

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

Manual Autoformativo en Acceso a la Justicia y Derechos de la Niñez y Adolescencia en Centroamérica



AGENCIA SUECA
DE COOPERACION
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO



Embajada
de la República Federal de Alemania
San José

© 2008 Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
Reservados todos los derechos.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Manual Autoformativo en Acceso a la Justicia y Derechos de la
Niñez y Adolescencia en Centroamérica/ Instituto Interamericano
de Derechos Humanos.--San José. C.R. : IIDH, 2008

123 p. ; 21 x 28 cm.

ISBN: En trámite

Las ideas expuestas en este libro son de exclusiva responsabilidad del autor y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

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 de la publicación o reproducción al editor.

Equipo productor de la publicación:

Víctor Rodríguez Rescia
Coordinación académica

Alejandro Rojas
Autor

Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH
Coordinación editorial

Investigaciones Jurídicas S.A.
Diseño, diagramación y artes finales

Investigaciones Jurídicas S.A.
Impresión

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail: uinformacion@iidh.ed.cr

Contenidos

Presentación	9
Introducción	11
Módulo I: Antecedentes y marco desde una teoría de los derechos fundamentales	13
Unidad I: Antes y después de la Convención de los Derechos del Niño	13
1.1.- Convención de los Derechos del Niño como hito histórico en el cambio paradigmático	13
1.2.- Doctrina de la situación irregular y leyes tutelares: ejercicio de poder al margen del Derecho	14
1.3.- Doctrina de la protección integral: derecho como equilibrio de las relaciones de poder	17
1.4.- Otras características del Modelo de Protección Integral	18
Unidad II: Principio de igualdad y respeto de los derechos de los/as derechos de los/as niños/as y adolescentes	21
1.1.- Máxima de igualdad y su incidencia en la inclusión-exclusión de personas	21
1.2.- Partir de la igualdad hace la diferencia	21
1.3.- Modelos de igualdad y su incidencia en la inclusión-exclusión de los/as niños/as y adolescentes	23
1.4.- Norma de tratamiento igual	26
1.5.- Norma de tratamiento diferente	27
1.6.- Grado de discrecionalidad que concede la máxima de igualdad	29
Unidad III: Derechos de los niños/as y adolescentes y protección especial	35
1.1.- Punto de partida para la protección especial de los Derechos de los Niños/as y Adolescentes	35
1.2.- Teoría de los derechos como fundamento	35
1.3.- Protección especial de los derechos de los niños/as y adolescentes y carga de argumentación a su favor	37
1.4.- Sistema de protección de Derechos y Ejercicio de la Autoridad	41
1.5.- Protección de derechos y autonomía progresiva en su ejercicio por parte de los/as niños/as y adolescentes	43
Módulo II: Administración de justicia, acceso y derechos de los/as niños/as y adolescentes	47
Unidad I: Función de la administración de justicia dentro del sistema de protección de los derechos de los/as niños/as y adolescentes	47
1.1.- Administración de justicia y su participación en los diferentes niveles del sistema de protección de derechos	47

1.2.- Protección integral y separación de vías	47
1.3.- Prevención	49
1.4.- Protección	52
1.5.- Responsabilidad	58
Unidad II: Acceso a la justicia y capacidad procesal de los/as niños/as y adolescentes	65
1.1.- Diferente posición en que los/as niños/as y adolescentes pueden acceder a la justicia	65
1.2.- Capacidad procesal de lo/as niños/as y adolescentes	66
1.3.- Niños/as y adolescentes como testigos/as	71
1.4.- Especialidad de la administración de justicia como un requerimiento para asegurar el acceso de los/as niños/as y adolescentes	72
1.4.1.- Exclusividad	74
1.4.2.- Capacitación de las autoridades competentes	77
Unidad III: Acceso a la Justicia, Asesoría Jurídica y Defensa Pública	81
1.1.- Razones para garantizar el derecho a la asesoría jurídica o técnica	81
1.2.- Asesor/a como razonador jurídico	82
1.3.- Parcialidad de las razones o argumentos del/a defensor/a	84
1.4.- Pureza de la parcialidad y pragmatismo del/a abogado litigante	86
1.5.- Precedencia del criterio del/a asesorado/a, representado/a o defendido/a	88
1.6.- El/La Juez/a, protección del derecho a la asesoría jurídica o de defensa y acceso a la justicia	90
1.7.- Defensa Pública y su contribución al acceso a la justicia de los/as niños/as y adolescentes	92
1.7.1.- Orígenes de la asesoría jurídica estatal y su incidencia en la realidad actual	93
1.7.2.- Diferentes mecanismos para asegurar la asesoría jurídica gratuita	95
1.7.3.- Valor agregado de la Defensa Pública respecto de otros sistemas de asesoría jurídica gratuita	96
Módulo III: La protección internacional de los derechos humanos de la Niñez y la Adolescencia	99
Unidad I: La Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Niñez y la Adolescencia.	99
Unidad II: La Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano	103
1.1.- Antecedentes del Sistema Interamericano	103
1.2.- Los órganos regionales de protección: La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos	104
1.3.- Derechos de los niños, niñas y adolescentes en Centroamérica	107
1.4.- La situación de la niñez y la adolescencia en el marco del acceso a la justicia	108

1.5.- El contexto de violencia en contra de niñez en riesgo social y el acceso a la justicia	110
Unidad III: La Protección de los Derechos Humanos en las Naciones Unidas	115
1.1 Antecedentes	115
1.2 Principales Instrumentos Jurídicos de Derechos Humanos en las Naciones Unidas	116
1.3 Los Tribunales Penales Internacionales	120

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) tiene un mandato académico para la investigación y la educación en derechos humanos; mandato que ha asumido mediante el apoyo a diversos procesos de capacitación dirigidos a funcionarios de instituciones públicas, quienes en el marco del sistema interamericano, desempeñan un papel fundamental en el monitoreo del cumplimiento de los derechos humanos.

El acceso a la justicia con enfoque de derechos humanos es uno de los temas pilares que el IIDH ha identificado y que se ha propuesto estudiar y promover con especial atención, particularmente cuando hace parte de la protección de los derechos de las personas y los grupos más vulnerables y excluidos.

De esta manera y a raíz de necesidades detectadas por entidades gubernamentales para la defensa de los derechos humanos en la región, surgió la iniciativa de desarrollar procesos educativos que pudieran ser replicados y que a la vez no sólo consolidaran el bagaje teórico en materia de derechos humanos de los operadores de justicia, sino que también promovieran la reflexión y destacaran la dimensión vivencial que se entrelaza con toda construcción y aplicación de conocimientos.

La estrategia propuesta para la consecución de dichos objetivos fue la elaboración de módulos de autoformación sobre acceso a la justicia con carácter didáctico y de fácil lectura, que incorporaran repetidos ejercicios de introspección respecto a la materia tratada e integraran la revisión de herramientas primordiales para el quehacer de los operadores de justicia, tales como los instrumentos internacionales en derechos humanos y su utilización como derecho interno.

Este manual constituye un valioso fruto de dicho esfuerzo, dirigido específicamente a aquellos funcionarios y funcionarias del sistema de justicia de los países centroamericanos que se relacionan con usuarios menores de edad, no sólo dentro de las jurisdicciones especiales, sino como eje transversal en todo aquel proceso que involucre algún tipo de participación o intervención de niños, niñas y adolescentes. Combatir la revictimización de las personas menores de edad durante los procesos judiciales es un objetivo final. De ahí la importancia de utilizar este manual como parte de los materiales de capacitación que se pondrán a disposición de las distintas Escuelas Judiciales de los países de Centroamérica para que puedan ser incluidos dentro de sus planes de trabajo como una opción para ser socializados y replicados en todo el territorio nacional.

De este modo, el presente manual pretende contribuir a la consolidación del respeto de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes como camino necesario para la superación de la violencia, la discriminación, la pobreza y demás fenómenos sociopolíticos que continúan confrontando a los sistemas de justicia de nuestros países centroamericanos. En este contexto, el acceso a la justicia emerge como un emblema y como un valor

insoslayable, cuya vigencia requiere renovados esfuerzos por parte de quienes cotidianamente hacen posible su cumplimiento.

Esperamos que esta iniciativa contribuya asimismo a proyectar tanto el conocimiento, como la aplicación e interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos como una herramienta de uso diario en la difícil pero noble tarea de administrar justicia en nuestros países centroamericanos.

Finalmente, deseamos destacar el incondicional apoyo que se obtuvo de parte del Gobierno alemán y de la Embajada de ese país en Costa Rica, que financiaron de manera total tanto éste, como otros proyectos afines.

Igualmente corresponde agradecer al autor, Alejandro Rojas, quien es Subjefe de la Escuela Judicial de Costa Rica con amplia experiencia en investigación y capacitación en materia de derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

Esperamos que nuestra alianza con las Escuelas Judiciales de Centroamérica sea un pivote para dimensionar los alcances de este manual, para lo cual se tiene prevista la realización de actividades conjuntas con el apoyo de donantes comprometidos con la misión del IIDH, tales como ASDI, DANIDA y NORAD; agencias que requieren ser mencionadas en tanto gracias a sus aportes anteriores, el IIDH ha elaborado otros manuales autoformativos sobre acceso a la justicia y derechos humanos en Guatemala, Nicaragua, Panamá, Ecuador y Paraguay; proceso que se espera ampliar a otros países.

Diciembre de 2008

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo IIDH

Introducción

Tratar de comprender la lógica operativa de un sistema de derechos es esencial para lograr la efectiva protección de los mismos y, evitar así, se conviertan en meras normas declarativas, en expectativas sin mayor posibilidad de aplicación práctica, sea que no logren incidir en la manera en que nos relacionamos las personas ni en la forma de resolver nuestros conflictos.

La idea que aquí quiere plantearse considera que los derechos deben tener una alta incidencia en la definición de las líneas básicas de nuestra convivencia, así como en la resolución de los conflictos que, dentro de ésta, se presentan; pues, como premisa de este trabajo, se entiende que los derechos permean toda la vida social, no sólo la administración de justicia. Precisamente por ello, resulta fundamental tomarse el tiempo para tratar de asegurar una adecuada comprensión de los mismos, de su forma de aplicación y de los mecanismos creados para su protección.

Se partirá, como debe ser, de la idea de aplicación transversal de los derechos, razón por la cual este tema no debe ser visto como un ámbito de exclusivo interés de los/as abogados/as, sino de la totalidad de las personas que convivimos dentro de una determinada comunidad, en parte porque todos/as somos titulares de derechos, interesados directos, y, en otra, porque creemos firmemente que la amplia divulgación de estos temas puede lograr un mejor impacto en su protección y aplicación cotidiana.

Es, precisamente, esta convicción sobre el potencial de un sistema de derechos para generar mejores condiciones de convivencia, lo que nos ha determinado a desarrollar este módulo desde este punto de vista, particularmente porque la expectativa es que esto facilite la comprensión de los/as niños/as y adolescentes como sujetos de derechos y, de esta manera, tratar de eliminar o desacreditar cualquier idea de segregación de este grupo, así como de cualquier otro grupo de personas.

El planteamiento puede parecer excesivamente ambicioso, pero la pretensión es realizar un esfuerzo de simplificación, pues lo que se hará, básicamente, es estabilizar una idea sobre la máxima constitucional de igualdad, lo cual se considera esencial por el nivel de influencia que tiene la misma en la inclusión o exclusión social. Luego se explicará una manera de comprender los derechos en general y su forma de aplicación, lógica, sistemática y congruente, con la idea de lograr un entendimiento común sobre estos temas.

En una última parte se abordará el papel de la administración de justicia dentro de este sistema de derechos, su misión o razón de ser y sus funciones esenciales, a partir del acceso que deben tener todas las personas al mismo, particularmente los/as niños/as y los/as adolescentes, de acuerdo con lo tratado por los instrumentos internacionales a este respecto.

La idea es, entonces, tratar de transmitir, a partir de determinadas premisas, una idea sobre el funcionamiento de un sistema de protección de derechos, especialmente enfocado en los/as niños/as y adolescentes, pero aplicable de manera general a todo el género personas, el cual se espera garantice una mejor comprensión del mismo.

Para eso se tomarán en cuenta algunas de las ideas jurídicas más arraigadas socialmente, como aquella que refiere “*tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*”, la que expresa “*mis derechos terminan donde empiezan los derechos de los demás.*”, o bien, la que indica “*a mayores derechos, mayores responsabilidades*”, entre otras.

Igualmente, el esquema de este trabajo toma como base aquella famosa frase de Norberto Bobbio en la que afirmaba: “*Hoy el problema de fondo relativo a los derechos humanos es no tanto lo de justificarlos, sino como protegerlos. No es un problema filosófico, sino político*”¹.

¹ BOBBIO (Norberto). El problema de la guerra y las vías de la paz. Barcelona, 1982. Pp. 128.

Antecedentes y marco desde una teoría de los derechos fundamentales

Unidad I: Antes y después de la Convención de los Derechos del Niño

Objetivo: Que los/as operadores/as de la justicia logren reconocer las características principales de los modelos de justicia definidos por la “doctrina de la situación irregular” y por la “doctrina de la protección integral,” así como el impacto de la Convención de los Derechos del Niño en el establecimiento de una nueva visión de la infancia y la adolescencia.

1.1.- Convención de los Derechos del Niño como hito histórico en el cambio paradigmático

Para iniciar esta sección relacionada con los antecedentes, se ha considerado oportuno empezar rindiendo méritos a la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual, luego de su aprobación, ha desencadenado un proceso de reforma que ha pretendido, en primer lugar reconstruir las imágenes de la infancia y, con ello, modificar las relaciones del Estado y de los/as adultos/as con los/as niños/as y adolescentes; esperando que ello incida, entre otras cosas, en su acceso a la justicia, así como en el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas menores de edad en general.

La fuerza con que este instrumento legal internacional y su nuevo enfoque de la infancia ha impactado en Centroamérica quedó evidenciada tras la adecuación de las legislaciones internas en una gran cantidad de países de la región, particularmente durante la segunda mitad de la década anterior 1995-2000, así como con la determinación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de considerar tal Convención como fuente de derecho para sus decisiones, aún cuando se tratara de un instrumento promulgado en el seno de la Organización de las Naciones Unidas.

Al respecto, en el caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros), resuelto por la Corte en el año 1999, dicha instancia se pronunció en el siguiente sentido:

“194. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.

195. La Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas disposiciones que guardan relación con la situación de los “niños de la calle” que se examina en este caso y pueden arrojar luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debió haber observado ante la misma”².

² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Denominado *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) contra el Estado de Guatemala*.

Producto de la entrada en vigencia de estas adecuaciones y, por qué no, de la misma decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede afirmar que los diferentes Estados han adoptado esta nueva visión y, con ello, asumido el compromiso de promover una adecuada implantación de estas nuevas leyes, así como del cambio cultural que ellas conllevan. Lo anterior, tomando en cuenta que, aún cuando se reconozca que la promulgación de estas leyes constituye un elemento esencial para modificar la realidad, ellas son, por sí mismas, insuficientes.

Pero hasta aquí nada se ha dicho sobre esta nueva perspectiva de la infancia, ni sobre aquella que pretende ser superada, por lo que a continuación corresponde avocarnos a caracterizar ambas, la primera de ellas, denominada “doctrina de la situación irregular”, que representa un antes de la Convención, y la segunda llamada “doctrina de la protección integral”, como un después.

1.2.- Doctrina de la situación irregular y leyes tutelares: ejercicio de poder al margen del Derecho

La doctrina de la situación irregular que, por medio de sus leyes tutelares, alcanzó una influencia continental –en América- durante prácticamente todo el siglo anterior, encuentra sus principales fundamentos en una ambivalencia entre la compasión que se promueve en su discurso y la fuerte represión que implica en la realidad.

Sin duda, el eje central del discurso tutelar, mediante el cual se pretende legitimar un sistema insostenible desde el punto de vista del Estado Constitucional de Derecho, es la idea de hacer el “bien” a los/as niños/as y adolescentes, quienes necesitan de la intervención irrestricta, sin límite, por parte de los/as adultos/as para lograr su adecuado desarrollo. Dicho así, el discurso resulta difícil de cuestionar, pero el problema no es éste, sino lo que encubre.

Lo anterior, por cuanto la gran paradoja de esta perspectiva de la infancia se encuentra, precisamente, en que la idea de “bien” se ha constituido en el peor de los males para la infancia y la adolescencia, pero no sólo para ellos/as, también para nuestro Estado de Derecho en general, por cuanto ha permitido sostener este modelo al margen de los mismos derechos fundamentales contemplados en la Constitución.

Al respecto, debe recordarse una frase de Emilio García Méndez, que resultó emblemática en la región, por la contundencia y lo significativo de su contenido, la cual refiere: *“Las peores atrocidades en contra de la niñez y la adolescencia se han producido mucho más en el nombre del amor y la compasión que de la misma represión”*.

Lo anterior se comprende al considerar que el “bien” es un concepto que no conoce límites ni reconoce excesos, quien actúa bajo la convicción de estar haciendo el bien mantiene, convenientemente, una puerta abierta que le permite hacer o decidir prácticamente cualquier cosa, encontrando siempre la legitimidad y la tranquilidad de conciencia en sus buenas intenciones. Con una ventaja adicional, el contenido del “bien” siempre lo definía el/la adulto/a.

Para reforzar esta idea del “bien”, la doctrina de la situación irregular presenta a los/as niños/as y adolescentes como incapaces, necesitados de su “tutela”, lo cual aumenta significativamente la percepción de compasión, de su “bondad”, que a su vez, produce una verticalización de las relaciones adultos/as-adolescentes.

Como consecuencia directa de esta consideración, el derecho tutelar de menores recurre a las características personales, familiares y sociales de los adolescentes –derecho penal de autor- para justificar la aplicación de las respectivas “medidas”, más que en la comisión de un hecho delictivo –derecho penal de hecho o por el acto-.

Esta premisa de “incapacidad” se encontraba, en el caso de muchos países de Centroamérica, regulada en la misma Constitución, bajo el concepto de “inimputabilidad”, el cual es un concepto propio del derecho penal que implica falta de capacidad para comprender la ilicitud de su actuación o bien la imposibilidad de ajustar su conducta a esa comprensión. De hecho, por la consideración de este concepto en la Constitución Política, en varios países se sostuvo la necesidad, muy conveniente también para los fines tutelares, de mantener la reacción estatal frente a los/as adolescentes que cometían delitos fuera del Derecho Penal.

En todo caso, era un concepto utilizado de manera forzada, que trataba de sostener una situación que no correspondía con la realidad de dos formas. Primero, porque estaba claro que los/as adolescentes tenían capacidad para cometer delitos, lo cual era una verdad que se nos imponía cotidianamente, y segundo, que en todo caso la reacción “tutelar”, aún cuando estuviera fuera del derecho penal, era claramente punitiva y represiva, a pesar de su denominación.

Debe concluirse que este modelo y sus medidas terminaron fortaleciendo el poder de los/as adultos/as sobre los/as adolescentes, a quienes se imponían verdaderos castigos sin el respeto de los respectivos derechos y garantías, desnaturalizando así los objetivos que hoy día se reconocen al Derecho, como un instrumento útil para equilibrar las relaciones de poder.

Conviene recordar, en este sentido, que el Derecho Penal tiene por objetivo regular el poder punitivo, lo que implica limitarlo, por lo que no es correcto entenderlo, al menos no exclusivamente, como el que faculta al Estado a castigar, pues no existe duda en que la idea de castigo es preexistente a su regulación.

Tampoco debe olvidarse que entre adultos, niños/as y adolescentes existe una fuerte relación de poder que, lejos de ser equilibrada por la Ley y por la intervención del Estado, fue doblemente desequilibrada por el sistema tutelar y por la “doctrina de la situación irregular”. Así, al desequilibrio existente en la realidad se sumó la apuesta de la Ley por la defensa de los intereses del “más fuerte” de la relación. Con lo cual queda en evidencia el peligro, siempre latente, de manipulación e instrumentalización de la Ley y del Derecho por parte de quienes tienen poder para hacerlo.

Pero lo peor del caso no es eso, sino que todo este discurso se movió y aún hoy se mueve, conciente o inconcientemente, en la hipocresía, utilizando eufemismos que, como tales, no tienen correspondencia con la realidad; generando así lo que se ha denominado como “*fraude de etiquetas*”.

Ahora bien, llegado a este punto, vale preguntarse si todo este sacrificio del Derecho y de los derechos de los/as adolescentes resultó útil para fortalecer la formación de los/as niños/as y adolescentes o, al menos, para mejorar las relaciones entre adultos y las personas menores de edad. Es decir, si valió la pena maximizar la violencia institucional, reforzar la reacción represiva, debilitar el Estado de Derecho y todo lo que ha implicado este esquema. La respuesta es, claramente, negativa.

Lo anterior nos remite, necesariamente a otra pregunta: ¿qué ha motivado esta defensa, que parece ineludible del sistema tutelar?. Una posible respuesta a esta pregunta es el mantenimiento de esa relación de poder, que permite a los/as adultos/as contar con amplios niveles de discrecionalidad. En ese sentido, debe acotarse que la historia –pero también el presente- nos ha demostrado que cualquier reforma que implique algún grado de pérdida de poder siempre enfrenta las más fuertes resistencias.

Todo lo anterior se ve potenciado por una clara confusión de vías, de roles y de medidas. De vías por cuanto se recurre a un mismo proceso para resolver las situaciones de los/as niños/as y adolescentes víctimas, sea a quienes se han vulnerado sus derechos fundamentales –Ej.: indigente, desescolarización-, y victimarios; es decir, quienes han cometido un delito o contravención. En igual sentido, la confusión de las medidas, por cuanto la respuesta es la misma en ambos casos, igual se priva de libertad a uno y a otro.

En cuanto a la confusión de roles, debe referirse que, de forma muy consistente con lo dicho hasta ahora, en el sistema tutelar el/la Juez/a mantiene un poder absoluto. Lo cual se ve fortalecido por la participación generalizada sólo de una de las partes, que, indiferentemente que se le llame defensor/a, procurador/a o fiscal, juega un papel realmente confuso y desteñido, no siendo un contrapeso suficiente para el Juez. De hecho, su objetivo, por regla, era defender los intereses de la persona menor de edad, pero de conformidad con los parámetros y criterios establecidos por el sistema, con lo cual su intervención se confundía con la del/a Juez/a y terminaban todos/as procurando hacerle el “bien” a los/as adolescentes, negándose así la importancia de su participación dentro del proceso.

Por último, pero no por ello menos importante, conviene considerar que el sistema *tutelar*, al considerar a los/as niños/as y adolescentes como objetos de tutela, no así como sujetos de derechos, terminaba relativizando la vigencia de tales derechos de manera general, pues no se contemplaba que éstos fueran aplicables a este grupo de personas.

Efectivamente, esta relativización de los derechos para el caso de los/as niños/as y adolescentes, provocó que su vigencia y poder de vinculación se deteriorara a nivel general, pues, a partir de esta experiencia, no existía otra opción que considerar a los derechos como aplicables a veces sí y otras veces no, o bien dependiendo de los distintos grupos de personas, convirtiéndolos en objeto de manipulación.

Debido a ello, de mantenerse aquel estado de la situación, pudo haberse asumido, en cualquier momento, que tampoco otros grupos de personas eran merecedores de la titularidad de los derechos, pues, en esta relativización, la vigencia de los mismos dependía, prácticamente, de una decisión política o de la inercia social. En consecuencia, debe aceptarse que la adopción de la “*doctrina de la protección integral*” significó, además, un fortalecimiento de los derechos en general y la superación, en alguna medida, de dicha visión relativa de los derechos.

1.3.- Doctrina de la protección integral: derecho como equilibrio de las relaciones de poder

Se ha dicho que con la entrada en vigencia de la Convención se introduce una nueva visión de la infancia y, en consecuencia, de sus relaciones con los/as adultos y con el Estado. Esta perspectiva es la que se ha denominado como “*doctrina de la protección integral*”, la cual pretende, bajo la consideración de persona de los/as niños/as y adolescentes, instaurar un sistema que sea respetuoso de sus derechos, pero también de su diversidad.

Esto, que se dice fácil, constituye una verdadera revolución jurídica y pretende serlo también en lo cultural, pues tiene un fuerte impacto en diversos niveles de la sociedad, sea en la familia, en la escuela, en la comunidad y también en la administración de justicia.

Parte de la asunción de que la “*doctrina de la protección integral*” implica la determinación de límites para los demás, que se originan en el respeto de los derechos, sea por el cumplimiento de los deberes correlativos que ellos generan, lo cual, a su vez, conlleva la disminución de los niveles de discrecionalidad en quienes, de una u otra manera, deben tomar decisiones que puedan afectar tales derechos.

Igualmente, se supera la idea de incapacidad de los/as niños/as y adolescentes, para asumir, sin reparos, la idea de responsabilidad. Es decir, así como se reconocen los derechos de los/as niños/as y adolescentes, se entiende también que ellos tienen deberes y que su incumplimiento conlleva responsabilidades, como en el caso de los/as adultos/as.

La base de este sistema, entonces, se centra más en la protección de derechos que en la protección de personas, sean éstas niños/as, adolescentes o adultos/as, lo cual elimina el peligro de una selección que estigmatice y segregue a aquellos más desfavorecidos.

Lo anterior, por cuanto recurrir a la protección de derechos, más que a la protección de personas, resulta más objetivo, lo cual reduce las posibilidades de discriminación, pues se entiende que, independientemente de las características de persona o condiciones de vida, a todos/as se nos deben respetar nuestros derechos, asegurándose así un trato igualitario.

De la misma manera, la vulneración de un derecho a cualquier persona obliga, casi siempre y sin necesidad de recurrir a valorar sus condiciones personales, sociales y familiares, a dos tipos de acciones: al reestablecimiento del derecho vulnerado y a la responsabilización, de estar así contemplado en la ley, de quien lo vulneró, sea por acción u omisión.

El derecho retoma, así, sus fines y objetivos, queriendo equilibrar las relaciones de poder entre niños/as y adolescentes y adultos/as, fortaleciendo la posición del débil y limitando la del fuerte -en la comprensión del Derecho, con Ferrajoli, como “La ley del más débil”-. Además, el Estado como principal responsable de la realización del Derecho debe, entonces, orientar sus acciones sobre esta base de protección del más débil y de equilibrio de relaciones de poder, pero asumiendo que su intervención se encuentra también limitada por tales derechos.

En consecuencia, en el Estado Constitucional de Derecho, al reconocerse la condición de personas de los/as niños/as y adolescentes, se disminuye la posibilidad de manipulación o instrumentalización del Derecho por parte del poder, precisamente, por el límite que representan los derechos fundamentales de las personas.

Otro de los efectos importantes de las reformas legales introducidas en Centroamérica es que, junto con el principio de protección integral, se promueve una clara división de funciones y separación de vías que permite, según se abordará más adelante, mejorar la distribución del poder y eliminar algunas de las confusiones que generaba el sistema anterior, un aspecto siempre deseable en la Democracia y en el Estado de Derecho. Como consecuencia, se asegura una respuesta adecuada a las víctimas de vulneración de sus derechos fundamentales, la cual, ahora, debe ser diferente a aquella que se prevé para quien ha cometido un delito, falta o contravención.

Ello se combina, además, con una diferenciación clara de roles dentro del proceso de responsabilidad penal, en que el/la juez/a asume un papel más objetivo, como tercero imparcial frente a las partes: fiscal y defensor/a. A estos últimos corresponde, respectivamente, el rol de acusador/a, por un lado, y de defensa de los derechos e intereses de los/as niños/as y adolescentes, por el otro. De esta manera, se establecen una serie de contrapesos y controles recíprocos dentro del mismo proceso de responsabilidad.

Por otro lado, se eliminan eufemismos del discurso de tutelar, en el entendido de que siempre es mejor para el Estado de Derecho y también para la formación de los/as niños/as y adolescentes que las denominaciones correspondan con la realidad, con lo que es. Así, de acuerdo con la “doctrina de la protección integral”, no debe existir temor en denominar la responsabilidad de los/as adolescentes como penal, como tampoco para hablar de delito, imputado/a, acusado/a o procesado/a, sanciones o penas, etc.

1.4.- Otras Características del Modelo de Protección Integral

Conviene, a continuación, enunciar algunas otras características que distinguen el sistema de administración de justicia de acuerdo con las ideas de protección integral:

- Se fortalece el principio de igualdad ante la ley, tratándose de igual forma a todas las personas sometidas a proceso con independencia de su condición social o de las carencias que esas personas posean.
- El modelo se apoya en la idea de la aplicación de la Ley a todos los niños(as) y adolescentes y no sólo a aquellos que tienen sus necesidades básicas parcial o totalmente insatisfechas, o se encuentren en circunstancias particularmente difíciles.

- Se reconoce a las personas menores de edad como sujetos plenos de derechos, de manera que el sistema de administración de justicia se orienta en su protección, independientemente de las condiciones sociales y características personales de los/as niños/as y adolescentes.
- Se otorga a los órganos judiciales la función que realmente les corresponde, sea dirimir conflictos de carácter jurídico, para la declaración de derechos, reivindicación de los mismos, o bien para asignación de responsabilidades frente a la comisión de un delito, falta o contravención.
- Se separan las vías y las respuestas estatales entre la situación de un/a niño/a o adolescente víctima y la de un/a adolescente victimario/a.
- Se evita, así, la intervención justicia penal en casos de riesgo social, de manera que estas carencias sean percibidas como omisiones de las políticas sociales.
- Se reducen significativamente los niveles de discrecionalidad del/a Juez/a, quien encuentra límites en su deber de respetar los derechos de los/as niños/as y adolescentes.
- Se tiende a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares. Por ejemplo, se parte de la comprensión de las consecuencias derivadas del proceso de responsabilidad como sanciones, que poseen una connotación claramente negativa, por consistir en una afectación de derechos fundamentales.
- En este mismo sentido y en cuanto al tema de la responsabilidad, se trata de un Derecho Penal claramente definido, no sólo por los sujetos destinatarios sino por las sanciones que se aplican.
- Se limita al máximo posible la intervención judicial en materia penal. Esto quedó plasmado en la ley con la creación de una serie de soluciones alternativas al juicio (conciliación, criterio de oportunidad, suspensión del proceso a prueba).
- Existe una clara distinción de roles entre jueces/zas, fiscales y defensores/as, lo cual permite asegurar un equilibrio entre las partes del proceso y potenciar el control, de manera que se disminuye el riesgo de abuso.
- Se promueve la fijación de una gama amplia de sanciones aplicables, en donde prevalecen las no privativas de libertad, sanciones socioeducativas y las órdenes de orientación y supervisión; en lugar de las tradicionales sanciones privativas de libertad.
- En este último sentido, se requiere la utilización excepcional de la sanción de privación de libertad, así como de la privación de libertad como medida cautelar (detención provisional).

Autoevaluación

Marque la respuesta correcta. Las respuestas las puede consultar al final del ejercicio.

1. En el modelo de situación irregular los/as adolescentes víctimas y victimarios/as:

- a) Eran tratados procesalmente de la misma manera, por la misma vía y se les brindaba, indistintamente, la misma respuesta;
- b) Recibían una respuesta diferente atendiendo a su situación;
- c) Era tratados procesalmente de manera diferente.

2. El eje central del discurso tutelar era:

- a) La protección de los derechos de los/as niños/as y adolescentes;
- b) La idea de hacer el bien a los/as niños/as y adolescentes;
- c) El equilibrio de las relaciones de poder entre niños/as y adolescentes con respecto a los/as adultos.

3. En cuanto a la responsabilidad penal, la doctrina de la protección integral promueve:

- a) Un derecho penal de autor;
- b) Un derecho penal por el acto claramente definido;
- c) Un sistema mixto, en principio sólo se puede sancionar a alguien por la comisión del delito, pero la sanción puede ser extendida por algunas condiciones sociales, como el consumo de drogas.

4. La doctrina de la protección integral atiende a:

- a) La protección de personas;
- b) En materia de responsabilidad se atiende a la protección de derechos y en cuanto a las víctimas a la protección de personas;
- c) La protección de derechos.

Respuestas:

- 1. a).
- 2. b).
- 3. b).
- 4. c).

Unidad II: Principio de igualdad y respeto de los derechos de los/as niños/as y adolescentes

Objetivo: Que las lectoras y lectores conozcan los diferentes modelos y acepciones del mandato de igualdad para, a partir de ellas, poder identificar los lineamientos requeridos para generar condiciones inclusivas que favorezcan el reconocimiento de los/as niños/as y adolescentes como sujetos de derechos.

1.1.- Máxima de igualdad y su incidencia en la inclusión-exclusión de personas

Vistos estos antecedentes, en los cuales se refleja una historia de exclusión de los/as niños/as y adolescentes del sistema de protección de derechos, corresponde ahora tratar de entender la incidencia que, en ello, tuvo el modelo de igualdad por el que se optó y, a partir de esta comprensión, tratar de identificar un concepto sobre el mandato o máxima de igualdad que permita afianzar jurídicamente su inclusión como titulares de derechos.

El abordaje de este tema se torna indispensable cuando se toma en cuenta la ambivalencia que ha mostrado este principio con respecto a la protección de los derechos de las personas a lo largo de su historia, pues el mismo ha sido utilizado como argumento de inclusión y como razón para la exclusión. Por ello, tratar de obtener alguna claridad sobre el contenido de este principio se espera que ayude a entender mejor las razones que justifican la reivindicación de los derechos de los/as niños/as y adolescentes, así como proyectar la protección de los mismos sobre bases más sólidas para el futuro.

De hecho, no debe olvidarse que incluso dentro de las mismas declaraciones sobre derechos ha existido una tácita línea de exclusión, pues de ellas se entendió o interpretó que no se tenía como destinatarias a todas las personas, razón por la cual no se consideró como titulares de derechos a grupos importantes, al punto que, dentro de las primeras declaraciones, esta condición estuvo reservada para una élite. En este sentido, puede citarse por ejemplo, la *Declaración Universal de Derechos del Hombre*.

Por el contrario, el modelo de igualdad por el que se quiere optar acá, es un modelo que entiende a todas las personas como titulares de derechos y por lo tanto, destinatarias de las diferentes regulaciones que, para la protección de los mismos, han sido emitidas; pero que quiere, y hasta promueve, la protección o tratamiento diferente cuando éste se encuentra razonablemente justificado.

1.2.- Partir de la igualdad hace la diferencia

Mirando en retrospectiva lo que ha sucedido en los últimos veinte años con el movimiento de reivindicación de los derechos de los/as niños/as y adolescentes en la región, puede concluirse que el esfuerzo realizado se centró, esencialmente, en tratar de lograr que se les considerara y respetara como personas, al menos bajo las mismas condiciones de cualquier persona adulta.

El gran objetivo inicial era, por tanto, lograr la inclusión de los niños/as y adolescentes dentro de la categoría de personas, pues históricamente se les había excluido de la misma, sobre la idea de un tratamiento desigual como regla. Lo anterior, aún cuando esta regla contradecía lo exigido por la máxima de igualdad, la cual establece “*la carga de argumentación para los tratamientos desiguales*”³.

El logro de este primer objetivo de inclusión era, o es, indispensable para poder, posteriormente, identificar y reconocer algunas diferencias jurídicamente relevantes, siempre sobre la plataforma de un modelo de igualdad inclusivo, para así no correr el riesgo de generar, con las mismas, exclusión.

Esta primera gran reivindicación implicó, según se ha dicho, un cambio de paradigma, pues ya se adelantaba que la imagen que nuestras sociedades han construido de la niñez y la adolescencia se ha enfocado, no en la igualdad, sino en las diferencias, pero consideradas como una “razón” para excluir.

Era ésta una lógica inversa y, en esa medida, bastante perversa, que fue utilizada por el discurso tutelar para sostenerse a través de los años, con la idea de legitimar, precisamente, la necesidad de “tutela” de los/as niños/as y adolescentes, siempre vistos como seres incapaces en sentido amplio, situación que se constituía en una razón para no reconocer sus derechos y, siguiendo esa misma cadena, negarles así la condición de personas.

Para ser un poco más radical, los/as niños, las niñas y adolescentes fueron ubicados en otra categoría, como integrantes de otra “especie”, lo cual ha provocado –aún y cuando se declararen las mejores intenciones-, segregación, pues como consecuencia de estas consideraciones no se le reconocían los derechos contemplados en las Constituciones, ni aquellos que forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Con ello, se quiere decir que las grandes reivindicaciones de los derechos de las personas logradas desde el siglo XVIII y hasta finales del siglo XX, no alcanzaron a los niños, las niñas ni a los/as adolescentes, así como tampoco a otros grupos importantes de personas, lo cual pone en evidencia que existen, o bien han existido, diferentes modelos de igualdad que han logrado incidir en el reconocimiento o no de las personas como titulares de derechos.

De esta manera, se llega a un tema que resulta fundamental para el estudio de los derechos de los/as niños/as y adolescentes, así como para asegurarles su acceso a la justicia, cual es entender y reconocer la incidencia que puede tener el modelo de igualdad que se adopte, conciente o inconcientemente, en la exclusión o inclusión social, entendida aquí como reconocimiento de todos los derechos.

Precisamente por esta ambigüedad y “*versatilidad*” que históricamente ha mostrado el principio de igualdad para, en algún momento, ser fuente de exclusión, en tanto en otro de inclusión o reivindicación, resulta altamente pertinente detenerse en tratar de estabilizar su

³ ALEXY (Robert). Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.

sentido y contenido, para así aclarar, desde el inicio, los alcances de un sistema de protección universal de los derechos de las personas.

Esta precisión que quiere realizarse sobre el mandato de igualdad resulta aún más importante, al tomar en cuenta que éste constituye un derecho del cual derivan directamente otra cantidad significativa de derechos, como puede ser la educación o la salud, por lo que la noción que se tenga del mismo incide, de manera general, en el sistema de derechos y en el modelo de sociedad que se tiene o se quiere. Incluso, el sistema jurídico y hasta político de un país se encuentra determinado por el modelo de igualdad que, en la realidad, se adopte.

Por lo anterior, parece indispensable revisar algunos de los diferentes sentidos dados a este mandato de igualdad, con la idea de conocer los mismos y, posteriormente, decidir por aquél que se ajusta mejor a la idea de inclusión de la totalidad de las personas, el cual será utilizado como base para el estudio de los derechos de los/as niños/as y adolescentes y para definir los lineamientos que permitirían asegurar su acceso a la justicia.

Luego, se tratará de dar un contenido más preciso a la máxima “*tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*”, de manera que, esta precisión nos permita identificar con mayor claridad cuándo está mandado un tratamiento igual y cuándo un tratamiento desigual, lo que resulta esencial para la protección efectiva de los derechos de los/as niños/as y los adolescentes.

1.3.- Modelos de igualdad y su incidencia en la inclusión-exclusión de los/as niños/as y adolescentes

Siguiendo con este mismo planteamiento, Luigi Ferrajoli aborda, con una interesante clasificación de los modelos de igualdad, la incidencia que puede tener el modelo que se adopte en la generación de inclusión o exclusión, reflejando, de alguna manera, la idea aquí sugerida, sea que, en la base de todo sistema jurídico o social, se encuentra un determinado modelo de igualdad.

Por esta razón, cuando se tiene por objetivo asegurar un sistema de protección de derechos que incluya a los/as niños/as y adolescentes, así como a cualquier otro grupo de personas tradicionalmente excluido, resulta importante ubicar y justificar la adopción de uno de esos modelos de igualdad expuestos por Ferrajoli, aquél que mejor se ajuste a tal idea de inclusión, pero que también sea respetuoso de las diferencias de cada grupo.

Modelos de Igualdad⁴

- Indiferencia jurídica de las diferencias;
- Diferenciación jurídica de las diferencias;
- Homologación jurídica de las diferencias y
- Valoración jurídica de las diferencias

⁴ FERRAJOLI (Luigi). *Derechos y Garantías La Ley del Más Débil*. Editorial Trotta.

De acuerdo con el primero de ellos, *“las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente se las ignora”*⁵. Este es el modelo de igualdad del estado de naturaleza descrito por Thomas Hobbes, en que las relaciones entre las personas no son reguladas de ninguna manera, por lo que se encuentran en total libertad, para que por medio de la fuerza defiendan, o bien opriman, las diversas identidades. Se trata de un sociedad anárquica.

Aquí, no existe derecho ni se reconocen derechos a las personas, entendidos en el sentido actual, por lo que el respeto de la igualdad y de las diferencias queda supeditado a la capacidad de cada quien para imponerse, o bien para defenderse, lo cual se ve reflejado en dos de sus más famosas frases contempladas en el Leviatán: *“Guerra de todos contra todos”* y *“El hombre es el lobo del hombre”*.

En el segundo modelo de igualdad citado por Ferrajoli, denominado por él diferenciación jurídica de las diferencias, *“las diferencias valorizadas se asumen como status privilegiado, fuentes de derechos y poderes, e incluso en un falso universalismo modelado únicamente sobre los/as adultos/as; mientras otras se asumen como status discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción”*⁶.

Esta valoración de las diferencias en sentido negativo, como fuentes de privilegio y discriminación, se ha visto reflejado hasta en los mismos ordenamientos jurídicos, en la ley, tal como sucedió con las leyes tutelares, la cuales afirmaban el poder de los/as adultos/as sobre la niñez y la adolescencia, esto es, un poder sin límites ni controles. Por ello, precisamente, algunos afirmaban que estas leyes no podían considerarse, en sentido estricto, Derecho; pues respondían a esta idea excluyente de igualdad y, en consecuencia, resultan insostenibles desde un punto de vista constitucional.

De acuerdo con el modelo llamado homologación jurídica de las diferencias, por otro lado, *“las diferencias, empezando por el sexo, son también en este caso valorizadas y negadas; pero no porque algunas sean concebidas como valores y otras como desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Más que transformadas en status privilegiados o discriminatorios, resultan desplazadas, o, pero aún, reprimidas y violadas, en el cuadro de una homologación, neutralización e integración general”*⁷.

No se trata de un reconocimiento de las diferencias como fuentes de privilegios, como en el modelo anterior, sino de una negación absoluta de la existencia de las mismas, por cuanto se parte de una idea de un sujeto universal, lo cual se refleja normativamente cuando se reconoce que todos tenemos los mismos derechos en la medida en que somos considerados como ese sujeto estándar.

⁵ FERRAJOLI (Luigi). *Derechos y Garantías La Ley del Más Débil*. Editorial Trotta.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid. Pp.75.

Es decir, los/as niños/as y adolescentes, dentro de este modelo, tendrán los mismos derechos que los adultos, en tanto sean considerados como tales, por lo que se presenta una invisibilización de las diferencias, en tanto todas las personas son reconocidas como iguales bajo el parámetro de ese sujeto universal, usualmente adulto y hombre.

Este modelo representó un riesgo para el movimiento de reivindicación de los derechos de los/as niños/as y adolescentes, pues, según se refirió con anterioridad, la idea era, en una primera instancia, lograr el reconocimiento de ellos/as como personas, por lo que un resultado, siempre posible, era que se llegaran a obviar, en lo general o en lo particular, algunas diferencias jurídicamente relevantes que presentan los/as niños/as y adolescentes con respecto a los/as adultos/as, razón por la cual conviene tener presente este modelo de igualdad y el peligro de llegar a adoptarlo.

El último modelo, *valoración jurídica de las diferencias*, es el que, desde la perspectiva del autor, se ajusta mejor al objetivo de inclusión, pues parte del principio normativo de igualdad de los derechos fundamentales y en un sistema de garantías capaz de asegurar su efectividad. *“Este modelo no es indiferente o tolerante con las diferencias, garantiza a todos su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales”*⁸.

Aquí, se asigna al Derecho y a la ley la función de corregir las desigualdades, sobre la base del respeto y la valoración de las diferencias, generando condiciones de igualdad mediante la protección de los derechos fundamentales para todas las personas y respetando así todas sus posibles identidades, además de sus correspondientes puntos de vista.

En consecuencia, puede decirse que a los/as niños/as y adolescentes, según este modelo, se les valora su condición de personas, por lo que se confirma el respeto de todos los derechos reconocidos a las personas en general, pero también su identidad como niño, niña o adolescente, por lo que es de interés asegurar la protección por parte del ordenamiento jurídico, del Derecho, de tales diferencias. Éste es, según se adelantaba, el modelo de igualdad inclusivo del que debe partir un sistema de protección de derechos.

Precisamente, por la evolución del modelo de igualdad hacia esta última versión durante la segunda mitad del siglo XX, particularmente durante su última década, puede afirmarse que ésta fue la época ilustrada en cuanto a los derechos de los niños/as y adolescentes.

Tanto fue así, que el esfuerzo implicó, como parte de la promoción de un cambio de paradigma, la promulgación de instrumentos internacionales de Derechos Humanos dirigidos exclusivamente a los Niños/as y Adolescentes, aún cuando, en gran medida, éstos se centraron en reconocer derechos que ya se encontraban reconocidos para el género personas.

⁸ FERRAJOLI (Luigi) Ibid. Pp. 75 y 76.

Después de la promulgación de estos instrumentos específicos de derechos humanos, se fue afianzando la idea de considerarlos, en general, como destinatarios o titulares de derechos, por lo que fueron los tratados sobre sus derechos los que permitieron acceder a todo el sistema de protección de derechos creado hasta el momento. Debido a lo anterior, se considera que la Convención sobre los Derechos del Niño constituyó, en palabras de Emilio García Méndez, su carta de ciudadanía.

Sin embargo, lo aquí expuesto todavía no resuelve un tema crucial, sea cuándo se encuentra mandado un tratamiento igual y cuándo un tratamiento desigual, de acuerdo con la máxima de igualdad que expresa *“los iguales deben ser tratados como iguales y los desiguales como desiguales”*, lo cual resulta determinante para reconocer cuándo debe brindarse a los/as niños/as y adolescentes un trato diferente.

1.4.- Norma de tratamiento igual

Hemos adelantado que el punto de partida, respecto de la máxima de igualdad, es, precisamente, el tratamiento igual de todas las personas, categoría dentro de la cual se encuentran, naturalmente, los/as niños/as y adolescentes, de hecho es ésta la primera parte de la máxima *“tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”*. El principio es, por tanto, que todos/as somos iguales en derechos, por lo que la carga argumentativa, sea de fundamentación o justificación, la debe tener el trato diferente.

Ahora bien, que la carga de argumentación sea para el tratamiento diferente implica que siempre debe existir, según expresa Alexy, una razón suficiente que justifique el mismo, de lo contrario prevalecerá el tratamiento igual. En este entendido, la norma de tratamiento igual sería la siguiente: *“Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”*⁹.

A partir de esta idea, puede afirmarse, entonces, que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en general son, por regla, de aplicación a los/as niños/as y adolescentes, desde que están dirigidos al género persona, así como los mecanismos de protección de derechos existentes a nivel interno e internacional, salvo en aquellos casos en que exista una razón suficiente que ordene un trato diferenciado para este grupo de personas.

Sin embargo, esta afirmación o consideración no obsta para que, adicionalmente, se creen instrumentos jurídicos específicos para esta población, ni mecanismos de protección también especiales, en tanto pueda sostenerse la necesidad de una protección adicional para sus derechos, pues, según se adelantó, cualquier trato diferente debe justificarse, razonarse, con lo que se confirma que, de no existir una razón que así lo justifique, se encuentra mandado el trato igual.

Ahora bien, la identificación de cuáles son las razones suficientes que permiten justificar un tratamiento diferente es un tema de difícil, o bien de imposible, resolución a nivel general, por lo que habría que supeditararlo al caso concreto, a la argumentación jurídica que pueda

⁹ ALEXY (Robert). Pp. 395.

realizarse frente a una situación específica, siempre teniendo como parámetro el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Lo anterior, sin perjuicio de reconocer que es posible extraer o construir algunas reglas de aplicación general, precisamente a partir de aquellos casos en que se resuelva la existencia de una razón suficiente para el tratamiento diferente, la cual se haría de aplicación general al regularse a nivel legislativo. En este caso, el principio de igualdad se constituye en una razón para crear nuevas reglas.

Este tema del razonamiento o argumentación jurídica, se abordará más adelante, propiamente en la segunda parte de este trabajo, vinculada con la protección especial de los Derechos de los Niños/as y Adolescentes según las Constituciones y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En consecuencia, desde el principio de igualdad, propiamente desde esta primera norma, debe concluirse que los/as niños/as y adolescentes son personas al igual que los/as adultos, por lo que deben recibir el mismo trato con respecto a la protección de sus derechos, lo cual constituye la base a partir de la cual deben empezar a construirse las razones que permitan establecer, a nivel general o frente a un caso concreto, diferencias, las cuales siempre deben crearse sobre la idea de brindar una protección adicional para sus derechos, nunca una disminución de la misma, o bien una negación de su titularidad respecto de tales derechos, como sucedió durante el período tutelar.

1.5.- Norma de tratamiento diferente

En esta misma línea de ideas, se ha dicho que, cuando existe una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, se encuentra ordenado dicho tratamiento desigual. No se trata de cualquier razón, sino de una razón que ordene, de manera suficiente, según se adelantaba, el tratamiento diferente.

Dicho esto, la norma sería la siguiente: “Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”¹⁰.

Así, en tanto la norma de tratamiento igual rige en principio, por lo que no requiere de ningún tipo de fundamentación o razón adicional para justificar su aplicación, la norma de tratamiento desigual requiere una fundamentación que justifique su aplicación. No es jurídicamente procedente, por ende, el tratamiento diferente si no existe una razón que así lo ordene.

En este sentido, refiere Alexy: “*esta fórmula se diferencia de la norma de igualdad de tratamiento porque para el mandato de un tratamiento desigual exige que se logre una fundamentación de justamente este mandato, mientras que la norma de igualdad de tratamiento deja que sea suficiente para el mandato de igualdad de tratamiento el no haberse*

¹⁰ ALEXI (Robert). Ibid.

logrado la fundamentación de la permisión (admisibilidad) de una diferenciación. Justamente en esta asimetría consiste la carga de argumentación a favor del tratamiento igual¹¹.

De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado, citando a su vez a la Corte Europea de Derechos Humanos, lo siguiente: “En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en ‘los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos’, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”¹².

Precisamente por la facilidad con la que a los/as niños/as y adolescentes se les aplicaba un trato diferente, en el caso del sistema tutelar discriminatorio y arbitrario, pues el mismo no atendía a razones o justificaciones jurídicamente válidas, resulta fundamental insistir en la carga de argumentación que conlleva todo tratamiento diferente, lógica que se convierte en un requerimiento indispensable de un sistema de protección de derechos inclusivo, con la idea de alejar cualquier tentativa de construcción de tratamientos diferenciados de manera arbitraria.

Aparte, debe insistirse en que el trato diferente debe tener como base una protección adicional de sus derechos fundamentales, no una negación de los mismos, lo cual se encontraría prohibido por el mismo ordenamiento constitucional. Desde este punto de vista, se entendería que, en cuanto a la responsabilidad penal, a los/as adolescentes se les considerará una responsabilidad atenuada, que contemple sanciones menos graves, pero nunca a la inversa.

Aprovechando este ejemplo, podrían brindarse diferentes razones lógicas y suficientes para afianzar, desde un punto de vista jurídico, este tratamiento diferente, sea la regulación de sanciones menos severas o drásticas que las contempladas para los/as adultos/as.

En este sentido, algunas de estas razones han sido brindadas por el pedagogo brasileño Antonio Carlos Gomez Dacosta, quien, por ejemplo, considera que la noción del tiempo es relativa dependiendo de la edad de las personas. Lo anterior, en el entendido de que, por ejemplo, un año para una persona de cuarenta años representa un dos y medio por ciento de su vida, en tanto que, para un/a adolescente de quince años, un año significa casi un diecisiete por ciento de lo por él o ella vivido.

Justifica Gomez Dacosta que el único parámetro posible para determinar nuestra noción de la duración del tiempo es, precisamente, el tiempo vivido, por cuanto es bajo este parámetro que, por lo usual, las personas relativizamos el tiempo, no así en relación con nuestra expectativa de vida, como podría pensarse, pues ésta es siempre incierta, vista desde la situación particular de cada persona.

¹¹ ALEXI (Robert). Ibid. Pp. 398.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Denominada *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

En este sentido, es una regla de la experiencia que, conforme vamos creciendo, la noción de duración de un año se reduce, al punto que no es extraño escuchar en los/as adultos/as mayores afirmaciones como que el año se hizo corto o se terminó muy pronto.

Por el contrario, a más temprana edad la duración del tiempo, a nivel perceptivo, aumenta, lo cual también tiene bases empíricas. Basta escuchar a un/a niño/a de cuatro o cinco años de edad referirse a cuánto dura en llegar la navidad o su cumpleaños, lo cual es, obviamente, equivalente a la duración de un año. Para corroborar esta hipótesis, pues, por lo general, su impresión será que un año es una eternidad.

De igual manera, como una forma de corroborar la pertinencia del parámetro del tiempo vivido, debe agregarse que es usual que los/as niños/as, de la edad mencionada por ejemplo, suelen mirarse a sí mismos/as como una persona “*grande*” respecto de su pasado, de aquello por él o ella vivido, no en relación con su futuro. De hecho, cuando narran alguna anécdota ocurrida en sus años anteriores pueden referirse, para efectos de ubicación temporal, a la época en la que él o ella eran pequeñas, o bien medianas, porque actualmente se conciben como “*grandes*”, lo cual tiene sentido, considerando su propia y actual vida, no tanto el tiempo que teóricamente vivirán.

Esta elaboración nos permite considerar, por otro lado, que una pena de quince años, como la contemplada por la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, para un/a adolescente de esa edad es, prácticamente, una condena perpetua, pues se trata de un período de tiempo igual al vivido.

Dicho lo anterior, debe concluirse que es fundamental, para asegurar un correcto acceso a la justicia de las personas menores de edad, que los/as operadores/as comprendan, en general, la lógica de aplicación del principio de igualdad y que tengan la sensibilidad de reconocer la diversidad de los/as niños/as y adolescentes, sea de conocer y ayudar a construir razones suficientes, lógicas y jurídicamente válidas que les permitan determinar, cuando sea necesario, un trato diferenciado, tal como ha realizado Antonio Carlos Gómez Dacosta en el ejemplo expuesto.

1.6.- Grado de discrecionalidad que concede la máxima de igualdad

Hasta aquí, se ha tratado de aclarar en qué consisten las dos normas que forman parte del mandato o máxima de igualdad, pero aún no hemos hecho referencia a aquellos casos en los que existen razones para el tratamiento diferente, pero sin que llegue a ordenarse el mismo. Esta situación se encuentra en el límite entre el tratamiento igual y desigual, por lo que parece importante determinar su resolución, con la idea de tener un panorama integral.

En estos casos, existe una permisión para el tratamiento desigual, por lo que no está mandado el tratamiento igual, pero tampoco está ordenado el tratamiento desigual, pues, según se adelantó, la razón no es suficiente para mandarlo así, únicamente alcanza para determinar una permisión.

Esta situación, Alexy la resume de la siguiente manera: “*también hay casos en los cuales la máxima general de igualdad no ordena ni un tratamiento igual ni uno desigual sino que*

*permite tanto un tratamiento igual como uno desigual, es decir, concede al legislador un campo de acción*¹³.

Sería razonable y aceptado por el principio de igualdad que, en estos casos, el/la legislador/a determine, en la regulación de la situación concreta, un tratamiento igual tanto como un tratamiento desigual, pues esta decisión no afectaría ninguna de las dos normas expuestas o, visto positivamente, cualquiera sea su decisión realizaría la máxima de igualdad; en eso consiste el grado de discrecionalidad concedido

Ahora, para precisar cuándo nos encontramos ante este espacio de discrecionalidad, Alexy recurre al concepto de arbitrariedad de Leibholz, para quien *“la arbitrariedad es una versión aumentada de la incorrección”*. De acuerdo con este concepto y según lo dicho en este apartado, existen dos posibilidades para valorar que un tratamiento desigual no sea arbitrario, cuando existen razones que refieren que el tratamiento desigual es la mejor solución o la más justa y cuando existen razones que permiten dicho tratamiento, aún cuando no lo ordenen.

La existencia de una razón que permita el tratamiento desigual no implica que el tratamiento igual sea arbitrario, pues aquél no se encuentra ordenado. Por el contrario, conlleva que el tratamiento igual también se encuentra autorizado y se mantiene como una opción para el/a legislador/a¹⁴.

Entonces, cuando no es arbitrario el tratamiento igual ni el tratamiento desigual, el/a legislador/a puede optar por cualquiera de los dos y estar dentro de los parámetros de la máxima de igualdad, pero para llegar a esta conclusión debe realizarse una valoración seria de la situación concreta, mediante la cual se asegure que ninguna de las soluciones posibles resulta arbitraria. Nos encontramos todavía dentro del ámbito de la argumentación o razonamiento jurídico.

Es importante hacer referencia a este ámbito de discrecionalidad para los efectos de la protección de los derechos de los/as niños/as y adolescentes, porque esto nos aclara que el margen de discrecionalidad es limitado, no irrestricto. Es decir, el/la legislador/a se encuentra vinculado por ambas normas de la máxima de igualdad y sólo tiene un espacio de decisión cuando no resulte arbitrario el tratamiento desigual, pero tampoco el tratamiento igual.

A nivel judicial, este entendimiento también es determinante para asegurar el acceso a la justicia de los/as niños/a y adolescentes, pues es una regla de las leyes de niñez y adolescencia de la región la regulación abierta de la aplicación supletoria de la legislación de adultos/as, ante la falta de norma expresa, la cual no ha sido de aplicación pacífica.

Lo anterior, por cuanto esta regulación, abre la posibilidad de una utilización indiscriminada de las normas fijadas para los/as adultos/as, lo cual no siempre constituye

¹³ ALEXI (Robert). Ibid. Pp. 400.

¹⁴ ALEXI (Robert). Ibid. Pp. 400.

una decisión adecuada al principio de igualdad, por lo que es importante que el/la Juez/a, así como los/as otros/as operadores/as del sistema, reconozcan cuándo la falta de norma expresa es una omisión, subsanable por vía de la aplicación supletoria, y cuándo una decisión querida por el/la legislador/a, dentro del ámbito de discrecionalidad que otorga el principio de igualdad y que aquí se ha expuesto.

Un ejemplo: la Ley de Justicia Penal de Costa Rica no reguló, pero tampoco prohibió expresamente, la aplicación del procedimiento abreviado a los/as adolescentes, como una alternativa que tienen las personas acusadas para obtener una sanción menor, siempre que se acepten los cargos o hechos que se le imputan.

En realidad, la regulación y la aplicación de esta alternativa de solución del conflicto o de resolución del proceso no se encuentra relacionada con la realización de ningún derecho fundamental o garantía procesal, por el contrario, aún cuando no hayan sido atendidos, se han expresado argumentos en cuanto a que, con él, se afectan algunas garantías del debido proceso.

Ante este escenario, existían básicamente dos posiciones, una que consideraba que se estaba ante una omisión del/a legislador/a, la cual violentaba la norma de trato igual, y otra que planteaba que era su obligación no regular el mismo, por cuanto se encontraba ordenado un tratamiento diferente. Desde la perspectiva que se ha expuesto en este apartado, existe una tercera opción, sea que no se encuentre ordenado el trato igual ni desigual, pues las razones no son suficientes para ordenar el segundo, pero sí para permitirlo, por lo que, dentro del ámbito de discrecionalidad expuesto, es potestad legislativa decidir su permisión o prohibición.

En este entendido, habría que considerar que la no regulación del procedimiento abreviado se encuentra dentro de las opciones que concede la máxima de igualdad para la resolución de este tipo de situaciones, por lo que no se encontraría ordenada la aplicación supletoria de la legislación de adultos/as, por el contrario, no estaríamos ante el supuesto para su aplicación.

Como se puede extraer de este ejemplo, es necesario reiterar que, para asegurar un adecuado acceso a la justicia de los/as niños/as y adolescentes, es indispensable contar con Jueces/zas debidamente preparados/as en el contenido y forma de aplicación del principio de igualdad, pues el mismo es de constante utilización en el ámbito de la administración de justicia de niñez y adolescencia.

Autoevaluación:

1. Asocie. En el espacio en blanco de la columna de la derecha asigne la letra de la columna de la izquierda, según corresponda el nombre del modelo de igualdad con la descripción.

- a) Valoración jurídica de las diferencias. _____ . Las diferencias valorizadas se asumen como status privilegiado, fuentes de derechos y poderes, e incluso en un falso universalismo modelado únicamente sobre los/as adultos/as; mientras otras se asumen como status discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción.
- b) Homologación jurídica de las diferencias. _____ . Las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente se las ignora.
- c) Diferenciación jurídica de las diferencias. _____ . No es indiferente o tolerante con las diferencias, garantiza a todos su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales.
- d) Indiferencia jurídica de las diferencias. _____ . Las diferencias son valorizadas y negadas; pero no porque algunas sean concebidas como valores y otras como desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Más que transformadas en status privilegiados o discriminatorios, resultan desplazadas, o, peor aún, reprimidas y violadas, en el cuadro de una homologación, neutralización e integración general.

Selección única. Seleccione el ítem que mejor se ajuste al contenido de este módulo.

2. A cuál modelo de igualdad responde la doctrina de la protección integral:

- a) Homologación jurídica de las diferencias;
- b) Valoración jurídica de las diferencias;
- c) Indiferencia jurídica de las diferencias;
- d) Diferenciación jurídica de las deferencias.

3. La norma de tratamiento igual obliga a:

- a) Tratar igual a los/as niños/as y adolescentes con respecto a los/as adultos/as en general;
- b) Tratar igual a los/as niños/as y adolescentes siempre que no existan razones suficientes que ordenen un tratamiento diferente o desigual;

c) Tratar igual a los/as niños/as y adolescentes siempre que existan razones suficientes que ordenen ese tratamiento igualitario.

4. La norma de tratamiento desigual o diferente manda:

a) Tratar de manera desigual a los/as niños/as y adolescentes siempre que existan razones suficientes que ordenen este tratamiento;

b) Tratar diferente a los/as niños/as y adolescentes siempre que no existan razones suficientes para tratarlos de manera igual;

c) Tratar de manera diferente a los/as niños/as y adolescentes con respecto a los/as adultos/as.

5. La aplicación supletoria de las normas de adultos/as a los/as niños/as y adolescentes, ante una falta de regulación es necesaria siempre que:

a) Se encuentre ordenado un trato diferente;

b) No se encuentre ordenado un trato diferente, pero tampoco un tratamiento igual, por lo que el/la legislador/a tenía un ámbito de discrecionalidad para regular la situación de la misma forma que los/as adultos/as o de manera diferente;

c) Se encuentre ordenado el tratamiento igual de los/as niños/a con respecto a los/as adultos/as.

Respuestas:

1. c), d), a) y b).

2. b)

3. b).

4. a).

5. c).

Lecturas recomendadas:

ALEXY (Robert). Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.

FERRAJOLI (Luigi). Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta.

lo cual prevalecerán unos principios –derechos- u otros, o bien los derechos de unos frente a los de otros, de ahí la famosa frase “*mis derechos terminan donde empiezan los del otro*”.

No obstante, esta relación condicionada de precedencia entre derechos puede estar igualmente condicionada, aún cuando no de manera definitiva, por el/la legislador/a, quien, dentro de sus potestades, puede asignar una carga de argumentación, sea un mayor peso, a favor de unos principios -derechos- frente a otros, reforzando así el carácter *prima facie* de los primeros, sin que esto implique que puedan equipararse al carácter definitivo de las reglas, pues, de ser así, perderían su carácter de principio.

Con esto último se quiere decir que, a pesar de la asignación de una carga de argumentación a su favor, los principios no pueden perder este carácter *prima facie*, ni tampoco, en consecuencia, se puede liberar al intérprete de la necesidad de establecer las condiciones de precedencia al momento de su aplicación, sea de argumentar o razonar sobre tal precedencia.

Lo anterior, pues el carácter definitivo de las reglas, que se apoya en el hecho de una disposición ya tomada por una autoridad competente, sea el/la legislador/a nacional o internacional, es algo básicamente diferente y esencialmente más fuerte que aquél que caracteriza a los principios, aún cuando el/la legislador/a les asigne un peso mayor.

Ahora bien, se entiende que esta posibilidad o facultad legislativa de establecer cargas de argumentación o pesos a favor de unos principios y en contra de otros, o bien a favor de los derechos de unos frente a los derechos de otros grupos de personas, en consideración a su condición de vulnerabilidad y con la idea de tratar de equilibrar su situación de desventaja o desigualdad social, se encuentra reflejada en la idea de brindar mayor protección o protección especial a los derechos de los niños, las niñas y adolescentes establecida en las diferentes constituciones y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este sentido, corresponde recordar que la Convención de los Derechos del Niño y, en general, casi todas las leyes de la región dictadas con posterioridad a su aprobación, regulan el principio del interés superior del niño, el cual, entendido de acuerdo con las ideas aquí expresadas, recoge esta carga de argumentación a favor de los derechos de las personas menores de edad.

Antes de entrar a explicar esta posición, debe aclararse que a este principio, por haber sido regulado por las leyes tutelares, se le ha asignado una serie de significados que, lejos de fortalecer los derechos, ha tendido a debilitarlos, pues, como consecuencia de la ambigüedad que ha prevalecido sobre sus contenidos, se le llegó a asimilar con la idea de “*hacer el bien*”, reconocido eje de fundamentación de la “*doctrina de la situación irregular*”.

Su misma denominación apoya esta distorsión, debido a que, cuando se habla de interés superior del niño, se alude a la tutela de personas, idea propia de un sistema basado en la “*doctrina de la situación irregular*”, no así a la protección de derechos, como correspondería de acuerdo con la Convención. Ambas ideas, es oportuno indicar, responden a lógicas bastante

distintas, pues ya se adelantaba en la sección de antecedentes, que la tutela de personas resulta subjetivo y sin límites, en tanto la protección de derechos es más objetiva y conlleva límites.

Así, quien entiende que está tutelando personas se siente facultado para hacer todo aquello que, desde su subjetividad, considere oportuno para lograr su propia idea de tutela. Los límites los determina quien adopta las decisiones o realiza las acciones y, entonces, éstas siempre se encuentran en función de quienes sean los sujetos activo y pasivo de tal tutela.

Por el contrario, cuando se protegen derechos, éstos constituyen límites a las acciones o decisiones que se quieran adoptar y, como existe una máxima que refiere que todos somos iguales en derechos, este parámetro debe ser respetado por igual, independientemente de las condiciones sociales o personales del/a destinatario/a de la protección.

Todo lo anterior, tiene por objetivo confirmar que, por lo dicho respecto a la denominación del principio en cuestión, resulta necesario, para ser congruentes, vincular tal nomenclatura con la protección de los derechos de los/as niños/as, adolescentes, única manera en que resulta sostenible su vigencia. Por ello, en adelante, se le denominará interés superior de los derechos de los/as niños/as y adolescentes, para proceder, a continuación, a aclarar su contenido, en estrecha relación con esta denominación.

Visto desde esta perspectiva y según lo referido en este apartado, se comprende que el interés superior de los derechos de los/as niños/as y adolescentes no es otra cosa que la asignación legislativa de una carga de argumentación a favor de la protección de los derechos fundamentales de las personas menores de edad, es decir, un reforzamiento del carácter *prima facie* de estos derechos, reconociéndoles un peso adicional a los mismos, pero sin perder su carácter de principio.

En conclusión, el legislador internacional, y también el nacional, consideró, con la regulación del interés superior de los derechos de las niñas/os y adolescentes, la necesidad de reforzar los derechos fundamentales de las personas menores de edad. Idea que se extrae, fácilmente, de la interpretación del artículo 3, inciso 1, de la Convención, el cual establece que *“En todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Esta interpretación, sin embargo, no puede, ni quiere, llevarnos a afirmar que los derechos de los/as niños/as o adolescentes siempre pesan más que otros principios - incluidos aquí los derechos de otras personas- pues ésta sería una consideración de carácter absoluto que negaría la lógica de aplicación de los derechos aquí expuesta y provocaría, por ejemplo, la insostenibilidad de cualquier sistema de administración de justicia penal de adolescentes que recurra, en algún nivel, a la restricción de derechos de los/as adolescentes como sanción.

En todo caso, tampoco podría aceptarse tal consideración puesto que, según se dijo, aún cuando los derechos de los niños, niñas y adolescentes se encuentren reforzados por este principio, estos nunca deben perder su carácter de principio, sea *prima facie*, pues existe el riesgo de desnaturalizar los mismos, lo cual, sin duda, generaría una distorsión del sistema jurídico en general.

Por el contrario, este carácter de principio se evidencia al afirmar que, encontrándose los derechos de estas personas reforzados por la carga argumentativa que implica el interés superior de los derechos del/a niño/a y adolescente, el/la operador/a jurídico siempre debe, frente a casos concretos y al momento de realizar la respectiva ponderación de los principios en conflicto, tener presente este peso adicional asignado.

Lo anterior, por cuanto la resolución de la precedencia de un derecho frente a otro, o de los derechos de una persona frente a los de otra, corresponde, al final, a los/as jueces/zas, cuando no exista un entendimiento al respecto entre los/as interesados/as, aspecto de especial relevancia que será desarrollado en un apartado posterior.

Ahora bien, aparte del efecto que tiene este peso argumentativo que introduce el interés superior de los derechos de los/as niños/as y adolescentes en cuanto a establecer la precedencia de unos derechos sobre otros, habría que preguntarse si el mismo tiene algún impacto en los deberes correlativos que genera cada derecho para el Estado y para terceros.

La respuesta a esta pregunta es, sin lugar a dudas, afirmativa, pues con la regulación de este principio se expresa una voluntad legislativa de reforzar los derechos de los/as niños/as y adolescentes, lo cual también debe verse reflejado, por ejemplo, en la orientación de las políticas públicas, asegurándose así la perspectiva sistémica que promueve la “*doctrina de la protección integral*”.

Entonces, no puede considerarse el impacto del interés superior de los derechos de los niños/as y adolescentes de manera parcial, sea como aplicable para establecer precedencias en caso de colisión de principios, pero no así para determinar los deberes correlativos que, para terceros y para el Estado, surgen de la protección de los derechos, pues esto sería un contrasentido desde esta visión de sistema.

Con respecto a este segundo impacto del principio en el sistema de protección de derechos, conviene indicar, con la idea de determinar la incidencia del mismo en la determinación de tales deberes, que la relación entre derechos y deberes correlativos es directa, por lo que ante un mayor peso asignado por el/la legislador/a a un derecho, mayores son los deberes correlativos que se generan.

Partiendo de esta lógica, debe aceptarse que la regulación y la vigencia del principio del interés superior de los derechos de los/as niños/as y adolescentes produce efectos diferentes respecto a los deberes del Estado en la satisfacción de los mismos, de acuerdo con el tipo de derechos de que se trate, sean éstos derechos de libertad o negativos, o bien derechos sociales fundamentales o positivos, de hacer.

incumplimiento de estos últimos, pues los conceptos derecho y deber se corresponden de una manera tal que uno no puede subsistir sin el reconocimiento del otro. De esta manera, al enunciarlo como un sistema de derechos se entiende también como uno de deberes. Lo anterior, aún cuando pueda reprocharse, pero también comprenderse, que parte del discurso de reivindicación de los derechos de los niños/as y adolescentes se ha desentendido, en alguna medida, de los deberes.

No obstante, cualquier posible distorsión, puede ser corregida desde esta perspectiva, en la que no existen derechos sin deberes, ni deberes sin derechos. Cada derecho reconocido por el ordenamiento jurídico tiene uno o varios deberes correlativos, tanto para terceros como para el mismo Estado, los cuales tienen que ser cumplidos cabalmente para asegurar la efectiva protección del derecho.

Estos deberes pueden ser de diferente naturaleza dependiendo del tipo de derecho que se trate. Por ejemplo, los derechos de libertad generan en los demás y en el Estado obligaciones de no hacer, sea deberes de carácter negativo, pues la idea es asegurar un determinado espacio dentro del cual las personas puedan adoptar sus decisiones. Entre este tipo de derechos se encuentran, por ejemplo, la libertad de tránsito, de expresión, de culto, etc.

Por otro lado, los que han sido denominados como derechos sociales fundamentales conllevan obligaciones de hacer, deberes en que se obliga al Estado o a algún tercero a ejecutar una acción o serie de acciones que permitan la efectiva realización del derecho. Precisamente por la naturaleza de estos deberes correlativos, la protección de tales derechos resulta más compleja, por lo que la administración de justicia, nacional e internacional, ha tenido que ajustar sus mecanismos de protección para lograr vincular a quienes tienen obligaciones para con este tipo de derechos.

Con esta idea, se han establecido, con respecto a ambos tipos de derechos y deberes, una serie de consecuencias ante el incumplimiento de los segundos, pues es ésta una vía necesaria para asegurar la vigencia de los primeros. En conclusión, las consecuencias ante el incumplimiento de deberes constituyen el tercer eslabón de este sistema de protección de derechos.

De acuerdo con esta lógica, para volver al tema inicial de este apartado, deben construirse las razones que determinan un ejercicio correcto de la autoridad. Así, cualquier decisión o acción que adopte quien ejerce la autoridad debe encontrarse razonada, pero las razones que se utilicen deben ser legítimas, para lo cual resulta esencial entender el sistema de protección de derechos como tal.

Efectivamente, la autoridad que la Convención concibe es una autoridad respaldada en razones, respetuosa de los derechos de todos/as, no sólo de los derechos de los/as niños/as y adolescentes. Que entiende, por tanto, que los/as niños/as y adolescentes tienen deberes para con la protección de los derechos de los/as demás y que, en caso de incumplimiento de los mismos, pueden asignárseles consecuencias, siempre que las mismas resulten proporcionales al incumplimiento del deber, pues, de lo contrario, se convierten en irracionales, arbitrarias.

Los derechos, aquí, sirven como estándares de racionalidad, que permiten orientar y poner límites al ejercicio de la autoridad. No cualquier decisión es permitida, sino sólo aquella que se ajuste a esos estándares reconocidos como derechos y a su lógica de aplicación, según se analizó en apartados precedentes. El ejercicio de la autoridad fuera de estos cánones termina convirtiéndose en un ejercicio autoritario, sin límites.

Por eso se afirmaba que la Convención ha querido fortalecer el ejercicio de la autoridad, pero entendida de una manera diferente, sometida a límites, respetuosa de los derechos de las personas, que reconoce a los/as niños/as y adolescentes como sujetos de deberes, cuyo incumplimiento les puede acarrear consecuencias.

Se trata de un ejercicio racional de la autoridad, bastante diferente de aquella idea autoritaria que aún hoy se quiere reivindicar, en que las personas adultas adoptaban decisiones y realizaban acciones desentendidas de las razones, aferradas a una supuesta incapacidad de los/as niños/as y adolescentes y respaldadas, generalmente, en sus supuestas buenas intenciones.

1.5.- Protección de derechos y autonomía progresiva en su ejercicio por parte de los/as niños/as y adolescentes

Para efectos de terminar de delinear el ejercicio de la autoridad dentro de un sistema de protección de derechos y para asegurar un acceso efectivo a la justicia, es necesario resolver el punto relacionado con la posibilidad que tienen los/as niños/as y adolescentes de ejercer, de manera autónoma, sus derechos. En este sentido, lo primero que conviene referir, para evitar cualquier tipo de tergiversación, es que esta valoración de la autonomía no pone en duda, de ninguna manera, que ellos/as sean titulares de derechos, pues lo son tanto como cualquier persona adulta.

Por el contrario, esta idea toma como base su reconocimiento como sujetos de derechos, pero entiende que para el ejercicio de los mismos, puede ser que requieran del apoyo que deben brindarles sus padres/madres, encargados/as, o, en su defecto, el mismo Estado, en la dirección y orientación para su correcto ejercicio. No se trata de sustraerles o negarles sus derechos, como ha sucedido históricamente, sino de orientarlos para que ellos/as puedan ir asumiendo tal ejercicio de manera autónoma y responsable.

Esto es así, por cuanto resulta claro que esta autonomía no puede adquirirse intempestivamente, es necesario un proceso de desarrollo y aprendizaje, que tome en cuenta el crecimiento de las personas. De esta forma lo entiende la Convención, al regular la autonomía progresiva como un principio en su artículo 5, el cual dispone, precisamente, que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo en virtud de *“la evolución de sus facultades”*, y que a los padres/madres o encargados les corresponde brindar *“orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*.

Como consecuencia de esta regulación, debe asumirse como un interés de la Convención proteger el desarrollo de los niños/as y adolescentes en el ejercicio autónomo de sus derechos

y, a su vez, asignar una responsabilidad a los/as padres/madres o encargados/as, así como al Estado, respecto a esta formación.

Éste es el sentido que le asigna Miguel Cillero, para quien

El principio de protección de la autonomía tiene una importante manifestación en el deber de orientación y dirección de sus padres, y se fundamenta en que el niño tiene “derecho” a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos, superando el argumento tradicional de sentido inverso, esto es, que los padres tienen poderes sobre la niñez, debido a que las niñas y los niños carecen de autonomía. Esto significa que los deberes jurídicamente reconocidos de los padres -que a su vez son límites a la injerencia del Estado, es decir derechos de los padres frente al Estado- no son poderes ilimitados sino funciones jurídicamente delimitadas hacia un fin: el ejercicio autónomo progresivo de los derechos del niño que, en casos calificados de incumplimiento, deben ser asumidos por el Estado (artículo 9 y 20 de la CDN).

Por eso es usual que, a nivel legislativo, exista una diferencia importante en el ejercicio autónomo de los derechos entre los/as niños/as por un lado y los/as adolescentes por el otro. En este sentido, a estos/as últimos/as se les reconocen, por ejemplo, algunas capacidades que, por razones de edad y desarrollo, no se regulan para los/as niños/as, como la capacidad para, a partir de una edad legislativamente definida, contraer matrimonio o para laborar.

Dicho esto, debe agregarse que este principio de autonomía en el ejercicio de los derechos resulta fundamental para efectos de determinar, a su vez, la capacidad procesal de los/as niños/as y adolescentes, sea para participar directamente en los procesos judiciales en los que figure como parte, lo cual será específicamente valorado más adelante.

Para finalizar, corresponde indicar que, de manera simétrica con el desarrollo de esta autonomía progresiva, los/as niños/as y adolescentes van también incrementando la responsabilidad por sus actos, con lo cual se justifica que ellos/as puedan, de acuerdo con su edad y con la evolución de sus facultades, ser considerados como personas responsables cuando su conducta lesione derechos de terceros o sea considerada delictiva. Esto es el reflejo de otra idea jurídica bastante conocida “*A mayores derechos, mayores responsabilidades*”.

Como conclusión de este apartado, debe reiterarse que los niños/as y adolescentes son sujetos de derechos y de deberes, de acuerdo con el reconocimiento de su condición de personas, sin embargo, requieren del apoyo familiar y Estatal para asegurar su desarrollo en el ejercicio autónomo de estos derechos, así como su formación en el cumplimiento de sus deberes. En definitiva, se trata de una manera de entender la socialización de los/as niños/as y adolescentes, desde la perspectiva de un sistema de derechos.

Autoevaluación:

1.- Asigne la letra “p” dentro del paréntesis en caso que la característica expuesta sea atribuible a un principio y la letra “r” si corresponde, por el contrario, a una regla.

- () Si se presenta un conflicto entre estos dos tipos de normas uno prevalece sobre el otro –peso-, pero ello no afecta su validez. Sobreviven intactos aún cuando no prevalezcan.
- () Mandatos definitivos, exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena. Imponen una decisión, un resultado.
- () Constituyen mandatos de optimización, por lo que deben realizarse al máximo posible.

Selección única. Seleccione el ítem que mejor se ajuste al contenido de este módulo.

2.- De acuerdo con la Convención, los derechos de los niños/as y adolescentes:

- a) Siempre prevalecen sobre los derechos de los/as adultos/as;
- b) Poseen una carga de argumentación a su favor, con lo cual se le asigna un peso adicional que debe ser valorado frente a cada caso concreto;
- c) Ceden frente a los derechos de los/as adultos/as.

3.- La Convención de los Derechos del Niño, respecto del ejercicio de la autoridad, promueve:

- a) El ejercicio de la autoridad irracional e ilimitada por parte de los/as adultos;
- b) La negación del ejercicio de autoridad por parte de los/as adultos/as;
- c) El ejercicio de una autoridad que responde a las razones y a los límites que constituyen los derechos.

4.- De acuerdo con el principio de autonomía progresiva regulado por la Convención:

- a) Los/as niños/as y adolescentes van adquiriendo sus derechos conforme van creciendo;
- b) Los/as niños/as y adolescentes adquieren, conforme van creciendo, mayor autonomía en el ejercicio de sus derechos fundamentales;
- c) Los/as niños/as no son titulares de derechos, pero cuando llegan a la adolescencia se les reconocen los mismos.

Respuestas:

- 1. “p”, “r” y “p”.
- 2. b).
- 3. c).
- 4. b).

Lecturas recomendadas:

CILLERO BRUÑOL (Miguel). Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios.

Módulo II:
Administración de justicia, acceso y derechos
de los/as niños/as y adolescentes

Unidad I: Función de la administración de justicia dentro del sistema de protección de los derechos de los/as niños/as y adolescentes

Objetivo: Reconocer el rol de la administración de justicia dentro del sistema de protección de derechos, a partir de los principios de protección integral y de división de funciones entre los poderes del Estado.

1.1. Administración de justicia y su participación en los diferentes niveles del sistema de protección de derechos

El sistema de administración de justicia es uno de los componentes esenciales de cualquier sistema de protección de derechos, pues es éste el mecanismo o medio que permite asegurar la efectiva vigencia de los mismos. Debe aclararse, sin embargo, que el sistema de protección de derechos trasciende el ámbito de la administración de justicia, pues involucra toda la institucionalidad de un país, de acuerdo con la idea de protección integral que contempla la Convención de los Derechos del Niño/a y la perspectiva transversal con que, según se ha dicho, deben tratarse los derechos.

En este entendido, corresponde tratar de precisar cuál es la participación de la administración de justicia dentro de este sistema de protección integral, algo que, usualmente, se da por sobreentendido, pero que, para efectos de este módulo, quisiera tratarse con algún detenimiento.

Para estos efectos, conviene identificar los diferentes niveles o ámbitos de este sistema de protección de derechos, para, sobre esta base, ubicar las funciones del sistema de administración de justicia dentro de aquél, por lo cual resulta necesario detenernos, brevemente, en el principio de protección integral contemplado por la Convención, el cual dio nombre a esta nueva visión de la infancia y de la adolescencia.

1.2.- Protección integral y separación de vías

Este principio que da nombre a la doctrina ha transformado radicalmente la concepción sobre niñez y adolescencia que tenían, y aún siguen teniendo, nuestras sociedades, pretende abordar y ofrecer una respuesta adecuada, integral, que permita lograr una efectiva protección de los derechos de los/as niños/as y adolescentes.

Se adelantaba, cuando se trataban los antecedentes, que la doctrina de la protección integral constituye un paradigma diferente a aquél impulsado por la *doctrina de la situación irregular*, con el cual se pasó de la protección de personas, a la protección de sus derechos, lo que permite al sistema contar con un parámetro objetivo y, en esta medida, asegurar una

protección efectiva y más equitativa de la niñez y la adolescencia. Esta explicación se hace necesaria para afirmar que el principio de protección integral alude a la protección integral de los derechos de los/as niños/as y adolescentes.

Por ello, es importante identificar los diferentes ámbitos o niveles de protección de estos derechos, lo cual nos permitirá, a su vez, conocer las distintas acciones y políticas que el Estado está en obligación de desarrollar, con el objetivo de lograr la efectiva protección de los mismos. Se hace referencia aquí a los niveles de prevención, protección y responsabilidad, los cuales serán abordados a continuación.

Todos estos niveles se encuentran estrechamente interrelacionados dentro de la idea o principio de protección integral, aún cuando se entiende que los mismos deben ser canalizados por vías institucionales diferentes, con el objetivo de no provocar las confusiones que, según se citó al inicio, se presentaban durante la vigencia de las leyes tutelares. Entonces, esta separación de vías resulta esencial para quebrar con la lógica de los sistemas tutelares y para asegurar la efectiva protección de los derechos.

De acuerdo con este principio, entonces, la realización efectiva de estos derechos depende, en buena medida, de la existencia de un sistema integral de protección, dentro del cual las políticas y acciones se adopten entendiendo la importancia de la interrelación de cada uno de estos niveles, pero teniendo también en claro la exigencia de establecer una estricta división de funciones y procedimientos a lo interno de la organización del Estado para abordar los temas de prevención, de protección o de responsabilidad.

De acuerdo con esta última idea, puede afirmarse que ha quedado proscrito el tratamiento indiferenciado que se brindaba a un/a niño/a y adolescente a quien se le vulneraron sus derechos fundamentales, respecto de otro/a que, por el contrario, ha cometido un delito, transgrediendo así sus deberes para con la convivencia y los derechos de otras personas.

La obligación del Estado, en estos casos y de acuerdo con el principio de protección integral, es brindar una respuesta adecuada a cada caso, a la situación del/a niño/a y adolescente víctima por un lado y a la situación del/a niño/a y adolescente victimario por el otro, pero separando las vías mediante las cuales se debe dar esta respuesta.

Ahora, al tiempo que se indica que es deber del Estado dar respuestas diferentes a situaciones diferentes, y hacerlo por distintas vías, también debe señalarse que, para asegurar esta protección integral, las diferentes instancias del Estado que participan en uno y otro caso deben estar intercomunicadas, relacionadas entre sí.

Lo anterior, por cuanto la situación concreta de un/a niño/a o adolescente puede ameritar respuestas desde estos diferentes niveles y, de no existir esta interrelación, posiblemente la respuesta del Estado sea parcial, por la misma fragmentación del sistema, lo cual resulta, en la actualidad, bastante común.

Sobre este particular, debe agregarse que, en la transición de la situación irregular a la protección integral, se promovió la idea de una tajante separación de vías, pues esto era

necesario para romper, de manera definitiva, con el modelo anterior, pero la idea final debía tender a lograr una integración diferente a la que se promovía en la época tutelar. Entendidos ahora de la necesidad de brindar respuestas distintas ante situaciones distintas y de encargar la mismas a instancias diferentes.

Un ejemplo puede ayudar a ilustrar mejor lo que quiere decirse con respecto a esta nueva forma de integración o interacción. No es extraño que, en la realidad, un/a adolescente que comete delitos contra la propiedad, también sea adicto al consumo de drogas, se encuentre desescolarizado y en estado de abandono por parte de su familia, sea que reúna, a la vez, la condición de victimario y víctima.

Cuando este/a adolescente es detenido/a y sometido/a a un proceso penal por la supuesta comisión de un delito, de repente condenado y sujeto de una sanción, se está brindando una respuesta desde el nivel de responsabilidad, pero, para que la respuesta sea integral, también se requiere de una reacción del Estado que tenga por fin proteger sus derechos fundamentales vulnerados; otra respuesta, no la misma, desde otro órgano y, de seguro, con otro procedimiento.

Estos ámbitos o niveles del sistema de protección de derechos son, en consecuencia, complementarios, no excluyentes. Por eso, se considera que debe existir interrelación entre ellos, siendo ésta la razón por la cual, en algunas leyes de responsabilidad penal, se regula la participación del órgano administrativo encargado de protección de derechos en los procesos penales, sea con la finalidad de canalizar, por su medio, los requerimientos de protección de aquellos adolescentes que tienen contacto con el sistema penal, cuando así se requiera.

Referida la importancia de la separación e integración de las vías, corresponde a continuación abordar cada uno de los niveles de protección aquí mencionados, así como su ámbito o espacio de acción y su importancia dentro de este sistema de protección integral de los derechos de los/as niños/as y adolescentes.

1.3.- Prevención

Los derechos de las personas, según se ha indicado con anterioridad, cumplen un rol fundamental en la fijación de las líneas básicas de nuestra convivencia, con lo que se ha querido expresar que, del debido respeto de estos derechos por parte de todos/as, depende lograr un buen nivel de convivencia.

Entendidos de esta función tan importante de los derechos, no puede más que afirmarse que los mismos deben ser respetados y su respeto no debe dejarse en manos de la inercia o del azar, sino que, por el contrario, un sistema de protección de derechos debe ocuparse de realizar todas aquellas acciones que sean necesarias para tratar de evitar, al máximo posible, la vulneración de los mismos, pues, según se dijo, en la medida en que esto suceda con facilidad, se desmejora significativamente la convivencia.

En este sentido, corresponde agregar algo que parece obvio, sea que los derechos no son una obra de la naturaleza, son una creación social, razón de más para no esperar su natural

realización, sino que deben existir acciones, políticas e instrumentos orientados a permitir y promover su efectiva protección.

Precisamente, este conjunto de políticas y acciones que tienen por fin lograr la realización y el respeto de los derechos de las personas, son las que conforman el nivel de prevención, cuya máxima debe ser, según se adelantó, evitar al máximo posible el irrespeto o vulneración de tales derechos.

Ahora, lograr este objetivo depende del cumplimiento efectivo de los deberes correlativos que generan los derechos, los cuales varían dependiendo del tipo de derechos, pues se dijo que éstos podían constituir obligaciones de hacer o de no hacer. En el primer caso, el Estado y otros obligados deben ejecutar acciones que permitan la realización de los derechos, en tanto que en el segundo la obligación es no interferir en el ámbito de libertad de las personas.

Sin embargo, el deslinde no es tan claro y simple, pues algunos derechos de libertad generan, al menos para el Estado, obligaciones de hacer, mientras que, por el otro lado, los derechos sociales fundamentales también pueden generar deberes de dejar hacer, desde la perspectiva de un Estado democrático, que actúa de manera subsidiaria frente a la imposibilidad de realización personal de estos derechos.

Por ejemplo, en el caso de los derechos de libertad, la policía preventiva tiene por misión tratar de evitar la vulneración de estos derechos, es decir, planifica y ejecuta acciones con el objetivo de prevenir cualquier vulneración a los mismos, representada en la comisión de un delito, generándose así deberes de hacer frente a estos derechos de libertad.

Aún más, la prevención, independientemente del tipo de derecho que se trate, requiere de un abordaje propositivo, mayor a aquél que implica la promulgación de una ley, en que diferentes actores de una comunidad coadyuven con sus esfuerzos y acciones en lograr un objetivo común, cual es, asegurar el mayor respeto posible de los/as derechos de las personas que conviven en su comunidad.

Estos esfuerzos son, en este nivel y como regla, de comunicación y formación sobre los derechos de las personas y su forma de operar, así como sobre la lógica de funcionamiento del sistema de protección de los mismos, partiendo de su función como eje central de la convivencia.

No puede ser que, asumiendo que todos/as los/as integrantes de una comunidad comprenden la importancia de los derechos para la convivencia, lo cual parece falso en la actualidad, la formación sobre éstos se relativice dentro de los programas educativos, pues es necesario que, por el contrario, se le otorgue un nivel protagónico, como eje central dentro de éstos, que se corresponda con su relevancia para la vida en comunidad. Ésta es una decisión y acción determinante para fortalecer el nivel de prevención aquí expuesto.

De hecho, una manera de determinar y evaluar los esfuerzos realizados por un país o una comunidad en la prevención de la vulneración de derechos fundamentales puede ser revisar los diferentes planes de estudio, con el objetivo de verificar la importancia que se

brinda, dentro de los mismos, a la formación en dicho tema. Éste constituye un buen parámetro, aún cuando no exclusivo, para precisar si existe una política clara, congruente y contundente respecto al nivel de prevención.

La realidad de los países de la región, sin embargo, es que la enseñanza de estos temas no ha alcanzado el protagonismo ni la transversalidad dentro de los programas de estudio requeridas para tener un impacto positivo en el mejoramiento de nuestras relaciones, por lo que se puede afirmar que, en este nivel, falta aún una política clara y, por tanto, muchas acciones por desarrollar.

En este sentido, vale decir que la definición de una política y de acciones concretas dentro del nivel de prevención legitima aún más al Estado o a la comunidad para luego exigir a todos/as el cumplimiento de sus deberes para con la convivencia, o bien a asignar consecuencias frente al incumplimiento de los mismos. De esta manera, estas políticas y acciones tienen un efecto legítimo respecto al nivel de responsabilidad.

Adicionalmente, debe reconocerse que cualquier inversión dentro del presupuesto público o privado que se destine a desarrollar acciones dentro de este nivel de prevención tiene, necesariamente, una repercusión positiva en los otros dos niveles, pues se supone que, de estar bien orientadas las políticas y acciones de prevención, la vulneración de derechos debe disminuir y, en consecuencia, también la necesidad de intervención de las entidades encargadas de restablecer esos derechos vulnerados y de responsabilizar a quienes han incumplido sus deberes para con la convivencia. Entonces, una inversión en prevención implica un ahorro en los niveles de protección y responsabilidad, que, además, tiene el importante efecto de consolidar los derechos.

Lo anterior, por cuanto poner este énfasis en la prevención es fundamental para fortalecer la vigencia de esas normas que son los derechos de las personas, pues la idea central de este nivel es que las mismas sean respetadas, que no sean vulneradas, por lo que éste es el mensaje que transmite un sistema preocupado por desarrollar políticas y acciones de prevención.

Por el contrario, el problema de un sistema que funciona esencialmente de manera reactiva, para restablecer derechos vulnerados y asignar responsabilidades, es que toma como punto de partida, precisamente, la vulneración de la norma, del derecho, lo cual tiende a debilitar su vigencia, provocando que las mismas pierdan incidencia en su misión de delinear la convivencia.

Entonces, puede afirmarse que en este último enfoque hay una gran paradoja, cual es que el sistema de protección de derechos puede terminar debilitando los mismos. Lo anterior, por cuanto maximizar la importancia de los niveles de responsabilidad y de protección, particularmente del primero, tiene el efecto de minimizar la relevancia de la prevención, pues, con este enfoque, el sistema se desentiende, en una buena medida, de su deber de apoyar y/o de fortalecer la vigencia de los derechos, lo cual genera un debilitamiento de los mismos y, en consecuencia, de su poder vinculante.

Por eso es vital para el sistema de protección de derechos que se asuma con mucha atención y responsabilidad el desarrollo de políticas y acciones de prevención, que orienten a los/as integrantes de la comunidad a respetar los derechos, a reconocer las ventajas que esto conlleva, para así lograr afianzar la idea de una convivencia pacífica, que tenga como base la plena vigencia de los derechos de todos/as.

Para concluir, debe indicarse que éste es un nivel del sistema de protección de derechos que no corresponde a la administración de justicia desarrollar, por lo que los/as jueces/zas, así como los/as otros/as operadores/as, no deben asumir la responsabilidad por la ejecución o no de acciones preventivas, tendientes a evitar que se vulneren los derechos fundamentales.

No obstante, producto de su intervención en los niveles de protección y responsabilidad, los/as jueces/zas estarían facultados/as para exigir, a las instancias administrativas responsables, el cumplimiento de sus obligaciones preventivas, cuando sea notorio que existe una omisión en este sentido. Lo anterior, forma parte del principio de división de funciones y del sistema de frenos y contrapesos que debe imperar en cualquier Estado democrático.

1.4.- Protección

De acuerdo con lo citado en el apartado anterior, debería iniciarse el presente indicando que el nivel de protección es subsidiario respecto del nivel de prevención, por cuanto se supone que el mismo entra en operación una vez que se ha vulnerado o se encuentre concretamente amenazado un derecho fundamental a alguna persona, con el objetivo de lograr su restablecimiento o de hacer cesar el peligro concreto o amenaza existente sobre dicho derecho.

Las acciones en el nivel de protección están dirigidas, entonces, a lograr la reivindicación de ese derecho vulnerado o a detener esa amenaza concreta que pone en peligro cualquier derecho, por lo que resulta necesario que, dentro de un sistema de protección de derechos, existan órganos y mecanismos encargados de cumplir con esta función.

En este caso, los servicios se orientan, esencialmente, hacia quien ha sido víctima de la vulneración de sus derechos, con el objetivo de reivindicar los mismos, no tanto con la idea de fijar las responsabilidades en la afectación de tal o cual derecho, aún cuando ésta también es una posibilidad, de determinarse la existencia de alguna responsabilidad en la vulneración del mismo, en el claro entendido de que esta responsabilidad no puede recaer sobre el/la niño/a o adolescente a quien se le han vulnerado sus derechos, pues esto sería incompatible, improcedente.

Es importante aquí, enfatizar esta última distinción, pues la comprensión de la improcedencia de la asignación de consecuencias o sanciones a quien, en realidad, es víctima y requiere del Estado una acción reivindicatoria, es determinante para la ruptura definitiva con el modelo *tutelar*, el cual, según se ha repetido, confundía la respuesta

estatal frente a un/a niño/a y/o adolescente víctima y frente a uno/a victimario/a, asignando la misma en ambas situaciones.

Peor aún, el sistema *tutelar* promovía una respuesta basada esencialmente en la coerción en ambos casos, con lo que los/as niños/as y adolescentes víctimas de la vulneración de sus derechos, terminaban doblemente victimizados, por cuanto el sistema, como respuesta, recurría a la restricción de derechos, incluida aquí la restricción de su libertad de tránsito, ante el abandono y la deambulación, por ejemplo.

Por otro lado, al concentrarse en esta reacción verdaderamente coercitiva en contra del/a niño/a y adolescente víctima, el sistema *tutelar* se despreocupaba de las responsabilidades de los/as padres, madres, encargados/as y del mismo Estado respecto a esta vulneración, descargándolos así de sus deberes para con ellos/as y para con la protección de los derechos.

En resumen, puede afirmarse que este sistema era doblemente disfuncional, por un lado criminalizaba a las víctimas, llegando a privarlas de su libertad ante la vulneración de sus propios derechos y, por otro, dejaba de señalar sus deberes y de asignar las correspondientes consecuencias a los verdaderos responsables de la vulneración de los derechos, con lo cual se debilitaba la vigencia de los mismos.

Con la superación de este modelo y la introducción del sistema de protección integral, la obligación es que las situaciones y respuestas se distingan, al igual que los procedimientos y los órganos encargados, con la idea de realizar, precisamente, el principio de separación de vías, lo cual resultó un cambio de paradigma nada fácil de introducir, tanto que aún algunas de las leyes vigentes en la región reflejan resabios de aquella confusión de vías y de órganos. Por ejemplo, algunas de estas leyes mantienen en cabeza de un mismo órgano jurisdiccional la resolución de casos de protección y de responsabilidad.

Pero quizás lo más importante es que, con este modelo de protección integral, no resulta válido utilizar respuestas coercitivas en contra de quienes han sido víctimas de la vulneración de sus derechos, pues esto, según se decía, quedó proscrito, dando paso, como correspondía, a las acciones de reivindicación de derechos, al restablecimiento de la persona víctima en el pleno goce de los mismos, a la intervención ante una situación concreta de amenaza de violación. Éste es el enfoque del nivel de protección.

Entonces, frente al/a niño/a y/o adolescente de la calle, deben crearse opciones para brindarle la posibilidad de contar con un hogar y, en todo caso, preocuparse por su alimentación, por su salud, por su educación, así como por sacarles de ambientes que pongan en peligro sus derechos de libertad, pero evitando recurrir a medios de coerción, a la privación de su libertad.

Aparte de su improcedencia constitucional, el peligro de autorizar la utilización de la privación de libertad como supuesto medio de protección para víctimas de vulneración de sus derechos fundamentales es que, en definitiva, la misma termina limitando, erosionando,

la creatividad en la búsqueda de otras opciones menos violentas o invasivas y, en esa medida, se termina utilizando de manera indiscriminada.

En todo caso, no parece justo, ni lógico, que una persona requiera el apoyo del Estado para restablecer un derecho vulnerado o para eliminar una amenaza concreta que pesa sobre el mismo y la respuesta de éste sea ordenar su reclusión, una respuesta, desde todo punto de vista, incongruente y desproporcionada.

Dicho esto, corresponde agregar que, dentro de este nivel de protección, el Estado, como unidad, tiene diversas funciones, según lo dicho:

- Declarar la vulneración de derechos o la amenaza que se cierne sobre ellos;
- Ordenar la restitución de las personas en el goce del derecho vulnerado o la eliminación de la amenaza correspondiente;
- Fijar las responsabilidades por la vulneración del derecho, sean Estatales o de personas particulares;
- Ejecutar las acciones necesarias que permitan la restitución de los derechos vulnerados o la eliminación de las amenazas.

Para realizar todas estas funciones del nivel de protección, el Estado ha creado, o debe crear, diferentes instancias u órganos que se encarguen de ellas, de acuerdo con el citado principio de División de Funciones. La pregunta sería cómo deben organizarse estas competencias entre los órganos ejecutivos y jurisdiccionales que deben intervenir en el cumplimiento de estas funciones.

La respuesta a esta pregunta no resulta fácil, pero se intentará realizar una distribución de competencias de acuerdo con los principios constitucionales, no necesariamente coincidentes con la regulada en las deferentes leyes de la región. En primer lugar, debería delimitarse, para estos efectos, cuáles funciones corresponde atender a los órganos jurisdiccionales, para luego centrarse en las competencias de las instancias ejecutivas.

En cuanto a la competencia jurisdiccional, habría que iniciar indicando que la jurisdicción es un poder-deber para resolver conflictos, que, en este caso, se encuentren relacionados con los derechos de las personas y los deberes correlativos que de éstos devienen. Estarían considerándose aquí:

- La vulneración de derechos en general, con el fin de declarar su restitución;
- La resolución de conflictos por colisión de derechos, con el objetivo de determinar cuál de ellos tiene precedencia;
- La determinación del incumplimiento de deberes correlativos por parte del Estado o de terceros obligados;
- La asignación de las correspondientes responsabilidades, sea penal, administrativa o de cualquier otra índole, por el incumplimiento de deberes, siempre que sean de naturaleza jurídica.

Ahora bien, habría que aclarar que no siempre la ejecución de acciones para restituir derechos se encuentra supeditada a una decisión jurisdiccional anterior, pues existen cantidad de situaciones en las que esas acciones pueden ser realizadas por órganos ejecutivos, sin requerir tal autorización o declaratoria jurisdiccional previa, particularmente cuando no existe conflicto y se asume el cumplimiento de deberes asignados.

Por ejemplo, las condiciones de vida de un/a niño/a o adolescente de la calle pueden provocar la intervención de un órgano administrativo para efectos de asegurarle su derecho a la alimentación, a una vivienda, a la salud, etc, sin que esto implique, necesariamente, una resolución jurisdiccional y siempre que no exista contención de su parte, ni imposición del ente administrativo.

Sin embargo, esta resolución jurisdiccional resulta indispensable cuando con ella se pueden afectar derechos de terceras personas, como por ejemplo el derecho de los/as padres/madres al ejercicio de la patria potestad. En estos casos, existe un conflicto entre, por ejemplo, la decisión que quiera adoptar el órgano administrativo, el derecho del/a niño/a o adolescente de permanecer con su familia y el derecho de los/as padres/madres a la patria potestad, el cual debe ser resuelto, necesariamente, por un órgano jurisdiccional.

Igual sucede en aquellos casos en que se deba asignar alguna consecuencia por el incumplimiento de deberes en la protección de los derechos de los/as niños/as y adolescentes, pues la sanción es un mecanismo de coerción que, por lo general, conlleva la afectación de algún derecho de la persona a quien se impone la misma, razón por la que debería ser una competencia de los órganos jurisdiccionales, salvo las consecuencias disciplinarias administrativas contempladas por cada Institución.

En este mismo sentido, otra de las tareas propias de los órganos jurisdiccionales relacionada con el incumplimiento de deberes, en este caso por parte de los órganos administrativos encargados de ejecutar acciones para restablecer derechos de los/as niños/as y adolescentes, es aquella que tiene por objetivo, como parte del principio de división de funciones, controlar y ordenar que dichos órganos cumplan con los deberes que legalmente se les ha asignado en protección de los derechos de esta población.

En general, éste es el panorama de intervención de la administración de justicia en cuanto a la protección de derechos vulnerados o amenazados, lo cual nos permite estabilizar las expectativas sobre lo que se espera de ésta, así como de las posibilidades que tienen los/as niños/as y adolescentes para recurrir a los tribunales especializados en lo que respecta a este nivel de protección, lo cual permite asegurar un mejor acceso a la justicia de los/as niños/as y adolescentes, consecuencia del conocimiento y reconocimiento de las competencias jurisdiccionales en este ámbito.

Dicho lo anterior, corresponde agregar que, aparte de esta vía judicial ordinaria para la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, existen otras instancias jurisdiccionales y procedimientos a los que también puede recurrirse con el objetivo de restablecer derechos, como puede ser la vía del amparo, la cual, por definición, tiene esta misión. En igual sentido, el Hábeas Corpus en cuanto a la libertad de tránsito y, de manera aún incipiente, el Hábeas Data con respecto al derecho a la autodeterminación informativa,

sea al derecho que tenemos todas las personas de definir cómo se utilizan nuestros propios datos.

Debe aceptarse que la vía judicial de protección cumple similares propósitos que la vía del amparo, de acuerdo con lo regulado por las diferentes leyes de la región, pues en ambos casos se pretende proteger derechos y ordenar el restablecimiento de aquellos que hayan sido violados, de manera que se podría recurrir, indistintamente, a cualquiera de estas dos vías ante una particular situación de vulneración de derechos.

Nótese, por ejemplo, que la Ley de Protección Integral de la Niñez de Guatemala, en su artículo 104, inciso a), refiere ésta como la principal función de los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia:

“ARTÍCULO 104.- Atribuciones de los juzgados de niñez y adolescencia. Son atribuciones de los juzgados de Niñez y Adolescencia las siguientes:

a) Conocer, tramitar y resolver aquellos hechos o casos remitidos, denunciados o conocidos de oficio, que constituyan una amenaza o violación a los derechos de la niñez y la adolescencia y que, a través de una resolución judicial, se restituya el derecho violado o cese la amenaza o violación del mismo”¹⁹.

En Honduras, por su parte y con la idea de citar otro ejemplo, esta función está asignada a los Juzgados de Letras de Niñez, los cuales tienen, dentro de sus atribuciones, la restitución de los derechos vulnerados a los/as niños/as y adolescentes. Lo anterior, con el inconveniente de que estos mismos órganos jurisdiccionales son los que se encargan de resolver los casos de los/as adolescentes infractores de la Ley Penal, por lo que no se crean vías diferentes para resolver estas distintas situaciones, aún cuando en la Ley sí se realiza una distinción respecto a la diferente respuesta que debe brindar el/la Juez/a.

Refiere, en este sentido, el artículo 277 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras:

“ARTÍCULO 277.- Los Juzgados de Letras de la Niñez serán los organismos encargados de conocer de todos los asuntos relacionados con niños infractores, **así como de los casos en que sea necesario restituirle a un niño sus derechos conculcados.**

Tales Juzgados sustituirán a los Juzgados de Letras de Menores a la fecha existentes”.
(Marcado no corresponde al original)

Aparte de la justicia interna, los derechos de los/as niños/as o adolescentes pueden ser reivindicados o protegidos por medio del poder jurisdiccional concedido de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo cual, por ejemplo, se vio reflejado en el caso denominado Yean y Bosico contra La República Dominicana, dentro del cual la Corte se abocó a conocer y resolver la violación del derecho a contar con una nacionalidad, del derecho a la educación.

¹⁹ En Honduras, por su parte, esta función está asignada a los Juzgados de Letras de Niñez, los cuales tienen dentro de sus atribuciones la restitución de los derechos vulnerados a los/as niños/as y adolescentes. Con el inconveniente que estos mismos órganos jurisdiccionales son los que se encargan de resolver los casos de los Adolescentes infractores de la Ley Penal.

Con respecto al tema de la nacionalidad, la Corte expresó:

“La determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin embargo, su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados. Así que en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, dicha facultad de los Estados está limitada, por un lado, por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia”²⁰.

Ahora bien, en cuanto al ámbito administrativo, existen diferentes instancias del Estado que tienen por misión realizar o ejecutar acciones de protección frente a la vulneración de derechos. Lo anterior, aún cuando esta función, en el caso de los/as niños/as y adolescentes, se asigne, según algunas de las leyes vigentes, a un órgano en específico, con lo que se quiere afirmar que, de ninguna manera, se excluye a aquellas otras instancias que tienen obligaciones respecto de la protección de derechos de todas las personas en general.

Se supone que estos órganos administrativos, con tal función concreta, han sido creados en respuesta a la particular vulnerabilidad de los niños/as y adolescentes, quienes usualmente no tienen las mismas posibilidades de proveerse, por sí mismos, de las condiciones para asegurar o reclamar el restablecimiento de sus derechos, por lo que requieren un mayor apoyo por parte del Estado para estos efectos.

Entonces, dentro del sistema de protección integral, estos órganos deben ser vistos como parte de ese adicional de protección que manda la Convención, pero no para los efectos de sustituirlos y, con ello, invisibilizar a los/as niños/as y adolescentes, negando sus capacidades, sino para apoyarlos en el desarrollo del ejercicio autónomo de sus derechos, según se citaba apartados atrás.

No obstante, debe tenerse claro que el sistema de derechos es único y debe tener la misma lógica de funcionamiento, independientemente del grupo de personas de que se trate, lo cual no obsta para que, dentro del mismo, se promueva la consideración o valoración de las diferencias o de particulares condiciones de vulnerabilidad, como sucede, precisamente, con la infancia y adolescencia.

Con esto se quiere expresar, tal como se adelantaba con anterioridad, que las diferentes instancias ejecutivas creadas para la realización de diferentes derechos de las personas en general, tienen también obligaciones para con los/as niños/as y adolescentes. Los servicios de salud y de educación del Estado, por ejemplo, deben dirigir también sus servicios a esta población, atendiendo a la protección reforzada de sus derechos fundamentales que establece la Convención.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 8 de setiembre de 2005. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vrs República Dominicana*.

Por otro lado y para finalizar, debe resaltarse que, al revisar las funciones de aquellos órganos administrativos creados específicamente para la protección de derechos de la niñez, se encuentra aún algún resabio del sistema *tutelar*, representado en una confusión dentro de sus competencias de funciones jurisdiccionales y ejecutivas. Lo anterior, por cuanto es posible que a ellos se les asignen competencias propias de un órgano jurisdiccional, cual es resolver sobre la vulneración de un derecho fundamental, o bien respecto de conflictos entre derechos, lo cual, desde el principio constitucional de división de funciones del Estado, debería ser una función propia de los Poderes Judiciales.

Esta confusión es altamente inconveniente, pues desatiende la idea de frenos y contrapesos, sea de equilibrio de poder, que debe orientar la distribución de funciones del Estado. De igual manera, es probable que, ante ciertas situaciones, el órgano administrativo se encuentre en una doble posición de Juez/a y parte interesada, lo cual afecta la neutralidad frente al conflicto que debe caracterizar al órgano encargado de decidir.

En consecuencia, lo correcto sería que estos órganos se dediquen o circunscriban a desarrollar y ejecutar acciones relacionadas con la protección o restablecimiento de derechos, dejando a la jurisdicción las decisiones de aquellos casos conflictivos que ameriten la declaratoria de un derecho, la determinación de su precedencia frente a otros, la orden de cumplimiento de deberes u obligaciones, así como la imposición de sanciones por el incumplimiento de tales deberes.

1.5.- Responsabilidad

De acuerdo con lo referido en la introducción de esta sección, el nivel de responsabilidad está dirigido a los/as victimarios/as, en este caso a los/as niños/as y adolescentes que han infringido los deberes de convivencia y que, por tanto, debe asignárseles una consecuencia. Vale reiterar que muchos de estos deberes de convivencia surgen, precisamente, de la protección de derechos.

Es éste, en consecuencia, el último eslabón del sistema de protección de derechos fundamentales, que teóricamente constituye un respaldo que permite afianzar la vigencia de la norma, del derecho, del deber ser, mediante, precisamente, la asignación de consecuencias ante el incumplimiento de deberes. Esto es lo que teóricamente se conoce como prevención general, sea la incidencia que tiene la regulación de estas sanciones como un medio para persuadir a los/as integrantes de la sociedad para que respeten las normas.

Puede afirmarse, por tanto, que este nivel del sistema de protección de derechos se ocupa de la determinación de la responsabilidad frente a la vulneración de tales derechos, o bien frente a su amenaza concreta, de acuerdo con determinadas reglas que se encuentran fijadas por el bloque de constitucionalidad, Constitución Política y Tratados Internacionales.

De hecho, la Convención de los Derechos del Niño contiene varios artículos concretos relacionados con el ámbito de la responsabilidad, en cuanto, por supuesto, los/as niños/as y adolescentes sean quienes, con grado de probabilidad, han transgredido estos deberes.

Regulación que permite extraer la visión del/a niño/a y adolescente como sujeto de derechos, pero también de deberes.

Dicho esto, conviene, a continuación, referir algunas de estas reglas básicas que regulan el proceso de determinación de la responsabilidad, las cuales se encuentran reguladas por normas de rango constitucional y son conocidas bajo la denominación de garantías.

Para ello, habría que citar, en primer lugar, que no cualquier incumplimiento de deberes tiene asignada una consecuencia penal, una sanción. La definición de cuáles conductas son objeto de sanción penal es una competencia legislativa, que deviene del principio denominado reserva de ley, por lo que sólo aquellos comportamientos que el/la legislador/a previamente ha considerado susceptibles de sanción pueden ser objeto de este nivel de responsabilidad.

Aquí los derechos, como principios que son, constituyen razones para reglas, sea para normas concretas, para mandatos definitivos o prohibiciones definitivas, representados por la descripción de aquellas conductas que se consideran prohibidas y objeto de sanción. En este entendido, se puede construir la siguiente cadena o secuencia: los derechos originan deberes y los deberes consecuencias, ante su incumplimiento.

Ahora bien, al ser las consecuencias sanciones que implican la restricción de derechos fundamentales, para su aplicación se debe contar con una autorización legal, como parte del principio de división de funciones, del que deviene el citado principio de reserva de ley, el cual ordena que la restricción de derechos fundamentales sólo puede ser autorizada mediante ley. De hecho, este principio constituye una garantía de derechos fundamentales²¹.

En consecuencia, la conducta que violenta la norma debe encontrarse específicamente descrita por la ley, así como la sanción respectiva. La descripción debe ser respecto de una conducta concreta, no puede ser abierta, precisamente porque estas últimas generan incertidumbre en dos sentidos. En primer lugar, no resulta claro el ámbito de la autorización legislativa, lo cual otorga un amplio margen de acción para quien interpreta o aplica la norma, situación que, al final, contraviene el principio de reserva legal, por cuanto quien termina de determinar los alcances de la conducta prohibida es, precisamente, quien la aplica, no el/a legislador/a.

Igualmente, visto desde las personas sobre quienes se quiere incidir, éstas, ante normas abiertas, no tendrían claro el límite de la conducta prohibida, lo cual no les permite saber, de previo, como ajustar su comportamiento de acuerdo con aquella descripción de conducta, afectando, en definitiva, su seguridad jurídica y la idea de prevención general.

Todo esto está relacionado con lo que, en derecho penal, se denomina como principio de tipicidad, de acuerdo con el cual, sólo puede ser sujeto de sanción una persona que haya

²¹ Al respecto, nos refiere Rubén Hernández que “*Una de las principales garantías de derecho fundamentales es que su regulación primaria es competencia de la ley ordinaria*”. HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución. Volumen II. Editorial Juricentro. San José, 1994. Pp. 344.

realizado exactamente la conducta descrita previamente en la ley, lo cual se constituye en una garantía de las personas frente a este poder sancionatorio que se ha conferido al Estado, confirmándose así la idea y necesidad de seguridad jurídica.

Así lo asume la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando, con referencia al artículo 7 de la Convención Americana señala:

“El contenido esencial del artículo 7 de la Convención es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia arbitraria o ilegal del Estado y, a su vez, la garantía del derecho de defensa del individuo detenido. Este Tribunal ha señalado que con la protección de la libertad se pueden salvaguardar tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal.

224. Los numerales 2 y 3 del artículo 7 establecen límites al poder público y prohíben expresamente tanto las detenciones ilegales como las arbitrarias. En este sentido, la Corte ha señalado lo siguiente:

[s]egún el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal).

225. El análisis del derecho a la libertad personal en el presente caso no debe realizarse sin tener en cuenta que se está mayormente ante la presencia de niños. Es decir, el contenido del derecho a la libertad personal de los niños no puede deslindarse del interés superior del niño, razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad”²².

Una de las explicaciones que se ha brindado para legitimar la existencia de este sistema o régimen de responsabilidad es que, según se adelantaba, la sanción permite afianzar la vigencia de la norma, en este caso de derecho fundamental, para lo cual se otorgan al Estado, con algún grado de paradoja, una serie de potestades coercitivas, sea de facultades para restringir derechos.

Precisamente por esta paradoja y atendiendo a razones de congruencia, estas facultades deben encontrarse claramente limitadas y controladas, por cuanto sería un contra sentido que un sistema de protección de derechos genere un poder ilimitado para la restricción de estos derechos en manos del Estado.

El Derecho Penal, por ende, no debe ser visto únicamente como aquél que determina las conductas y sanciones que pueden imponerse a las personas que realizan dichos comportamientos, sino como el conjunto de normas que regulan y limitan las potestades coercitivas del Estado.

En este sentido, para determinar las sanciones o medidas cautelares a imponer, así como el procedimiento a seguir, por ejemplo, debe recurrirse a la relación de ponderación que

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 2 de diciembre de 2004. Caso denominado “*Instituto de Reeducación del Menor*” vrs Paraguay.

debe existir entre el derecho vulnerado por la conducta y aquél que podría restringirse como consecuencia de la sanción o medida cautelar, pues aquí aplican también las reglas de proporcionalidad que hemos comentado a lo largo de este texto.

Al respecto, conviene agregar que una reacción desproporcionada, lejos de fortalecer el derecho, termina afectando la vigencia de dicha norma vulnerada, así como aquella que contempla el derecho restringido por las facultades coercitivas del Estado, razón suficiente para requerir siempre respuestas racionales y proporcionadas, pues éstas se constituyen en una condición de legitimidad.

Es decir, de aceptarse que el Estado recurra, con facilidad, a la privación de libertad, por ejemplo, eso tiene, necesariamente, un efecto negativo en la norma que establece que nadie debe ser privado de su libertad de tránsito, erosionando la misma, deteriorándola en alguna medida, aún cuando se justifique que se está frente a la comisión de un delito.

También por esa razón el Estado debe ser particularmente cauteloso en las potestades coercitivas que se auto-confiere, pues, de lo contrario, es posible que ellas tengan un efecto inverso al pretendido, sea que, por el contrario, debiliten las normas de derecho fundamental que, en principio, querían ser reforzadas.

Aunado a lo anterior, precisamente por tener asumido el alto riesgo que, para los derechos, conlleva la asignación y aplicación de esas facultades coercitivas, así como, en general, la concentración de este poder en cabeza del Estado, el mismo sistema constitucional prevé la regulación de una serie de garantías para las personas, las cuales deben ser respetadas dentro del proceso de determinación de la responsabilidad y de imposición de una sanción, estas garantías están integradas en lo que constitucionalmente se conoce como principio del debido proceso.

El debido proceso es ese principio que engloba las garantías que deben ser respetadas dentro del proceso de determinación de la responsabilidad de la persona que, en este caso concreto, es supuesta autora o partícipe de la comisión de un delito. Dentro de estas garantías se encuentra el principio de presunción o estado de inocencia, la imparcialidad del/a Juez/a, el derecho de defensa, no ser juzgado más de una vez por los mismos hechos, entre otros.

Garantías que se encuentran reguladas por el artículo 40.2 de la Convención de los Derechos del/a Niño/a, el cual refiere:

“Artículo 40.-

(...) 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

- a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
- b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
 - i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

- ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
- iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;
- iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
- v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
- vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
- vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento”.

Estas garantías constituyen la base sobre la cual se debe estructurar todo proceso de responsabilidad, por cuanto, sólo en la medida en que ellas sean respetadas, se entenderá que dicho proceso se encuentra apegado a los parámetros constitucionales.

Lo anterior, particularmente por cuanto la Corte Interamericana también ha reconocido la aplicación de estas garantías a los/as niños/as y adolescentes dentro de tales procesos. Al respecto, este tribunal internacional entendió, correctamente, que los artículos 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño coinciden con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos –Pacto de San José–, razón de más para asegurar la plena vigencia del debido proceso en los procesos judiciales y administrativos en que participa un/a niño/a o adolescente.

En su momento, la Corte consideró: *“A nivel internacional, es importante destacar que los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo parámetros parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas son los artículos 37 y 40”*²³.

Ahora, por tratarse estas garantías de principios, debe asumirse que los Estados están obligados a promover su máxima realización, en cuanto lo permitan los otros principios en juego, dentro de cualquier proceso judicial, en este caso de determinación de la responsabilidad penal de los/as adolescentes.

Esta última afirmación, nos obliga, entonces, a realizar un esfuerzo por ubicar alternativas procesales que aseguren esa máxima realización de las garantías del debido

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Denominada *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

proceso, pues es lo que se encuentra mandado por el bloque de constitucionalidad. En este sentido, habría que decir que los modelos procesales acusatorios o paritarios, que establecen u optan por un proceso por audiencias, tienden a satisfacer mejor estos requerimientos.

Así, desde el derecho a la participación directa en el proceso, el principio de imparcialidad, el acceso a la justicia, el derecho de defensa, el principio de independencia y de transparencia, el modelo procesal acusatorio, paritario o por audiencias aparece como la mejor opción actual para la realización máxima de estos principios o garantías. Los cuales, a su vez y según se adelantaba, implican límites para el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado.

El cumplimiento cabal o la mayor realización posible de estas garantías, dentro de un proceso penal, sin duda facilita el acceso a la justicia de los/as niños/as y adolescentes, particularmente porque dentro de estas garantías se contempla su derecho a participar activamente dentro del proceso, así como el derecho a contar con asesoría técnica jurídica.

Autoevaluación:

1. Asocie. En el espacio en blanco de la columna de la derecha asigne la letra de la columna de la izquierda, según corresponda el nivel del sistema de protección de derechos con la descripción.

Nivel	Descripción
a) Prevención	____.- Tiene por objetivo asignar consecuencias frente al incumplimiento de los deberes de convivencia por parte de los/as adolescentes.
b) Protección	____.- Su objetivo es restablecer los derechos vulnerados a los/as niños/as o adolescentes, o bien eliminar cualquier amenaza concreta de vulneración de los mismos.
c) Responsabilidad	____.- Pretende evitar o disminuir el riesgo de vulneración de derechos de los/as niños/as y adolescentes, así como evitar, al máximo posible, que ellos/as vulneren los derechos de los/as demás.

Selección múltiple. Marque con una “x” todas las opciones que sean consideradas correctas.

2. Dentro del nivel de protección, son competencias de la Administración de Justicia las siguientes:

- a) Resolver la precedencia de derechos en caso de conflictos;
- b) Declarar la reivindicación de un derecho vulnerado a los/as niños/as y adolescentes;
- c) Ejecutar las acciones que permitan la reivindicación de un derecho vulnerado a los/as niños/as y adolescentes;
- d) Ordenar a las instituciones del Estado competentes cumplir con sus funciones para la reivindicación de un derecho vulnerado.

3. Una reacción desproporcionada por parte de la administración de justicia en el ámbito de la responsabilidad penal de los/as adolescentes puede provocar:

- a) Un reforzamiento del sentimiento de seguridad en las personas;
- b) Una deslegitimación del Estado en su función de garantizador de derechos;
- c) Un debilitamiento del derecho restringido por la decisión jurisdiccional;

Respuestas correctas:

- 1. c), b) y a) (De arriba hacia abajo en la columna de la derecha).
- 2. a), b) y d).
- 3. b) y c).

Unidad I Acceso a la justicia y capacidad procesal de los/as niños/as y adolescentes

Objetivo: Conocer la capacidad procesal con que cuentan los/as niños/as para participar de los procesos judiciales, como una condición necesaria para determinar el acceso a la justicia.

1.1.- Diferente posición en que los/as niños/as y adolescentes pueden acceder a la justicia

Para abordar el tema del acceso a la justicia de los/as niños/as y adolescentes, debe aclararse, en primera instancia, que este acceso debe considerarse desde las diferentes posiciones en que ellos/as pueden encontrarse frente a la administración de justicia, así como desde los diferentes tipos de conflictos que compete a ésta resolver.

Se había adelantado que la misión esencial de la administración de justicia es resolver conflictos entre las diferentes personas que integran la sociedad, los cuales, generalmente, se traducen en conflictos de derechos de distinta naturaleza. Entonces, puede reiterarse que la administración de justicia es el mecanismo institucional por excelencia para la resolución de conflictos.

Dentro de estos procesos de resolución de conflictos, los/as niños/as y adolescentes pueden participar como accionantes, ser quienes denuncian o presentan una demanda, o bien como contraparte, demandados o imputados/as. En ambos casos, es obligación del Estado procurar que ellos/as cuenten con los medios adecuados que les permita un debido acceso a la justicia.

Tal posición procesal depende, a su vez, de la ubicación de cada quien con relación a la situación conflictiva que se somete a conocimiento de la administración de justicia. Por ejemplo, una persona que ve amenazado alguno de sus derechos, podría requerir al/a Juez/a que resuelva el cese de la causa de dicha amenaza, por lo que su posición frente a la administración de justicia sería como requirente, accionante o denunciante.

Por el contrario, quien es el supuesto responsable, por acción u omisión, de la infracción de los deberes que devienen de la protección de los derechos de otra persona, se encuentre esta conducta tipificada o no como delito, es la persona requerida, imputada o demandada, en la vía correspondiente, dependiendo del tipo de conflicto.

Se refiere en la vía correspondiente por cuanto, según se ha expresado, ésta puede ser diferente de acuerdo con la naturaleza del conflicto, por ejemplo, una víctima de vulneración de sus derechos podría plantear su situación en la vía penal en contra del victimario, en caso de tratarse de una conducta delictiva, y en la vía de protección de requerir alguna acción reivindicatoria de sus derechos, pero sólo podrían plantearlo en esta última vía de no ser una acción delictiva.

Entendiendo estas diferentes vías y posiciones frente a la administración de justicia, parece importante abordar el tema de la capacidad procesal, particularmente por cuanto esta capacidad usualmente le ha sido negada a los/as niños/as y adolescentes, lo cual se constituye en una gran barrera para asegurar su acceso a la justicia, la cual se encuentra, generalmente, respaldada por el mismo ordenamiento jurídico y por la jurisprudencia.

En consecuencia, conociendo estos antecedentes, corresponde analizar críticamente esta situación, pues no podría asegurarse un eficaz y equitativo acceso a la justicia de los/as niños/as y adolescentes sin romper o quebrar este paradigma de falta de capacidad procesal.

1.2.- Capacidad procesal de los/as niños/as y adolescentes

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el principio de participación de todo/a niño/a y adolescente en los procesos que sean de su interés, el cual debe utilizarse como base jurídica para determinar la capacidad para actuar directa e independientemente en los procesos judiciales.

Debe aclararse, a este respecto, que no existe duda sobre la capacidad de estas personas para ser titulares de derechos, pues es algo que está claramente definido en la Convención, el tema a discutir es si el ordenamiento faculta a los/as niños/as y adolescentes para actuar personalmente o, por el contrario, requieren de una representación para poder hacerlo, de un acompañamiento que les permita el ejercicio de sus derechos y facultades procesales.

Se trata, entonces, de dos temas diferentes pero estrictamente relacionados, sea la capacidad para ser titulares de derechos y la capacidad para ejercerlos directamente, según se refería en el apartado en que se abordó el tema de la autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos. *“Al referirnos a la capacidad como la aptitud de ser titulares de derechos y obligaciones, ésta está más referida como atributo de la personalidad jurídica; en cambio cuando nos referimos a la capacidad para realizar actos jurídicos válidos sin el ministerio o autorización de otra persona, se refiere a un requisito de validez del acto jurídico”*²⁴.

Entonces, corresponde entender que cuando se habla aquí de capacidad procesal, no se hace referencia a la titularidad del derecho de acceso a la justicia por parte de los/as niños/as y adolescentes, lo cual se encuentra claramente establecido y reconocido a nivel constitucional, sino a su capacidad para actuar autónomamente como un requisito de validez del proceso judicial, o bien de un acto procesal concreto.

En este mismo sentido, se entiende por capacidad jurídica procesal la

“... aptitud de realizar actos procesales válidos por voluntad propia y su incidencia en la prueba testifical. Cuando en el derecho procesal se habla de los actos procesales, la referencia viene dada a aquellos actos que permiten la constitución, el desarrollo y la

²⁴ DEL VALLE CASTILLO HERDÉ (Yumildre). *Capacidad Jurídica Procesal de los Niños, Niñas y Adolescentes*. Especial Referencia a la Prueba de Testigos. Pp. 6.

terminación del proceso. Verdaderamente, resulta imperativo poseer capacidad de obrar, por ende procesal, para la ejecución de un proceso.

La capacidad se refleja hacia la aptitud de las personas, bien sea para ser titulares de derechos u obligaciones o para realizar actos jurídicos válidos por voluntad propia”²⁵.

Tal como se adelantó, las bases para determinar el reconocimiento de esta capacidad jurídica procesal a los/as niños/as y adolescentes se encuentran en el artículo 12 de la Convención, por lo que corresponde transcribirlo a continuación:

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un 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.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

De acuerdo con este artículo, en cualquier proceso en que se puedan ver afectados los derechos o intereses del/a niño/a o adolescente, se le concede el derecho a expresar su opinión, la cual debe ser valorada en función de su edad y madurez.

Precisamente, la primera parte del inciso 1., debe interpretarse en función de esta idea, de manera que no llegue a negarse la posibilidad del/a niño/a o adolescente de participar o expresar su opinión, como un derecho a él o ella reconocido por el ordenamiento jurídico.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, recurriendo además al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, se pronunció en el mismo sentido:

Bajo esta misma perspectiva, y específicamente con respecto a determinados procesos judiciales, la Observación General 13 relativa al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, sobre la igualdad de todas las personas en el derecho a ser oídas públicamente por un tribunal competente, señaló que dicha norma se aplica tanto a tribunales ordinarios como especiales, y determinó que los “menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14”²⁶.

En consecuencia, cuando el/la niño/a y adolescente no esté, de acuerdo con el artículo en cuestión, en condiciones de formarse un juicio propio, no pierde la titularidad respecto del derecho a expresar su opinión en el proceso, por lo que debe entenderse que esta excepción se encuentra en función de la idea de brindar auxilio para el ejercicio de este derecho de

²⁵ DEL VALLE CASTILLO HERDÉ (Yumildre). Capacidad Jurídica Procesal de los Niños, Niñas y Adolescentes. Especial Referencia a la Prueba de Testigos. Pp. 5.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Denominada *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

intervención o participación en el proceso, no de la negación del mismo. Lo anterior, además, resulta congruente con la idea de prepararlo para el ejercicio autónomo de sus derechos.

Esta interpretación resulta plenamente acorde con el principio de formación integral de los/as niños/as y adolescentes, pues debe afirmarse, contundentemente, que la negación de derechos es contraria a cualquier idea educativa o formativa, por lo que no puede ser contemplada como una posibilidad interpretativa.

Entonces, la definición de cuándo un/a niño/a o adolescente puede ejercer independientemente su derecho a participar personalmente en procesos judiciales o administrativos, es una decisión de derecho interno, pues la Convención no determina un parámetro en este sentido. Al respecto, debe reconocerse que es usual que los diferentes ordenamientos jurídicos establezcan capacidades para actuar específicas a los/as niños/as y adolescentes.

Por ejemplo, casi todos estos ordenamientos coinciden en el reconocimiento de capacidad a los/as adolescentes para contraer matrimonio, con todo lo que ello implica, a partir de cierta edad, usualmente convenida en los quince años. De igual manera, bajo ciertas condiciones y con un grado de tolerancia hacia la realidad socio-económica y cultural de nuestros países, la legislación regional permite que los/as adolescentes trabajen a partir de cierta edad, generalmente también fijada en los catorce o quince años²⁷.

Esta capacidad de actuar, de obrar, reconocida a los/as adolescentes frente a estas situaciones debe tener, obligatoriamente, una repercusión en la determinación de su capacidad para actuar, de manera independiente, en el ejercicio de su derecho de participación en los procesos judiciales y administrativos.

Necesariamente, por ejemplo, en un proceso familiar de divorcio o en un proceso laboral de despido, estos/as adolescentes tendrían capacidad procesal, como demandante o demandado, para intervenir de manera autónoma, pues no se entendería la razón por la cual no puedan hacerlo si el ordenamiento jurídico los faculta para establecer este tipo de relaciones, producto de las cuales se generó el conflicto que luego pretende resolverse por parte de la administración de justicia.

Por otro lado, también se regula, en la Convención y en las leyes internas, la consideración de los/as adolescentes como sujetos de responsabilidad penal, lo cual conlleva el reconocimiento para actuar autónomamente en el proceso de determinación de su responsabilidad, otorgándosele, como consecuencia, una serie de facultades relacionadas con su participación en este proceso.

Por ejemplo, no podría negarse, sin caer en una seria incongruencia, que ellos/as se encuentran facultados para comprometerse personalmente en una conciliación, a cumplir

²⁷ En este sentido, el Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras establece lo siguiente: “*ARTICULO 120. Las autorizaciones para trabajar se concederán a título individual y deberán limitar la duración de las horas de trabajo y establecer las condiciones en que se prestarán los servicios. (!) En ningún caso se autorizará para trabajar a un niño menor de catorce (14) años*” (Resaltado no corresponde al original).

las condiciones de una suspensión condicional del proceso o, de así considerarlo la ley correspondiente, de aceptar un procedimiento abreviado, todo esto como parte de sus potestades en un proceso penal.

Dicho esto, se entiende que, con la ratificación de la Convención y con sus adecuaciones internas, se quebró parcialmente aquel paradigma y, con esta ruptura, las posibilidades de considerar a los/as adolescentes como personas con capacidad procesal han sido abiertas, pues tal reconocimiento es parte de una cadena de congruencias, según la cual se entiende que reconocer la capacidad procesal para unos procesos conlleva hacerlo también para otros.

No obstante lo dicho, no es extraño que aún se presenten este tipo de contradicciones o dudas con respecto a esta posibilidad de los/as adolescentes de actuar autónomamente en este tipo de procedimientos, razón por la cual resulta de particular importancia realizar esta aclaración, debido que, según se adelantaba, el desconocimiento de esta capacidad procesal es una barrera, un gran límite, al acceso a la justicia de estas personas, pues siempre dependerían de terceros.

La otra interrogante es cuándo se puede considerar que una persona se encuentra capacitada o preparada para ejercer autónomamente su derecho de participar en los procesos judiciales de su interés. La respuesta no es fácil, por cuanto, en principio, lo ideal sería que cada persona adquiriera esta autonomía en momentos diferentes dependiendo de su formación²⁸, sin embargo, la valoración de las condiciones de cada persona concreta resulta casi imposible de realizar y puede implicar que la resolución sea desigual, provocando algún tipo de discriminación.

Por ello, es usual que a nivel interno de cada país se convenga una edad a partir de la cual se pueda presumir que la persona cuenta con esta capacidad procesal. Se trata de una convención, basada en un estándar o media, el cual no necesariamente refleja las circunstancias particulares de todas las personas, pero que genera seguridad jurídica.

No obstante, debe aclararse que la edad para la determinación de esta capacidad procesal no siempre se encuentra expresamente establecida en los diferentes ordenamientos. Por lo general, la edad regulada está referida al reconocimiento de la capacidad para actuar o con la capacidad de responsabilidad penal, pero no con la capacidad procesal, razón por la cual

²⁸ Esta parece haber sido la opción escogida por el Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras, pues hace alusión al grado de madurez para decidir sobre su participación o no dentro de un proceso judicial. Al respecto refiere el artículo 226: “*ARTICULO 226. Todo niño infractor participará en el proceso a que sea sometido si su grado de madurez lo aconseja. En su caso, tendrá derecho, desde el inicio de la investigación, a ser representado y oído, a proponer pruebas y a interponer recursos, sin perjuicio de los demás derechos consignados en el presente Código*”.

“*ARTICULO 227. Los padres y los representantes legales del niño podrán intervenir en todo el proceso. Se tendrán, para los efectos de este Código, como representantes legales del niño, a quienes lo sean de acuerdo con el Derecho vigente y, en defecto de los mismos, a las personas que lo tengan bajo su cuidado en forma temporal o permanente. El juez podrá separar a unos u otros del proceso si comprueba que su participación perjudica al niño. La resolución debe ser razonada*”.

se ha tenido que inferir, de acuerdo con el reconocimiento de estas otras capacidades, la capacidad procesal a partir de esta misma edad.

Lo anterior tiene sentido, por cuanto, según se decía, esta capacidad es necesaria para recurrir a la administración de justicia como mecanismo para resolver los conflictos que devienen de las relaciones que pueden establecerse como consecuencia del reconocimiento de la capacidad de actuar. En todo caso, se reitera que si tiene capacidad para obligarse de manera autónoma, también se debe tener esta misma capacidad para resolver los conflictos que se originen en estas relaciones.

El problema es que la edad que se reconoce para establecer este tipo de relaciones no siempre coincide, por lo que puede ser que la edad a partir de la cual los/as adolescentes se consideran sujetos de responsabilidad penal sea una, en tanto la capacidad para actuar en el ámbito laboral y familiar sea otra, inclusive podría ser diferente en estos últimos casos. En otros ámbitos, es posible que esa autonomía no se reconozca sino hasta la mayoría de edad, por ejemplo para contratar en materia civil o comercial.

Entonces, es usual que se cuente con tres segmentos erarios de acuerdo con el reconocimiento de estas diferentes capacidades: la edad de responsabilidad penal, ubicada a los 12, 13 ó 14 años, el reconocimiento de capacidad para laborar y para contraer matrimonio a los 14 ó 15 años por lo general y la capacidad plena para actuar al alcanzar la mayoría de edad penal.

En consecuencia, puede afirmarse que la capacidad procesal se debe reconocer, por vía de lo penal, a los 12, 13 ó 14 años de edad, pues desde estas edades, los adolescentes se pueden ver enfrentados a un proceso penal, consecuencia del reconocimiento de su capacidad de responsabilidad penal, dentro del cual, por congruencia, deben poder actuar de manera independiente.

Ahora, el reconocimiento de la posibilidad de actuar independientemente en un proceso penal debe tener incidencia en el reconocimiento de la capacidad procesal en general, por cuanto no existen razones para distinguir esta capacidad dependiendo del proceso que se trate.

Como conclusión, debe reiterarse que no es usual que las leyes internas se ocupen de fijar a partir de qué edad se adquiere la capacidad procesal, por lo que, para determinar la misma, se debe recurrir a la edad fijada legalmente para el reconocimiento de otros tipos de capacidades, considerándose que la edad de responsabilidad penal especial es el mejor parámetro para determinar la capacidad procesal.

Por ello, puede interpretarse que todo/a adolescente que se encuentre legitimado para participar en un proceso, lo podrá hacer autónomamente siempre que tenga la edad mínima establecida para la responsabilidad penal, pues, por razones de congruencia, no podría entenderse de otra manera.

Lo último es que este reconocimiento, según se adelantó, tiene una importante incidencia en cuanto a la protección del derecho al acceso a la justicia de este grupo de personas, pues,

de acuerdo con la interpretación aquí propuesta, no podría negarse, en estos casos, el acceso a la justicia a un/a adolescente por no actuar con sus padres/madres o un/a representante.

Lo cual no contradice, de ninguna manera, la responsabilidad del Estado de brindarle apoyo a los/as adolescentes para facilitar su acceso a la justicia, pero elimina una barrera interpretativa importante, un paradigma, que limitaba el mismo.

1.3.- Niños/as y adolescentes como testigos/as

Los/as niños/as y adolescentes pueden también relacionarse con la administración de justicia como testigos/as, sea como medios de prueba, por cuanto ellos/as pueden estar en posición de aportar información relevante para la resolución de un caso sometido a conocimiento judicial.

Debe decirse, a este respecto, que, de igual manera, en este rol se reflejan algunos de los estigmas creados en contra de la infancia y la adolescencia, pues no siempre se ha aceptado esta posibilidad y cuando sí, se ha partido de la falta de credibilidad de dicho testimonio, por considerarse, entre otras razones, que los/as niños/as y adolescentes no tienen criterio propio, capacidad para aprehender y transmitir adecuadamente información relacionada con un hecho concreto que les consta.

Aparte, se les ha considerado como personas de *fácil* manipulación, a quienes, por tanto, se les puede implantar una versión de los hechos favorable a alguna de las partes del proceso. Por ello, ante la declaración de un/a niño/a o adolescente como testigo ha existido una preconcepción de falta de credibilidad, por lo que una constante en su interrogatorio, es tratar de demostrar dicha manipulación o la implantación de su declaración por parte de un/a adulto/a.

Todo este esquema, que tiene como base la misma visión de los/as niños/as y adolescentes como incapaces, también tiene influencia en el modelo procesal inquisitivo, una de cuyas características es la tasación de la prueba como forma de valorar la misma, el cual ha mantenido durante ya varios siglos su vigencia a nivel legal y cultural, tanto en el juzgamiento de adultos, como de niños/as y adolescentes.

De acuerdo con este modelo procesal, toda prueba o medio probatorio tiene una medida, un valor previamente establecido, por lo que la valoración por parte del juez se convierte, prácticamente, en un ejercicio aritmético. Como se podría intuir, en estos valores previamente establecidos para los diferentes medios probatorios, la declaración o testimonio de una persona menor de edad tenía una medida bastante devaluada, ante los múltiples prejuicios que han pesado en su contra.

Un sistema de administración de justicia que tiene como fundamento estas preconcepciones, termina constituyéndose en una forma de agresión sistemática e institucionalizada en contra de esos colaboradores/as de la administración de justicia que son los/as testigos/as, quienes pasan a ser víctimas del mismo sistema.

Por el contrario, la consideración de los/as niños/as y adolescentes como personas capaces de transmitir información relevante para la administración de justicia, como testigos/as tan calificados como cualquier persona adulta, recibidos sin prejuicios respecto de su credibilidad, asegura un trato respetuoso, digno, a estas personas.

Esto no quiere decir que, ante una situación concreta, no pueda alegarse o resolverse la falta de credibilidad de un/a testigo/a niño/a o adolescente cuando el caso así lo amerite, pero debe hacerse un esfuerzo por evitar que esto se mantenga como un prejuicio, pues ello provoca que, de manera indiscriminada, se ataque a estas personas por su falta de credibilidad y por entender que siempre son *objeto* de manipulación.

La eliminación de este tipo de prejuicios es un mandato de la misma Convención de los Derechos del Niño, pues la consideración de estas personas menores de edad como sujetos de derechos y garantías implica que su participación en los procesos judiciales debe ser valorada de igual forma que el de cualquier otra persona, sea de manera razonada y según el caso concreto.

Esta visión respetuosa de los/as niños/as y adolescentes testigos/as es consecuencia, además, de una transformación en el sistema de valoración de la prueba, pues debe asumirse que, de previo, la declaración de ellos/as tiene tanto peso como cualquier otra, por lo que no es correcto establecer una tasación de la misma.

Por el contrario, dicho testimonio debe analizarse de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, bajo las reglas de la sana crítica racional, sea, brindando las razones lógicas y congruentes, despojadas de prejuicios, para determinar la valoración correspondiente.

1.4.- Especialidad de la administración de justicia como un requerimiento para asegurar el acceso de los/as niños/as y adolescentes

El principio de especialidad se encuentra recogido expresamente en la Convención de los Derechos del Niño, el cual alude a la obligación de los Estados de crear leyes, procedimientos y órganos específicos para los/as niños/as y adolescentes, tanto con respecto a quienes han transgredido los derechos de otros/as –responsabilidad–, como para aquellos/as que han sido víctimas –protección–.

Así, el artículo 40.3 de la Convención establece, específicamente para el tema de la responsabilidad, lo siguiente: *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas 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”*.

Como se puede extraer de este artículo, esta especialidad es una consecuencia de la obligación de brindar un trato diferente o diferenciado a los/as niños/as y adolescentes cuando existan razones suficientes que así lo ordenen. De esta manera lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sostenido *“que una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento*

de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley”²⁹.

Ahora bien, en cuanto al ámbito de las *instituciones específicas*, se entiende que esta norma hace referencia a la necesidad de crear, dentro de la organización del Estado, diferentes instancias dedicadas a la atención de esta población, en cuanto a la determinación de su responsabilidad, pero también con respecto a la protección de sus derechos.

Adicionalmente se alude a *procedimientos específicos*, ordenando con ello la creación de procedimientos destinados a atender o resolver por parte del Estado las diferentes situaciones o conflictos jurídicos en que pueden encontrarse los/as niños/as y adolescentes.

Entonces, atendiendo este mandato, desde el punto de vista de la administración de justicia, la Convención obliga a crear *autoridades y procedimientos específicos* para la protección de derechos y la resolución de los conflictos jurídicos en los que participe, de una u otra forma, un/a niño/a o adolescente. Lo anterior implica, a nivel práctico, la creación de una nueva competencia por materia dentro del sistema de administración de justicia.

También sobre este aspecto se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando refirió, con relación al principio de jurisdiccionalidad, que debe preservarse la especialidad de quienes tienen el poder-deber de decidir. Propiamente en la Opinión Consultiva OC 17/2002 expresamente indicó: “*La administración de justicia debe estar a cargo de un juez natural, competente, independiente e imparcial, de conformidad con el artículo 8 de la Convención Americana. Asimismo, al decidir sobre controversias o situaciones que involucren niños y adolescentes, debe buscar preservarse la especialidad de los organismos encargados de esta tarea*”³⁰.

Podría decirse que las razones de esta determinación legislativa internacional, y de su confirmación por parte de la Corte Interamericana, están relacionadas con la necesidad de asegurar, en quienes participan de la resolución de los diferentes casos o conflictos relacionados con esta población, el conocimiento de las particularidades jurídicas que, para efectos de la protección de sus derechos, promueve y ordena el Derecho Internacional o el bloque de constitucionalidad.

Se entiende, por tanto, que esta disposición tiene por objetivo asegurar la efectiva protección de los derechos y garantías de ellos/as, por cuanto se supone que, con la creación de órganos y procedimientos especializados, los/as niños/as y adolescentes van a recibir una

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 2 de diciembre de 2004. Caso denominado “*Instituto de Reeducción del Menor*” vrs Paraguay.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Denominada *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

respuesta de la administración de justicia acorde con las normas que, específicamente, regulan sus relaciones jurídicas, promoviendo así una interpretación adecuada de las mismas.

La especialidad, por ende, no debe ser entendida sólo como una condición o característica de las diferentes instancias encargadas, sino como un principio que pretende, según se adelantó, asegurar respuestas jurídicas adecuadas a este grupo de personas. Es quizás esto lo más importante de la vigencia de este principio, que se vea reflejado en la manera como se resuelven los conflictos en los que se encuentra involucrada una persona menor de edad y, se reitera, en la interpretación jurídica de las normas aplicables a cada caso concreto.

Para lograrlo se recurre, precisamente, a la especialización de las autoridades judiciales, entendida, al menos, desde dos puntos de vista: dedicación exclusiva y preparación o capacitación adecuada. Ahora bien, al considerarse la especialidad un principio, sea un mandato *prima facie* y de optimización, es obligación del Estado realizar estos dos aspectos al máximo posible, en la medida en que lo permitan los otros principios que con él colisionen y la realidad de la situación concreta.

1.4.1.- Exclusividad

Se entiende por exclusividad, la creación de órganos o autoridades dedicadas específicamente a administrar justicia en materia de niñez y adolescencia, con exclusión del conocimiento de otras materias o competencias, por lo que se asume, de acuerdo con lo referido en el apartado anterior, que la creación de estas autoridades es un indicador de los esfuerzos realizados por los Estados para realizar el principio de especialidad, así como, en general, para determinar el grado de compromiso asumido en la implementación de las normas fijadas por la Convención

Ahora bien, esta dedicación exclusiva presenta una dificultad, cual es que una de las condiciones más importantes para superar el *paradigma tutelar* radica en separar claramente los procedimientos, los órganos y la respuesta que el sistema ofrece al/a niño/a adolescente víctima, respecto del que se otorga al victimario.

Entonces, por un lado la Convención requiere que los países creen órganos de administración de justicia dedicados a la atención de los diferentes problemas jurídicos de los/as niños/as y adolescentes, por otro impone el deber de separar las vías y las respuestas, según se trate de un tema de protección de derechos o de responsabilidad penal.

Razón por la cual, una primera conclusión que puede extraerse, respecto a la exclusividad, es que el ideal, el ‘deber ser’ trazado por la Convención, conlleva la dedicación exclusiva de los órganos de administración de justicia encargados del proceso de responsabilidad, así como la de aquellos otros que tienen por competencia la protección de sus derechos vulnerados o bajo amenaza.

No obstante, es comprensible que en nuestros países, incluso en países desarrollados, existan limitaciones presupuestarias para asegurar esta doble dedicación exclusiva con

cobertura nacional, de manera que realmente se facilite el acceso a la justicia a estas personas, un principio que debe también tomarse en cuenta.

Precisamente por ello, es conveniente ponderar esta idea de exclusividad con el principio de acceso a la justicia, pues, de lo contrario, podría suceder que, con el objetivo de asegurar tal dedicación exclusiva, se creen juzgados concentrados en algunos centros urbanos, incluso asignándoles competencia nacional³¹, que resulten de difícil acceso para los/as niños/as y adolescentes, particularmente producto de la distancia, lo cual tendría un efecto perverso de sacrificio del acceso a la justicia como consecuencia de la satisfacción del requerimiento de especialidad.

Pero como ya se dijo que la especialidad es un principio, se entiende que éste sólo puede realizarse en la medida en que así lo permita el principio de acceso a la justicia, que definitivamente colisiona con aquél en las circunstancias mencionadas. Entonces, puede afirmarse, como primera obligación emanada del principio de especialidad, que los Estados realicen el máximo esfuerzo posible por crear autoridades jurisdiccionales dedicadas exclusivamente a la resolución de este tipo de casos, evidenciando la máxima realización posible dentro de sus posibilidades presupuestarias.

Sin embargo, ante la imposibilidad de lograr cobertura nacional, luego de realizar ese esfuerzo, debe tenerse particular cuidado con la respuesta alternativa, especialmente para, según se adelantó, no distanciar la administración de justicia de los/as niños/as y los adolescentes, pues esto puede constituirse en una manera de discriminación o de negación del acceso a la justicia, por lo que parece recomendable seguir la estrategia de asignar esta competencia a autoridades ya creadas, reforzar las mismas e invertir en capacitación de sus funcionarios/as.

Es decir, ante estas circunstancias, la capacitación y la formación pueden sustituir, en alguna medida, la falta de exclusividad de las autoridades que tienen a su cargo la administración de justicia de los/as niños/as y adolescentes, tomando en cuenta que el objetivo principal de la especialidad es brindar una respuesta adecuada a las personas menores de edad, lo cual, habría que decir, no necesariamente depende de la exclusividad, aún cuando, sin ninguna duda, ayuda.

De esta manera, ante tal circunstancia de excepción, el punto medio, que surge de la ponderación de los principios de especialidad y de acceso a la justicia, parece ser la capacitación adecuada de las autoridades a las que se les asigne esta competencia, lo cual, sumado a un órgano jurisdiccional de segunda instancia plenamente especializado que, por vía de la jurisprudencia, vaya orientando la manera cómo resuelven los tribunales de primera instancia, parece ser una alternativa razonable.

³¹ En el año 2006, como consecuencia de la entrada en vigencia durante el año 2005 de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles en Costa Rica, el Consejo Superior del Poder Judicial acordó la creación de un Juzgado de ejecución de las Sanciones Penales Juveniles en el centro de San José y con competencia nacional, decisión que impone, a los/as adolescentes que se encuentran cumpliendo sanciones alternativas en lugares alejados de la capital, tener que trasladarse largas distancias para poder plantear cualquier incidencia que se genere durante el cumplimiento de su pena.

Dicho esto, conviene a continuación repasar, brevemente, cómo resuelven las diferentes leyes internas de la región este tema de la dedicación exclusiva en el caso de los órganos jurisdiccionales, atendiendo también a la mencionada separación de vías entre protección de derechos vulnerados o bajo amenaza y responsabilidad.

Tabla No. 2

Órganos encargados de la administración de justicia en materia de niñez y adolescencia en Centroamérica

País	Órganos jurisdiccionales especializados
Guatemala	Juzgados de Niñez y Adolescencia: Conocen aquellos casos o hechos que constituyen amenaza o violación a los derechos de la niñez y la adolescencia, a la vez que resuelven sobre aquellas conductas de personas menores de trece años que infrinjan la ley penal (art. 104 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia). Juzgados de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal: Conocen conductas que violen la ley penal atribuibles a adolescentes (art. 105 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia).
Honduras	Juzgados de Letras de la Niñez: Conocen de todos los asuntos relacionados con niños infractores, así como los casos en que sea necesario restituirle a un/a niño/a o adolescente sus derechos conculcados (art. 277 Código de la Niñez y la Adolescencia).
El Salvador	Juzgados de Menores: Son competentes para conocer las infracciones tipificadas como delitos o faltas por la legislación penal, atribuidas a adolescentes (art. 42 de la Ley Penal Juvenil)
Nicaragua	Autoridad Administrativa: La autoridad administrativa que compruebe la violación de derechos de los/as niños/as y adolescentes podrá aplicar las medidas de protección establecidas legalmente (arts. 80, 81 y 82 Código de la Niñez y la Adolescencia). Juzgados Penales de Distrito de Adolescentes: Conocen sobre los delitos y faltas cometidas por adolescentes (art. 112 Código de la Niñez y la Adolescencia).
Costa Rica	Juzgados de Familia: Conocen de toda acción u omisión que constituya amenaza o violación de los derechos de las personas menores de edad, salvo lo relativo a la materia penal (art. 116 del Código de la Niñez y la Adolescencia). Juzgados Penales Juveniles: Conoce sobre los hechos ilícitos cometidos por adolescentes (arts. 28 y 29 de la Ley de Justicia Penal Juvenil).
Panamá	Juzgados Penales de Adolescentes: Les corresponde resolver sobre el acto infractor cometido y la responsabilidad de los adolescentes involucrados (art. 20 de la Ley del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia).

Tal como se extrae de la anterior tabla, en casi todos los países de la región se prevé la creación de órganos especializados para la atención de los diferentes conflictos jurídicos en los que se puede ver involucrado un/a niño/a y/o adolescente, particularmente en lo relacionado con su responsabilidad penal.

En cuanto al tema de protección de derechos vulnerados o bajo amenaza habría que decir que en Costa Rica lo conocen los Juzgados de Familia, mientras en Nicaragua éste es un tema que ha sido encargado a un órgano administrativo. No obstante, en el primero de los casos, debe decirse que, a pesar de lo regulado, se ha creado un Juzgado de Niñez y Adolescencia en San José con competencia territorial limitada, con lo cual se ha realizado un primer intento de satisfacción de la idea de exclusividad en el ámbito de la protección.

Honduras, por su parte, mantiene la competencia general en materia de Niñez y Adolescencia en un único órgano jurisdiccional, que conoce de responsabilidad y de protección de derechos, por lo que no ha contemplado esta separación que se prevé en los otros países de la región.

Por último, Guatemala es el único país de la región, según se extrae la tabla expuesta, que contempla Juzgados especializados en materia de protección y de responsabilidad, los primeros se denominan Juzgados de Niñez y Adolescencia, en tanto a los segundos se les llama Juzgados de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal.

1.4.2.- Capacitación de las autoridades competentes

De acuerdo con lo mencionado, el principio de especialidad está relacionado con la necesidad de establecer y dar vigencia a criterios diferenciadores y especializados en esta materia, por lo que ya se adelantaba que este principio trasciende la mera dedicación exclusiva de quienes se encuentran encargados/as de conocer esta materia.

No debe circunscribirse, entonces, el término especialidad a la exclusividad, aunque pueda reconocerse que la exclusividad se ha convertido en un paso determinante para la realización de este principio. Con ello quiere expresarse que, si bien la exclusividad forma parte del contenido de este principio y se encuentra mandada por la Convención, no debe pensarse que la mera dedicación exclusiva conlleva la plena satisfacción del principio de especialidad.

Por ello, con la idea de construir una respuesta estatal que se adecue a las necesidades y condiciones particulares de los/as niños/as y adolescentes, debe aceptarse que el principio de especialidad juega también un importante papel en la interpretación de las demás normas y que ello, según se ha mencionado, debe verse reflejado en las resoluciones que adoptan los/as jueces/zas y en los alegatos que plantean las partes.

Sin embargo, es necesario reiterar, con contundencia, que esta interpretación debe realizarse respetando el principio de igualdad, por lo que las diferencias no pueden ser construidas sobre la base de la restricción de derechos, algo común durante la vigencia de las leyes tutelares, sino sobre el respeto pleno de los mismos y bajo la consideración del mayor peso que les asigna la Convención y las leyes internas a los derechos de las personas menores de edad.

En consecuencia, se entiende que el actual sistema de administración de justicia, en cuanto a la infancia y adolescencia, debe distinguirse radicalmente de aquél que se proponía

por la *doctrina de la situación irregular*, pero también diferenciarse de las decisiones que se adoptan en el caso de adultos, en la medida en que ello resulte necesario para asegurar una respuesta adecuada a esta población.

En este último sentido, no podría ser que, por ejemplo, ante alguna necesidad interpretativa se recurra, con facilidad y de manera automática, a la aplicación de las normas que regulan dichas situaciones para los/as adultos/as, sin antes considerar que, de acuerdo con los principios de especialidad y de igualdad, aspectos similares pueden tener una respuesta diferente para los/as niños/as y adolescentes.

Lo anterior implica que, aún cuando la mayoría de las leyes consideran, de manera expresa, la aplicación supletoria de las leyes de adultos, estas deberían aplicarse sólo en la medida en que no contradigan los principios específicos que regulan esta materia, tomando en cuenta para ello las dos normas contenidas en el principio de igualdad, sea aquella que manda el tratamiento igual y la otra que ordena el tratamiento diferente.

Por ello, los/as operadores/as de la administración de justicia en materia de niñez y adolescencia deben tener un alto conocimiento, encontrarse debidamente preparados/as, sobre el contenido y forma de aplicación del principio de igualdad, pues ello resulta indispensable para la interpretación y resolución de los diferentes conflictos de normas que pueden presentarse en la práctica judicial.

Tómese en cuenta, a este respecto, que el principio de especialidad es la expresión de la segunda norma contenida en el principio de igualdad, con el cual se pretende asegurar un tratamiento diferente de los/as niños/as y adolescentes cuando existan razones suficientes que así lo ordenen.

La dificultad notable o perceptible sobre este tema es, precisamente, lograr que los/as operadores/as desarrollen la sensibilidad y adquieran el conocimiento para identificar cuando existen razones suficientes para entender cuándo se encuentra mandado el tratamiento diferente, cuándo no y, por último, cuándo tal principio posibilita que el legislador regule una de varias opciones diferentes, en cualquier caso válidas. De igual manera, es importante que ellos/as puedan determinar en qué consiste el tratamiento desigual, sea cual fuere la diferencia que se encuentra ordenada.

Esto es especialmente relevante cuando no existe norma expresa o cuando ésta es ambigua, en el entendido de que tales definiciones terminan constituyendo un problema de argumentación jurídica, pues se trata de una decisión frente a la situación concreta que se le presenta al/a operador/a.

Por eso se insiste en que la preparación adecuada de los funcionarios/as encargados/as de la administración de justicia, resulta fundamental para la construcción de esta especialidad y el entendimiento de estas diferencias, si se toma particularmente en consideración que los/as Jueces/zas de niñez y adolescencia, como cualquier otro Juez/a, cuentan con un inevitable nivel de discrecionalidad o de arbitrio en la resolución de los casos, lo que les permite

participar directamente de la construcción del derecho y, con ello, en la orientación que se otorga a las normas, mediante la interpretación y aplicación de las mismas.

Con respecto a dicho arbitrio o discrecionalidad jurisdiccional, debe recordarse que su reducción, pero no su eliminación, constituyó uno de los objetivos pretendidos por la Convención y las leyes internas, consecuencia de la amplitud que presentaba durante la vigencia de las leyes *tutelares*, lo cual facilitaba el exceso, la arbitrariedad.

En realidad, el manejo de cierto nivel de arbitrio es consustancial a la función jurisdiccional, por lo que no puede pensarse en su eliminación a favor de una idealización de la legalidad, pero tampoco es correcto mantener los niveles de discrecionalidad que se promovían dentro del sistema tutelar, pues, según se refería, eso implica aumentar las posibilidades de incurrir en arbitrariedades.

Respecto a la relación que debe existir entre arbitrio jurisdiccional y legalidad, Alejandro Nieto nos refiere: *“ambos se integran formando una unidad inescindible, de tal manera que tan falso e incompleto es un principio de arbitrio que prescinde de la legalidad como un principio de la legalidad que prescinde del arbitrio. La legalidad necesita del arbitrio para ser efectiva tanto como el arbitrio necesita de la legalidad para ser lícito”*³².

Entonces, debido a la existencia de este espacio de arbitrio en la función jurisdiccional, una orientación imprecisa o insuficiente sobre el sentido de la Convención en quienes deben aplicarla, en la resolución de diferentes tipos de conflictos, posiblemente distorsionaría el sistema de protección de derechos y la administración de justicia en concreto, particularmente porque las ideas *“tutelares”* constituyen un paradigma, que tienen su magnetismo, por lo que, con facilidad, esta visión puede volver a instalarse en quienes deben resolver. O bien porque, con la idea de distanciarse de tales ideas, se quieran aplicar las normas de adultos sin más, dejando con ello de lado la especialidad.

Estas constituyen razones para entender la necesidad de mantener una constante revisión de la operación de la administración de justicia en materia de niñez y adolescencia, con la idea de identificar la necesidad de dirigir o redirigir el sistema de conformidad con los parámetros legales y constitucionales, para lo cual resulta fundamental la capacitación, también permanente, de los/as funcionarios/as respectivos/as.

Lo anterior, tomando en cuenta, además, el valor del principio constitucional de independencia jurisdiccional, pues resulta claro que, como consecuencia del mismo, no podría recurrirse a la emisión de directrices concretas sobre la manera en que los/as jueces/zas deben resolver los diferentes casos, pero sí prepararlos adecuadamente para el ejercicio de sus funciones.

Autoevaluación:

Selección única. Seleccione el ítem que mejor se ajuste al contenido de este módulo.

³² NIETO (Alejandro). *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel. Segunda edición. Barcelona, 2007. Pp. 203.

1. Los/as niños/as y adolescentes frente a la administración de justicia:

- a) Son titulares del derecho al acceso a la justicia pero no tienen capacidad procesal para actuar autónomamente;
- b) Por razón de su edad no se les considera titulares del acceso a la justicia;
- c) Son titulares del acceso a la justicia y, progresivamente, van adquiriendo la capacidad procesal para actuar de manera autónoma.

2. De acuerdo con la perspectiva de derechos, a los/as niños/as y adolescentes testigos/as debe considerárseles:

- a) Como medios de prueba de menor valor, consecuencia de su fácil manipulación;
- b) Como medios de prueba de igual valor que cualquier otro, pero que tiene que ser objeto de valoración frente a cada caso concreto;
- c) No puede considerárseles como testigos, pues no cuentan con la capacidad para ello.

3. El principio de especialidad establecido por la Convención, en cuanto a los órganos encargados de la administración de justicia, implica:

- a) La creación de órganos exclusivamente dedicados a la atención de los conflictos jurídicos en que figura como parte un/a niño/a o adolescente;
- b) La capacitación de los/as funcionarios/as a quienes les corresponde participar de la administración de justicia en materia de niñez y adolescencia;
- c) La creación de órganos dedicados con exclusividad y la debida capacitación de los/as funcionarios/as encargados/as.

Respuestas :

- 1. c)
- 2. b)
- 3. c)

Objetivo: Reconocer la importancia de la asesoría jurídica o técnica en la protección del derecho al acceso a la justicia de los/as niños/as y adolescentes.

1.1.- Razones para garantizar el derecho a la asesoría jurídica o técnica

Entendidos de la discusión eminentemente jurídica que se desarrolla en los procesos judiciales, así como de la dificultad que conlleva desenvolverse en este ámbito para las personas en general, tanto por su lógica de operación como por el lenguaje utilizado, se prevé como derecho de nivel constitucional, la asesoría jurídica, sea el derecho de contar con el apoyo de un/a abogado/a para enfrentar cualquier proceso judicial.

Con lo cual puede afirmarse que toda persona que ejerce como parte en un proceso judicial tiene derecho de contar con la asesoría de quien conoce de Derecho y del proceso, un/a profesional en esta área, un/a abogado/a según se adelantaba. Este derecho se entiende como un requerimiento del principio de acceso a la justicia, pues sin esta asesoría las personas difícilmente podrán plantear de manera adecuada su caso, su situación, así como sus pretensiones, en el contexto de la aplicación de las normas jurídicas vigentes.

No ha faltado quien afirme, por ejemplo, que tal asesoría no resulta necesaria, pues los/as Jueces/zas conocen el derecho y ellos/as podrían traducir directamente los planteamientos y requerimientos de los/as ciudadanos/as. Sin embargo, en contra de esta alternativa debe decirse que la misma pone en serio peligro la correcta realización del principio de imparcialidad del/a juzgador/a, pues su intervención a favor de una de las partes, aún cuando sea para apoyar su acceso a la justicia, podría condicionarlo en su decisión final, o bien afectar la percepción de la otra parte con respecto a su imparcialidad.

Por esta razón, dicha alternativa no resulta constitucionalmente adecuada, por cuanto es indispensable, desde el principio de imparcialidad, que no sea el/la Juez/a, al menos no de manera principal y protagónica, quien asesore u oriente a las partes en el planteamiento de su caso ante la administración de justicia, por lo que se justifica que este rol lo asuma un/a asesor/a jurídico/a que esté al servicio de cada una de las partes.

Debe entenderse, entonces, que también los/as niños/as y adolescentes, en cualquier posición procesal en la que se encuentren, como actor o demandado/a, como denunciante o como imputado/a, son titulares de este derecho a contar con una asesoría jurídica. Lo anterior resulta aún más enfático o necesario en el caso de estas personas, pues su conocimiento de la administración de justicia y del ámbito jurídico es, por lo general, bastante limitado. Además, corresponde agregar, que el ambiente judicial puede resultarles intimidante y el lenguaje jurídico incomprensible, según se adelantaba.

El reconocimiento de este derecho a contar con un/a asesor/a jurídico también responde, en cuanto al ámbito de la responsabilidad penal, a la situación de mayor vulnerabilidad frente al poder punitivo en que se encuentran los/as adolescentes, no sólo para efectos de ser

seleccionados por el mismo, sino en función de la posición y perspectiva que pueden tener los/as operadores/as durante el desarrollo del proceso, en particular al momento de adoptar sus decisiones.

Afirmación que resulta comprensible cuando se repasa la historia de excesivo control a que se ha sometido a los/as adolescentes y su consideración de objeto, lo cual ha facultado a la autoridad a intervenir irrestrictamente sobre la vida de éstos, sin consideración de su opinión, ni de sus derechos. Esta tradición que se encuentra aún arraigada en la gran mayoría de países latinoamericanos, ha justificado el establecimiento de límites más rigurosos al aparato represivo del Estado, los cuales sólo se tornan efectivos mediante el ejercicio de una buena defensa y, en consecuencia, de una buena defensa técnica.

En conclusión, las secuelas de la doctrina de la situación irregular, en donde el/la adolescente se encontraba en una condición de desprotección de sus derechos y garantías fundamentales, deben fortalecer la idea de otorgar al adolescente la respectiva asesoría jurídica para enfrentar el proceso penal, pues al ser función del/a defensor/a asegurar la realización y respeto de esos derechos y garantías, su participación debe incidir significativamente en la reivindicación de los mismos frente al intervencionismo ilimitado que aún sigue vigente como parte de un esquema cultural.

De igual manera, en cuanto a la protección de sus derechos, difícilmente un/a niño/a o adolescente podrá acudir directamente, sin el apoyo de un/a abogado/a, a plantear a la vía judicial un proceso para la reivindicación de alguno de sus derechos vulnerados o amenazados. Por eso se insiste, en que la asesoría jurídica constituye un derecho de derechos o una garantía de garantías, sea que con su adecuada protección se asegura la operatividad, la vigencia, de los restantes derechos y garantías, así como un efectivo acceso a la justicia

En consecuencia, un sistema de administración de justicia que quiere garantizar a las personas su acceso, debe contemplar este derecho y tratar de garantizarlo, particularmente para aquellas personas que se encuentran en una situación más desfavorable en cuanto a la posibilidad de asegurárselo por sí mismo, un tema que se abordará más adelante.

1.2. Asesor/a como razonador jurídico

El/La asesor/a jurídico es un/a razonador/a, construye y expone razones para la decisión de los diferentes aspectos que deben ser resueltos en un determinado proceso. De hecho, debe realizar, como parte de sus funciones, una propuesta razonada de resolución final del caso concreto, usualmente en contraposición a aquella que realiza su contra parte, la cual debe encontrarse debidamente fundamentada en los hechos y en el derecho aplicable.

Esto nos lleva a afirmar que las razones o argumentos que debe aportar el/la asesor/a del que se habla son de naturaleza eminentemente jurídica, sea de derecho, independientemente de que para ello requiera tomar como base un determinado cuadro fáctico, el cual también le corresponde ayudar a construir y a interpretar desde su particular posición procesal.

Pero no sólo los hechos y el derecho deben ser valorados por el/la asesor/a jurídico/a a efectos de ubicar argumentos para defender su posición y pretensión, también debe analizar las características y condiciones de la niñez y la adolescencia en general, en cuanto sean jurídicamente relevantes y puedan constituir razones para justificar la propuesta de decisión que se realiza.

Este abogado/a o asesor/a jurídico/a, entonces, debe hacer un esfuerzo por interpretar el derecho y los hechos atendiendo tales características, en ello consiste, quizás, la especialidad de su asesoría, pero también del/a Juez/a y del/a fiscal, así como de cualquier otro/a funcionario/a que labore en esta materia.

En este sentido, debe agregarse que, en materia de responsabilidad penal juvenil por ejemplo, han surgido algunas propuestas de reconceptualización de la Teoría del Delito para efectos de adecuarla a los/as adolescentes, entendiendo que ésta ha sido creada y desarrollada pensando en un sujeto activo adulto, por lo que su aplicación a ellos/as requiere de una reformulación.

Sin embargo, más allá de esta discusión dogmática, debe rescatarse que la Teoría del Delito, en sus diferentes estratos, acepta valoraciones que pueden tener como base la particular condición de la persona adolescente y, de esta forma, incidir en la determinación o no de su responsabilidad, lo que resulta fundamental reconocer para el/la defensor/a penal de adolescentes.

Sólo a título de ejemplo, puede citarse el tema del conocimiento del derecho y el error de prohibición. Ciertamente en el caso de los/as adolescentes, como de los/as adultos/as, se parte de una presunción de este conocimiento, pero, de entrada, puede sostenerse que esta exigencia es mayor en el caso de los/as segundos/as que en un/a adolescente, particularmente con respecto a ciertos tipos penales que no forman parte de lo que podría denominarse como núcleo duro del derecho penal, dentro del cual se entenderían contemplados los homicidios, los delitos contra la propiedad, contra la integridad física y algunos delitos sexuales, entre otros.

De hecho, con respecto a estos delitos resulta difícil afirmar el desconocimiento de la prohibición por parte de un/a adolescente, sin embargo, habría que analizar con detenimiento otros delitos, entre los que se encuentra, para citar un ejemplo, el supuesto de relaciones sexuales consentidas con una persona menor de doce años, en donde la edad de la víctima es la que determina la calificación del delito como violación.

En esta hipótesis, se presenta como dudoso que, ante unas relaciones consentidas entre un/a adolescente de trece años de edad y su novia/o de once, aquél o aquélla tuviera conocimiento de la prohibición, pues se trata de una acción voluntaria, en la que no ha mediado fuerza ni violencia. En estas condiciones, independientemente del análisis de tipicidad, particularmente de lesividad, que debe hacerse, puede concluirse que, en principio, resulta difícil que el/a adolescente en cuestión posea conocimiento de la especificidad de dicha prohibición.

Es precisamente la construcción de estos argumentos jurídicos desde la especialidad lo que fundamenta la necesidad de un sistema de justicia penal de adolescentes, sin embargo, esta argumentación parece no haber alcanzado un nivel de desarrollo suficiente dentro de nuestra práctica judicial, de forma que este vacío genera una incertidumbre provocada por el hecho de saber este sistema como especial, pero no identificar, con claridad, en qué consisten estas diferencias. Situación que mantiene siempre abierta la puerta para que se recurra, nuevamente, a razones propias del pasado tutelar, con la idea de llenar este vacío.

Ante este peligro latente, debe asumirse que en la construcción de estas razones desde la especialidad, los/as abogados/a o asesores/as jurídicos de niños/as y adolescentes tienen una responsabilidad principal, por cuanto se trata de argumentos que, potencialmente, pueden representar una consecuencia positiva para ellos/as, en cuanto a la exoneración de su responsabilidad penal o a la reivindicación de alguna situación que vulneró sus derechos o los puso bajo grave amenaza.

Entonces, corresponde concluir que el/la abogado/a o asesor/a jurídico de niños/as y adolescentes es, sin duda alguna, un/a razonador/a eminentemente jurídico, pero que tiene como función o responsabilidad adicional construir razones, de naturaleza jurídica, desde la especialidad, lo cual implica interpretar las normas y los hechos de acuerdo con las características y condiciones de la niñez y adolescencia, con lo cual apoya de manera determinante su acceso a la justicia y la calidad de las decisiones jurisdiccionales.

1.3.- Parcialidad de las razones o argumentos del/a defensor/a

Además de ser un razonador/a, el/a abogado/a litigante debe ser un/a razonador/a parcial. Una de las características fundamentales, sino la más distintiva, del/a litigante es, precisamente, su parcialidad, es decir, la construcción de sus argumentos y razones debe realizarse atendiendo a los derechos e intereses de la persona concreta a quien asesora.

Esta característica del/a abogado/a litigante, defensor/a o asesor/a jurídico/a se contrapone y complementa con aquella que caracteriza la función jurisdiccional y del Ministerio Público, cual es la objetividad. Puede afirmarse, entonces, que la parcialidad es para el/la abogado/a litigante o defensor/a lo que la imparcialidad para el/la juez/a. Al respecto, Carnelutti refiere: *“A pesar del escándalo, el defensor no es imparcial porque no debe serlo. (...) La parcialidad de ellos es el precio que se debe pagar para obtener la imparcialidad del Juez”*³³.

Ahora bien, la contundencia con la que aquí quiere plantearse la trascendencia de la parcialidad del/a abogado/a litigante, nos motiva a realizar una distinción que consideramos pertinente entre la función de los/as jueces y aquella propia de los/as primeros/as. Ciertamente, ambos comparten, en esencia, algunas funciones, como garantizar el debido respeto de los derechos y garantías de las personas sometidas al proceso penal, no obstante,

³³ CARNELUTTI (Francesco). *Las Miserias del Proceso Penal*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959. Pp. 64. Posteriormente agrega: *“Sin duda, esto de las dos verdades, la verdad de la defensa y la verdad de la acusación, es un escándalo; pero es un escándalo del cual tiene necesidad el juez a fin de que no sea un escándalo su juicio”*.” Pp. 66 y 67.

debe aceptarse que lo hacen desde distintas *trincheras*, con diferentes perspectivas, las cuales resultan necesarias dentro de un sistema procesal democrático, siempre con ese afán de equilibrar el proceso, generar controles y asegurar, de una mejor forma, la búsqueda de la mejor solución del conflicto dentro de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

Por eso no puede compartirse, por ejemplo, el argumento de la Sala Constitucional y de la Sala de Casación Penal de Costa Rica cuando, para efectos del allanamiento en materia penal, equiparan la función jurisdiccional con la del/a defensor/a, refiriendo que la presencia de este último no resulta indispensable, por cuanto es al/a Juez/a a quien corresponde hacer respetar los derechos y garantías de las personas³⁴.

Esta última afirmación que resulta irrefutable, no sólo para efectos del allanamiento, sino para cualquier otra actuación procesal, no excluye la necesidad de la participación del defensor/a o abogado/a litigante, al menos no por esos motivos, por cuanto, según se indicó, éste debe cumplir con esta misión, pero desde un enfoque tan diferente como necesario para el correcto funcionamiento de los procesos judiciales.

El/La Juez/a objetivamente debe resguardar los derechos y garantías de las personas, en tanto al/a abogado/a litigante o defensor/a le caracteriza hacerlo, según se ha dicho, desde la parcialidad de los intereses concretos de sus representados/as o asesorados/as. Por ende, no se puede excluir la participación de uno –abogado/a litigante- acudiendo al argumento de que otro –juez/a- cumple con la misma función, puesto que ese argumento resulta falaz.

Esto es importante, particularmente por cuanto nos enfrentamos a una idealización de la objetividad, sea del razonamiento y conocimiento objetivo, imparcial, *puro*, neutral, como

³³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto 303-2000, de las diez horas diez minutos del diecisiete de marzo de 2000. El cual refiere: “*De conformidad con la legislación costarricense, sólo en supuestos excepcionales, los cuales se determinan con base en razones de suma gravedad o urgencia, puede practicarse un allanamiento entre las dieciocho y las seis horas. En ambos casos debe explicarse cuál es el motivo que justifica ese proceder. Ahora bien, si se observa la resolución del folio 11, se podrá apreciar que la supuesta urgencia y necesidad radica en que se está ante un ilícito de Venta de Droga. Sin embargo, el argumento no es válido. Ello porque si una conducta humana ha sido calificada por el legislador como constitutiva de delito, ello revela que se trata de algo “grave” que amerita ser penado.*” Además, las sanciones penales usualmente se prevén mediante escalas particulares para cada delito, de modo que atendiendo –entre otras cosas- a la gravedad del caso concreto, podrá el Juez fijar una pena más o menos severa –siempre dentro de lo permitido por la ley- para cada uno de quienes se determine son responsables del hecho punible (lo cual explica por qué puede haber sujetos a quienes se les atribuye un mismo ilícito que reciben sanciones diferentes). Así las cosas, cuando se investiga un delito, siempre se está tratando de averiguar la verdad en cuanto a un suceso grave. Por ello, el que se esté ante un asunto relacionado con el narcotráfico no implica que de manera automática se trate de lo que el legislador denomina “casos sumamente graves y urgentes” en el artículo 193 del Código Procesal Penal. Aunado a lo anterior, cabe reiterar que el “fundamento” de la resolución de referencia se ve desacreditado por lo que la propia Juez manifiesta, al precisar que la actividad atribuida a Z.C. se desarrolla en su casa a toda hora del día. Si esto último es cierto, entonces no es urgente allanar la morada de la acusada durante la noche, ya que puede hacerse durante el día y en cualquier fecha, pues se deriva de lo expresado por la autoridad jurisdiccional que se trataba de un comportamiento habitual de la justiciable.

[...] Además, el que se trate de un delito de narcotráfico no es sinónimo –como parece decirlo la indicada Juez en la resolución de comentario- de que el caso sea calificable como de suma gravedad o que merezca tramitación urgente.” En el mismo sentido: Sala Tercera. Voto 240-2002, de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del quince de marzo de 2002.

si esto fuera realmente posible³⁵, pretendiendo marginar aquellos argumentos que surgen orientados por la protección y/o defensa de intereses particulares, olvidando que este condicionamiento introduce, por el contrario, una presión o carga que obliga al/a abogado/a litigante a ser más exhaustivo al momento de identificar razones para su propuesta de decisión, las cuales resultan tan válidas como cualesquiera otras, pero difícilmente identificables sin la mediación de ese interés, sin tal motivación.

En el caso de los/as niño/as y adolescentes, la posición del/a abogado/a litigante no tiene por qué ser diferente, le corresponde concentrarse en la defensa de los intereses de la persona a quien asesora, imponiéndose como su principal obligación tratar de construir argumentos o razones que permitan satisfacer las pretensiones de esos niños/as y adolescentes, generalmente enfocadas en la reivindicación de sus derechos o en la exoneración de su responsabilidad penal.

A manera de conclusión de este apartado, puede citarse nuevamente a Carnelutti, quien concluye que *“El defensor, pues, es y debe ser un razonador de pie forzado, esto es, un razonador parcial; un razonador que trae el agua a su molino”*³⁶. Lo cual nos permite afirmar que no es posible asegurar el acceso a la justicia de los/as niños/as y adolescentes si sus asesores/as jurídicos/as o abogados/as litigantes no asumen, con compromiso, este enfoque o perspectiva de su rol procesal.

1.4.- Pureza de la parcialidad y pragmatismo del/a abogado/a litigante

Se ha dicho que la parcialidad es para el/la abogado/a litigante lo que la imparcialidad para el/la juez/a. Entonces, puede afirmarse que al igual que se exige en cuanto a la imparcialidad del/a juez/a y del/a fiscal, la parcialidad del defensor debe estar libre de cualquier interferencia, interna o externa, que pretenda limitarla. Es decir, al momento de identificar argumentos o razones que favorezcan los intereses de la persona que asesora, el/la abogado/a litigante no debe encontrar más límites que aquellos provenientes del ordenamiento jurídico y de la ética propia de su función.

Lo dicho con anterioridad involucra incluso las convicciones propias de cada abogado/a litigante, las cuales debe estar en disposición de ceder en la medida en que ello favorezca la protección de los intereses de las personas que asesora, defiende o representa. Su convicción más fuerte, en consecuencia, debe girar alrededor de lograr el mejor resultado posible dentro del proceso para aquella persona.

Esto no obsta para afirmar que, por su rol dentro del proceso y por su función de contrapeso o contrapoder, el/la abogado/a litigante deba ser persona de fuertes convicciones, de lo contrario no podría cumplir debidamente con tal rol y función. Por ejemplo, en materia de responsabilidad penal, el/la defensor/a debe ser capaz de luchar fuertemente contra el

³⁵ La imparcialidad u objetividad del Juez, siendo un principio del proceso penal, sólo puede aceptarse como parte del deber ser que orienta sus actuaciones y decisiones, nunca como parte de una realidad, sea como algo dado, que ya es.

³⁶ CARNELUTTI (Francesco). *Las Miserias del Proceso Penal*. Ibid. Pp 65.

aparato represivo del Estado, pero teniendo la sensibilidad de no exponer a su defendido/a, ni sus derechos, garantías o intereses.

Para efectos de asegurar esta parcialidad del/a defensor/a o abogado/a litigante, éste, además, debe entender que cada caso es hoy y único, porque esa es la posición que requiere la persona representada o asesorada, así como el sistema en general para asegurar su correcto funcionamiento. Con lo que se quiere decir que no debe ajustar sus decisiones en un proceso concreto a potenciales beneficios futuros ni atender al interés de generar ventajas que podrán ser aprovechadas para otros casos.

En cuanto a la Defensa Pública, debe tenerse siempre presente, además, el peligro de “*institucionalización del caso concreto*”, entendida como la limitación de las alternativas de defensa en el caso concreto consecuencia de la asunción de luchas institucionales. Ciertamente, resulta indiscutible que el aporte de la Defensa Pública a la administración de justicia y al Estado de Derecho trasciende el caso concreto, constituyéndose también en un contrapeso político e ideológico siempre necesario, pero ello no debe implicar una autorización para obviar los intereses de las personas a las cuales se brindan servicios.

En consecuencia, debe sostenerse que esos enfrentamientos que debe asumir la Defensa Pública frente a prácticas del sistema, y con el objetivo de equilibrar el mismo, no deben ser cargados al/a usuario/a de sus servicios, quien siempre debe mantener abiertas las puertas de cualquier opción de defensa de sus intereses que resulte legítima, aún cuando institucional o personalmente no se esté de acuerdo con ella.

Esta posición puede ser denominada como independencia técnica o de criterio del/a abogado/a litigante, así como también se denomina independencia judicial en el caso de la judicatura, sin embargo, parece que ésta no es una denominación precisa, puesto que, en realidad y según se adelantó, el/la abogado/a litigante es dependiente, pero de los intereses de quien asesora o representa.

Lo dicho hasta aquí no pretende desconocer la importancia de la Institución como tal, sea en la organización del servicio y como contrapeso político e ideológico, por el contrario es necesario y conveniente para cualquier sistema de administración de justicia que ésta sea resaltada y rescatada de cualquier tentativa de debilitamiento. No obstante, parece importante que exista una clara delimitación entre el rol institucional y aquél que corresponde al/a abogado/a litigante cumplir en cada caso concreto.

Tampoco se pretende, con esta delimitación, desconocer la potestad de la Institución de la Defensa Pública, o bien de la organización encargada de brindar servicios de asesoría jurídica gratuita, para emitir directrices que aseguren un mejor servicio, entendiendo que esto es parte de sus deberes, sin embargo, esta potestad debe procurar no restringir ninguna posibilidad de defensa legítima.

Sin duda, las consideraciones aquí expuestas y la adopción de esta posición por parte de quienes ejercen la asesoría jurídica o defensa técnica de los/as niños/as y adolescentes potencia su acceso a la justicia, pues se asegura así un vínculo ético y

jurídico del/a abogado/a con los/as intereses de su defendido/a o representado/a, no tanto con la administración de justicia.

1.5.- Precedencia del criterio del/a asesorado/a, representado/a o defendido/a

Conocida es la distinción que se realiza entre la posibilidad que tienen las personas de ejercer o participar directamente en la protección de sus intereses dentro de un proceso judicial o administrativo, denominado usualmente defensa material, y el derecho a ser asesorado/a, defendido/a o representado por un/a abogado/a, conocido como defensa técnica.

El conjunto de ambos integra el derecho de defensa, entendido aquí de manera amplia y general, no circunscrito a los procesos penales, como comúnmente se entiende. Precisamente la sinergia que exista entre la defensa material y la defensa técnica resulta esencial para asegurar la debida protección de este derecho, por lo que no debería ser que se expresen argumentaciones diferentes y hasta contradictorias entre quien ejerce una y la otra.

Por ello, resulta necesario tener claro cómo se resuelven los conflictos entre quien cumple el rol de abogado/a litigante y la persona que asesora, defiende o representa, sea quien está a cargo de su defensa material, pues esto es vital para mantener la unidad de ambos aspectos y, de esta manera, la protección del derecho mencionado.

En realidad, no son pocos los casos en que surge, dentro de la intimidad de la relación, este tipo de conflictos, los cuales no siempre son resueltos atendiendo a la unidad en la defensa o de la posición de parte, por lo que se termina, en ocasiones, exteriorizando a los otros actores del proceso posiciones diferentes, cuando no antagónicas, afectándose así el derecho de defensa como un todo.

Estas situaciones conflictivas se encuentran atravesadas por el tema de la ética particular del/a abogado/a litigante y por la legalidad o legitimidad de las acciones que él o ella pueden desarrollar. Aún cuando este tema ameritaría un desarrollo exclusivo, debe aportarse que los parámetros que, en ese sentido, debe seguir un/a defensor/a son diferentes a los que orientan la función jurisdiccional, particularmente porque en el caso del primero los parámetros éticos están en función de asegurar la fidelidad hacia los derechos, garantías e intereses de sus defendidos/as, a lo cual responde, precisamente, la regulación del secreto profesional.

Ahora bien, las situaciones a las que se puede ver enfrentado un/a litigante por discrepancias con su representado/a son innumerables, de ahí que el diálogo y una comunicación adecuada con él o ella juega un papel fundamental para lograr el consenso que asegure la unidad de estos dos ámbitos del derecho de defensa, más que la imposición de criterios o la toma de decisiones unilaterales por parte del/a abogado/a litigante.

En este sentido, no deben olvidarse ciertos aspectos que caracterizan la relación del/a abogado y su representado/a, siendo uno de los más importantes el desequilibrio en que la misma se desarrolla, lo cual la identifica como una relación de poder, característica de la

que el/la profesional debe estar conciente, pues ello incide significativamente en las decisiones que se toman dentro del proceso, otorgándole un protagonismo que, generalmente, margina la participación de quien se asesora, con mayor razón cuando se trata de un/a niño/a o adolescente.

En este sentido, debe rescatarse la observación realizada por Chan Mora, quien, respecto de la Defensa Pública en materia penal, refiere: *“La forma que asume la relación entre el defensor público y el imputado puede estar revestida de un contenido especular, caracterizada por el miedo y la distancia, y por su dirección absolutamente vertical”*³⁷.

En efecto, por regla general, los/as litigantes asumen, por su conocimiento del proceso, de la ley y, en general, del entorno que rodea la práctica judicial, un protagonismo que, en ocasiones, trasciende el conflicto que subyace al proceso, así como los intereses de las personas a quienes se representa o defiende. Quienes participan de un proceso como parte, por otro lado, depositan en su abogado/a una confianza, si se quiere excesiva, cimentada, como contraposición, en su desconocimiento respecto de la ley y del proceso.

Esta situación puede generar resultados diversos, entre los que se encuentra el peligro de personalización de la lucha procesal por parte del/a abogado/a litigante y, como consecuencia, la defensa de intereses propios, más que de quien se asesora o representa, situaciones éstas que no son siempre fácilmente perceptibles por los/as mismos/as abogados/as ni por terceras personas.

El problema se hace evidente, precisamente, cuando se presentan conflictos o divergencias entre abogado/a y su representado/a, siendo aquí donde debemos centrar la atención para determinar el tipo de relación que ambos sostienen, así como su solidez, o bien su fragilidad.

Una reacción autoritaria por parte del/a abogado/a, mediante la cual trate de imponer autoritariamente, sin convencer ni dar razones, su criterio por sobre el de la persona que asesora o representa, nos pone en evidencia esta relación de poder y un comportamiento absolutamente vertical, que excluye la posibilidad del diálogo y desatiende el criterio de quien se podría ver afectado por las decisiones que se tomen dentro del proceso.

Por su parte, la separación y el distanciamiento de la decisión adoptada por su representado y su publicación frente a los otros actores del proceso, ante la eventual falta de consenso, evidencia en el/la abogado/a litigante falta de compromiso hacia la protección y defensa de los intereses de su representado y una priorización de sus intereses personales. En estos casos, no ha sido extraño que la vanidad haya ganado el pulso al deber de fidelidad con respecto a los intereses de quien se asesora o representa y al secreto profesional.

Pero, para ser justos, habría que agregar que en la adopción de estas posiciones incide la gran presión que ejerce el entorno hacia la división, hacia la traición. La amenaza

³⁷ CHAN MORA (Gustavo). *El ejercicio de la Defensa Pública: ¿Una forma de caridad o de solidaridad?*. En Revista de la Defensa Pública. No. 2, Octubre de 2002. Pp. 35.

permanente de desprestigio profesional, de pérdida de credibilidad, los señalamientos estigmatizantes de *defensores a ultranza* por parte de los otros actores del proceso cumplen una función que va desgastando, de a poco, las convicciones de muchos abogados/as litigantes y defensores/as respecto de su función.

Ahora bien, la construcción de un entorno respetuoso de los derechos y garantías fundamentales, no es, al menos no exclusivamente, función propia de los/as abogados/as litigantes o defensores/as, es un deber de todos, pero que resulta incrementado en el caso de algunos actores que cumplen una función específica en la protección de tales derechos y garantías, particularmente de los/as jueces/as.

En conclusión, no se debe desatender que los/as abogados/as litigantes brindan un servicio a sus representados/as y que, en consecuencia, en la medida en que la posición de estos últimos se encuentre dentro de los límites de la legalidad, el/la abogado/a debe respetarla, a no ser que él o ella trate de incidir en su representado/a, mediante el diálogo, y lo lleve al convencimiento de adoptar una posición diferente. Es precisamente el diálogo, la información y participación de ambos –la persona que figura como parte y su abogado/a- en la toma de decisiones importantes dentro del proceso lo que puede equilibrar la relación de poder y ayudar a enfrentar los problemas que genera el entorno.

Asimismo, esta manera democrática de entender la relación entre las personas que figuran como parte dentro de un proceso judicial y sus abogados/as, debe también tener un impacto importante en el acceso a la justicia, pues sólo así las primeras participarían directa y activamente en el proceso y en la solución del conflicto. Por lo que no se trata de sustituir la voluntad de estas personas, sino de orientarla y reforzarla con los conocimientos y destrezas que pueden aportar los/as abogados/as.

Acá se presenta la misma inquietud que se mencionó cuando se trató el tema de la capacidad procesal de los/as niños/as y adolescentes, pues los/as abogados/as litigantes podrían considerar que ellos/as no tienen capacidad para decidir directamente cuál es, en general, la estrategia o teoría del caso a seguir, lo que, a su vez, podría llevarlos a negar la participación de los/as niños/as u adolescentes en estas decisiones. Sobre este aspecto, valen las mismas observaciones realizadas en aquel apartado y en el que se desarrolló el tema de la autodeterminación progresiva en el ejercicio de los derechos fundamentales.

1.6.- El/La Juez/a, protección del derecho a la asesoría jurídica o de def
acceso a la justicia

Una de las principales funciones de los/as Jueces/zas, se ha dicho, es garantizar el respeto de la Constitución y de la ley, incluyendo los derechos y garantías que ahí se regulan. Al ser el derecho a contar con una asesoría jurídica de esos contemplados por el bloque de constitucionalidad, no cabe duda que corresponde también al/a Juez/a asumir un papel fundamental en su protección.

Sobre esta función jurisdiccional dentro del Estado Constitucional de Derecho, Ferrajoli refiere que *“la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de*

garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos”³⁸.

A lo cual corresponde agregar, según ya se adelantaba, que este derecho, además de ser en sí mismo una garantía de carácter constitucional, es una garantía que torna operativos otros derechos y garantías, se trata de una garantía de garantías, por lo debe considerarse que su relevancia trasciende su propia protección y, por tanto, su irrespeto usualmente trasciende su propia vulneración.

He aquí uno de los motivos fundamentales por los que el/la Juez/a debe prestar máxima atención y esfuerzos en asegurar la debida protección de este derecho, tomándolo seriamente como parte de sus funciones y, sobra decir, sin coadyuvar a su vulneración ni a generar un entorno negativo para la protección del mismo.

Ahora bien, un aspecto que quizás pueda mejorar el compromiso de los/as Jueces/zas en la protección de este derecho podría ser el reconocimiento o concientización de su propia falibilidad. El/La Juez/a, como ser humano que es, se encuentra propenso a incurrir en errores, por lo que debe considerar conveniente contar con otros actores que lo apoyen, no sólo desde el control, pero también desde éste, sino también de forma proactiva, en su labor de administrar justicia, particularmente bajo la convicción de evitar, al máximo posible, incurrir en error.

En este sentido, corresponde citar a Vélez Mariconde, quien refiere que *“la defensa es una actividad imprescindible, porque no puede suponerse en los jueces una agudeza, una rectitud y una infalibilidad perfectas, únicas cualidades que podrían hacerla innecesaria; y aún ha podido notarse una razón política: abandonando el prevenido al arbitrio de los jueces, a la propia experiencia, a su escaso saber, a su timidez, al pavor que lo obsesiona, ¿quién podría impedir que en el ánimo de los ciudadanos naciera el concepto de que si el individuo hubiera sido defendido convenientemente habría podido mostrar su inocencia?”*³⁹.

A manera de conclusión de este apartado, debe afirmarse, acudiendo al imperativo legal, que el/la Juez/a democrático es un/a Juez/a comprometido/a con la protección de los/as derechos/as en general y con el derecho de defensa en particular, que quiere y entiende la necesidad de contar con un/a abogado/a litigante activo y combativo, capaz de ceder su protagonismo frente a éste, o al menos de postergarlo para el final, y que, con ello, promueve el contradictorio, lo cual, finalmente, reconoce que enriquecerá la decisión que debe adoptar y mejora la calidad de la justicia.

³⁸ FERRAJOLI (Luigi). *Derechos y garantías la ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid, 1999. Pp. 26. Posteriormente, el mismo autor aclara: *“En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución [...] por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrílico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad”*.

³⁹ En: RIQUELME (Victor B.). *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1946. Pp. 226.

1.7.- DefensabPública y su contribución al acceso a la justicia de los/as niños y adolescentes

Existiendo claridad con respecto a que la asesoría jurídica o defensa técnica constituye un componente esencial del derecho de defensa, surge un problema de carácter práctico, pero esencial para su efectiva protección, el cual consiste en asegurar este derecho a aquellas personas que figuran como parte en un proceso judicial, pero que no designan un/a abogado/a que represente sus intereses, sea por razones de carácter económico, al no poder sufragar el costo de un/a abogado/a particular, o por cualquier otro motivo.

En estos casos, el derecho o la garantía de contar con una asesoría jurídica se convierte en un derecho de prestación, que implica el deber del Estado de realizar determinadas acciones en función de asegurar la protección del mismo, se trata de un deber de hacer.

En cuanto a la materia penal, esto se extrae, con claridad, del artículo 8.2. e) de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando refiere: *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) e. Derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; (...)”*. Sobra decir, según lo expuesto, que esta norma es plenamente aplicable a los/as niños/as y adolescentes.

Tal como se puede extraer, la misma impone al Estado la creación de mecanismos adecuados para la mejor satisfacción de esta garantía. En tal sentido, no debe olvidarse que el derecho de defensa es un principio, siendo una de las características principales de este tipo de normas, según se ha referido, el ordenar que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas concretas y jurídicas, es decir, constituyen mandatos de optimización⁴⁰.

Esto implica que los Estados de la región, al momento de optar por un mecanismo para proporcionar asesoría jurídica a aquellas personas que no pueden sufragar su costo, tienen el deber de seleccionar aquél que cumpla en mejor forma con los requerimientos que devienen de la protección del derecho. No basta, entonces, con seleccionar cualquier mecanismo, sino que debe elegirse aquél que represente mayores ventajas comparativas para el aseguramiento de tal derecho de prestación.

Dicho esto, resulta oportuno recordar que la misma Convención prohíbe al Estado alegar limitaciones presupuestarias para desatender las obligaciones establecidas en dicha ley, el cual debe entenderse aplicable para los efectos de la satisfacción del derecho de defensa dentro de cualquier proceso judicial.

⁴⁰ Sobre los principios como *mandatos de optimización* ver ALEXY (Robert). Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997. Pp. 86 y 87.

Es éste, en general, el enfoque de derechos que promueve la Convención sobre los Derechos del Niño, que constituye la base para resolver el tema de la asesoría jurídica o defensa técnica de los/as adolescentes, tomando en cuenta, además, que la mayoría de ellos no se encuentran en condiciones de sufragar el costo de un/a abogado/a particular.

1.7.1.- Orígenes de la asesoría jurídica estatal y su incidencia en la realidad

De acuerdo con el enfoque de derechos que se ha seguido en este trabajo para abordar el tema de la defensa y, en particular, de la asesoría jurídica que debe brindar el Estado a aquellas personas que, por diversos motivos, no designan o no pueden designar un/a defensor/a particular, debe reiterarse que este tipo de asesoría constituye uno de los varios deberes correlativos que surgen de la regulación y efectiva protección del derecho de defensa. No obstante, debe reconocerse que este enfoque poco tuvo que ver con las motivaciones que orientaron su creación en un inicio.

Lejos de un enfoque de derechos, los orígenes de la asistencia jurídica que debe brindar el Estado, se encuentran relacionados, más bien, con la satisfacción de un sentimiento de caridad por parte de quien la brindaba, entendiéndose ésta como un deber moral, como mérito de los hombres considerados piadosos⁴¹.

A modo de ejemplo, puede citarse que *“En Roma se inspiraron en la virtud sublime de la caridad dándoles protección a los pobres y desvalidos, este beneficio se otorgó como un derecho singular considerado como un privilegio para determinados individuos, entre ellos estaban los plebeyos que eran considerados personas de condición humilde”*⁴².

De hecho, el haber encargado esta asesoría a religiosos y el encontrarse destinada exclusivamente para los pobres, resultan ser ejemplos de que la idea de *caridad* se encontraba en la base de este tipo de asesoría jurídica. Precisamente, *“el Fuero Juzgo ubica a los pobres bajo la protección de los religiosos que en ese tiempo eran obispos quienes representaban al pobre, con esto se niveló su situación procesal frente al rico. En Francia se estableció el derecho a la asistencia judicial gratuita y encomendaron al pobre también a los religiosos”*⁴³.

Este reconocimiento de la incidencia de la caridad en los orígenes de los servicios de la asistencia jurídica gratuita nos permite aceptar que, en menor o mayor grado, este concepto ha acompañado el desarrollo de este tipo de asesoría a través de su historia, así como que su influencia alcanza nuestros días.

⁴¹ CAPPELETTI (Mauro). Proceso, Ideologías, Sociedad. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1969. Pp 156. Al respecto, Chan Mora agrega: *“Precisamente, en el origen histórico de la defensa Pública, ésta surge como “defensa de pobres” no como la materialización del derecho fundamental de toda persona a la defensa y, en concreto, a la defensa técnica”* CHAN MORA (Gustavo). El Ejercicio de la Defensa Pública: ¿Una forma de Caridad o de Solidaridad?. En: Revista de la Defensa Pública, No. 2, Octubre 2002. San José, Costa Rica. Pp. 33.

⁴² LÓPEZ VELÁSQUEZ (Delfina Lucrecia). “La Necesidad de Crear Defensores Públicos en la Asistencia Judicial Gratuita”. Tesis para optar por el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y Títulos de Abogada y Notaria. Guatemala, Mayo 1990. Pp. 3.

⁴³ Ibid. Pp. 3.

Aceptación que resulta especialmente relevante, tomando en cuenta el análisis realizado por Chan Mora, quien dimensiona el peligro que genera una percepción caritativa de la Defensa Pública, al punto de perpetuar una relación de poder, en extremo vertical, entre quien brinda la asesoría y aquella persona que la recibe⁴⁴.

Textualmente nos advierte: *“la definición y delimitación del servicio que brinda la defensa pública puede adquirir muy diverso significado y contenido, dependiendo de la matriz ideológica o del discurso del que se parta para fijar la relación entre la Institución (y en concreto entre el defensor) y la persona que requiere de su servicio”*⁴⁵.

Esta referencia a la percepción caritativa y a algunos de sus peores efectos, se considera suficiente para cumplir con el objetivo de contraponerla al enfoque de derechos que aquí se sigue, según el cual el eje central de este tipo de prestación debe ser el/la usuario/a, sea la persona a quien se reconoce el derecho, no así quien presta el servicio, tal como se entiende desde una perspectiva caritativa, por lo que, de acuerdo con lo mencionado, son los derechos, garantías e intereses del/a usuario/a los que deben determinar el servicio.

Ahora bien, entendiendo que estas visiones o percepciones se encuentran aún presentes e introducen una fuerte distorsión en la prestación del servicio, habría que advertir que ella podría multiplicarse tratándose de la asesoría de niños/as o adolescentes, pues en su caso existe, según también lo ha mostrado la historia, una fuerte relación de compasión por parte de las personas adultas, desvalorizando su condición de personas y de sujetos de derechos. Ante este escenario, el peligro de que estas relaciones defensor/a-defendido/a, abogado/a-representado/a, se enmarquen dentro de esta percepción caritativa se incrementa.

De hecho, la especialización de defensores/as en materia penal juvenil debería valorar con particular atención este peligro, para tratar de disminuir las posibilidades de que los/as defensores/as identifiquen su función como un acto de caridad o de compasión, fomentando, por el contrario, la aceptación de ésta como parte del cumplimiento de los deberes que surgen de la protección misma del derecho constitucional de defensa. De la misma forma, debería aumentarse, siguiendo nuevamente a Chan Mora, la vulnerabilidad del defensor frente al/a usuario/a adolescente, con lo cual se promovería un mayor equilibrio en esta relación⁴⁶.

⁴⁴ Sobre este punto concreto refiere Chan Mora: *“Una defensa pública basada en la caridad posibilita y alimenta procesos de desencuentro, relaciones de poder en extremo verticalizadas y, sobre todo, permite la negación de la condición de sujeto de derechos de quien está siendo defendido, particularmente, de sujeto de derechos respecto de las obligaciones del defensor público”*. CHAN MORA (Gustavo). *El Ejercicio de la Defensa Pública: ¿Una forma de Caridad o de Solidaridad?*. En: Revista de la Defensa Pública, No. 2, Octubre 2002. San José, Costa Rica. Pp. 33.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Recurriendo nuevamente a Chan Mora, éste refiere: *“A nivel individual, en el espacio cotidiano de la relación defensor público-imputado, se puede provocar un cambio. Tal vez no se deba esperar a la voluntad del defensor para cambiar, y su reflexión deba ser provocada aumentando su vulnerabilidad respecto del imputado. La vulnerabilidad también crea cercanía”*. CHAN MORA (Gustavo). Ibid. Pp. 40.

1.7.2.- Diferentes mecanismos para asegurar la asesoría jurídica gratuita

Se ha dicho que uno de los deberes que devienen del derecho de defensa, es la selección, por parte del Estado, de aquel mecanismo de asesoría jurídica que mejor asegure el derecho de defensa de las personas que no designen o no puedan designar un/a abogado/a particular. Para poder emitir un criterio sobre el cumplimiento o no de esta máxima por parte de los diferentes Estados, especialmente en materia penal juvenil, lo primero que debe hacerse es enumerar y definir los contenidos de cada mecanismo conocido y que han sido utilizados para estos efectos.

De esta forma, citamos aquí tres de ellos. El primero consiste en la asignación de esos casos a abogados/as litigantes que se encuentran en el pleno ejercicio liberal de su profesión, el segundo en la asignación de estos casos a estudiantes avanzados de la carrera de derecho, quienes, bajo la tutoría de un abogado, asumen la asesoría de la persona que así lo requiera, en tanto que el tercero, usualmente conocido como el nombre de Defensa Pública, está constituido por abogados/as contratados/as por el Estado y dedicados exclusivamente a la atención de dichos casos.

Sólo esta descripción, nos anticipa cuál alternativa es la que mejor satisface los requerimientos de este derecho de prestación, particularmente cuando se valora que en el caso de la “defensa pública” el servicio lo presta un/a abogado/a dedicado/a, con exclusividad, a la atención de estos casos, en tanto que los otros recurren a abogados/a que no poseen esta dedicación exclusiva o a estudiantes avanzados/as de la carrera de derecho, respectivamente.

Estas características de los otros dos sistemas de asesoría jurídica son, precisamente, aspectos que se objetan para efectos de su utilización. Así, en el caso de los/as abogados/as, la falta de dedicación exclusiva históricamente ha provocado que se preste poca atención a los casos asignados, pues está claro que el ejercicio liberal de su profesión resulta ser una prioridad, vista su mayor rentabilidad en relación con los casos asignados por el Estado, por la cual se percibe, en el mejor de los casos, una remuneración mínima, o bien no es remunerada del todo.

Por su parte, con respecto al servicio que se brinda por medio de estudiantes avanzados/as de derecho, se cuestiona que quien brinda el servicio o la asesoría sean estudiantes, que se encuentran en una etapa de formación profesional y sin mayor experiencia, lo cual se considera altamente inconveniente, tomando en cuenta las graves consecuencias que pueden devenir de un proceso judicial, particularmente de uno penal. En todo caso, debe valorarse, además, que quien tiene dinero suficiente recurre a un/a profesional, con lo que se provocaría un claro desequilibrio al adoptar este sistema, afectándose el principio o mandato de igualdad.

El sistema de contratar abogados/as para brindar este servicio con exclusividad, generalmente denominado como defensa pública, por su parte, al subsanar las objeciones que se realizan a los otros dos modelos, se convirtió en la mejor opción para dar cobertura a este derecho.

Esta conclusión es confirmada por la historia y la práctica judicial, puesto que, a pesar de la carencia de estudios concretos, podría decirse que existe consenso en que la Defensa

Pública ha sido el mecanismo que ha resultado más efectivo cumplir con este requerimiento constitucional. De hecho, en la evolución histórica de la asesoría jurídica gratuita consta que, después de múltiples experiencias, se terminó por recurrir a este mecanismo, por ser considerado como el idóneo para cumplir con esta exigencia.

En consecuencia, para asegurar el acceso a la justicia de las personas menores de edad, resulta indispensable contar con una Institución de la Defensa Pública fuerte, con capacidad suficiente para brindar servicios a todos/as los/as niños/as y adolescentes que así lo requieran, lo cual ha sido correctamente asumido por todos los países de la región, los cuales se han preocupado por crear y/o fortalecer esta Institución, así como por asignar la asesoría de los/as niños/as y adolescentes a defensores/as especializados/as.

1.7.3. alØr agregado de la Defensa Pública respecto de otros sistemas de ase jurídica gratuita

La dedicación exclusiva de abogados/as a la atención de estos casos no es la única ventaja comparativa de la Defensa Pública, habría que sumar otras entre las que se encuentra la agrupación de estos/as abogados/as dentro de una misma Institución, lo cual les brinda un respaldo, una fortaleza adicional, que potencia las posibilidades de defensa de los derechos, garantías e intereses de sus defendidos/as, asesorados/as o representados/as, así como, en materia penal, permite ejercer un mayor control de las acciones del aparato represivo y, con ello, generar un equilibrio con la parte acusatoria.

De igual forma, este agrupamiento crea un peso particular que permite a la Institución participar en la discusión de las decisiones políticas que, respecto de la administración de justicia, adopte o quiera adoptar cada país, aportando una perspectiva de defensa, lo cual enriquece el debate político. Esta trascendencia del caso concreto difícilmente podría ser lograda encontrándose los/as abogados/as que brindan este servicio disgregados y sin cohesión. La división, es conocido, lleva implícito un debilitamiento⁴⁷.

Debe concluirse, entonces, que la Defensa Pública no sólo es un grupo de abogados/as que atiende casos concretos, también genera un equilibrio institucional dentro de la administración de justicia, por lo que debe considerarse que el papel de esta organización trasciende, y debe trascender, los estrados judiciales y trasladarse a la toma de decisiones políticas relacionadas con la administración de justicia, lo cual resulta igualmente fortalecido como consecuencia de su participación. En este nivel político, entonces, puede afirmarse la conveniencia del aporte de la perspectiva de las partes, el cual puede ser realizado por la Defensa Pública.

Hoy, cuando el *outsourcing* –contratación de servicios externos- es promocionado en algunas latitudes como el mecanismo idóneo para brindar este servicio, debe tenerse siempre presente la importancia de la Institución como tal y del respaldo que ésta brinda a

⁴⁷ Por ello, Ana Isabel Garita concluye que: “*Debe preverse la existencia de una oficina de defensores, como un órgano con la misma capacidad operativa y recursos económicos que el órgano acusador, para establecer un equilibrio entre ambos*”. GARITA (Ana Isabel). *La Defensa Pública en América Latina desde la Perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno*. Enero 1991. Pp. 20.

cada abogado/a o defensor/a en particular, lo cual permite crear una identidad más allá del beneficio patrimonial que obtienen las personas contratadas para brindar este servicio. Con lo que se quiere expresar que, en la selección del sistema de asistencia jurídica que debe proporcionar el Estado, no deben considerarse únicamente aspectos de índole económica.

Al respecto, corresponde agregar que se tiene conciencia de que en nuestros países los recursos no abundan, por lo que debe hacerse un esfuerzo por manejar eficientemente los mismos, pero no a cualquier costo y siempre que se tome en cuenta la mejor opción para el servicio, así como para la protección del derecho de defensa en concreto y del Estado de Derecho en general.

No se trata, entonces, de recurrir a la idea absolutista del fin de la historia expuesta por Francis Fukuyama⁴⁸, para defender a toda costa la Defensa Pública como mecanismo de asistencia jurídica gratuita, limitando así el surgimiento de cualquier otra alternativa que pueda cumplir mejor con este servicio. Se quiere expresar, simplemente, que este mecanismo ha cumplido con un aceptable nivel de éxito en la función que le ha sido encomendada y que, quizás por ello, no se visualiza la necesidad de cambio, sino, por el contrario, de desarrollo y fortalecimiento.

Autoevaluación:

Selección única. Seleccione el ítem que mejor se ajuste al contenido de este módulo.

1. El/La defensor/o o asesor/a jurídico de los/as niños/as y adolescentes es:

- a) Un coadyuvante de la justicia, por lo que debe procurar que se adopte la decisión más justa posible;
- b) Un/a razonador/a parcial, busca, propone y trata de persuadir al/a Juez/a para que adopte la decisión que, dentro de las posibles, favorezca los/as intereses de su representado/a;
- c) Un/a razonador/a objetivo, en sentido similar a los/as jueces/zas,

2. Cuando un/a niño/a y adolescente y su abogado/a tienen, definitivamente, posiciones diferentes sobre cómo se debe plantear la estrategia y teoría de su caso, el conflicto se resuelve:

- a) Determinando la precedencia de la posición del/a abogado/a;
- b) Definiendo que cada uno/a, niño/a o adolescente y su abogado/a, plantearán sus posiciones ante el/a Juez/a, aclarando que no se encuentran de acuerdo;
- c) Determinando la precedencia de la posición del/a niño/a o adolescente.

Selección múltiple. Marque con una “x” todas las opciones que sean consideradas correctas.

⁴⁸ Al respecto, ver HINKELAMMER (Franz J.). Cultura de la Esperanza y Sociedad sin Exclusión. Departamento Ecuménico de Investigaciones (DEI). San José, Costa Rica, 1995. Pp. 158.

3. La protección del derecho a la asesoría jurídica o defensa técnica es fundamental para asegurar el acceso a la justicia porque:

- a) Por su medio se aseguran las otras garantías del debido proceso y los derechos de las personas;
- b) Permite un control de la actividad jurisdiccional;
- c) Asegura a los/as niños/as y adolescentes una mejor posibilidad de comprensión del proceso judicial y de comunicación con el/la juez/a y la otra parte.

4. El establecimiento de la Defensa Pública como el medio para brindar servicios de asesoría jurídica gratuita es la mejor opción para la protección de este derecho porque:

- a) Los/as abogados/as se dedican exclusivamente a la atención de los casos asignados;
- b) Se parte de una perspectiva caritativa del servicio que se brinda;
- c) Al estar agrupados en una misma Institución cuentan con un apoyo adicional que mejora exponencialmente el servicio;
- d) Permite que, al momento de adoptar decisiones respecto de la administración de justicia en general, se cuente con la perspectiva de parte.

Respuestas:

- 1. b).
- 2. c).
- 3. a), b) y c).
- 4. a), c) y d).

Módulo I⁴⁹

La Protección Internacional de los Derechos Humanos
de la Niñez y Adolescencia

Objetivo: Este módulo tiene por objeto mostrar a los lectores y lectoras todas las posibilidades de protección internacional de los derechos humanos de la niñez en el marco de los mecanismos internacionales que actúan de manera subsidiaria al derecho interno.

Unidad I: La Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Niñez y la Adolescencia

Objetivo: Una vez comprendida la necesidad de agotar los recursos internos para proteger los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito interno, los lectores y lectoras entenderán los alcances de otros mecanismos internacionales de protección, tanto en el marco de las Naciones Unidas como en el Sistema Interamericano de la OEA.

La evolución histórica de los derechos humanos se ve convulsionada y colapsada a través de hechos sangrientos que representan las peores formas de manifestación de violencia en la humanidad. Ya no son sólo guerras entre pueblos, sino actos grotescos de violación atroz y sistemática a los derechos humanos de personas y, particularmente, a personas que pertenezcan a determinados grupos étnicos o religiosos, incluso por razones de género y de edad. Prácticas de segregación racial, así como actos organizados de exterminio humano y genocidio, especialmente durante la II Guerra Mundial, dejaron una marca imborrable en la humanidad.

Fue en esas circunstancias donde hubo perfecta claridad y consenso en que si bien era el Estado el que reconocía derechos humanos (constitucionales en ese caso) y los debía proteger, era cierto que era el propio Estado el que acometía en su violación. De tal cuenta, se producen rebrotes de autoritarismo con tintes ideológicos de todo tipo, y nos enfrentamos a un nuevo escenario donde el Estado se convirtió en el principal violador de los derechos humanos y a la imposibilidad real de que nuestras reclamaciones pudieran tener eco en el derecho interno, precisamente porque aparejado al autoritarismo estaba el debilitamiento de las instituciones democráticas, incluyendo la falta de independencia judicial que se encontraba amedrentada por la represión.

Son las secuelas permanentes de la II Guerra Mundial las que conducen a que los propios Estados observen la necesidad de imponerse límites para que no se repitan hechos de igual magnitud, pero también para crear mecanismos de promoción y protección de los

⁴⁹ Este módulo fue elaborado por Víctor Rodríguez Rescia, consultor externo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

derechos humanos, ahora dentro de un marco del Derecho Internacional, con controles de monitoreo e incluso con procesos judiciales y extrajudiciales para establecer responsabilidad internacional de los mismos Estados por violaciones a los derechos humanos.

La propuesta de los mismos Estados –hay que tener claro que son los Estados los que crean los tratados internacionales y no están dispuestos a dar más concesiones de las que se supone puedan aceptar- fue fortalecer el sistema político internacional y regional por medio de la creación y reestructuración de las organizaciones internacionales (Naciones Unidas, Organización de los Estados Americanos, Unión Europea, Unión Africana, Carta Árabe).

De manera paralela, esos marcos internacionales sirvieron de base para la configuración de subsistemas de protección de derechos humanos que tuvieran instrumentos internacionales con reconocimiento de derechos humanos que los Estados se comprometen a respetar, ahora con alcance de obligación internacional, así como mecanismos para su promoción y protección y órganos para supervisar su cumplimiento.

En el marco de la ONU, fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 la que impulsó ese proceso de “internacionalización” de los derechos humanos y luego fue seguida de múltiples iniciativas generales, pero ya a través de tratados más específicos y obligatorios (vinculantes). En el ámbito regional, los Estados asumieron una actitud similar, siendo que a la fecha, la generación de nuevos instrumentos son una constante en todas las instancias internacionales, con la característica novedosa de que cada vez se le permite mayor participación a la persona humana y a los grupos de personas para que se involucren en el debate y en la elaboración de esos instrumentos.

Es así como la protección internacional de los derechos humanos se lleva adelante dentro de organizaciones internacionales que son entidades formadas por los Estados a efectos de cumplir con objetivos comunes, como mantener la paz, cooperar entre los miembros de las mismas, o proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas.

Así, la llamada protección universal de los derechos humanos se da dentro de la Organización de las Naciones Unidas; una entidad creada en 1945, y que actualmente cuenta con más de 190 Estados del mundo entre sus integrantes.

Pero al lado de esta protección universal, existen las llamadas protecciones regionales, las cuales se desenvuelven dentro de organizaciones internacionales de alcance regional. Las más desarrolladas se llevan a cabo en el Consejo de Europa, o en la Organización de los Estados Americanos, aunque también hay un sistema de derechos humanos incipiente en el marco de la Unión Africana.

Para efectos de este manual autoformativo, únicamente trataremos los sistemas de protección de las Naciones Unidas y de la OEA, iniciando con este último por ser un sistema más cercano a la realidad de nuestros países y por tener un andamiaje histórico e institucional bastante arraigado en la seguridad hemisférica.

Autoevaluación:

Marque la respuesta correcta:

1. La internacionalización de los derechos humanos:

- a. Responde a un proceso por fortalecer al Estado.
- b. Es la reacción para darle mayor protección a los derechos humanos por los efectos de la guerra.
- c. Tiene su punto de culminación con la creación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- d. Todas las anteriores.

2. La progresividad de los derechos humanos es:

- a. Una manera de manifestación del desarrollo humano.
- b. Una cláusula establecida en los tratados del Derecho Internacional Humanitario.
- c. Se refleja con la emisión de declaraciones hacia otros tipos de instrumentos internacionales más complejos en materia de derechos humanos.
- d. Ninguna de las anteriores.

Respuestas:

- 1. c.
- 2. c.

Objetivo: Que los lectores y lectoras conozcan las generalidades del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos creado en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y, particularmente, la importancia de ese sistema como parte del mapa del acceso a la justicia en materia de derechos humanos.

Esta unidad está incorporada como un instrumento de noción básica del sistema Interamericano y su importancia como posibilidad última y subsidiaria del acceso a la justicia cuando los Estados no proveen los recursos adecuados o fallan en su protección.

1.1 Antecedentes del Sistema Interamericano

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos es parte de la Organización de los Estados Americanos y responde a una iniciativa propia de la posguerra y de los terribles efectos de las violaciones masivas de derechos humanos producto de la II Guerra Mundial que marcó la pauta en lo que se ha llamado la “progresividad” de los derechos humanos a partir de la “internacionalización” de iniciativas para promover y proteger los derechos de la persona humana.

Sin embargo, ya desde inicios de la época de la Independencia de los países americanos, hubo iniciativas de creación de mecanismos regionales de protección de la soberanía territorial debido a las amenazas constantes de Monarquías europeas que veían en las incipientes Repúblicas Americanas, una amenaza infundada en su hegemonía mundial. Fue a partir de esa situación que se formó una práctica de apoyo y ayuda solidaria entre los países americanos para proteger la seguridad hemisférica a partir de la ayuda política y militar a países que se veían agredidos o amenazados en su soberanía por otros Estados.

En ese contexto de más de 120 años de cooperación hemisférica, fue creada la Organización de los Estados Americanos en 1945 como una entidad política regional con una agenda hemisférica donde la seguridad siempre ha estado presente, junto con un marco de respeto a los derechos humanos.

En un primer momento, los Estados Americanos visualizaron un sistema interamericano a nivel “declarativo” y de buena voluntad de los Estados, apenas con algunas herramientas jurídicas para reconocer la importancia de respetar los derechos humanos por medio de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “la Declaración Americana”), pero sin crear en ese momento, órganos ni mecanismos de protección regional. Con el transcurso del tiempo, los mismos Estados, siempre dentro del marco de la OEA, dieron pasos importantes para crear órganos de protección y mecanismos y procedimientos con el fin de implementar aquel esfuerzo declarativo para luego, con mayor contundencia, definir nuevos tratados regionales.

Así, en la actualidad, el Sistema Interamericano se encuentra conformado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos –como tratado general–, junto con sus protocolos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)⁵⁰, el relativo a la abolición de la pena de muerte⁵¹ y las cuatro convenciones interamericanas sectoriales sobre: prevención y sanción de la tortura⁵², desaparición forzada de personas⁵³, prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer⁵⁴ y eliminación de discriminación contra personas con discapacidad⁵⁵.

Obviamente, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948⁵⁶, que sirve de marco para todo el sistema, cumple un papel importante para aquellos Estados miembros que todavía no han ratificado la Convención Americana, pero también para los Estados parte en ésta, porque opera como derecho consuetudinario y es una fuente de derecho fundamental, ya que incluso suple lagunas jurídicas como en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales.

1.2 Los órganos regionales de protección: La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana fue creada por la 5ª Reunión de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile, en 1959.

La Comisión está conformada por siete miembros (comisionados) de la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal por la Asamblea General de la OEA. Como la Comisión es un órgano de promoción y protección, pero no de carácter judicial, sino cuasi judicial, no se requiere ser jurista para ser designado miembro, a diferencia de la Corte Interamericana donde sí es un requisito necesario.

⁵⁰ *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, “Protocolo de San Salvador”. Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. A la fecha no ha entrado en vigor.

⁵¹ *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte*. Aprobado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990, en el vigésimo período ordinario de la Asamblea General de la OEA. En vigor desde el 28 de agosto de 1991.

⁵² *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*. Suscrita en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. En vigor desde el 28 de febrero de 1987.

⁵³ *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*. Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de la Asamblea General de la OEA. En vigor desde el 29 de marzo de 1996.

⁵⁴ *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”*. Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. En vigor desde el 5 de marzo de 1995.

⁵⁵ *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*. Adoptada durante la Primera Sesión Plenaria de la Asamblea General de la OEA, el 7 de junio de 1999.

⁵⁶ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

La Comisión no es un órgano permanente, sino que se reúne varias veces al año, dependiendo del presupuesto anual que le haya designado la OEA, razón por la cual, el peso administrativo y logístico recae en su Secretaría y el personal profesional, que sí se mantienen trabajando regularmente.

La principal función que tuvo la Comisión en sus inicios fue enfrentar el problema de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y no la de investigar violaciones aisladas. Ello con el fin de documentar la existencia de las violaciones y presionar para mejorar la situación general de los derechos humanos en el país que se tratara.

Luego se autorizó a la Comisión para conocer y examinar comunicaciones individuales, investigarlas y formular recomendaciones al Estado.

Actualmente, las funciones y competencia de la Comisión son las más amplias que pueda tener un órgano de promoción y protección de derechos humanos, especialmente porque puede vigilar y promover los derechos humanos desde todas las ópticas posibles y no sólo desde la tramitación de casos concretos. Por ejemplo, puede realizar investigaciones sobre violaciones flagrantes y sistemáticas; puede hacer recomendaciones a los Estados Americanos sobre políticas públicas en distintos temas sobre derechos humanos; puede promover reformas legislativas para adecuar la legislación interna a los instrumentos interamericanos; servir de observatorio regional de la situación de los derechos humanos, emitir informes anuales y específicos, servir de órgano consultor de la OEA en materia de derechos humanos, educar en la materia, redactar y dar seguimiento de proyectos de declaraciones y tratados sobre derechos humanos, etc.

El procedimiento de las peticiones en los casos concretos es relativamente sencillo: una vez agotados los recursos internos en el país, se envía –a más tardar dentro de los seis meses de ese agotamiento- una petición indicando los hechos de la violación denunciada, se aporta la prueba documental y testimonial y se indican los derechos de la Convención Americana que se consideran violados. La Comisión hace un estudio de admisibilidad y si se cumplen los requisitos notifica la petición al Estado para que la responda. Una vez respondida, se da de nuevo traslado a los peticionarios y esa contestación será de nuevo transmitida al Estado. Luego la Comisión puede convocar a una audiencia sobre el caso, si lo considera necesario y, finalmente, emite una resolución final por medio de un informe donde establece los hechos probados, la violación a los derechos indicados en la Convención Americana, si fuera pertinente, y condena al Estado respectivo a reparar los efectos de esas violaciones. Si la Comisión resuelve que el caso debe ser conocido por la Corte Interamericana, debe enviar la demanda dentro del plazo de tres meses de haber emitido el informe del artículo 50 de la Convención Americana y a partir de ese momento se inicia otro proceso ante ese Tribunal, el cual se detallará más adelante.

Hay otros procedimientos más expeditos y menos formales que los casos concretos, donde no se requiere agotar los recursos internos. Eso sucede cuando ocurren cuadros de violaciones graves y sistemáticas en perjuicio de muchas personas siguiendo un patrón sistemático por acción u omisión del Estado. En esas situaciones, se pueden solicitar a la

Comisión Interamericana audiencias temáticas, visitas al país o la emisión de informes de situación de los derechos humanos en el país.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

El 22 de noviembre de 1969 fue adoptada en San José de Costa Rica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la que se crea una Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual es “una institución judicial autónoma que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Su sede está ubicada en San José, Costa Rica.

La Corte está compuesta por siete jueces de la nacionalidad de los Estados miembros de la OEA, pero elegidos a título personal por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en la Convención Americana, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados. Son elegidos por seis años y podrán ser reelegidos una vez.

De conformidad con la Convención Americana, la Corte ejerce competencia contenciosa y consultiva. Al ejercitar su competencia contenciosa, la Corte analiza una demanda específica, establece la veracidad de los hechos denunciados y decide si éstos constituyen una violación a la Convención Americana. El ejercicio de la competencia consultiva es distinto en su contenido y alcances. Primero, al analizar una petición de opinión consultiva, el Tribunal interpreta el derecho internacional, no hechos específicos.

En su carácter de órgano jurisdiccional del sistema, la Corte ha conocido más de 50 casos⁵⁷ en ejercicio de su competencia contenciosa, que la faculta para resolver cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de la Convención Americana mediante la determinación de la violación o no, de los derechos protegidos en ella y ha determinado las reparaciones respectivas.

La Convención, el Estatuto de la Corte y su Reglamento prevén la existencia de varias etapas en el procedimiento ante la Corte. En términos generales, los casos ante la Corte se han desarrollado en las siguientes etapas:

El caso se inicia con la presentación de la demanda ante la Corte por parte de la Comisión o de un Estado parte. Si la demanda cumple con todos los requisitos señalados por el Reglamento de la Corte, el Presidente autoriza su notificación formal a las víctimas, sus familiares o representantes legales para que, dentro de un plazo de 30 días, presenten sus observaciones y prueba pertinentes, de manera autónoma a la Comisión Interamericana. Una vez recibido ese documento, la Corte se lo notifica al Estado involucrado junto con la demanda de la Comisión, para lo cual le otorga un plazo de 4 meses para que presente la contestación respectiva.

⁵⁷ Las sentencias pueden consultarse en la página Web de la Corte Interamericana en la siguiente dirección: www.corteidh.co.cr

Una vez que el Estado demandado contesta la demanda, las partes podrían solicitar al Presidente la presentación de otros actos del procedimiento escrito, el cual los autorizará si lo estima pertinente.

Durante la fase oral, la Corte escucha los testimonios y experticias relevantes en el caso y, en último término, los alegatos finales que las partes en el proceso deseen someter a su consideración.

Concluido el proceso oral, la Corte delibera en privado sobre el fondo del asunto y dicta sentencia, la cual es definitiva e inapelable. Únicamente procede interpretarla a solicitud de alguna de las partes.

La Corte Interamericana, tiene la facultad de ordenar reparaciones junto con la decisión de fondo. La justificación de esta etapa de reparaciones se fundamenta en la obtención de elementos de prueba suficientes, incluyendo experticias, según el grado de dificultad de cada caso, al número de beneficiarios y a la naturaleza misma de las violaciones.

La Corte generalmente se reserva, en su sentencia de reparaciones, la facultad de supervisar el cumplimiento de su fallo. La supervisión de sentencias es una labor que requiere cuidadoso estudio y detenida consideración. Sin embargo, constituye también la etapa en la que la labor de la Corte alcanza materialmente a aquellas personas para las cuales se ha concebido el sistema de protección de los derechos humanos y en la cual se concretan, de manera más evidente, los beneficios de sus actividades.

Un campo que requiere particular estudio es el referido a la potestad del Tribunal de requerir, a solicitud de la Comisión o por su propio interés, la adopción de medidas urgentes o provisionales, potestad que le es otorgada por el artículo 63.2 de la Convención, en casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas.

Las medidas adoptadas por la Corte han revelado ser un instrumento de excepcional importancia en la protección de eventual material probatorio ante la Corte y de la vida e integridad personal de testigos en los procesos que ante ésta se desarrollan.

1.3. Derechos de los niños, niñas y adolescentes en Centroamérica

En todas las Constituciones de los países centroamericanos hay normas específicas de protección al sector de la niñez y la adolescencia. Además, la Convención de los Derechos del Niño, que ha sido ratificada por todos los países de la región, hace parte de la legislación interna. Dentro de ese contexto, se han creado e implementado legislaciones especializadas sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes, incluyendo la creación de jurisdicción especial o tutelar en esa materia, donde operan principios básicos como la interpretación de la norma a partir del mejor interés del niño y la niña.

Además de la Convención de los Derechos del Niño, hay otros tratados internacionales que brindan protección adicional a ese sector de la población como el Protocolo a la Convención contra el Crimen Organizado Transnacional en materia de combate de la trata de mujeres y personas menores de edad. Por su parte, la Convención Americana sobre

Derechos Humanos tiene un artículo específico y muy general que establece como obligación internacional la protección del niño (Artículo 19).

Como puede verse, estamos frente a un colectivo que debe ser protegido de manera “preferencial o calificada” en razón de su particular vulnerabilidad. Esa protección especial no sólo involucra el marco de derechos y garantías, sino el tratamiento en el acceso a la justicia, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial.

Cuando las personas menores de edad, ya de por sí, vulnerables, además tienen condiciones agravantes que afectan su bienestar y limitan sus posibilidades de lograr un proyecto de vida digna, como por ejemplo, que se encuentren en situación de riesgo social, que vivan con retos o tengan habilidades especiales, o que se encuentren en situación de abandono, el sistema de administración de justicia debe proveer legislación especial, la cual debe ser aplicada de manera transversal por los funcionarios estatales que conocen del caso en la parte administrativa o judicial.

1.4. La situación de la niñez y la adolescencia en el marco del acceso a la justicia

De previo al estudio y análisis de la situación de la niñez en Centroamérica, se tomará como estándar mínimo el que este sector vulnerable de la población pueda contar con la satisfacción de necesidades básicas para tener una vida digna y, además, “un proyecto de vida”. No es por lo tanto suficiente con que se respete un núcleo de derechos civiles y políticos, que de por sí ningún Estado logra cumplir en forma ampliamente satisfactoria. Sin desmeritar importancia a esos derechos, la visión de integralidad de los derechos humanos obliga a que el Estado diseñe políticas públicas apropiadas para la realización y cumplimiento de todos los derechos humanos: civiles y políticos, económicos, sociales y culturales; estos últimos quizás los más complejos de proteger debido a un sesgo jurídico y político que ha incidido en la “creencia” de que no son tan justiciables y ejecutables como los civiles y políticos, error que debe ser erradicado con firmeza. Para contribuir con ese enfoque es importante tener como marco de interpretación el principio “pro homine” que, en el caso de las personas menores de edad está plasmado en el “principio del mejor interés del niño”.

De manera tal que habrá que apelar a parámetros internacionales que han abierto esa interpretación, como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en un caso de “Niños de la Calle” contra Guatemala, determinó con total claridad los siguientes derroteros:

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él⁵⁸.

Y más adelante agregó:

A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”⁵⁹, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida⁶⁰.

En materia de trabajo infantil, además de la normativa ya mencionada, los operadores de justicia deben integrar al corpus juris aplicable los Convenios de la OIT Nos 29, 100, 105 y 182, que han sido ratificados por la mayoría de los países centroamericanos y hacen parte de su derecho interno.

El Convenio 182 de la OIT para la Erradicación de las Peores Formas de Trabajo Infantil, por ejemplo, ha sido objeto de varios esfuerzos importantes de campañas de concienciación entre asociaciones de patronos por intermediación de acciones de la Oficina Regional de la OIT. No obstante, sigue habiendo situaciones de alto riesgo laboral para personas menores de edad y, especialmente, para aquellas que provienen de sectores más excluidos como los niños y niñas indígenas.

Otro hecho preocupante es que aunque el trabajo forzoso está prohibido en todos los países de Centroamérica, y con mucha mayor razón respecto de los niños, niñas y adolescentes, el tráfico y la trata de personas menores de edad es una realidad en toda la región.

El Convenio No. 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso y el Convenio No. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, son herramientas internacionales que obligan a los Estados Parte a abolir ese tipo de prácticas. Sin embargo, se mantienen situaciones alarmantes de explotación sexual comercial, actividad que ha sido catalogada por el Convenio 182 de la OIT como una de las peores formas de trabajo infantil. Al margen de considerar que ese convenio no debió ni siquiera incluir esa práctica denigrante como “una forma de trabajo infantil”, es obligatorio para los países de Centroamérica desarrollar una política contundente para combatir y erradicar la explotación sexual comercial en todas sus manifestaciones (trata y tráfico, turismo sexual, pornografía infantil, relaciones sexuales remuneradas, etc).

⁵⁸ Corte I.D.H., *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”)*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

⁵⁹ *Convención sobre los Derechos del Niño*, Preámbulo, párr. 6.

⁶⁰ Corte I.D.H., *Caso Villagrán Morales y otros*. Op cit. párr. 191.

En el ámbito penal y, concretamente, en el del combate del crimen organizado, hay una agenda pendiente respecto a la protección de las personas menores de edad como víctimas de trata de personas para fines de explotación sexual comercial, o de cualquier otra naturaleza. Este tema es de tal sensibilidad y preocupación que las Naciones Unidas creó un Protocolo a la Convención Internacional contra el Crimen Transnacional Organizado, conocido como Protocolo de Palermo.

Todos los países centroamericanos han ratificado dicho Protocolo, lo que los conmina a cumplir con obligaciones internacionales para investigar el delito de trata de personas; iniciando con la revisión del tipo penal de la trata de personas; el mejoramiento de los procesos de investigación criminal; la cooperación regional en la materia y la protección a las víctimas de trata de personas. Hay incluso un apartado sobre el tema de capacitación y protección de testigos.

1.5. El contexto de violencia en contra de niñez en riesgo social y el acceso a la justicia

Para inducir a este tema, realice antes esta práctica.

1. ¿Dónde se encuentra el sustento legal en su país para realizar detenciones colectivas de personas?

2. Suponga que usted es funcionario policial. En ese carácter, se le pregunta: ¿ha participado de detenciones colectivas? Marque la respuesta: Sí _____
No _____

3. ¿Cómo se organiza un operativo policial para hacer una detención colectiva?

4. Como operador de justicia o juzgador ¿Alguna vez le ha correspondido conocer de algún recurso referido a los efectos de una detención colectiva? Describa la situación y el resultado.

A continuación, lea los párrafos que se indicarán abajo de la sentencia del Caso Servellón contra Honduras y otros que se encuentra en la página WEB de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (www.corteidh.or.cr Jurisprudencia). Luego, analice de qué manera usted ha actuado en situaciones similares a las descritas y cómo le podrían servir esos referentes para mejorar la investigación y el acceso a la justicia cuando haya personas menores de edad como víctimas o victimarios. Utilice como parámetro los siguientes temas:

- Niños y jóvenes en riesgo social; estigmatización (Caso Servellón y otros, párrs.79.1,104, 105, 110, 111, 112).
- Contexto de violencia en contra de niños y jóvenes, caracterización (Caso Servellón y otros, párrs.79.A, 79.2, 79,3, 104, 105, 106, 108, 109, 110, 111, 112).
- Finalidad de las Fuerzas policiales (Caso Servellón y otros, párr.87, 88).
- Libertad personal (Caso Servellón y otros, párr.86, 89).
- Detención colectiva, naturaleza y requisitos para su legalidad; ilegalidad (Caso Servellón y otros, párrs. 79.5, 91, 92, 93, 96).

Todos los países centroamericanos enfrentan una situación de inseguridad ciudadana muy marcada en los últimos 10 años por la existencia y actuación de pandillas juveniles, a las cuales se les ha endosado buena parte de esa inseguridad (En Guatemala, Honduras y El Salvador se les conoce como “maras”).

Distintos gobiernos han actuado reactivamente y han tratado de combatir la existencia de maras mediante otro endoso; esta vez al Poder Judicial y a los órganos encargados de investigar y castigar los delitos cometidos por miembros de esas pandillas. Lamentablemente, el tema de las maras y pandillas y su combate, no pasa solamente por un sistema de investigación y de administración de justicia más eficiente, sino por la implementación de políticas públicas, planes y programas que estudien con profundidad las causas de la delincuencia y sus posibles soluciones. Mientras ello no ocurra, ni se trabaje de manera integral este fenómeno, habrá un riesgo muy grave, no sólo en no resolver el problema, sino en utilizar mecanismos no idóneos para paliar la situación, incluida la actuación de los funcionarios que investigan y administran justicia respecto de personas menores de edad involucradas o acusadas de encontrarse en conflicto con la ley.

Esta situación ha generado dificultades materiales y legales importantes, que han desembocado en un marco de violencia generalizada en contra de niños, niñas y adolescentes, especialmente los que se encuentran en riesgo social, que son los más vulnerables y excluidos. Así lo determinó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso contra Honduras por violación del derecho a la vida de cuatro personas, en cuenta dos menores de edad, que murieron ejecutadas arbitrariamente luego de haber sido sometidas a torturas por funcionarios policiales (Caso Servellón y otros contra Honduras). En esa sentencia, el alto tribunal determinó lo siguiente:

117. Los hechos del presente caso ocurrieron en razón de la condición de personas en situación de riesgo social que tenían las víctimas, lo que demuestra que el Estado no les

proporcionó a Marco Antonio Servellón García ni a Rony Alexis Betancourth Vásquez un ambiente que les protegiera de la violencia y del abuso, y no permitió su acceso a servicios y bienes esenciales, de una forma tal que esa falta privó definitivamente a los menores su posibilidad de emanciparse, desarrollarse y de tornarse adultos que pudieran determinar su propio futuro.

Además, la Corte Interamericana profundizó en el tema de la violencia en contra de las personas menores de edad en riesgo social; esta vez como un patrón sistemático donde han sido víctimas de funcionarios o de particulares, llegando a contabilizarse más de novecientas muertes violentas entre los años 1995 a 2002. Este cuadro de violencia está claramente caracterizado en la demostración de los hechos de ese caso, donde se enmarca también la gravedad de la estigmatización de la pobreza y del riesgo social como un parámetro para suponer que las personas menores de edad en esa condición serán, indefectiblemente, delincuentes. Al respecto, dijo la Corte Interamericana:

112. La Corte advierte que, en atención al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, el Estado no puede permitir por parte de sus agentes, ni fomentar en la sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia, o necesariamente vinculados al aumento de la inseguridad ciudadana. Esa estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas.

113. Lo anterior es particularmente grave en el presente caso, ya que Marco Antonio Servellón García y Rony Alexis Betancourth Vásquez eran menores de edad. En la *Opinión Consultiva No. 17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, la Corte expresó que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños y niñas, quienes tienen además derechos especiales derivados de su condición a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado⁶¹. El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de los niños, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, y debe ofrecerles las condiciones necesarias para que el niño viva y desarrolle sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades⁶². Asimismo, la Corte indicó que el artículo 19 de la Convención debe entenderse como un derecho complementario que el tratado establece para seres humanos que por su desarrollo físico y emocional necesitan medidas de protección especial⁶³.

⁶¹ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54. Cfr. también, Caso de las Masacres de Ituango, supra nota 3, párr. 244; Caso de la Masacre de Mapiripán, supra nota 9, párr. 152; y Caso de las Niñas Yean y Bosico. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie No C 130, párr. 33.

⁶² Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 72, párr. 56. Cfr. también, Caso de las Masacres de Ituango, supra nota 3, párr. 244; Caso de la Masacre de Mapiripán, supra nota 9, párr. 152; y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 63, párr. 163.

⁶³ Cfr. Caso de las Masacres de Ituango, supra nota 3, párr. 244; Caso de la Masacre de Mapiripán, supra nota 9, párr. 152; y Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, supra nota 64, párr. 147.

Como respuesta ante este panorama, la Corte Interamericana reaccionó en el Caso Servellón y otros enviando un mensaje claro al Estado de Honduras para que asegure:

116. ...la protección de los niños y jóvenes afectados por la pobreza que estén socialmente marginados⁶⁴ y, especialmente, evitar su estigmatización social como delincuentes. Es pertinente destacar, como lo hizo la Corte en el *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, que si los Estados tienen elementos para creer que los niños en situación de riesgo están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito⁶⁵. El Estado debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño⁶⁶

Ese escenario no es exclusivo de Honduras. De una u otra manera, todos los países centroamericanos tienen grandes debilidades institucionales para ofrecer servicios, oportunidades y acceso a derechos a su población más vulnerable que son las personas menores de edad.

Autoevaluación:

Marque la respuesta correcta.

1. La protección de derechos humanos en el ámbito de la Comisión Interamericana es más amplia que en la Corte Interamericana porque:

- a. Porque tiene más personal que la Corte.
- b. Porque las personas pueden presentar casos directamente ante la Corte Interamericana.
- c. Porque tiene competencia de promoción y protección de derechos humanos, además de la tramitación de casos.
- d. Ninguna de las anteriores.

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- a. Tiene las mismas funciones que la Comisión Interamericana, sólo que realizadas por jueces.
- b. Es un órgano de protección que únicamente resuelve casos concretos de violaciones de derechos humanos.

⁶⁴ Cfr. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, 21 de Julio de 2003, UN Document CRC/GC/2003/4.

⁶⁵ Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), supra nota 69, párr. 197; y Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/112 de 4 de diciembre de 1990, Capítulo III, párr. 9.

⁶⁶ Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 63, párrs. 124, 163 a 164, y 171; Caso Bulacio, supra nota 54, párrs. 126, 133 y 134; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), supra nota 69, párrs. 146 y 195; y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 72, párr. 60.

- c. Tiene funciones de promoción de los derechos humanos.
- d. Todas las anteriores.

3. La internacionalización de los derechos humanos:

- a. Responde a un proceso por fortalecer al Estado.
- b. Es la reacción para darle mayor protección a los derechos humanos por los efectos de la guerra.
- c. Tiene su punto de culminación con la creación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- d. Todas las anteriores.

4. La progresividad de los derechos humanos es:

- a. Una manera de manifestación del desarrollo humano.
- b. Una cláusula establecida en los tratados del Derecho Internacional Humanitario.
- c. Se refleja con la emisión de declaraciones hacia otro tipo de instrumentos internacionales más complejos en materia de derechos humanos.
- d. Ninguna de las anteriores.

Respuestas:

- 1. c.
- 3. b.
- 3. c.
- 4. c.

Objetivo: Dar a conocer el Sistema de las Naciones Unidas como una manera subsidiaria de proteger los derechos humanos cuando no ha habido respuesta favorable en el ordenamiento interno de un Estado.

1.1 Antecedentes

El derecho internacional sufrió una revolución trascendente a fines de la segunda guerra mundial: fue a partir de allí que la comunidad internacional comprendió que no puede quedar comprendido dentro del arbitrio de un Estado el trato que éste brinda a las personas sometidas a su jurisdicción. Por ello se decidió la creación de normas y órganos internacionales para proteger los derechos humanos en el plano internacional cuando las víctimas no obtengan satisfacción a sus reclamos en el plano nacional.

En la Carta de las Naciones Unidas de 1945 ya se señala como una de las actividades de la Asamblea General de dicha entidad, el ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

Para respaldar ese mandato, se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, la cual reconoce derechos humanos que deben ser respetados por los Estados miembros de la ONU.

Posteriormente, se fueron creando tratados de derechos humanos que ampliaron el marco de protección de los derechos fundamentales, pero por el propósito y extensión del presente manual, sólo haremos referencia a algunos de ellos.

Las actividades en materia de derechos humanos dentro de la Organización de las Naciones Unidas se encuentran centralizadas en la Comisión de Derechos Humanos y en la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el cual fue creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993⁶⁷, luego de que en una Conferencia Internacional celebrada en Viena, los Estados participantes recomendaran con carácter prioritario a la Asamblea General dicha creación.

El Alto Comisionado tiene a su cargo la difusión e información de sus tareas; para ello, además de las publicaciones de las Naciones Unidas se ha habilitado un sitio web con informaciones sobre actividades, tratados y otros instrumentos de derechos humanos, labor de relatorías, programas, y vínculos con otros sitios de interés en la materia⁶⁸. Cada año, el Alto Comisionado tiene la obligación de presentar a la Asamblea General de las Naciones Unidas un informe detallado de sus actividades.

⁶⁷ **Asamblea General:** Resolución 48/141 del 20 de diciembre de 1993.

⁶⁸ Para consultarlo ver www.unhchr.ch

1.2 Principales Instrumentos Jurídicos de Derechos Humanos en las Naciones Unidas

a. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

El 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas⁶⁹.

Contiene una enunciación de derechos civiles, económicos, políticos, sociales y culturales, entre los que destacan el derecho a la vida, la libertad, la integridad corporal, la prohibición de la tortura, el reconocimiento de la personalidad jurídica, la igualdad ante la ley; las llamadas “garantías judiciales” (debido proceso, presunción de inocencia, irretroactividad de la ley penal, derecho de toda persona a ser oída por un tribunal imparcial), derecho a la intimidad en la esfera de la personalidad (en cuanto a sí y a su vida privada) derecho de asilo y derecho a la nacionalidad; la libertad de creencia y religión, y el derecho a cambiar de creencia y religión; la libertad de expresión, de reunión y de participar en el gobierno de su país, directamente o a través de representantes libremente escogidos; el derecho al trabajo, a recibir igual remuneración por igual tarea, a vacaciones periódicas pagas y al disfrute del tiempo libre, a la educación, a gozar de las ciencias y las artes, y a la protección de la propiedad intelectual.

Esos derechos pueden ser reclamados mediante dos procedimientos conocidos como procedimiento 1235 (público) y procedimiento 1503 (confidencial).

El Procedimiento 1235⁷⁰

El nuevo Consejo de Derechos Humanos (antes ‘La Comisión de Derechos Humanos’) de la ONU puede conocer y estudiar un determinado fenómeno de violaciones a los derechos humanos (como las desapariciones forzadas) en todo el mundo. Consiste en la creación de una relatoría o un grupo de trabajo, que efectúa un estudio público para combatir estos flagelos. Desde hace un año, el Consejo está facultado para elaborar un informe global sobre derechos humanos. Así, se han creado grupos de trabajo o relatorías sobre ejecuciones extrajudiciales, torturas, desapariciones forzadas y formas contemporáneas de esclavitud, etc.

El Procedimiento 1503⁷¹

Cuando en un Estado se produce una situación que revela un cuadro de violaciones masivas o sistemáticas a los derechos humanos, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas recibe denuncias al respecto y puede iniciar un procedimiento sobre dicho país.

⁶⁹ **Resolución 217 III de la Asamblea General de las Naciones Unidas.** Al momento de la votación de adopción de la Declaración Universal había 48 Estados en la Organización de las Naciones Unidas; se obtuvieron 38 votos a favor, y 8 abstenciones correspondientes a Arabia Saudí, Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Unión Sudafricana, Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, Ucrania, y Yugoslavia. Los Estados de Yemen y Honduras estuvieron ausentes de la sesión.

⁷⁰ Establecido por el Consejo Económico y Social en 1967, por la Resolución 1235.

⁷¹ Establecido por el Consejo Económico y Social en 1970, por la Resolución 1503.

En el marco de estas tareas, la Comisión puede solicitarle al Estado en cuestión autorización para visitar el país para efectuar una “investigación in loco”. Este procedimiento es confidencial, y finaliza con un informe en el cual la Comisión deja claras las conclusiones a las que ha arribado y efectúa recomendaciones para que sean cumplidas por el Estado.

b. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En 1966 la Asamblea General aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Este tratado regula básicamente los derechos que están establecidos en la Declaración Universal, y crea el Comité de Derechos humanos, que es el órgano encargado de supervisar la observancia del Pacto por parte de los Estados que han ratificado el mismo.

El Comité, que está compuesto por personas independientes y expertas en materia de derechos humanos, tiene las siguientes funciones de supervisión: el estudio de informes que deben presentar los Estados partes en el Pacto y la recepción de denuncias concretas contra Estados por violaciones a los Derechos de ese tratado, ya sea por quejas hechas por otros Estados o por las personas afectadas.

c. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, pero únicamente protege derechos colectivos (económicos, sociales y culturales, como derecho a la salud, la educación, vivienda digna, trabajo y salario digno, etc.).

La supervisión del cumplimiento de los Estados de las obligaciones que emanan del Pacto, está encargada al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual recibe informes periódicos por parte de los Estados, y los tramita en una audiencia pública que finaliza con recomendaciones efectuadas por el Comité a los Estados.

d. Otros instrumentos específicos

Los siguientes tratados específicos de derechos humanos protegen derechos muy concretos y crean mecanismos y órganos de protección que normalmente son Comités conformados por expertos en la materia de que se trate.

Tabla No. 3
Tratados específicos de derechos humanos y órganos de protección

Convención	Órgano de protección
<i>Sobre Derechos del Niño</i>	Comité sobre Derechos del Niño
<i>Para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer</i>	Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer
<i>Contra la Tortura y otros Tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes</i>	Comité contra la Tortura
<i>Protocolo a la Convención contra la Tortura</i>	Subcomité para la Prevención de la Tortura
<i>Para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial</i>	Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
<i>Para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra Trabajadores Migrantes y sus Familiares</i>	Comité Eliminación de la Discriminación contra Trabajadores Migrantes y sus Familiares
<i>Para combatir la discriminación contra Personas con Discapacidad</i>	Comité contra la Discriminación de Personas con Discapacidad

e. La Convención sobre los Derechos del Niño y el acceso a la justicia

El mandato internacional que ha revolucionado la protección de los niños, niñas y adolescentes desde el año 1989, es la Convención de los Derechos del Niño, tratado internacional que es el más reconocido y ratificado universalmente. Este instrumento generó un cambio de paradigma en materia de protección de las personas menores de edad ya que promovió la transición de lo que se conocía como “situación irregular” por la “protección integral”. En el primer caso, el sistema no veía a los menores de edad como sujetos de protección, sino como objeto de ella; como una suerte de “capacidad disminuida” que no podían ejercer derechos, sino únicamente acceder a un sistema paternalista que les limitaba el acceso a la justicia.

En cambio el nuevo enfoque pretende que las personas menores de edad sean tratadas como sujetos plenos de derechos –con las limitaciones propias de la capacidad legal de actuar-, donde podrán ser oídos en juicio y con posibilidades de ejercer acciones legales dentro de un marco de derechos que han sido reconocidos en la legislación especial en cada país de la región.

Con esa nueva visión, la Convención de los Derechos del Niño proclamó la obligación de crear un sistema o jurisdicción especial de menores, teniendo como marco de referencia el artículo 40. Esa norma, establece los siguientes parámetros:

A. *Menores de edad en conflicto con la ley*: Reconocimiento de las personas menores de edad como infractores o personas en conflicto con la ley penal, pero no como delincuentes,

lo que implica un tratamiento diferenciado “acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (Artículo 40, inciso 1).

B. Sistema de garantías judiciales en procesos penales (Artículo 40, inciso 2):

“a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i. Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii. Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii. Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv. Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v. Si se considera que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi. Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii. Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento”.

C. Jurisdicción especial: La Convención de los Derechos del Niño promueve una jurisdicción especial para las personas menores de edad con enfoque integral, de manera que esté conformada por un marco legal adecuado, por procedimientos especiales y diferenciados y por una estructura y personal capacitados en la materia:

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:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Advertencia: El hecho de que existan juzgados especiales de menores, no quiere decir que otros despachos judiciales no deban conocer, aplicar e interpretar la normativa especial a favor de los niños niñas y adolescentes. Ello porque el principio rector en la materia es “el mejor interés del niño”; un principio que implica que cuando hay de por medio una persona menor de edad, siempre se debe decidir de manera que se le brinde mayor protección a esa persona.

La importancia de que los derechos de la niñez y la adolescencia sean tratados como un eje transversal por todos los operadores de justicia y no sólo como materia exclusiva de los Juzgados de Menores, radica en que esa materia asume un interés público y un enfoque de acción afirmativa que debe estar presente en aquellos casos en que haya personas menores de edad involucradas. Por ejemplo, al momento de que un despacho judicial en materia de familia debe resolver un asunto de adopción o de alimentos, siempre debe regirse por la norma o fuente de derecho más favorable al niño, niña o adolescente.

Acciones Urgentes

En el sistema de protección de los Derechos Humanos en las Naciones Unidas encontramos la posibilidad de un procedimiento completamente informal, vía fax o correo electrónico, donde una cuestión urgente (como una desaparición forzada, tortura sistemática) puede ser denunciada ante la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos. Ello pone en marcha un mecanismo informal y confidencial, por el cual la Organización se pone en contacto con el gobierno en cuestión para interesarse por la suerte de la presunta víctima.

1.3 Los Tribunales Penales Internacionales

En 1993 el Consejo de Seguridad de la ONU creó un tribunal para juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario cometidas en la guerra de la Antigua Yugoslavia y, un año después, el mismo Consejo de Seguridad creó un Tribunal Penal Internacional para juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones más graves en el conflicto de Rwanda.

Estos Tribunales no permanentes facilitaron el debate sobre la urgencia de crear un Tribunal Penal Internacional permanente, lo cual ocurrió en 1998 con el establecimiento de la Corte Penal Internacional, por medio de la adopción del Estatuto de la Corte, que ya entró en vigor y se encuentra funcionando en la ciudad de La Haya. Esta Corte tiene competencia para tratar delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el delito de agresión internacional.

La Corte Penal Internacional es el primer tribunal internacional permanente para investigar y sancionar a los individuos responsables de cometer las violaciones más graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, a saber:

- crímenes de lesa humanidad
- genocidio
- crímenes de guerra
- crimen de agresión (su definición se ha dejado pendiente hasta la Conferencia de Revisión, siete años después de la entrada en vigor)

A diferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que resuelve sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional establecerá la responsabilidad penal individual.

La Corte Penal Internacional tiene competencia de carácter complementario frente a las jurisdicciones penales nacionales, es decir, sólo actúa cuando los Estados son incapaces o no tienen la voluntad de investigar o juzgar tales crímenes.

Finalmente, la CPI no tiene carácter retroactivo, por lo que sólo puede ejercer su competencia respecto a crímenes cometidos a partir de su entrada en vigor.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional enumera un total de diez supuestos como crímenes de lesa humanidad y deja abierta la posibilidad de que otros actos puedan ser calificados como tales cuando revistan la gravedad y características.

Delitos de lesa humanidad conforme al Estatuto de Roma:

(deben producirse dentro de un marco de violaciones generalizadas y sistemáticas)

- a) asesinato
- b) exterminio
- c) esclavitud
- d) deportación o traslado forzoso de población
- e) encarcelación o u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional
- f) tortura
- g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable
- h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos...
- i) desaparición forzada de personas
- j) el crimen de apartheid
- k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física

Autoevaluación:

Marque la respuesta correcta.

1. Las convenciones de ONU sobre derechos Humanos:
 - a. No tienen órganos de protección.
 - b. Sólo sirven como instrumentos para reconocer derechos.
 - c. Tienen Comités de supervisión.
 - d. Ninguna de las anteriores.

2. El procedimiento 1235:
 - a. Es idéntico al procedimiento 1503.
 - b. Es para determinar violaciones a la Convención Americana.
 - c. Protege de violaciones a la Convención de Derechos del Niño.
 - d. Ninguna de las anteriores.

3. La Convención de los Derechos del Niño:
 - a. Es el tratado más universal porque es el más ratificado por los Estados.
 - b. Tiene como principio básico el “mejor interés del niño”.
 - c. Impulsó reformas legales internas, en cuenta la creación de jurisdicción especial para menores de edad.
 - d. Todas las anteriores.

Respuestas:

1. c.
2. d.
3. d.

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.