autorización ilimitada, sino que permite al legislador establecer excepciones lógicas, derivada de la naturaleza misma de la diferencia entre estas dos categorías —nacionales y extranjeros—, de tal forma que no puede establecer diferencias que impliquen la desconstitucionalización del principio de igualdad." Sentencia 2093-93.

De esta forma, la distinción argumentada por el PANI entre costarricenses y extranjeros en materia de adopción, no puede implicar válidamente la relegación de los segundos a la decisión de adopción de los primeros. Esta es una desigualdad que no tiene razón lógica alguna de ser y por lo tanto viola el principio de igualdad proclamado por el artículo 19 de la Constitución.

Pero ¿Qué sucede con los extranjeros que viven y son residentes en Costa Rica? Conforme a la tesis del PANI, tampoco sería posible para un extranjero pero residente permanente en Costa Rica, adoptar directamente a un niño de padres costarricenses, porque debería esperar la licitación pública.

La Convención de La Haya no admite esta discriminación entre nacionales y extranjeros. De hecho las explicaciones oficiales dicen lo siguiente:

"71. El artículo 2 no toma en consideración la nacionalidad de las partes para determinar el ámbito de la Convención, entre otras razones porque el Estado de la nacionalidad no podrá cumplir muchas de las obligaciones impuestas por las reglas de la Convención, como la preparación de informes requeridos por los artículos 15 y 16. Entonces, aun cuando la nacionalidad de las partes no debe ser una barrera contra las adopciones internacionales, no debe ser olvidado que puede ser uno de los elementos a considerar por el Estado de origen y por el Estado receptor, así como otras características personales, antes de aceptar que la adopción puede proceder, como está establecido en el artículo 17, sub-párrafo c.⁸"

8 G. Parra-Aranguren. Op. cit., párrafo 71.

Sobre el punto es oportuno recordar que la Convención de los Derechos del Niño y el Código de Familia costarricense parten de la tesis de que el niño adoptable no está bajo la custodia de la familia sino del Estado, razón por la que sí podrían aceptarse ciertos requisitos para la procedencia de una adopción internacional. En estos casos en que el Estado es el custodio, sí se pueden concebir ciertas limitaciones al proceso de adopción, como la consideración de la adopción local y luego la consideración de la adopción internacional como una alternativa. Así se interpreta el concepto de "subsidiariedad" empleado por el PANI. Pero no es aceptable admitir que en los casos en que el niño está bajo la custodia parental, sea aplicable este criterio.

La Convención de La Haya delega en cada país la definición de los procedimientos y demás requisitos necesarios para aprobar una adopción internacional.

"122. La base para signar esa responsabilidad al Estado de origen fue que, usualmente, estará en la mejor posición de determinar que no existe una solución 'nacional' o 'interna' para el niño específico a ser adoptado. Sin embargo, al Estado receptor le es permitido controlar esa determinación, porque la Autoridad Central está en la libertad de otorgar su consentimiento para que proceda la adopción, según es permitido por el artículo 17 sub-párrafo c."

"123. Pese a la aceptación expresa del principio de subsidiariedad, existió consenso que, en ciertas circunstancias, el mayor interés del niño pueda requerir que él o ella sea dado en adopción internacional, aun cuando exista una familia disponible en el Estado de Origen, por ejemplo, en el caso de adopción entre parientes, o de un niño con discapacidades especiales y él o ella no puede ser adecuadamente cuidado."

"124. De acuerdo con el sub-párrafo b del artículo 4 el principio de subsidiariedad de las adopciones internacionales debe tomar en cuenta el mejor interés del niño, un principio ya expresado en el párrafo cuarto del Preámbulo y en el artículo 1, sub-párrafo a. A este respecto, como ya se expresó, el mejor interés del niño debe ser considerado como de suprema importancia, siguiendo las guías definidas por el artículo 12, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de conformidad con la cual 'Los Estados Partes que reconocen y/o permiten el sistema de adopciones deberán asegurarse que el mejor interés del niño será de capital importancia...'"

5. La relación entre la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio de La Haya.

El artículo 30.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, estipula que, a falta de una cláusula expresa, es también aplicable el tratado anterior que trata el mismo tema, suscrito por las mismas partes. Es decir, es una cláusula supletoria.⁹

El Convenio de La Haya, en el artículo 39.1, declara expresamente que no deroga otros tratados internacionales "sobre materias reguladas por el presente Convenio". En consecuencia, todas las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, son aplicables simultáneamente

⁹ Ver Henkin, Louis, et al. *International Law*. West Publishing Co. 1987, páginas 438-39.

con las del Convenio. Por ello, son válidas las conclusiones sobre los casos en que se puede aplicar el artículo 4.b), cuando se trata de niños que han sido abandonados y son custodiados por el Estado; y que no es aplicable esta norma cuando el niño es custodiado por sus padres.

En caso de conflicto entre dos o más tratados, debe seguirse el criterio de interpretación teleológica, según se explica de seguido.

Tanto la Convención de los Derechos del Niño, como la Convención de La Haya, son normas del Derecho Internacional plenamente aplicables en nuestro ordenamiento jurídico.

La diferencia de criterios que se plantea entre el Consejo Nacional de Adopciones del PANI, a través de la Secretaría Técnica de Adopciones, respecto del contenido del Convenio de La Haya y el criterio sostenido por nuestros tribunales de familia, a partir de la interpretación que cada uno de ellos realiza de las convenciones internacionales en cuestión, plantea la necesidad de analizar los criterios de interpretación aplicables a esas dos convenciones internacionales.

Dentro de los distintos métodos de interpretación admitidos por el Derecho Internacional, la interpretación teleológica figura como el más apropiado, en casos de parientes con conflictos como el que se reputa entre la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio de La Haya. Esta tesis es compatible con la interpretación admitida por altos tribunales internacionales y por la doctrina para el caso de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En cuanto al método teleológico de interpretación de los tratados, el artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, describe los elementos fundamentales de interpretación de los tratados internacionales, que son: la buena fe, el texto o contexto y el objeto y propósito del tratado. En torno al método teleológico de interpretación de tratados internacionales que subyace en el artículo 31.1 de la Convención de Viena, tal y como lo dice el honorable Juez Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, A. A. Cancado Trindade, está representado por la regla *ut regis magis valeat quam pereat*, descrito también como el "*effet utile*" o como "principio de efectividad", por el cual las disposiciones convencionales han de asegurar sus efectos propios.¹⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ocupó del tema en el caso Velásquez Rodríguez, criterio que la Corte denominó de "efecto útil" de la Convención Americana refiriéndose a un precedente internacional:

"30. La Corte entiende que la interpretación de todas las normas de la Convención relativas al procedimiento que debe cumplirse ante la Comisión para que 'la Corte pueda conocer de cualquier caso' (art. 61.2), debe hacerse de forma tal que permita la protección internacional de los derechos humanos que constituye la razón misma de la existencia de la Convención y llegar, si es preciso, al control jurisdiccional. Los tratados deben interpretarse 'de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin' (art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el

¹⁰ A. A. Cancado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, Vol II, 1º Edic., 1999, pp. 27-28.

Derecho de los Tratados). El objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. Por ello, la Convención debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo 'su efecto útil.'" Es plenamente aplicable aquí lo que ha dicho la Corte de La Haya.

"Considerando que, en caso de duda, las cláusulas de un compromiso por el cual un diferendo es sometido a la Corte, deben ser interpretadas, si con ello no se violentan sus términos, de manera que se permita a dichas cláusulas desplegar su efecto útil (*Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 19 August 1929, P.C.I.J., Serie A, No. 22, pág. 13*)."

Sobre la procedencia del método de interpretación teleológico respecto de tratados internacionales, la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió en el caso *Wemhoff versus República Federal de Alemania*, de 1968, que la interpretación más apropiada para este tipo de tratados, es la que permite la realización de su objeto y propósito.¹¹

Este mismo criterio fue expresado por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-4/1984, que a su vez se remite a la Opinión Consultiva OC-3/1983:

"21. Esta Corte definió, sin embargo, que 'los criterios de interpretación consagrados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados pueden considerarse reglas de derecho internacional sobre el tema' [*Restricciones a la Pena de Muerte, supra 19, párr. N° 48*]."

"22. Al determinar si el proyecto legislativo al cual se refiere la solicitud puede dar lugar a una opinión consultiva según el artículo 64.2, la Corte debe interpretar la Convención 'de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin' [*Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31.1; Restricciones a la Pena de Muerte, supra 19, párr. N° 49*]."

"23. Esto significa necesariamente que el 'sentido corriente' de los términos no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado. La Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas [*Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, pág. 8*] precisó que la función del intérprete está enderezada 'a dar eficacia a las disposiciones [de un tratado] en su sentido natural u ordinario en el contexto en el cual ocurren', el que, naturalmente, incluye el objeto y fin, de alguna manera expresado en el contexto."

"24. Esta Corte opinó [*Restricciones a la Pena de Muerte, supra 19, párr. N° 47*], en relación con las reservas, pero con criterios válidos respecto del conjunto de la Convención, que la

11 *Id.*, pág. 28.

interpretación hay que hacerla en forma tal que no conduzca 'de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención' y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma 'son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos' [Corte I.D.H., El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana (Art. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A, N° 2, párr. N° 29]." (Se agregó el subrayado).¹²

Lo expuesto fue reafirmado por la Corte Interamericana en el caso Cayara cuando dijo que:

*"42. ... La norma reglamentaria citada no debe ser aplicada de manera tal que desvirtúe el propósito y el objeto de la Convención. Es un principio comúnmente aceptado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica."*¹³

También dijo la Corte en el caso Cayara, Excepciones Preliminares:

"29. La Corte considera que, conforme lo establece el artículo 51.1 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana tiene un plazo de tres meses a partir de la remisión del Informe a que se refiere el artículo 50.1 de la Convención, para someter un caso a la Corte. La expresión 'plazo de tres meses' debe entenderse en su sentido usual. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 'plazo' [es el] término o tiempo señalado para una cosa', y 'mes [es el] número de días consecutivos desde uno señalado hasta otro de igual fecha en el mes siguiente'. Asimismo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 31.1) enumera entre los elementos de interpretación, el sentido corriente de las palabras, además del contexto, objeto y fin del tratado (véase infra, párr. 40)."

"37. La Corte ha analizado en otras oportunidades algunos aspectos del artículo 51 de la Convención (Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, N° 1, párr. 62 y ss.; Caso Neira Alegría y otros, Excepciones Preliminares, Sentencia de 11 de diciembre de 1991. Serie C, N° 13, párr. 32), pero no las características o condiciones del plazo que contempla el inciso 1) de este artículo. Para resolver adecuadamente las objeciones planteadas por el Gobierno deberá forzosamente referirse a él. Y para hacerlo deberá ratificar su criterio tantas veces expresado de que el objeto y fin del tratado es la protección de los derechos humanos y que a él hay que subordinar la interpretación de todas las disposiciones del mismo, como lo dispone la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 31 (Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, op. cit., párr. 30)."

12 Ver el caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C, N°1, párr. 30; caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C, N°2, párr. 35; Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C, N°3, párr. 33 y caso Cayara, Excepciones Preliminares, Sentencia de 3 de febrero 1993, Serie C, N°14, párr. 37.

13 Caso Cayara, Excepciones Preliminares, Sentencia de 3 de febrero 1993, Serie C, N°14, párr. 42.

"40. Como se dijo anteriormente (véase supra, párr. 29), son elementos consagrados para la interpretación de los tratados el sentido corriente de sus términos, el contexto y el objeto y fin de dichos tratados. Tales elementos se encuentran vinculados en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al indicar que el proceso de interpretación es uno. Atentaría contra el objeto y fin de la Convención Americana, y no tomaría en cuenta el contexto de la misma, aplicar las normas reglamentarias sin un criterio de razonabilidad, ocasionando un desequilibrio entre las partes y comprometiendo la realización de la justicia."

A manera de conclusión, conforme a lo expuesto por la Corte Interamericana, la jurisprudencia internacional y la doctrina más autorizada, la interpretación teleológica es la más apropiada para aplicar los tratados de derechos humanos como las dos convenciones sobre Derechos del Niño y el Convenio de La Haya que analizamos aquí, porque este género de tratados establecen obligaciones objetivas contraídas por los Estados Partes en atención a valores de interés general o de orden public que trascienden los intereses individuales de los Estados contratantes.¹⁴

En materia de adopciones internacionales, es claro el fin de proteger los niños de manera que las dos convenciones deben armonizarse bajo el criterio de utilidad, en función de los niños. De acuerdo con la Convención de Derechos del Niño y la Convención de La Haya, las adopciones internacionales están permitidas y se admite que constituyen un medio idóneo de solución de los problemas que afrontan muchos menores que en su país de origen no cuentan con una familia que les brinde seguridad y estabilidad económica y social. De esta manera, como el interés superior del menor es el criterio común que resulta de una interpretación teleológica de estas convenciones internacionales, puede excluirse fácilmente el criterio de la nacionalidad de los adoptantes y el criterio de subsidiariedad o de prelación de los adoptantes nacionales por sobre los extranjeros, puesto que estos criterios no cumplen un fin útil a esas dos convenciones que es la protección del niño y causan una discriminación entre padres nacionales y extranjeros no fundada en una razón objetiva, necesaria para proteger el interés superior del niño.

D) El Código de Familia

El Capítulo VI del Código de Familia, denominado "**Filiación por Adopción**" contiene un desarrollo bastante completo y puntual sobre el tema de la adopción, sus requisitos, clases, efectos e impedimentos.

En cuanto a la definición de adopción, el artículo 100 del cuerpo legal citado, establece:

"Artículo 100. Definición. La adopción es una institución jurídica de integración y protección familiar, orden público e interés social. Constituye un proceso jurídico y psicosocial, mediante el que el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos, en calidad de hijo o hija."

Luego de dar la definición de adopción, el Código de Familia desarrolla el contenido del artículo 51 de la Constitución Política ya analizado previamente, en el sentido de que todo menor de edad tiene derecho a pertenecer a una familia. En efecto, el artículo 101 indica que:

¹⁴ A. A. Cancado Trindade, *ob. cit.*, pág. 30.

"Artículo 101: Derecho de permanecer con la familia consanguínea. Toda persona menor de edad, tiene el derecho de crecer, ser educada y atendida al amparo de su familia bajo la responsabilidad de ella; solo podrá ser adoptada en las circunstancias que se determinen en este Código."

Se describe allí el interés del legislador por garantizar que todo menor de edad permanezca bajo una familia y que también hubo preocupación por dejar definir que los procedimientos de adopción están marcados por una gran rigurosidad formal y por el estricto cumplimiento de lo que dispone el Código de Familia al respecto.

El artículo 106 del mismo Código de Familia establece cuáles son los requisitos generales para que una persona pueda adoptar a otra. De esta forma, el artículo dispone que:

"Artículo 106: Requisitos generales para todo adoptante. Para ser adoptante, se requiere:

- a) **Poseer capacidad plena para ejercer sus derechos civiles.**
- b) **Ser mayor de veinticinco años, en caso de adopciones individuales. En adopciones conjuntas, bastará que uno de los adoptantes haya alcanzado esta edad.**
- c) **Ser por lo menos quince años mayor que el adoptado. En la adopción conjunta, esa diferencia se establecerá con respecto al adoptante de menor edad. En la adopción por un solo cónyuge, esa diferencia también deberá existir con el consorte del adoptante.**
- d) **Ser de buena conducta y reputación. Estas cualidades se comprobarán con una prueba idónea, documental o testimonial, que será apreciada y valorada por el Juez en sentencia.**
- e) **Poseer condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas, y de salud, que evidencien aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental."**

Como puede notarse, ni en el artículo citado ni en ninguna otra parte del Capítulo de "Filiación por Adopción" del Código de Familia se señala la nacionalidad de la persona o personas adoptantes, como un criterio a considerar en los casos de adopción, sino que son otras condiciones personales de estos, las que llevan al juez a aprobar o denegar la solicitud de adopción.

En concordancia con lo anterior, el artículo 109 del Código de Familia, reformado por Ley número 7538 publicada en La Gaceta número 199 de 20 de octubre de 1995, establece que la adopción procederá en favor de: " a)..., b)..., c) Las personas menores de edad cuyos progenitores, según sea el caso, consientan ante la autoridad judicial correspondiente, la voluntad de entrega y desprendimiento; siempre que, a juicio del Juez, medien causas justificadas suficientes y razonables que lo lleven a determinar este acto como lo más conveniente para el interés superior de la persona menor de edad".

El supuesto regulado en el inciso c) del artículo 109 del Código de Familia, consiste en las denominadas adopciones directas, en las que media el consentimiento de los padres biológicos de entregar el menor a otra familia. Sin embargo, aún en este tipo de adopciones el legislador no estipuló ninguna restricción en cuanto a la nacionalidad de la familia, porque el único criterio relevante es la condición familiar en que el niño vivirá.

Conviene ahora examinar la regulación que respecto de las adopciones internacionales dispone el Código de Familia, con tal de determinar si tal y como lo afirma el Consejo Nacional de Adopciones del PANI existe un principio de subsidiariedad o de prelación en favor de familias nacionales adoptantes por sobre la posibilidad de adopción que tiene una familia extranjera.

El artículo 112 del Código de Familia, establece que:

"Artículo 112: Adoptantes extranjeros. Las personas sin domicilio en el país pueden adoptar, en forma conjunta o individual, a una persona menor de edad que haya sido declarada, por la autoridad nacional competente, apta para la adopción.

Cuando se trate de una adopción conjunta, los adoptantes deberán comprobar, ante los tribunales costarricenses, que:

- a) Tienen por lo menos cinco años de casados.**
- b) Además de los requisitos generales establecidos en este Código, reúnen las condiciones personales para adoptar, exigidas por la ley de su domicilio.**
- c) La autoridad competente de su país los ha declarado aptos para adoptar.**
- d) Una institución, pública o estatal, o un organismo acreditado de su domicilio y sometido al control de las autoridades competentes del Estado receptor, velará por el interés del adoptado.**

La persona sin domicilio en Costa Rica, que desee adoptar en forma individual a un menor, deberá cumplir con los requisitos establecidos en los incisos b), c) y d) de este artículo."

Del artículo en cuestión, se pueden deducir varias conclusiones relevantes para el tema.

En primer lugar, el Código de Familia no exige a los padres adoptantes, pertenecer a una determinada nacionalidad como requisito de validez para poder adoptar a un menor de edad en nuestro país; esto en contraposición a lo argumentado por la Secretaría Técnica de Adopciones del PANI.

En segundo lugar, la ley no estipuló el criterio de "subsidiariedad" esgrimido por el PANI en beneficio de familias adoptantes costarricenses y en perjuicio de las familias extranjeras (o costarricenses radicadas en el extranjero). Esta tesis implica la creación de un privilegio a favor de las familias costarricenses, cualquiera que sea su condición social, económica y cultural, en perjuicio de las extranjeras.

En tercer lugar, el artículo en mención es categórico al afirmar que la autoridad para aprobar las adopciones la ostenta la **"autoridad nacional competente"**, que es un juez de la República. El PANI opera como autoridad administrativa central, pero no como la autoridad competente para dictar la decisión final.

Es esencial esta distinción entre la autoridad competente para resolver la adopción y la autoridad administrativa para comunicarse con los otros Estados miembros del Convenio y desarrollar otras tareas administrativas. Si no se aceptase esta distinción se causaría la invasión por el PANI de funciones jurisdiccionales de los jueces y las competencias legales que se les otorgan en razón de su cargo.

Esta aparente confusión es aclarada por el artículo 113 del Código de Familia, que dice:

"Artículo 113: Declaratoria de adoptabilidad. Cuando se trate de niños al cuidado y atención del PANI o de otras organizaciones privadas, dedicadas a atender a la niñez, una vez aprobados los estudios psicosociales correspondientes y tras haberse constatado que la adopción conviene al interés de la persona menor de edad, la autoridad administrativa competente la declarará adoptable. El expediente se trasladará de inmediato al juez, para quien será prueba fundamental a la hora de declararla en abandono."

Como se nota, la norma distingue entre la función del PANI como autoridad central que verifica el cumplimiento administrativo y técnico de los requisitos de la adopción, sobre todo en los casos en que los niños están bajo su custodia. En todo evento, la norma exige remitir el asunto al juez para que resuelva.

E) Código de la Niñez y la Adolescencia

El Código de la Niñez y la Adolescencia, adoptado mediante Ley 7739 y publicado en La Gaceta del 6 de febrero de 1998, constituye un marco mínimo legal de protección integral de los derechos y obligaciones de las personas menores de edad.

Con el título de **"Derecho a la vida familiar y a percibir alimentos"**, el Capítulo Tercero del Código enumera y define una serie de derechos en beneficio de los menores oponibles frente a cualquier tercero, cuya base es la pretensión de que el menor de edad pueda permanecer en su ambiente familiar, —salvo que ciertas circunstancias especiales justifiquen la salida del menor de su hogar—, como condición necesaria para su desarrollo integral como persona.

El artículo 30 del Código contiene el **"Derecho a la vida familiar"** y establece al respecto:

"Artículo 30: Las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y a su madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca."

Esta pretensión de unión entre el menor y su familia, se reitera en el artículo 33 al consagrar el **"Derecho a la permanencia del menor con su familia"**, y definirlo de la siguiente manera:

"Artículo 33: Las personas menores de edad no podrán ser separadas de su familia, salvo en circunstancias especiales establecidas por la ley. En este caso, tendrán derecho a la protección y asistencia técnica gratuitas por parte del PANI."

Las circunstancias especiales a que apunta el artículo 33, se refieren a los supuestos en los que el menor ha sido abandonado por sus padres, o bien un juez de la República ha ordenado, que en resguardo de los intereses superiores del menor, éste abandone su entorno familiar y sea entregado al PANI.

Esta competencia de resguardo otorgada al PANI respecto de menores abandonados por sus padres, o de menores que salieron de su hogar por orden judicial, no se aplica en los casos de adopción directa, cuando los padres desean entregarlo en adopción, porque el PANI tiene la competencia para asumir el cuidado y resguardo de los menores en esas otras hipótesis.

En segundo lugar, la norma no declara al PANI como autoridad competente para aprobar las adopciones, sino que en esas circunstancias puede el PANI intervenir a favor del niño. Pero del resto de las normas analizadas, se concluye que son los jueces, las autoridades competentes para aprobar o improbar la adopción de menores de edad, sean abandonados, entregados en forma directa por su madre a otra familia, o sean menores que por orden judicial fueron obligados a salir de su entorno familiar.

Cabe agregar que si el Código, en su artículo segundo establece que las disposiciones se aplicarán a todo menor de edad, sin distinción de género, etnia, ideología, cultura, idioma, religión o nacionalidad; lo mismo debe considerarse respecto de las personas adoptantes en razón de su nacionalidad, porque esta discriminación es prohibida por el artículo 34 de la Constitución.

F) Criterio de los tribunales superiores de familia

La tutela del interés superior del niño implica la obligación del Estado de asegurar que todo menor de edad se desarrolle a lo interno de su familia consanguínea, o en su defecto, en el seno de una familia adoptante. El Tribunal de Familia de San José, ha resuelto lo siguiente:

"IV. No hay duda que, lo ideal para el niño es permanecer en el seno de su familia consanguínea, cuando la misma está en condiciones de dispensarle seguridad afectiva y condiciones de vida razonables. Por ello debe protegerse el derecho indiscutible que al menor le asiste de crecer, ser educado y ser atendido en el ámbito de su propia familia. A la vez es un derecho de sus parientes —que simultáneamente se convierte en un deber— de ejercer estas funciones, siempre y cuando no se lesione el interés del niño. Ese derecho fue reconocido por la Asamblea General de las Naciones Unidas al aprobar la Convención Internacional de Derechos del Niño, ya ratificada por Costa Rica, y que en sus principios expresa: que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Que siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo responsabilidad de sus padres, y en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; y que, salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse el niño de corta edad de su madre. Pese a lo anterior, se trata de postulados que el ser humano debe cumplir en el rol de padres de familia, pero que las legislaciones deben acentuar para evitar la injusticia y el atropello a que están expuestos muchos niños, que no tienen por qué sufrir las consecuencias derivadas de un hogar desintegrado, de conductas desviadas de sus progenitores, de tratos inhumanos y de la pobreza emotiva que caracteriza en algunos casos a los progenitores. De ahí la necesidad de búsqueda de mecanismos legales, que de alguna forma contribuyan a tratar de garantizar, en la medida de lo posible a nuestros niños su pleno desarrollo físico y emocional, que refleje en el futuro su propio desarrollo de personalidad y la incorporación a la sociedad como ciudadanos de bien. Sin embargo, ese ideal se ve truncado en la vida de muchos de nuestros queridos niños, que por razones especiales han sido abandonados por sus padres, de tal suerte que ya no pueden contar con el apoyo que naturalmente sus progenitores deben procurarles. Es aquí donde surge la gran problemática social, a veces incontrolable por el mismo Estado y a la cual no escapa nuestro medio. Hay que reconocer también los esfuerzos que se han hecho y se continúan haciendo para tratar de mejorar la legislación y las alternativas para solventar en lo posible esos problemas de abandono y maltrato de menores. Pero, mientras todo esto ocurre, también se presenta la necesidad de solucionar de inmediato problemas ya existentes y que no se deben postergar, pues de hacerlo influiría en el bienestar del menor y en detrimento de la protección del 'interés superior del niño', que son el Alfa y Omega de nuestra legislación en el Derecho de Familia y en la misma Convención ya citada.

De acuerdo con ese interés superior que debe prevalecer, no es conveniente dejar al niño indefinidamente aislado en instituciones, mientras se estudia y examina la posibilidad de ser adoptado; antes bien, debe actuarse con prontitud y esforzarse por encontrar la familia adoptiva para el menor, y es recomendable que eso ocurra en edad temprana del niño. Tampoco ha de obviarse la problemática que enfrentan algunos países respecto a la adopción de niños con fines distintos a los que persigue el instituto jurídico de la adopción. Por ello, deben ser los jueces cautelosos y en todo caso, determinar, si la adopción es la mejor alternativa para el niño que ha sido abandonado por sus padres. A ese control no escapan las adopciones nacionales, y con mucho más razón las internacionales, que tampoco están prohibidas en nuestra legislación, en cuyo caso es hasta difícil dar un seguimiento para tener la certeza de que el menor adoptado realmente ha encontrado un hogar que le propicie todo el afecto, cariño y demás cuidados necesarios. Es de suma importancia la posición que asuman los adoptantes, quienes por razones especiales se han visto en muchos casos privados o imposibilitados de tener un hijo, y que por ello han decidido adoptar un niño, a sabiendas de las responsabilidades y del esfuerzo que esa tarea conlleva, pero que realmente toman y tratan al menor como su verdadero hijo, propiciándole todo aquello que no pudo encontrar antes y que tampoco encontrará si estuviera internado o institucionalizado. Es sabido que las adopciones internacionales presentan problemas de la más diversa índole, empezando por los jurídicos, que son a nuestro criterio los de menor dificultad, siguiendo con los socioculturales y que tienen que ver con la posibilidad de la adaptación e integración de los menores adoptados en una sociedad, que por regla general es social, cultural, lingüística y nacionalmente diferente a la de origen. A esa tarea se han dedicado los cónclaves mundiales y la doctrina dominante, siendo uniformes en recomendar las adopciones nacionales para muchos menores abandonados o en situación semejante y de ahí que patrocinen el fomento de las adopciones domésticas. Por esas razones, el Juez que tome la decisión correspondiente, debe estar convencido de que la adopción internacional en trámite constituye la mejor alternativa para el menor. La prudencia que debemos tener los Jueces y el interés superior del niño como denominador común, han de ser los parámetros en los que debe descansar la resolución del Juez, máxime en esta materia de familia, tan sublime y frágil por su naturaleza. No debe perderse tampoco de vista, que si bien es cierto, el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece requisitos para el caso de la adopción internacional, los que debe verificar el juzgador que conoce de las diligencias de adopción, también lo es, que la misma Convención, en el artículo 41, señala que:

'Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado parte, o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.'

Asimismo, el bien jurídico que se tutela por ese ordenamiento, es el interés superior del niño, y a la satisfacción de ese interés deben ir dirigidas las decisiones de los tribunales, por ello, la misma Convención, en su artículo 3, inciso 1°), dispone:

"En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."
Tribunal de Familia de San José, Sentencia N° 548-95.

Respecto de los principios que rigen el sistema de adopciones ha resuelto el Tribunal de Familia de San José:

"V.- LOS PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DE LA ADOPCIÓN: Sobre la base de las anteriores consideraciones debe indicarse que resulta indispensable examinar, desde una perspectiva general, los principios más importantes que fundamentan el instituto de la adopción, a partir de la reforma de 1995 al Código de Familia. Si se observa esa regulación, se colige que la adopción establece un vínculo de filiación —una forma jurídica de ser hijo— que tiene los mismos efectos y consecuencias que el vínculo que une a los padres e hijos consanguíneos —véase artículo 102 del Código de Familia—. De ahí que una de las modificaciones relevantes que introduce la reforma de 1995, sea el reconocimiento de una forma de adopción —cuyas características se asemejan a la de la adopción plena— que establece un vínculo de filiación con la familia adoptante, y extingue todo vínculo existente con la familia anterior; abandonándose así la clasificación de adopción plena y simple que establecía la ley anterior. El fundamento del régimen de la adopción, como lo expresa el artículo 100 del Código de Familia, es de carácter proteccionista. Partiendo de que actualmente se limita al máximo la figura de la adopción de mayores —artículo 109, inciso b) ibídem—, el carácter proteccionista de la adopción se dirige más que todo a la tutela de la familia, y específicamente, a la del interés superior del menor. Este principio que los diputados reconocen durante el proceso de aprobación de la Ley N° 7538 de 22 de agosto de 1995, y que tiene asidero en lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución Política, influye en la elaboración de toda la legislación que se relaciona con asuntos que atañen directa o indirectamente al menor, con mayor intensidad, a partir de la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, constituye un principio rector en materia de adopción, en la que el interés del menor —como expresa el artículo 137 del Código de Familia— prevalece en relación con los intereses que pudieran detentar los padres, guardadores y adoptantes. Del reconocimiento de ese principio que prioriza el bienestar del menor, surge el derecho de todo niño o niña de integrarse a una familia, como forma natural de convivencia humana. Ahora bien, la protección del menor se concreta en materia de adopción en el principio protector del menor en estado de abandono, que junto con la entrega voluntaria del niño ante el juez por causas justificadas, establecen los supuestos que determinan el estado de adoptabilidad del menor. La protección del menor desamparado o del que se encuentra en una situación que justifica suficiente y razonablemente su entrega a una persona o personas diferentes de los que ejercen la patria potestad y se encargan de su cuidado, autoriza a aplicar medios de protección subsidiarios o sustitutivos que la ley debe prever para proporcionar al niño o niña aquello de lo que carece, sea, un ambiente familiar idóneo para su bienestar y adecuado desarrollo. En ese sentido, la naturaleza protectora de la adopción y su condición de medio subsidiario, que hace que opere en caso de que el vínculo de filiación del menor se lesiona irreparablemente por una situación de desamparo u otras circunstancias relevantes, justifican la existencia de la filiación adoptiva como un instrumento creado por el derecho para solucionar el problema del menor carente de núcleo familiar, o del que teniéndolo, experimenta un estado de abandono por el inadecuado ejercicio de las funciones de asistencia que se le deben prestar. La condición subsidiaria de la adopción también se deduce del principio regulado en el artículo 101 del Código de Familia, que reconoce el derecho de toda persona menor de edad de crecer, ser educada y atendida por su familia". Tribunal de Familia de San José, Sentencia N° 2052-97.

El tribunal ha potenciado el criterio de protección al interés superior del niño:

"El interés superior del niño, se establece en nuestra legislación familiar como principio rector desde la década de los años setentas y está expresamente contenido en el ordinal del Código de Familia y en la Convención de Derechos del Niño, ratificada mediante Ley N° 7184 del

dieciocho de julio de mil novecientos noventa, en su artículo 3, aparte 1, preceptúa que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, atenderán con consideración primordial el interés superior del niño; así y estableciendo que este interés radica en proveer al menor las condiciones necesarias para el respeto de los derechos fundamentales, sobre todo de su dignidad personal, brindándole las mejores condiciones psicoafectivas a fin de que logre un sano proceso de estructuración de personalidad." Tribunal de Familia de San José, Sentencia N° 707-99.

Además, en contra del criterio de prelación, el Tribunal ha declarado la adopción por entrega directa de un menor de edad, como acto de la autonomía de la voluntad.

"La decisión de una madre de dar a un hijo en adopción en la persona que ella designe, es un acto de la autonomía de la voluntad, expresada en su consentimiento ante el juez competente, debe respetarse porque está plenamente reconocida en nuestra legislación, dado que esa madre es titular en pleno ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad sobre su menor hijo. ¿Qué significa esta aseveración? Que no existe mecanismo en nuestra legislación que le limite ese ejercicio de la voluntad, salvo que, por sentencia judicial, se haya conocido de situaciones atinentes a la suspensión o extinción del ejercicio de la patria potestad, en cuyo caso es otra la situación, lo cual no ocurre en el caso sub exámine. Sobra decir que ese consentimiento de la madre ha de ser libre y voluntario y es el juez el único facultado, para valorar las circunstancias en que se otorga ese consentimiento. Esta autonomía de la voluntad de los padres en cuanto al ejercicio del derecho y los deberes de la patria potestad sobre sus menores hijos, está claramente reconocida en la siguiente normativa: artículos 3, 5 y 21, inciso 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 4 del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional y artículo 109, inciso c) del Código de Familia. En este punto considera el Tribunal que no es admisible, desde ningún punto de vista, que en este ejercicio de la autoridad parental, se califique a la madre con epítetos propios o calificativos de la madre abandonica, cuyos presupuestos no son del caso analizar en esta litis, pero que igualmente, se repite, están debidamente regulados en nuestra normativa familiar. Es más, la misma Ley Orgánica del ente protector de nuestra niñez, regula en forma específica los casos en que se debe otorgar el consentimiento por parte del Consejo Nacional de Adopciones (artículo 4, inciso o) de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia), dejándose fuera de esta regulación, los casos de adopción directa. En otras palabras, solamente en el caso de adopciones nacionales o internacionales de niños institucionalizados o promovidas por el mismo Patronato Nacional de la Infancia, es que éste, por medio del acto administrativo que emana de dicho Consejo, en el que se designe cuál de sus representantes legales deba comparecer ante el Juez de Familia, a otorgar dicho consentimiento. En este sentido, cabe aclarar que no solo por ser un Profesional en Derecho y estar designado como abogado de la institución, el representante regional o local del Patronato Nacional de la Infancia, es a su vez, representante 'per se' de la Autoridad Central Administrativa (Consejo Nacional de Adopciones), sino que se requiere necesariamente que exista una delegación expresa de tales atribuciones, para facultarlo para comparecer a otorgar el consentimiento en la adopción, mediante el acto administrativo previo emanado de dicho Consejo, a fin de que dicho consentimiento sea válido, contrario al criterio vertido supra, en tanto que es la madre en el ejercicio pleno de la autoridad parental, quien en forma libre, soberana e independiente, otorga ante el Juez competente, el consentimiento en la adopción. (...) VII- Igualmente, debe quedar claro también que la declaratoria de adoptabilidad en los

casos en que se requiere, compete, única y exclusivamente, dictarla, al Consejo Nacional de Adopciones, mediante el acuerdo respectivo. Esta adoptabilidad se refiere al requisito contenido en el artículo 16 del Convenio en concordancia con el artículo 113 del Código de Familia, el cual es un requisito necesario y propio para la aprobación de las adopciones internacionales y nacionales de los niños institucionalizados, quedando por fuera este presupuesto, para las adopciones directas." **Tribunal de Familia de San José, resolución 1076-99.**

El tribunal también ha protegido la autoridad parental:

"En todo caso, el desprendimiento de la madre al dar su hijo en adopción en criterio de la mayoría del Tribunal, es un acto libre y voluntario que compete al ejercicio de la autoridad parental, previsto en nuestra legislación en el artículo 109, inciso c) del Código de Familia que literalmente dispone: 'Personas adoptables. La adopción procederá en favor de: Las personas menores de edad cuyos progenitores, según sea el caso, consientan ante la autoridad judicial correspondiente, la voluntad de entrega y desprendimiento; siempre que, a juicio del Juez, medien causas justificadas suficientes y razonables que lo lleven a determinar este acto como lo más conveniente para el interés superior de la persona menor de edad', actuación que solo compete valorar a la autoridad judicial competente y que se ajusta en el presente caso a la prevalencia del interés superior del niño." Tribunal de Familia de San José, Sentencia 1213-99.

La subsidiariedad en materia de adopciones, aplica únicamente respecto de menores institucionalizados en el PANI, y no en casos de adopciones por entrega directa.

"VIII. En el artículo 4, inciso b) del Convenio de La Haya se regula que 'Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen:...b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño'. La subsidiariedad debe entenderse entonces como la obligación que el ente estatal Autoridad Central Administrativa tiene para agotar los recursos de familias nacionales antes de otorgar en adopción, de los niños que tienen a su cargo. No es cierto que esta figura deba cumplirse como un trámite necesario e imprescindible y hasta como un requisito de validez, en las adopciones internacionales directas, pues la misma normativa señalada supra, prevé también la adopción internacional, en función del interés superior del niño, cuando éste no ha podido ser ubicado en un recurso familiar en el país de origen. De ahí que, tampoco, se comparta el criterio externado por el recurrente en cuanto a que no se ha cumplido con este trámite en el caso sublite, pues, se repite, éste no se da para la adopción internacional directa. La norma es muy clara, tratándose de niños institucionalizados, debe agotarse el recurso familiar nacional, sin que, ante el fracaso, no se pueda optar por la adopción internacional; y, tampoco puede admitirse la tesis de que en los casos en que la madre ha dado su consentimiento expreso y libre en las adopciones directas, el Juez de Familia sea competente para ordenar en su resolución final, que no se aprueba la adopción y que el niño debe ser institucionalizado para cumplir con este requisito, pues en este sentido, se estaría violentando el principio constitucional del libre albedrío que estipula el artículo 20 de la Constitución Política; asimismo se estaría violentando el principio rector de nuestra legislación familiar contenido en el ordinal 2 del Código de Familia y en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, y el numeral 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia, cual es el interés superior del niño, al anteponer el cumplimiento de un requisito

formal y cuestionable, ante la existencia de una relación afectiva consolidada, que como en la especie, se ha dado a través de diez largos meses y por medio de la cual, el menor Adrián identifica a la adoptante como la figura materna única por excelencia. Ignorar esta realidad constituye a la vez, un desconocimiento de la naturaleza humana, sabiendo la importancia que en el proceso de estructuración de personalidad de un niño, de la presencia de las figuras paternas (adecuados patrones de identificación) y, consecuentemente de la existencia de un entorno referencial equilibrado que brinde al niño no solo la satisfacción de sus necesidades alimentarias básicas, sino además, límites, contención, cariño y la estabilidad físico-emocional para crecer día a día, circunstancias que en modo alguno, ninguna institución es capaz de brindar a ninguna persona menor de edad. Los Jueces de Familia tenemos que considerar desde cualquier ángulo, que la rama del Derecho en que nos desenvolvemos, reviste una especial naturaleza, en tanto en procesos como el que nos ocupa, el cometido fundamental de nuestro trabajo lo constituye la niñez, nuestro presente y no como se dice, nuestro futuro, estructuras de sentimientos y emociones fácilmente vulnerables que crecen a diario, proceso de natura que no está en nuestra mano detener, y que nunca podría llevarse a cabo de igual manera en el seno de una familia consolidada que brinda el medio idóneo para el desarrollo integral, que en una institución carente de todo afecto y estímulo, cuyo único objetivo es el brindar las condiciones mínimas de sobrevivencia en un aislamiento psico-emocional que solo constituye un elemento nocivo en su crecimiento, el cual puede considerarse incluso, hasta una situación de doble abandono (por un lado, de los progenitores, y, por otro, por el trato de la institucionalización)." Tribunal de Familia de San José, Sentencia N° 1076-99.

El criterio se reafirma en esta otra sentencia:

"VI. En el artículo 4, inciso b) del Convenio de La Haya se regula que: 'Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen: ... b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés del niño'. La subsidiariedad debe entenderse entonces como la obligación que el ente estatal Autoridad Central Administrativa tiene para agotar los recursos de familias nacionales antes de otorgar en adopción, de los niños que tienen a su cargo. No es cierto que esta figura deba cumplirse como un trámite necesario e imprescindible y hasta un requisito de validez, en las adopciones internacionales directas, pues la misma normativa señalada supra, prevé también la adopción internacional, en función del interés superior del niño, cuando éste no ha podido ser ubicado en un recurso familiar en el país de origen. De ahí que tampoco, se comparta el criterio externado por el recurrente en cuanto a que no se ha cumplido con este trámite en el caso sub júdice, pues se repite, éste no se da para a adopción directa. La norma es muy clara, tratándose de niños institucionalizados, debe agotarse el recurso familiar nacional, sin que ante el fracaso, no se pueda optar por la adopción internacional; y, tampoco puede admitirse la tesis de que en los casos en que la madre ha dado su consentimiento expreso y libre en las adopciones directas, el Juez de Familia sea competente para ordenar en su resolución final, que no se aprueba la adopción y que el niño debe ser institucionalizado para cumplir con este requisito, pues en este sentido, se estaría violentando el principio constitucional del libre albedrío que estipula el artículo 20 de la Constitución Política; asimismo, se estaría violentando el principio rector de nuestra legislación familiar contenido en el ordinal 2 del Código de Familia y en el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño, y el numeral 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia, cual es el interés superior del niño, al interponer

el cumplimiento de un requisito formal y cuestionable, ante la existencia de una relación afectiva consolidada..." Tribunal de Familia de San José, Sentencia N° 628-00.

En este caso, se aclara el papel de la autoridad central respecto de niños institucionalizados y que no existe el criterio de subsidiariedad:

"... es más contradictoria todavía la posición de la Autoridad Central, cuando se informa que la familia adoptante es idónea para adoptar un niño institucionalizado, pero no uno que es entregado en forma directa, que no se ha cumplido con el principio de subsidiariedad (...) ¿Qué significa esta forma de resolver del ente encargado para proteger la niñez del país? Pues simplemente y llanamente, que no se aplica el Convenio de La Haya en forma igualitaria para las familias que pretenden adoptar niños costarricenses, haciendo una diferencia que no se contempla en dicha normativa, entre niño entregado en forma directa por quienes ejercen la patria potestad sobre ellos, y los niños institucionalizados, como se observa en el asunto que se resuelve. IV. En relación con la adoptabilidad que se alegara por la representante legal de la Secretaría Técnica de Adopciones, en reiterados fallos del Tribunal se ha considerado, que la declaratoria de adoptabilidad de una persona menor de edad se refiere a los niños institucionalizados, mas no aquella que es entregada por su representante legal, en pleno ejercicio de la autoridad parental, en forma directa a la familia adoptante." Tribunal de Familia de San José, Sentencia N° 721-00.

El tribunal también ha rechazado los criterios discriminatorios fundados en la nacionalidad de los padres o en el lugar en que residirán:

"VII. El Convenio Relativo a la Protección del niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, establece entre sus postulados: 'Reconociendo que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen. Convencidos de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños'; paralelo a estas consideraciones encontramos también el principio contenido en el ordinal 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que expresamente dispone: 'Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán porque la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con su conocimiento la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardas y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan de ella; e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se

esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes'. Ahora bien, si la adopción se concibe como una medida de protección por excelencia cuyo objetivo principal es brindar una familia estable a la persona menor de edad que carece de ello, sus efectos no deben ser previstos con lecturas fuera de la realidad, como serían límites de orden territorial, edades, sexo, nacionalidad, razas y otros aspectos, dado que los derechos de los infantes están por encima de cualquier otra consideración. La adopción no es un hecho meramente jurídico, no puede pensarse ni plantearse como una situación aislada de un contexto sociocultural. Si bien es cierto, responde a un ordenamiento jurídico, debe reconocérsele como un acto eminentemente humano, con un profundo sentido ético, emocional y social que desborda los aspectos estrictamente legales para constituirse en una institución jurídico social. Ante tal percepción es el criterio de mayoría del Tribunal, que frente a solicitudes de adopción por parte de extranjeros que ofrecen condiciones óptimas para brindar una familia estable al niño, no puede negarse esta posibilidad, argumentando posiciones propias del exceso de patriotismo y otras circunstancias, que apuntan hacia la negación de opciones para la persona menor, desconociendo que el Estado y la sociedad no pueden garantizar la satisfacción de sus necesidades de desarrollo, ni tampoco el apoyo eficaz y oportuno que requieren los progenitores, cuando deciden dar a sus hijos menores en adopción directa." Tribunal de Familia de San José, Sentencia 1213-99.

III. CONCLUSIONES

1. La Convención sobre los Derechos del Niño permite la adopción internacional como uno de los medios para proveer al niño del mejor cuidado posible.
2. Los niños entregados a la custodia del Estado pueden ser entregados en adopción internacional si es una decisión que resguarda su interés superior.
3. El artículo 20.2 de la Convención delega en la legislación local, la reglamentación de la adopción. El Código de Familia no prohíbe ni limita la adopción internacional.
4. La Convención no constituyó un criterio de prelación, subsidiariedad o preferencia de los adoptantes nacionales por sobre los extranjeros, que implique un procedimiento de subasta o licitación del niño entre los adoptantes nacionales, antes que los extranjeros.
5. La tesis expuesta por el Patronato Nacional de la Infancia implica que, cuando una madre manifiesta su deseo de dar su hijo en adopción a una pareja extranjera, el PANI declarará ese hijo en estado de abandono para darle prioridad a los posibles adoptantes nacionales.
6. Ello tiene como consecuencia la lesión o supresión del derecho de los padres a la patria potestad, porque el simple hecho de manifestar su deseo de dar el hijo en adopción equivaldría a declararlo en estado de abandono. En otras palabras, se equipara la intención de dar en adopción con el acto de abandono.
7. El Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993 fue aprobado y ratificado por Costa Rica, pero a la fecha no se ha depositado ante la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, de Derecho Internacional Privado, el instrumento por el

que se designa la Autoridad Central de Costa Rica. Se presentó una nota verbal ante el Departamento de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos. No es claro que este requisito se haya cumplido y por ende, no es claro que el PANI sea la Autoridad Central en materia de adopciones internacionales.

8. De ser plenamente aplicable el Convenio, este distingue entre la Autoridad Central que tiene funciones de coordinación y cooperación y las autoridades competentes, que en el caso de Costa Rica, son los juzgados de familia que aprueban la adopción.
9. El PANI no tiene la función de aprobar o rechazar una adopción, ni bajo la Convención sobre los Derechos del Niño, ni bajo el Convenio de La Haya, ni bajo el Código de Familia. Su función es la de una parte interesada en proteger los superiores intereses del niño, que ejercer importantes funciones administrativas de vigilancia y fiscalización del proceso.
10. La tesis del PANI sobre el criterio de prelación quebranta la igualdad entre nacionales y extranjeros que protege el artículo 19 de la Constitución Política, puesto que no se trata de un caso en que el interés público justifique un trato discriminatorio. Si la adopción la debe aprobar un juez, ninguna distinción puede hacerse contra los extranjeros.
11. La condición de extranjero no es un requisito negativo para adoptar a un niño costarricense. Esta sería una discriminación fundada en razón de la nacionalidad, no admitida por la Constitución ni por el Derecho Internacional.
12. El Convenio de La Haya no reforma o anula la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, porque así expresamente lo estipula.
13. Los tribunales superiores de familia han rechazado la tesis del PANI y han aprobado adopciones por extranjeros, porque cumplen todos los requisitos legales, nacionales e internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- CANCADO TRINDADE, Antonio. Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Dereios Huamnos*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, Vol. II, 1º Edición, 1999.
- HENKIN, Louis, et al. *International Law*. West Publishing Co., New York, 1987.
- MONGE, Vera Julieta. *“Las adopciones internacionales en el ordenamiento jurídico costarricense”*. Tesis de Grado, UCR, 1994, pág. 132.
- PARRA-ARANGUREN, G., *Explanatory Report on The Hague Convention on 29 May 1993 on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption*. En <http://www.hcch.net/index.html>.
- VAN LOON, Hans, *Introductory Note on The Hague Convention on 29 May 1993 on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption*. En Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Académie De Droit International de La Haye-Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José-La Haya, 1996.

Normas:

Código de Familia.

Código de la Niñez y la Adolescencia.

Constitución Política.

Convención sobre los Derechos del Niño de 1987.

Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993.

Sentencias:

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C, N° 1, párr. 30; casos Fairén Garbi y Solís Corrales, Excepciones preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 2, párr. 35; Godínez Cruz, Excepciones preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 3, párr. 33; caso Cayara, Excepciones preliminares, Sentencia de 3 de febrero de 1997, Serie C N° 14, párr. 37; y caso Cayara, Excepciones preliminares, Sentencia de 3 de febrero de 1997, Serie C N° 14, párr. 42.

Sala Constitucional, sentencia N° 1784-91 y N° 2093-93.

Tribunal Superior Primero Civil, sentencias N° 346 de 1985, N° 548-95, N° 2052-97, N° 707-99.

Tribunal de Familia de San José, sentencias N° 1076-99, N° 1213-99, N° 1076-99, N° 628-00, N° 721-00, sentencia 1213-99.

TEMA 7

***Garantías procesales y proceso especial de protección
según el Código de la Niñez y la Adolescencia***

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Óscar Corrales Valverde

1. INTRODUCCIÓN

"Vosotros sois el arco desde el que vuestros hijos, como flechas vivientes, son impulsados hacia lo lejos. El Arquero es quien ve el blanco en la senda del infinito y os dobléa con Su Poder para que Su flecha vaya veloz y lejana."

EL PROFETA. Khalil Gibran

Nos ha correspondido vivir en los albores del siglo XXI, una época agitada y convulsa. Es uno de esos períodos que regresan en forma cíclica, a manera de episodios inéditos cuyo contenido la humanidad espera develar con ansiedad y duda. Mas, sin embargo, hay un aspecto diferente en el actual capítulo: el cúmulo de información y la velocidad vertiginosa en que aparecen los sucesos, lo cual representa un desafío a veces interesante, a veces desconcertante.

Al tratar de comprender nuestra identidad y la relación con el universo que nos rodea, volvemos la mirada hacia atrás y las contradicciones afloran en nuestro cavilar. Hemos pisado la luna sin conocer aún la tierra; hemos descifrado el material genético pensando en reproducir un ser completo, como si hicieran falta personas en esta tierra, sin haber adquirido la paciencia para cuidar a nuestros ancianos, ni el amor para abrigar a los niños en desamparo; nos hemos subido a ondas de luz para llevar por medios tecnológicos nuestra imagen y nuestra voz a miles de kilómetros en el mismo instante, pero somos indiferentes ante la imagen viva del hermano que está a nuestro lado.

Pero con todo, el examen general no puede ser derrotista; la verdad es que la mayoría de las veces al iniciar una búsqueda nos anima un espíritu altruista y humanitario y no vamos a dejar de "buscar" ni de "actuar" por temor al juicio que harán de nosotros los del futuro. En eso hemos aprendido de los antepasados; si ellos no hubiesen tenido el coraje suficiente para luchar, quizá asistiríamos aún a algunas de las situaciones perniciosas y a prácticas abominables superadas en el mundo moderno, como la ofrenda de niños y doncellas en sacrificio a los dioses, o la no tan lejana esclavitud.

Esta reflexión nos exhorta a introducir el tema con un mensaje esperanzador, y acaso logre renovar nuestras fuerzas para luchar en la consecución de una efectiva tutela de los derechos de los menores. No perdamos de vista que en el interior de todo ser humano subyace la esperanza de que su participación en la sociedad pueda contribuir a lograr un mundo mejor.

¿Nos hemos preguntado dónde radica la esperanza de un mundo mejor? La respuesta la hemos escuchado a menudo: el futuro de una sociedad es su población joven. No podemos decir que se han escatimado esfuerzos en el afán de brindar oportunidades a la población menor de edad, sobre todo en el último siglo. Algunos han tenido algún éxito, otros han fracasado o no han tenido la consistencia suficiente para lograr los objetivos. Se han promulgado leyes, se han creado instituciones gubernamentales de protección

y auxilio, han nacido organizaciones privadas con el objetivo de coadyuvar en la búsqueda de soluciones. Y así, con aciertos y tropiezos, la humanidad ha visto cómo las necesidades de los infantes son las mismas en cualquier lugar y en cualquier tiempo y se ha percatado de que los ideales y las aspiraciones respecto de los derechos de la niñez son comunes en todos los pueblos. Esas razones han llevado a utilizar el Derecho Internacional y ha sido posible instrumentar, a nivel supranacional, una normativa de enorme trascendencia como es la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ratificada hasta ahora al menos por 187 países, incluido el nuestro.

Para hacer posible la aplicación de sus principios y disposiciones, y porque así lo contempla esta Convención, nuestra legislación interna ha promulgado la Ley N° 7739 de 6 de enero de 1998, denominada Código de la Niñez y la Adolescencia. Junto con otras disposiciones del mismo género, tanto la Convención como el Código de la Niñez han visto su nacimiento dentro de una coyuntura especial, en la cual la sociedad ha tomado la decisión de poner mucho cuidado en la tutela de los derechos de las personas menores de edad. La aparición de esta normativa evidencia esa especial coyuntura, dentro de un período de cambios y de adopción de nuevas formas de convivencia.

En su articulado, el Código de la Niñez y la Adolescencia recoge los aspectos más relevantes del área jurídica especializada en la materia. Representa, de alguna manera, el nivel más evolucionado de las políticas sociales y jurídicas en el tema de la niñez. Con una actitud renovadora se ha ido dando forma a una escuela diferente y se ha denominado la "doctrina de la protección integral". Esta propuesta es el resultado del trabajo de personas guiadas por el más puro compromiso con este sector social. En las líneas de este artículo procuraré condensar ese resultado.

Iniciaremos con un breve recorrido por la historia y la evolución de la institución de la familia, dentro de la cual se ha desarrollado el marco jurídico de protección a los menores.

Posteriormente se hará hincapié en las definiciones más importantes a tomar en cuenta en la aplicación de la ley, como la niñez y la adolescencia, el interés superior del menor, la doctrina de la protección integral, la protección efectiva y la jerarquía de las normas contenidas en este Código.

Luego entraremos en el proceso especial de protección, dentro del cual reviste particular importancia el derecho de los menores a la participación social y comunitaria, el derecho de cada menor a tener acceso directo a los trámites administrativos y a los procesos judiciales.

Como último apartado, se hará referencia a las garantías constitucionales y legales con las que cuentan los sujetos destinatarios, dirigidas a la obtención efectiva de la aplicación preferente de los derechos contenidos en este Código, dentro de las cuales será necesario repasar los principios fundamentales constituidos en soporte de la legislación.

En el momento de abordar cada una de las definiciones y de repasar los temas, se hará un análisis de las normas que los incorporan a la ley positiva y de alguna Jurisprudencia. Abrigo la esperanza de obtener de parte del lector, y en especial del operador del Derecho, cada cual desde su trinchera, el interés y la motivación necesaria para darle aplicación a la nueva legislación en la verdadera dimensión que ella persigue.

2. OBJETIVO GENERAL

El objetivo general de este ensayo es contribuir con la actualización del tema de los derechos contenidos en el Código de la Niñez y la Adolescencia, así como sus mecanismos de exigibilidad en

beneficio de la población menor de edad, especialmente el derecho de acceso a la justicia; crear conciencia en los administradores de justicia y otras personas que vayan a recibir capacitación, acerca de la actitud diferente y tutelar que deben observar al momento de conocer y tramitar procesos en los cuales tenga aplicación la doctrina de la protección integral por estar involucrados niños, niñas y adolescentes.

3. LAS NUEVAS TENDENCIAS JURÍDICAS EN MATERIA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Breve reseña: Los estudios relativos a los aspectos jurídicos de las personas consideradas menores de edad han sido realizados por el Derecho Civil y, más recientemente, por el Derecho de Familia. También la antropología y la sociología han suministrado aportes muy valiosos para la comprensión del origen y evolución de la familia. No es fácil conocer con exactitud su verdadero origen, porque debe haberse producido hace muchos miles de años, cuando aún no aparecía la escritura. Sin embargo, los estudios nos revelan que la conformación de la institución familiar no pertenece en esencia al mundo de lo jurídico, sino que participan antes otros aspectos que priman sobre lo jurídico. Uno de esos aspectos es abordado por la antropología, ya que la génesis de la familia proviene de vínculos naturales surgidos de la relación intersexual y la procreación.

Haciendo alusión a la familia, un autor señala que "es una entidad exigida por la naturaleza y que la ley no puede desconocer sin grave violación del derecho natural".¹ Gran colaboración ha prestado también en este campo la psicología como disciplina del comportamiento individual, en el que se ha reconocido una enorme repercusión de las relaciones familiares. El segundo aspecto es asumido por la sociología. La natural condición de "ser social" inherente al ser humano y la dificultad de enfrentar la vida en soledad, lo obligó a entablar relaciones e intercambiar con sus congéneres más cercanos. La necesidad de interrelación y la práctica de convivencia en mutuo auxilio, solidificó la unión de grupos con intereses comunes, en la que tuvo que ver también el desarrollo de factores de identidad étnica y cultural. Estos grupos primarios, a su vez, asumieron el resguardo de los intereses de cada uno de los núcleos familiares más cercanos. Y ya en un tercer plano, con connotaciones más culturales, aparece el aspecto jurídico. El carácter de lo jurídico surge de inmediato y espontáneamente desde el primer momento en que nace una regulación cualquiera, una norma o un conjunto de ellas que es posible imponer y que es necesario cumplir. Un sujeto con firmeza de carácter debió asumir la conducción de la familia y de esta manera se establecieron las primeras reglas, con lo cual debió haberse producido así la primera manifestación de una relación poder-derecho.

También hay quienes sostienen, no sin fundamento, la incidencia de otro aspecto importante en la conformación de la familia tradicional: el aspecto económico. Estos afirman que el elemento económico "resultó trascendente para el surgimiento, la afirmación y la protección a través del tiempo, y con medidas cada vez más precisas, del grupo familiar originado en la unión monogámica... La familia monogámica va convirtiéndose así en factor económico de producción. No solo atiende a sus necesidades, sino que se producen en la familia bienes o servicios para negociar".²

1 BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia. Tomo I. 5ª edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 11.*

2 BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia. 3ª impresión. Buenos Aires, 1993, págs. 4-5.*

Si bien no es conocido con exactitud el origen de la familia, el afianzamiento del patriarcado como su forma de organización política sí está asentado desde antes de la aparición de las civilizaciones³ y los datos lo registran de esa manera. En las culturas de los pueblos donde se registran primeras formas de vida civilizada, con influencia en la cultura occidental, la preeminencia de la figura paterna como jefe de familia es un hecho: los hebreos, los griegos, los romanos. En particular estos últimos, creadores de un sistema jurídico organizado en instituciones civiles, muchas de ellas no superadas todavía como la patria potestad.

La patria potestad se ejercía como un derecho absoluto del *pater* sobre los *alieni iuris* (personas sin capacidad de obligarse ni de actuar jurídicamente). La condición de sujeto con plenos derechos, denominado sujeto *sui iuris*, solo la detentaban los jefes del grupo familiar o del clan.⁴ Ahora bien, recordemos que el fenómeno debe entenderse desde una perspectiva antropológica y sociológica, dentro de la cual podemos intuir que el interés primario que movió la organización patriarcal tenía un objetivo protector o tutelar, resultante de la afectividad natural y del instinto de protección sobre los miembros más indefensos del grupo.

Pero en algún momento debió haberse producido una desviación. La influencia del patriarcado como sistema de organización familiar entronizó una tiranía con menosprecio y subestimación de la condición jurídica de las personas sometidas a la autoridad del jefe, que se tradujo con el tiempo en una discriminación de la situación jurídica de los menores. La consolidación del patriarcado llegó así a tal extremo, que la organización del Estado romano, por ejemplo, tuvo que respetar la autonomía del clan familiar en cuanto a su culto, ritos y creencias, incluida por supuesto la autoridad soberana del jefe sobre los miembros del grupo familiar. Los *alieni iuris* eran tratados como objetos. La esfera de derechos del Estado y la participación del gobierno estatal sobre los integrantes de una familia era muy reducida.⁵

No ahondaremos en el camino seguido por la institución familiar a lo largo de veinte siglos, pero es importante recordar que después de pasar por el sistema feudal, la mayor parte de las instituciones civiles de Roma, entre ellas la regulación jurídica de las familias, fueron acogidas por el liberalismo y convertidas en derecho positivo por la codificación napoleónica. La supremacía del individuo y su entorno más íntimo (familia y propiedad privada) prevalece aún a causa de la hegemonía del liberalismo como corriente de pensamiento y así ha penetrado el sistema constitucional, dentro del cual se han conformado los Estados modernos. Derechos individuales, derechos sobre la familia y derecho de propiedad, son tres conceptos convertidos en paradigmas del derecho privado.

La consolidación del derecho privado con rango constitucional, sirvió durante siglos como un valladar contra la influencia de las instituciones públicas. De ahí que el desarrollo del Derecho Internacional haya

3 Para algunos, no fue el patriarcado sino el "matriarcado" la primera forma de organización política de la familia y existe otra teoría intermedia que considera que patriarcado y matriarcado pertenecen a distintos estadios en el camino de la evolución de la familia, aunque todos admiten el afianzamiento definitivo del primero. Véase (BELLUSCIO:1993:TOMO I, 12 y 13).

4 La denominación misma patria potestad vigente en nuestros días se deriva de los conceptos latinos "Pater" padre o patriarca y "Potestas" autoridad suprema.

5 BOSSERT Y ZANNONI. Op. cit., pág. 486.

encontrado terreno fértil en el ámbito público. Cuando fue posible hacer conciencia de la existencia de diferencias injustas entre los derechos reconocidos a unas personas y a otras no y de la desigualdad de tratamiento, los ideales de la ilustración de igualdad, libertad y fraternidad sirvieron para empezar a frenar los abusos y revertir el proceso para buscar la justa equiparación. Fue necesario retomar esos postulados de la Revolución Francesa y desarrollarlos como una pléthora de aspectos inherentes a la condición humana, hasta integrarlos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos contenidos en la Carta de Las Naciones, en el año 1949. Es en el último siglo, gracias a la lucidez de algunos humanistas y a la presión de organizaciones públicas y privadas, cuando se empieza a variar el derrotero de los derechos de la infancia y de las mujeres. "Es relativamente reciente —anota el preámbulo de la Ley 7586 contra la violencia doméstica— que se dan, dentro de los Derechos Humanos, corrientes de pensamiento preocupadas por el énfasis que las orientaciones predominantes daban al ámbito de lo 'público'. Los ojos se volvieron, entonces, hacia el mundo 'privado' y observaron la grave violentación a la dignidad de las personas que allí se presenta. A partir de ese momento, se rompe la tajante división entre ambos espacios de la vida social y se dan esfuerzos encaminados a visibilizar los derechos fundamentales de quienes la sufren, los cuales aún no concluyen".⁶

Se empieza a generar una campaña continua de reivindicación de derechos de los sujetos hasta ahora alienados o discriminados. Adquieren vida jurídica instrumentos determinantes para el nacimiento de nuevas corrientes jurídicas, como la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, denominada "Convención de Belem do Pará", la Convención sobre los Derechos del Niño, etc. Estos instrumentos internacionales enuncian principios que dan lugar a la instauración de doctrinas y corrientes legislativas, tal como ocurre con la Convención de los Derechos del Niño que establece la premisa del "interés superior del menor". Costa Rica ya había demostrado su vocación de nación proteccionista de los derechos de los más desvalidos, conforme lo reflejan la promulgación de un Código de la Infancia y la Ley de Adopciones desde principios del siglo XX, el Código de Familia en 1973 y muchas otras normas, pero con la influencia de las nuevas corrientes se incrementa la producción de leyes que desarrollan esos principios. Algunas como la Ley de Justicia Penal Juvenil y el Código de la Niñez y la Adolescencia constituyen emblemas que transforman viejos conceptos como el de la "situación irregular" en **nuevos compromisos** como los enunciados en la "**Doctrina de la Protección Integral**" con pleno respaldo en los desarrollos doctrinales del Derecho Constitucional.⁷ En adelante, ha de tenerse en cuenta la situación jurídica consagrada a los niños, niñas y adolescentes, con participación en la nueva concepción de democracia constitucional y, ante todo, para la formulación y ejecución de políticas, entre estas últimas principalmente la que tiene relación con la apertura de todos los servicios (especialmente los públicos) a dichos sujetos.

Esta dinámica de la normativa especial de menores no se ha producido aisladamente, sino dentro de un contexto más amplio de modificaciones en la concepción de la democracia y su relación con los derechos

6 Poder Judicial. *Ley contra la Violencia Doméstica. Comisión permanente para el seguimiento de la atención y la prevención de la violencia intrafamiliar en el Poder Judicial*. San José, Costa Rica, 1998, pág. 11.

7 Véanse, entre otros, el Voto N° 0080-I-96 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y el Acuerdo 15-XI-99 de Corte Plena.

humanos. Así nos dice un consultor de UNICEF-Costa Rica que "Se trata de la preocupación por la articulación ineludible que existe entre democracia y respeto de los derechos humanos. Las modernas teorías del derecho constitucional se inscriben en esta corriente, que reivindica al sujeto (individual y colectivo) como fin principal y ulterior de todo sistema democrático, cuyos intereses deben inspirar el proceso de producción de las normas y, por supuesto, su posterior interpretación y aplicación".⁸

No cabe duda, por otra parte, de la enorme trascendencia que ha tenido el desarrollo constitucional de los derechos subjetivos para la conformación de estas nuevas tendencias. Luigi Ferrajoli, connotado jurista italiano contemporáneo, señala: "La mentada 'autonomía científica' del derecho de menores, se ha transformado de hecho en una autonomía del derecho constitucional, es decir, de aquel sistema de derechos y garantías que constituye la sustancia del actual constitucionalismo democrático".⁹ La promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, hace más de una década, por su parte, ha deparado en su aplicación, en tan corto tiempo, una prolífica producción de votos con pronunciamientos que son manifestación de este constitucionalismo democrático, constituidos en garantías que protegen y tutelan los derechos que antes estaban sin una tutela más efectiva.

Ahora tenemos claro, que vivimos en una época con fuertes cambios y que en lo concerniente a los menores de edad, niños, niñas y adolescentes, todos nosotros, pero en particular las personas que nos desempeñamos en el mundo del Derecho, debemos reparar en la nueva ética de las corrientes jurídicas y las políticas sociales orientadas a la protección efectiva de esos sujetos.

4. DEFINICIONES

Es necesario hacer uso de la técnica de la reiteración para "interiorizar", a fuerza de repetición, la nueva nomenclatura que es de nuestro interés. Por esta razón se retomarán algunas definiciones estimadas imprescindibles.

4.1 NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

El artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño define **niño o niña** como la persona menor de dieciocho años, salvo que por la ley nacional sea mayor antes. El artículo 2 del C.N.A. lo y la define como toda persona desde su concepción hasta los doce años y **adolescente** toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho. Así también los artículos 1, 4 y 6 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Es importante resaltar que la reputación de su condición como niño o niña abarca tanto antes como después del nacimiento, con lo cual no debe olvidarse que para todo lo que le favorezca, el menor se considera sujeto de derechos desde su concepción. Así ha quedado establecido en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, incorporado como parte de su contexto, según el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁰ También está

8 GONZÁLEZ OVIEDO, Mauricio. "El derecho de la niñez y la adolescencia en el sistema de administración de justicia. UNICEF- Documento de Trabajo, pág. 5.

9 FERRAJOLI, Luigi. Citado por Gilbert Armijo en: *La Tutela Constitucional del Interés Difuso. Un estudio según el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica. UNICEF-COSTA RICA, 1998, pág. 61.*

10 BENAVIDES, Diego. *La Convención sobre los Derechos del Niño. En Revista Iustitia N° 161, año 14, mayo 2000, pág.13.*

incluido en la legislación ordinaria en el Código de Familia de 1973, artículo 83. En la jurisprudencia, el Voto 647-90 de la Sala Constitucional confirma esta protección del menor desde la concepción.

4.2 INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

En los textos normativos está expresado o definido como interés superior "del niño". Sin embargo, en razón del objetivo general de este ensayo, que tiene como fin de estudio el Código de la Niñez y la Adolescencia, y tomando en cuenta las definiciones del párrafo anterior, lo denominamos interés superior "del menor". Esta definición alude a un principio rector de la doctrina de la protección integral, el cual es base para la interpretación y aplicación de la normativa del C.N.A. y toda la demás que tenga relación. **Interés superior del menor** es aquel interés perteneciente a toda persona menor de edad, por virtud de cuya obediencia y observancia toda persona, y especialmente todo agente que deba ejecutar acciones o aplicar normas o procedimientos de cualquier tipo, tendrá que hacer prevalecer las condiciones que favorezcan la vida y el entorno del niño, la niña o adolescente y tener presente que se trata de un ser humano en etapa de formación y preparación para una vida independiente y responsable.

En el desarrollo de este concepto se ha insistido en aclarar que su finalidad es la de servir como guía y a la vez de resistencia, en la formulación y ejecución de políticas, en el acceso a los servicios públicos y en su prestación. Con fundamento en este principio se establece una línea de acción de carácter obligatorio para las instituciones públicas, las entidades privadas de bienestar social, los tribunales de justicia, las autoridades administrativas y los órganos administrativos.¹¹

El principio está contemplado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada como Ley de la República número 7184 de 18 de julio de 1990. También fue incorporado al C.N.A. en su artículo 5 y a la L.J.P.J. en su artículo 7. La jurisprudencia también lo ha hecho valer y lo ha desarrollado. Puede consultarse el Voto 1974-94 de la Sala Constitucional.

4.3 PROTECCIÓN INTEGRAL

Protección integral es un sistema de tutela y resguardo de los derechos de la población menor de edad, que abarca todos los aspectos inherentes a su condición de personas en proceso de crecimiento y preparación para una vida independiente y autosuficiente, entre los cuales se encuentran los aspectos físicos, psíquicos, de salud, de estudio, familiares, comunales, sociales, jurídicos y cualesquiera otros merecedores de protección.

4.4 PROTECCIÓN EFECTIVA

Protección efectiva es la consecución de los fines doctrinales de la protección integral del menor, a través de la voluntad permanente de accionar en favor del interés superior de los niños, niñas y adolescentes cada vez que sea necesario o conveniente y de evitar u omitir toda práctica perniciosa, lesiva o desfavorable para ese interés. Se establece una línea de acción de carácter obligatorio para las instituciones públicas y se

¹¹ GONZÁLEZ OVIEDO. *Op. cit.*, págs. 15 y 16.

impone la responsabilidad de establecer las condiciones para el ejercicio de una nueva ética y el deber de encontrar en este principio el límite de su discrecionalidad en la toma de decisiones con respecto a la niñez y la adolescencia.¹²

Prácticamente todo el articulado del C.N.A. constituye una estructura jurídica de protección, sin embargo, en el tema de protección efectiva sobresale la disposición contenida en el artículo 4 que dice: "Artículo 4. Políticas estatales. Será obligación general del Estado adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias **y de cualquier índole**, para garantizar la **plena efectividad** de los derechos fundamentales de las personas menores de edad. En la formulación y ejecución de políticas, el acceso a los servicios públicos y su prestación se mantendrá siempre presente el interés superior de estas personas. Toda acción u omisión contraria a este principio constituye un acto discriminatorio que viola los derechos fundamentales de esta población. De conformidad con el régimen de protección especial que la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, este Código y leyes conexas garantizan a las personas menores de edad, **el Estado no podrá alegar limitaciones presupuestarias para desatender las obligaciones aquí establecidas**". (Los destacados son de este ensayo). Al menos en el momento de la redacción y la promulgación de la ley que dio origen al C.N.A., el legislador quiso hacer patente su voluntad de no desatender los fines de la doctrina de la protección integral.

4.5 JERARQUÍA NORMATIVA

Para la consecución de los fines de la doctrina de la protección integral, se ha establecido una gradación normativa que hace prevalecer una aplicación y una interpretación que respete como fuentes las normas del siguiente orden: La Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, los demás tratados y convenios internacionales sobre la materia, los principios rectores del Código de la Niñez y la Adolescencia, el Código de Familia y las leyes atinentes a la materia, los usos y las costumbres propios del medio sociocultural y los principios generales del Derecho. Así lo establece el artículo 8 del C.N.A. En realidad, de conformidad con la teoría general de las fuentes normativas¹³ el orden anterior no altera el postulado general que establece la relación entre la potencia y la resistencia de cada tipo de norma, salvo el caso de los incisos d) y e), los cuales, conforme a esa teoría, estarían referidos a normas producidas por el mismo órgano en cumplimiento de los mismos presupuestos. Sin embargo, como una facultad del legislador, es posible otorgar prevalencia a una norma sobre otra formalmente de similar rango. Esta aplicación preferente está prevista en el artículo 9 del C.N.A. al disponer que en caso de duda, de hecho o de derecho, se optará por la norma que resulte más favorable para la persona menor, según los criterios que caracterizan su interés superior.¹⁴

12 GONZÁLEZ OVIEDO. *Op. cit.*, pág. 16.

13 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Las fuentes normativas*. Editorial Fundación Colegio Académico, San José, 1982.

14 En el tema de prevenir dificultades cuando hay choque de normas, es común recurrir a los principios que el legislador ha considerado merecedores de especial tutela, como los casos de indubio pro reo en el Derecho Penal, o de indubio pro operario en el Derecho Laboral, así también felizmente el legislador ha hecho prevalecer el **interés superior del niño** en materia de derecho de menores.

5. EL PROCESO ESPECIAL DE PROTECCIÓN

El objeto: Por razones de espacio y por exceder el objetivo de este artículo, no es posible analizar todos los derechos otorgados por el C.N.A. a niños, niñas y adolescentes. No obstante, antes de iniciar el estudio del proceso especial de protección, es importante mencionar cuando menos los más importantes. Como derechos y libertades fundamentales, el Título II, sanciona que la persona menor de edad es sujeto de derechos y goza de todos los inherentes a la persona humana y de los específicos relacionados con su desarrollo, entre ellos:

Derecho	Artículo del C.N.A.
A la vida, a la salud y a la educación	12, 41 y 56
A la protección estatal	13
A la libertad	14
Al libre tránsito	15
A la no deportación ni expulsión del territorio	17
A la libre asociación	18
A la información	20
A la divulgación de los derechos reconocidos en el C.N.A.	21
Al tratamiento respetuoso de los temas dirigidos o relativos a los menores, por parte de los medios de comunicación colectiva, teniendo en cuenta siempre que son personas en etapa de formación	22
A la identidad (nombre, nacionalidad y documento de acreditación)	23
A la integridad física, psíquica y moral	24
A la privacidad, al honor, a la reputación y a la imagen	26, 27 y 28
A la vida familiar, a la educación en el hogar, a percibir alimentos	29 y 30
A la cultura, recreación y deporte	73
Al trabajo en condiciones especiales para su etapa de desarrollo	78
Al acceso directo a la justicia	104

La condición de igualdad de las personas menores, para el reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales, ha sido abordada por la doctrina y reconocida por nuestros más altos tribunales¹⁵. Para hacer realidad el desarrollo de esos derechos, el C.N.A. contempla un proceso especial de protección, tanto en sede administrativa como judicial, ambos respaldados por una serie de garantías. Recordemos que este proceso se enmarca dentro de la llamada Doctrina de Protección Integral. Vamos a ver por separado los procedimientos más relevantes de ambas fases de este proceso de protección.

5.1 EL PROCESO ESPECIAL DE PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA (PPA)

Delimitación: Se establece un proceso especial, consistente en el cumplimiento de un trámite o procedimiento muy breve, dentro del cual se dará la aplicación de soluciones, que restablezcan al menor afectado o amenazado en el ejercicio de los derechos establecidos en el mismo C.N.A.

15 FERRAJOLI, Luigi. En "Derecho y Razón" señala que "El valor de la igualdad... consiste precisamente en el igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo diferente de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás". Citado por ROJAS, Alejandro. El derecho de defensa en el proceso penal juvenil costarricense. UNICEF, San José, 2000, pág. 346. También el Voto 7182-94 de la Sala Constitucional ha desarrollado el principio de igualdad de los llamados derechos fundamentales para todas las personas sin distingos de ninguna naturaleza, incluida por supuesto la edad.

Competencia administrativa: Como órgano competente para este proceso de protección en sede administrativa, y para tomar y aplicar las soluciones, se instituye al Patronato Nacional de la Infancia en sus oficinas locales (arts. 129 y 130).

Causas: Las causas por las cuales se puede iniciar el proceso de protección y aplicar las medidas de protección, son:

- a) la acción u omisión de la sociedad o el Estado que amenacen o violen cualquiera de los derechos enunciados en la lista anterior.
- b) la falta, omisión o abuso de los padres, tutores, encargados o responsables que amenacen o violen cualesquiera de los derechos enunciados en la lista anterior.
- c) las acciones u omisiones contra sí mismos.

En el inciso c) no está muy clara la disposición en cuanto a los sujetos a los cuales se refiere, pero puede interpretarse, a la luz de la doctrina de la protección integral, que son los propios menores, es decir, si se viere amenazado o violado un derecho de la misma naturaleza de los indicados para los otros dos incisos, debe someterse al menor al proceso de protección.

Sujeto legitimado: Según el numeral 132 el P.P.A. puede iniciarse de oficio (es decir, por la propia oficina local del Patronato Nacional de la Infancia), o bien por denuncia presentada por cualquier persona, autoridad u organismo de derechos humanos. Es claro que el reconocimiento de derechos fundamentales —con rango constitucional— dentro de los cuales está el acceso directo a los procesos administrativos y judiciales, justifican plenamente la legitimación de un menor de edad para excitar el órgano e iniciar el Proceso de Protección Especial.

Trámite: El órgano debe proveer primero, con carácter de urgencia si fuere importante, lo necesario para constatar la situación denunciada. Es un procedimiento sumario e informal, en el cual velará por el cumplimiento de la garantía de audiencia a la persona menor de edad involucrada y escuchará a las partes, recibirá la prueba que éstas presenten y dictará en el mismo acto las medidas de protección que correspondan (art. 133).

Indicio de delito y de abuso por el cuidador o responsable: Si al fundamentar la adopción de medidas, el órgano administrativo constata la concurrencia de indicios que hagan presumir la comisión de abusos o maltratos constitutivos de delito, en perjuicio de una persona menor de edad, en forma inmediata y concomitante a la adopción de las medidas planteará la denuncia correspondiente y si la persona denunciada tuviere relación directa con el cuidado o la representación del menor ofendido, debe plantearse también la acción correspondiente ante el juez de familia.

Inmunidad del denunciante: El funcionario, la persona o la institución que actúe en protección de los menores, no podrá ser demandada, aun en el caso de que el denunciado no resulte condenado. Esta disposición reviste especial importancia porque se constituye en una garantía que pretende favorecer en realidad los derechos del menor de edad ofendido y no al denunciante. El valor justicia adquiere aquí una relevancia determinante.

Las medidas de protección: Las medidas dispuestas en la ley son muy amplias y ambiciosas. Pretenden dar cobertura a casi todos los aspectos relacionados con los derechos de la niñez y la adolescencia,

especialmente en su ámbito de vida y de actividad íntimo y pueden incluir medidas aplicables a los padres o responsables de los menores, y aún a los patronos, funcionarios públicos o cualquier otra persona que viole o amenace con violar los derechos de los menores. Algunas son imprecisas o muy pragmáticas, o requieren la complementación de programas institucionalizados de asistencia a la familia, o de programas vecinales de apoyo supervisados por instituciones. El C.N.A. ha procurado dar el marco general de protección, al establecer en el Título IV un Sistema Nacional de Protección. Integran este sistema el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, las instituciones gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil representantes ante el Consejo de la Niñez, las Juntas de Protección de la Infancia y los Comités Tutelares de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia.

Entre las medidas de protección que puede tomar la oficina local del Patronato Nacional de la Infancia, dispuestas en los artículos 135 a 137 del C.N.A. tenemos:

- Orientación, apoyo y seguimiento temporal a la familia.
- Matrícula y asistencia obligatoria (a los menores) en establecimientos oficiales de enseñanza.
- Inclusión en programas oficiales o comunitarios de auxilio a los menores y a su familia. Pueden incluir orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos.
- Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico a los menores, ya sea mediante régimen de internación en hospitales o mediante régimen ambulatorio.
- Cuido provisional de los menores en familias sustitutas. Esta medida no podrá exceder de seis meses (art. 138). No se indica aquí si el cuido puede generar expectativas para la familia sustituta que le favorezca o le otorgue alguna preferencia en caso de adopción futura, pero hay que tener presente la disposición de los artículos 116 y 117 del Código de Familia y, por supuesto, el interés superior del niño.
- Abrigo temporal en entidades públicas o privadas. Esta medida tampoco puede ser por un tiempo mayor a seis meses (art. 138). El Patronato Nacional de la Infancia cuenta con un registro de instituciones y de Organizaciones No Gubernamentales (ONG) autorizadas para albergar menores.
- Remisión a los padres o responsables de menores a programas oficiales o comunitarios de protección a la familia, o de apoyo, orientación y tratamiento para alcohólicos y toxicómanos, o aun remitirlos a un tratamiento psicológico o psiquiátrico.
- Obligar a los padres o responsables de menores a matricularse en instituciones escolares y fiscalizar su asistencia.
- Prevenir por escrito a los patronos, funcionarios públicos o cualquier otra persona, acerca de la violación o amenaza contra el derecho del menor en el caso concreto, que incluirá citación a la comparecencia ante el órgano para ser debidamente informado sobre los derechos de la persona menor.
- Cuando la persona, el patrono o el funcionario no comparecieren a la citación, o cuando se apersonaron pero la situación perjudicial continuó, emitir una orden de

cese inmediato de la situación violatoria o amenazante de los derechos de la persona menor.

Ampliando más el ámbito de protección, el Código de la Niñez y la Adolescencia, en su artículo 131, confiere al órgano administrativo competencia para tramitar mediante el proceso especial de protección los siguientes casos:

La suspensión del régimen de visitas. Se refiere a las visitas que realicen el padre, la madre, o los abuelos por acuerdo previo entre los interesados, o el acuerdo o la disposición tomada por el PANI.

La suspensión del cuidado, la guarda y el depósito provisional. Al igual que la situación anterior, está dirigida a suspenderlos cuando se ejerzan por acuerdo privado o por disposición administrativa del PANI.

La suspensión provisional de la administración de bienes de los menores. Pueden darse casos de abusos contra el patrimonio de los menores y esta norma faculta al órgano administrativo para tramitar y resolver una administración de los bienes. Cualquier otra medida que proteja los derechos reconocidos en este Código. Esta disposición es más general y es prácticamente la que da la competencia a la oficina local del PANI siempre que, al igual que los casos anteriores, no exista un pronunciamiento judicial.

En los anteriores supuestos el PANI puede considerar la posibilidad de aplicar una medida de protección bajo las formas indicadas, pero es requisito para su trámite y decisión que no exista pronunciamiento judicial sobre el caso.

Recursos: Las medidas previstas podrán adoptarse separada o conjuntamente y ser sustituidas en cualquier tiempo, con lo cual, a pesar de tener recurso de apelación, no pueden constituir nunca medidas inamovibles o inmodificables, por las variantes que se pueden presentar en las circunstancias del menor, su familia, sus cuidadores, representantes, instituciones de albergue, comunidades, etc. Las decisiones de las oficinas locales del PANI tienen recurso de apelación ante el Presidente Ejecutivo de la misma institución. Se entiende que son únicamente las decisiones finales, es decir, las medidas tomadas, o el rechazo de la petición, conforme se advierte de la norma (art. 139), pues el recurso agotará la vía ejecutiva. En cuanto al trámite, el recurso podrá interponerse verbalmente por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación. La medida continuará su ejecución ya que la interposición del recurso no la interrumpe.

Ejecución propia y delegada: La oficina local que ha tomado las medidas de protección es la competente para tramitar su ejecución (art. 138) y también es la competente por delegación para tramitar la ejecución de las medidas que ordene el juez de familia (art. 147).

5.2 EL PROCESO ESPECIAL DE PROTECCIÓN JUDICIAL (P.P.J.)

Delimitación: Se establece un proceso especial, consistente en un procedimiento mediante el cual el juez determinará, previa audiencia a los involucrados, la conveniencia de mantener, modificar o revocar la o las medidas impuestas en el proceso especial de protección en sede administrativa (P.P.A.), así como disponer si fuere necesario la remisión del caso a autoridades de otra área, o el inicio de un proceso para resolver sobre la suspensión o la pérdida de la patria potestad.

Competencia territorial: Desde luego el interés superior del niño protege el entorno de este y otorga las máximas facilidades, por lo cual el C.N.A. establece la competencia territorial y utiliza como

criterio el lugar de residencia del menor (art. 141). No debe presentarse controversia por no haberse previsto nada en relación con la figura de la prórroga de competencia establecida en el artículo 33 del Código Procesal Civil, oficiosa o ambulante, pues en el PPJ debe aplicarse la improrrogabilidad de la competencia por tratarse de tan especiales derechos. Por aplicación de la jerarquía normativa del C.N.A., la disposición de la competencia del órgano judicial no entra en conflicto por ser esta ley de aplicación preferente.

La competencia material: Se ha establecido en el artículo 142 la competencia material del juez, consistente en la exclusividad del procedimiento judicial para conocer y resolver sobre las situaciones generadas a partir del dictado de las medidas de protección por las oficinas locales del PANI. Asimismo, esta norma dispone como requisito haber agotado la vía administrativa. Este agotamiento se consuma al haber hecho uso, el interesado, del recurso de apelación de la o las medidas dictadas por la oficina local para ante el Presidente Ejecutivo del Patronato (art. 139).

Trámite: Al inicio el juez debe revisar los resultados obtenidos con las medidas (recuérdese que las medidas no se suspenden). En la primera resolución que dicte el juez se hará un señalamiento del día y la hora para realizar una audiencia, en un plazo no mayor de cinco días. Es obligatorio tener como parte al Patronato Nacional de la Infancia y a la Procuraduría de Familia, llamar a todos los involucrados para que estén presentes en la audiencia, inclusive a los representantes de instituciones públicas o privadas intervinientes en las medidas dictadas administrativamente, así como a los terceros involucrados, médicos, psicólogos y otros especialistas que conozcan del hecho. Naturalmente serán llamados también los progenitores o encargados.

Procedimiento en la audiencia: En el procedimiento el juez guardará el siguiente orden:

1. Determina si las partes están presentes.
2. Instruye al menor de edad sobre la importancia y el significado del acto. Si el juez considera que el menor puede salir perjudicado psicológicamente, puede disponer su retiro transitorio de la audiencia.
3. Da la palabra a la persona menor. Debe permitirle amplitud y procurar un ambiente de confianza y relajamiento.
4. Otorga luego la palabra al representante del Patronato Nacional de la Infancia.
5. Continúa dando la palabra al procurador apersonado en el proceso.
6. Después escucha a los representantes de instituciones involucradas, terceros, médicos, psicólogos y otros especialistas que conozcan del hecho.
7. Finalmente a los padres, tutores o encargados.
8. Oídas todas las partes, y según la gravedad del caso, puede proponer una solución definitiva.
9. En caso de no ser aceptada por las partes la solución propuesta por el juez, se recibirá el ofrecimiento de las pruebas que aporten las partes, que pueden ser de todo tipo y de oficio también el juez puede ordenar o recabar cualquier otra información necesaria para resolver, pero debe respetar en todo caso las garantías procesales al evacuar todas las pruebas.

Valoración de la prueba y dictado de la sentencia: La prueba será valorada por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica. La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia definió el concepto de la sana crítica al decir que es la observación de las reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables en relación con la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia y que obligan a los jueces a proceder a la valoración de los hechos puros y simples, a la luz de la realidad de la vida o de acuerdo con lo que aconseja la experiencia humana, sin recurrir a forzadas deducciones.¹⁶ Una vez evacuada toda la prueba se dictará la resolución final en un plazo de cinco días.

Contenido de la sentencia: La resolución final podrá confirmar la o las medidas dispuestas por la oficina local del PANI, prorrogarlas por un período igual en los casos en que las medidas hayan sido dispuestas por un plazo, sustituir las por otra si el juez considera que se ajustan más a los requerimientos del caso concreto, o, finalmente, revocarlas si no hay mérito para mantenerlas. Si del resultado del proceso de protección en vía judicial (P.P.J.), se presume lugar para ello, el juez de familia podrá, de oficio, iniciar el correspondiente proceso de suspensión definitiva del depósito, de la tutela, o de la patria potestad, según el título del derecho que ostente la persona del representante o cuidador del menor y mediante los procedimientos establecidos para cada caso (por ejemplo, el proceso abreviado para la suspensión de la autoridad parental). Si se resolviera confirmar medidas de las previstas en el artículo 137 (contra patronos, funcionarios o terceros que cometieron abusos o excesos que amenazaron o violaron derechos de la persona menor, en la misma resolución el juez ordenará iniciar el proceso correspondiente para resolver, en forma definitiva, la situación presentada. No se dice cuál es el proceso contra el patrono, funcionario o tercero, pero entra a regir la disposición de los artículos 9 del Código de Familia y 438, inciso 10) del Código Procesal Civil (proceso sumario civil).

Recursos: Todas las resoluciones dictadas en el Proceso de Protección Judicial, con excepción de las que pongan fin al procedimiento pueden ser revocadas de oficio, o a petición de parte. El plazo para interponerlo es de tres días, por escrito, después de la notificación. El juez debe resolver dentro de cuarenta y ocho horas de interpuesto el recurso (art. 149).

En cuanto a apelaciones, tienen apelación todos los autos que resuelven definitivamente el procedimiento, determinen la separación de una persona menor de edad de sus padres, tutores o encargados, o las que resuelvan iniciar el procedimiento de protección. Las apelaciones deben ser presentadas por escrito dentro de los tres días posteriores a la notificación y serán admitidas en el efecto devolutivo. El Tribunal de Familia convocará dentro de los cinco días posteriores al recibo del expediente, a una audiencia para la cual hará un señalamiento de hora y fecha. En ella oír a las partes y recibirá la prueba que aporten. Resolverá dentro de los tres días siguientes a la celebración de la audiencia. El Tribunal puede confirmar la o las medidas, o puede revocarlas pero únicamente en la parte objeto del recurso (aplicación del principio de no reforma en perjuicio). Sin embargo, la ley hace la excepción de que podría revocarse en un extremo diferente al objeto del recurso, siempre y cuando como consecuencia de lo resuelto se requiera modificar

16 1993. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Nº 191 de las 9:10 h del 16 de setiembre.

otros puntos (arts. 150, 151 y 152). Es permitida la apelación por inadmisión cuando el juez de primera instancia niegue el recurso de apelación. Debe ser presentada dentro de los tres días posteriores a la notificación de la resolución que denegó el recurso y en su sustanciación se aplicarán las disposiciones para este tipo de apelación previstas en el Código Procesal Civil (arts. 583 a 590).

Ejecución: Corresponde al juez de primera instancia velar por el cumplimiento efectivo de la resolución dictada, esto es, de las medidas impuestas. Para medidas de las establecidas en los artículos 135 y 136 puede delegar la ejecución en la oficina local del PANI. Cada dos meses el juez solicitará informes sobre dicho cumplimiento.

6. GARANTÍAS PROCESALES DISPUESTAS PARA EL PROCESO ESPECIAL DE PROTECCIÓN

Delimitación: Cuando nos referimos a garantías, normalmente admitimos sin dificultad su importancia. Hacemos una racionalización del concepto y podemos intuir en el instante en que lo evocamos, que estamos ante uno de los más grandes pasos de la humanidad en el tema de los derechos humanos. Sin embargo, hace falta más que eso. Es necesario tener presente, en el mismo momento de la evocación, todo el sufrimiento que ha debido padecer la especie humana para "arañar" la posibilidad de obtener un trato equitativo para todos los sujetos en cualquier situación. Por sobre el intelecto, es el sentido, es nuestro sentimiento interno el que debemos hacer que prevalezca. Solo así estaremos en situación de procurar una sociedad más justa. Conmueve leer un extracto de "El derecho constitucional a ser oído", escrito por la doctora Aída Kemelmajer, que me parece sumamente atinado para introducir el apartado de las garantías. Dice la doctora: "Me referiré, con exclusividad, al derecho del menor a ser oído, un aspecto del llamado derecho a participar. Con la intención de explicar esta terminología, recuerdo que según un autor británico, los 54 artículos de la Convención pueden ser reducidos a las llamadas 'Tres P'; en inglés, **protection, provision and participation.**" (...) Frente a los tremendos problemas que agobian a la niñez (basta pensar en la tragedia de miles de niños que mueren diariamente en Ruanda), puede sostenerse, sin temor a equivocaciones, que he abordado un tema pequeño (...) Es claro, de las 'Tres P' antes mencionadas, el grano de arena frente a los temas vinculados a la protección y provisión es insignificante (qué puedo hacer, salvo incidentales colaboraciones con organismos especializados, para luchar contra la desnutrición, la pobreza, la falta de educación, salud, etc.) (...) Pienso en cambio que el operador del Derecho puede hacer mucho para concienciar en favor de la participación. Como mi trabajo cotidiano, y mi pasión, es la justicia, creí oportuno sumar en favor de la democratización del proceso. (...) Por eso, si es cierto que 'el mundo va a ser juzgado por los niños', en otros términos, que los adultos seremos juzgados mañana por quienes hoy son niños, en la rendición final de las cuentas se nos preguntará si cada uno hizo lo que debía hacer por ellos; quizás estas breves líneas me sirvan, si no de defensa, al menos para dar alguna excusa".¹⁷

6.1 GARANTÍAS PROCESALES EN FAVOR DE LA PERSONA MENOR DE EDAD

Las principales garantías procesales en favor de la persona menor de edad son:

Legitimación para actuar como partes. El artículo 108 otorga la legitimación a una persona menor de edad cuando un interés suyo esté involucrado en un proceso judicial. Si el adolescente es mayor de

¹⁷ KEMELMAJER, Aída. *El derecho constitucional a ser oído. En Revista Iustitia, N° 161, op. cit., pág.19.*

quince años puede actuar personalmente cuando así lo autorice el C.N.A. y en los demás casos serán representados por el titular de la patria potestad o por el PANI. La expresión "en los demás casos" puede estar en relación con aquellas situaciones que no estén expresamente reguladas en una norma, aunque también puede entenderse, por exclusión, referida a las personas menores de quince años. Las organizaciones sociales legalmente constituidas, que actúen en protección de las personas menores de edad, cuando participen en defensa de sus representantes y existe interés legítimo, también están legitimadas por esta norma para actuar en representación de los menores, haciendo extensiva su legitimación a la posibilidad de ser coadyuvantes en aquellos asuntos en los cuales se pretenda proteger los derechos de sus beneficiarios en el cumplimiento del C.N.A. La Sala Constitucional ha venido ampliando los alcances del derecho de los menores para actuar en juicio, concediéndoles legitimación directa para constituirse como actores o como demandados.¹⁸ También la Sala ha abierto el camino para que tengan legitimación las organizaciones sociales legalmente constituidas, considerando que representan a grupos de sujetos asociados por un interés común y no solo en el caso de menores. Esos pronunciamientos dan impulso, a su vez, al estudio y al desarrollo de un nuevo concepto llamado "interés difuso".¹⁹ Hay que tener presente también la característica de la inmunidad del denunciado, cuando esta proceda, como otra garantía en beneficio del interés superior del menor.

Investidura de la Procuraduría General de la República como garante de los derechos de los menores: Impone el C.N.A. a la Procuraduría General de la República, la condición de parte obligada en los procesos sobre las acciones de filiación, de suspensión o pérdida de la patria potestad, de dispensa de asentimiento y de nulidad de matrimonio, los procesos penales por delitos contra la vida y la integridad física, los delitos sexuales y cualquier otro proceso en que el juez estime necesaria su participación, pero, además, le da la investidura de garante del cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Representación de los menores en caso de intereses contrapuestos: En los casos de interés opuesto entre la persona menor de edad y la persona que lo represente (progenitor, tutor) corresponde al Patronato Nacional de la Infancia asumir la representación del menor por sobre el representante regular. Esta norma complementa la disposición del artículo 140 del Código de Familia, en cuanto esta última requiere el nombramiento de un curador especial para los casos en que la representación puede tener un interés contrario. El C.N.A. es norma de mayor rango y obliga al PANI a asumir la representación, pero en nada obsta para que por pedido del representante de la institución, o por disposición oficiosa del juez, se nombre a un curador especial o un curador procesal (art. 260 del Código Procesal Civil) y de esta manera el menor tendrá mayor protección. Si se presentare algún conflicto entre curador especial, o curador procesal y el Patronato, debe hacerse prevalecer la representación y la voluntad de este último.

Interpretación de normas: El numeral 112 del C.N.A. sanciona la obligatoriedad del agente u órgano, de interpretar la normativa en cumplimiento de toda la política del régimen de protección integral del menor en la orientación estudiada en este ensayo, basada en la aplicación del interés superior del niño.

6.2 GARANTÍAS PROCESALES EN CUANTO A INTERPRETACIÓN NORMATIVA

En la interpretación del C.N.A. y demás normativa sobre los derechos de los menores, se constituyen también en garantías procesales las siguientes: art. 113

¹⁸ Entre otros, el Voto de la Sala Constitucional N° 0080-I-96.

¹⁹ En la obra "La tutela constitucional del interés difuso", San José, 1998, bajo el auspicio de UNICEF, el doctor Gilbert Armijo Sancho elabora un completo estudio sobre la categoría del interés difuso.

Poderes ampliados para el juez. En virtud de este principio, en la conducción del proceso el juez tendrá amplios poderes para tomar las decisiones que considere más apropiadas para el interés superior del menor. Es una aptitud mayor que la del principio de juez moderador.²⁰

Ausencia de ritualismo procesal. Está contenida en este principio toda la innovación de un nuevo tipo de proceso: oral, dinámico, público, participativo, rápido, inmediato, concentrado, pero sobre todo abierto, en el cual el juez tiene absolutas facultades para investigar la verdad y para decidir lo que más convenga a los intereses de la persona menor. No es atrevido asegurar que es el antecedente de la transformación en la forma de administrar justicia que se trasladará paulatinamente a todos los ámbitos de la justicia.

Impulso procesal de oficio. La naturaleza de este proceso no puede esperar la movilización de las partes ni de los intervinientes para avanzar. El juez velará por su continuación sin dilación de tiempo. Esto debe garantizarse en una forma efectiva.

Oralidad. Todas las ventajas reconocidas a la oralidad como modalidad de proceso, se hacen presentes en los trámites contenidos en el C.N.A. y en todo juicio que involucre intereses de menores. En especial poder escuchar a la persona menor en su condición humana e indefensa. La escritura permanecerá como registro de los datos más importantes y de las resoluciones, dando cuerpo al expediente, pero no podrá exigirse por las partes anotación de todo cuanto suceda, ya que los poderes ampliados del juez y las reglas de la sana crítica, serán suficientes para acelerar el trámite haciendo uso de la oralidad.

Inmediatez, concentración y celeridad procesal. El contacto del juez con el proceso, con las partes y principalmente con el menor es el bastión de apoyo de un juicio ágil y efectivo. También es una garantía que los actos del juicio estén concentrados en una sola audiencia, siempre que esto fuere posible (la audiencia del art. 144).

Identidad física del juzgador. Debe conocerse quién es la persona que juzgará los hechos. Este es un derecho de las partes y principalmente de la persona menor. No debe delegarse la realización de actos procesales que vayan a resultar fundamentales para la decisión.

Búsqueda de la verdad real. La voluntad de obtener la verdad real por todos los medios posibles, es una garantía de eliminación de formalidades que entorpecen ese objetivo.

Amplitud de los medios probatorios. Muy relacionada con la anterior garantía, se elimina toda formalidad o limitación que obstruya u obstaculice la búsqueda de la verdad real utilizando toda clase de medios probatorios. Esta garantía incluye tomar las precauciones para que las personas menores víctimas de delitos sean asistidas y reconocidas por expertos en el tratamiento de este sector social (art. 120 del C.N.A.) y también la obligación del personal médico, psiquiátrico, psicológico y forense de acompañar a las víctimas, en especial cuando lo sean de delitos sexuales, cuantas veces la autoridad judicial lo requiera (art. 121). Las personas responsables de interrogar a los menores, deberán ser capacitados y siempre deben respetar al máximo la dignidad, el honor, la reputación, la familia y la vida propia del entrevistado

²⁰ TREJOS, Gerardo. *Derecho de Familia costarricense. Tomo I. Editorial Juricentro, 1ª edición, San José, 1990, pág. 57.*

(art. 124). Se evitarán interrogatorios reiterados o persistentes, que puedan significar presión para los menores; en la medida de lo posible será mejor reservar los interrogatorios para la etapa decisiva del proceso (art. 125). En juicios penales, a los menores que deban concurrir, se les dispensará un tratamiento preferencial, que puede incluir la decisión de hacerlo comparecer en privado, si a juicio del tribunal esto garantiza su estabilidad emocional, o si se estimare que su declaración puede ser más espontánea en audiencia privada (art. 126). Estas facultades del juzgador concurren también en la garantía de la ampliación de los poderes del juez.

6.3 PRINCIPIOS PROCESALES CONSTITUIDOS EN GARANTÍAS

También el art. 114 contiene el desarrollo de garantías que el Estado —y obviamente la administración de justicia— debe cumplir en los procesos y procedimientos en que se discutan los derechos de personas menores. Estas garantías se cumplirán con el ejercicio de los siguientes principios:

Gratuidad: La defensa asistida a cargo de personas calificadas técnicamente. Esta defensa actuará cuando el menor enfrente un proceso de justicia penal juvenil, o un proceso en su contra de cualquier naturaleza que el juez considere requiere esa asistencia. También la representación jurídica del menor será gratuita. En los procesos de protección especial en sede judicial (P.P.J.) no existirá condenatoria en costas que afecte los intereses de la persona menor.

Publicidad: Todo proceso deberá ser oral y público, salvo que la naturaleza del hecho o la índole del proceso torne preferible la reserva de la audiencia, de oficio o a petición de parte.

Igualdad: Es uno de los pilares por los cuales ha luchado la humanidad en todos los campos. La igualdad de tratamiento en la justicia significa mantener un equilibrio entre los derechos en juego, las necesidades procesales y los derechos de las partes.

Representación: Tal como quedó dicho antes, al estudiar las garantías sobre los derechos de los menores, debe garantizarse una efectiva representación de éstos, ya sea en proceso administrativo o en proceso judicial y debe velarse porque no exista interés contrapuesto entre el interés del menor y el interés de su representante.

Derecho de audiencia: Es una garantía que pertenece tanto a las garantías referidas a la Administración de Justicia —con consecuencias en la validez del proceso—, como las referidas a los derechos fundamentales de la persona menor de edad —con garantía constitucional de amparo— por eventual violación de los artículos 27 y 41 de la Constitución Política.

7. CONCLUSIÓN

Las garantías procesales son todas aquellas condiciones que hacen posible la realización de un proceso limpio, nítido, justo y legal, en todas sus etapas, desde su inicio, durante el desarrollo, al momento de la culminación con la decisión y hasta la ejecución, todo en concordancia con los presupuestos objetivos previstos en las normas para su cumplimiento. Estos presupuestos objetivos se dirigen a obtener la concurrencia de esas garantías fundamentales en favor de las personas menores, entre ellas la gratuidad, la oralidad, la representación, el otorgamiento de poderes ampliados al juez, la legitimación de los y las menores para accionar y para defenderse en juicio en forma directa y su derecho a ser oídos por el funcionario

administrativo y por el juez durante el proceso, etc. En el proceso especial de protección establecido en el Código de la Niñez y la Adolescencia, tanto en sede administrativa como en sede judicial, el cumplimiento de las garantías sirve para brindar un servicio de administración de justicia de rapidez y calidad. El proceso de protección especial está enmarcado dentro de la doctrina de la protección integral que ha sustituido el concepto del menor en situación irregular. Es un proceso que confiere un tratamiento diferenciado a las personas menores de edad, en procura de equilibrar una balanza que tradicionalmente ha estado inclinada en dirección opuesta a los intereses de este sensible sector de la población, sin que este propósito signifique inclinarla en dirección opuesta a los demás sujetos, sino por justicia en atención a derechos fundamentales que hasta el momento han carecido de mecanismos reales de verificación y protección. La evolución experimentada por el derecho de menores, aparejada a una incesante lucha de defensores, las más de las veces anónimos, nos depara un instrumento cuya asimilación por los operadores puede significar un cambio trascendental en política de administración de justicia.

Existe la confianza en el amor y el interés por la niñez, especialmente por aquella más necesitada de protección y auxilio. Existe la esperanza de construir, con trabajo de hormiga, paso a paso, un porvenir con oportunidades de desarrollo para todos los seres humanos. La labor ha comenzado y estamos comprometidos en este caminar. Solo el tiempo será testigo de si logramos o no modificar el rumbo y los niños de hoy, como dice la doctora Kemelmajer, nos preguntarán mañana.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS:

ARMIJO, Gilbert. ***La tutela constitucional del interés difuso***. UNICEF. San José, 1998.

BELLUSIO, Augusto C. ***Manual de Derecho de Familia***. Tomos I y II. 5ª edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.

BENAVIDES SANTOS, Diego. ***La Convención de los Derechos del Niño***. Revista Iustitia N° 161, año 14, San José, mayo 2000.

BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. ***Manual de Derecho de Familia***. 3ª edición. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.

GONZÁLEZ OVIEDO, Mauricio. ***El derecho de la niñez y la adolescencia en el sistema de administración de justicia***. UNICEF - Documento de Trabajo. San José, Costa Rica.

ROJAS, Alejandro. ***El derecho de defensa en el proceso penal juvenil costarricense***. en "De la arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica." UNICEF - San José, 2000.

TIFFER, Carlos y LLOBET, Javier. ***La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica***. UNICEF - ILANUD - Comunidad Europea. San José, 1999.

TREJOS, Gerardo. ***Derecho de Familia Costarricense***. Tomo I. Editorial Juricentro, San José, 1990.

VICENTE SALAZAR, Rodolfo. ***Un vistazo a los antecedentes del Código de la Niñez y la Adolescencia y a la Ley de Justicia Penal Juvenil.*** Patronato Nacional de la Infancia. San José, 1999.

LEGISLACIÓN:

Código de Familia. Actualizado, concordado y comentado por Diego Benavides Santos. Editorial Juritexto, San José, 1999.

Código de la Niñez y la Adolescencia. Publicación del Patronato Nacional de la Infancia. San José, 1998.

Código Procesal Civil. Revisado y actualizado por Gerardo Parajeles Vindas. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1999.

Constitución Política de la República de Costa Rica. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1998.

Ley contra la Violencia Doméstica. Publicación de la Comisión permanente para el seguimiento de la atención y prevención de la violencia intrafamiliar en el Poder Judicial, Poder Judicial, San José, 1998.

Principales disposiciones legales y reglamentarias de Costa Rica acerca de los menores de edad. Edición preparada por la Licda. Ofelia Vincenzi, Coordinadora del Subcomité Jurídico del Año Internacional del Niño. Imprenta Nacional, San José, 1979.

* * *

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ARMIJO SANCHO, Gilbert, **"El interés difuso"**, en: Armijo Sancho, Gilbert, La tutela constitucional del interés difuso. Un estudio según el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, San José, UNICEF, 1998.
- ARMIJO SANCHO, Gilbert, **"El interés difuso en el Código de la Niñez y la Adolescencia"**, en: Armijo Sancho, Gilbert, La tutela constitucional del interés difuso. Un estudio según el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, San José, UNICEF, 1998.
- ARMIJO SANCHO, Gilbert, **"La configuración constitucional del interés difuso"**, en: Armijo Sancho, Gilbert, La tutela constitucional del interés difuso. Un estudio según el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, San José, UNICEF, 1998.
- BARATTA, Alessandro, **"El niño como sujeto de derechos y participante en el proceso democrático"**, en: Revista Espacios, San José, N° 10, 1997.
- BARATTA, Alessandro, **"Infancia y democracia"**, en: García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comp.), Infancia, ley y democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1998.
- BELOFF, Mary, **"Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina"**, en: García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comp.), Infancia, ley y democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1998.
- BRENES VILLALOBOS, María Esther, **"El derecho a la convivencia familiar"**, San José, 2000.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, **"El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño"**, en: García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comp.), Infancia, ley y democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1998.
- CORRALES VALVERDE, Óscar, **"Niñez y adolescencia"**, San José, 2000.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Araldsen, Hege, **"El debate actual sobre el trabajo infanto-juvenil en América Latina y el Caribe: tendencias y perspectivas"**, en: UNICEF, Derecho a tener derecho: infancia, derecho y políticas sociales en América Latina, Caracas, La Primera Prueba, C.A., sin fecha de publicación.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, **"Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: modelos y tendencias"**, en: UNICEF, Derecho a tener derecho: infancia, derecho y políticas sociales en América Latina, Caracas, La Primera Prueba, C.A., sin fecha de publicación.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, **"Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América Latina"**, en: UNICEF, Derecho a tener derecho: infancia, derecho y políticas sociales en América Latina, Caracas, La Primera Prueba, C.A., sin fecha de publicación.

- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, **"De menores a ciudadanos: política social para la infancia bajo la doctrina de protección integral"**, en: Revista Espacios, San José, N° 10, 1997.
- O'DONNELL, Daniel, **"La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido"**, en: UNICEF, Derecho a tener derecho: infancia, derecho y políticas sociales en América Latina, Caracas, La Primera Prueba, C.A., sin fecha de publicación.
- PILOTTI, Francisco, **"Manual de procedimientos para la formación de la familia adoptiva"**, en: UNICEF, Derecho a tener derecho: infancia, derecho y políticas sociales en América Latina, Caracas, La Primera Prueba, C.A., sin fecha de publicación.
- REDONDO GUTIÉRREZ, Carlos Luis, **"Niñez y adolescencia como víctimas y justicia penal"**, San José, 2000.
- SALAZAR, María Cristina, **"Trabajo infantil y educación en América Latina"** en: Revista Espacios, San José, N° 10, 1997.
- UNICEF/UCR (editores), **"De las labores prohibidas para los adolescentes"**, en: Serie Documentos de Trabajo #5: análisis de la normativa costarricense sobre trabajo infanto-juvenil / Douglas Durán Chavarría (invest.), San José, UNICEF, 1999.
- UNICEF/UCR (editores), **"El trabajo infantil y adolescente en Costa Rica"**, en: El trabajo infanto-juvenil en áreas urbanas: el caso del distrito de Pavas / Lidia Torrico (comp.), San José, UNICEF, 1999.
- UNICEF/UCR (editores), **"Las medidas de control y represivas como medio de defensa de los derechos de los adolescentes trabajadores y de lucha contra el trabajo infantil"**, en: Serie Documentos de Trabajo #5: análisis de la normativa costarricense sobre trabajo infanto-juvenil / Douglas Durán Chavarría (invest.), San José, UNICEF, 1999.
- UNICEF/UCR (editores), **"Los cuerpos normativos que regulan el trabajo infanto-juvenil en Costa Rica: su evolución y estado actual"**, en: Serie Documentos de Trabajo #5: análisis de la normativa costarricense sobre trabajo infanto-juvenil / Douglas Durán Chavarría (invest.), San José, UNICEF, 1999.
- UNICEF/UCR (editores), **"Análisis de la ruta crítica de niños, niñas y adolescentes hacia la prostitución: comprendiendo el problema"**, en: Explotación sexual en Costa Rica: análisis de la ruta crítica de niños, niñas y adolescentes hacia la prostitución / María Cecilia Claramunt (invest.), San José, UNICEF, 1998.
- VOLIO ECHEVERRÍA, Fabián, **"La adopción internacional en el Derecho costarricense y la Convención de La Haya"**, San José, 2000.

* * *