

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

**“Derechos de la niñez y la adolescencia, a la luz de los tratados
internacionales y la aplicación de los Convenios sobre Adopción y
Sustracción Internacional de Menores, en el nuevo Juzgado de Niñez y
Adolescencia”**

**TESIS DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE LICENCIATURA
EN DERECHO**

**DIANA CHAVARRÍA ULATE
ANA CLARA VARGAS RODRÍGUEZ**

Noviembre del 2007

San José, 6 de noviembre del 2007

**Señor
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica**

Estimado Señor Director:

Tengo el placer de comunicarle que he tenido la oportunidad de revisar el trabajo final de graduación de las egresadas DIANA CHAVARRÍA ULATE Y ANACLARA VARGAS RODRÍGUEZ, titulado: *Derechos de la niñez y la adolescencia, a la luz de los tratados internacionales y la aplicación de los Convenios sobre Adopción y Sustracción Internacional de Menores, en el nuevo Juzgado de Niñez y Adolescencia.* Este realiza un análisis de la aplicación de los tratados internacionales en el Juzgado de Niñez y Adolescencia para observar la protección de esta población por parte del Estado costarricense. Debido a estas razones y por el cumplimiento de los demás requisitos de forma y fondo que exige el área de investigación, informo que éste cuenta con mi aprobación para que se proceda a su réplica.

Atentamente,

M.Sc ANA MARÍA TREJOS ZAMORA

DEDICATORIA

A Dios, por todas las bendiciones a lo largo de mi vida.

A mis papás, quienes han sido mi mayor ejemplo por seguir, estando siempre a mi lado para apoyarme con amor, dedicación y esfuerzo.

A mis hermanos, Roberto y Maria José, por la alegría que me brindan en los momentos difíciles para que siga adelante.

A Juan Ma, por su amor, comprensión y apoyo en todas las etapas que compartimos y compartiremos juntos.

A Ana, gracias por la lucha y el esfuerzo dedicados a realizar uno de nuestros sueños, más que una compañera, eres una amiga incondicional.

A mis amigos y amigas, por formar una parte especial en mi corazón.

Diana Chavarría Ulate.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a Dios y a la Virgen, porque siempre han estado a mi lado en la

vida, acompañándome y guiándome por el camino correcto.

A papi y mami, por luchar conmigo y confiar en mí; por ser TODO en mi vida, el ejemplo por seguir en todas las áreas de mi vida.

A Maris, Luis y mis primos, por ser un apoyo incondicional y ayudarme siempre, por ser mis personas favoritas.

A mis cuatro abuelitos, por demostrarme lo que es el principio de la valentía y ser personas verdaderamente trabajadoras y esforzadas.

A Dianis, por ser la mejor amiga del mundo, por confiar en mí y darme la oportunidad de hacer algo tan importante juntas.

A mis amigos, por confiar en mí, alentarme y darme fuerzas cada vez que las ocupe.

A todas las personas que están a mi lado en este sendero de la vida y a las que por diversas razones ya no están.

Anaclara Vargas Rodríguez.

AGRADECIMIENTOS

A la Licda. Laura Navarro, por aceptar ser nuestra directora, por la ayuda, comprensión y responsabilidad brindada cuando la necesitamos en la elaboración de nuestra tesis.

A la Licda. Melissa y a la Licda. Rita Maxera, por la paciencia y aportes brindados a lo largo de nuestro camino en la confección del trabajo.

Especial agradecimiento a las juezas Ana María Trejos y Yerma Campos Calvo, por el enriquecimiento generoso y desinteresado que aportaron a nuestra tesis, por la bibliografía facilitada y, tal vez lo más importante, por compartir y contagiarnos del amor que ustedes entregan día a día a la materia de niñez y adolescencia.

A todas las personas que, por una u otra razón, aportaron un granito de arena para que se lograra esta tesis con conocimiento, paciencia, apoyo, tiempo, esfuerzo y confianza.

LOS NIÑOS

“Y una mujer que sostenía un niño contra su seno pidió:

Háblanos de los niños

Y Él dijo:

Vuestros hijos no son hijos vuestros.

Son hijos de la vida, deseosa de sí misma.

Vienen a través nuestro, pero no vienen de vosotros

Y aunque están con vosotros, no os pertenecen.

Podéis darles vuestro amor, pero no vuestros

pensamientos.

Porque ellos tienen sus propios pensamientos

Podéis albergar sus cuerpos, pero no sus almas.

Porque sus almas habitan en la casa del mañana que

Vosotros no podéis visitar, ni siquiera en sueños.

Podéis esforzaros en ser como ellos, pero no busquéis el

hacerlos como vosotros.

Porque la vida no retrocede ni se entretiene con el ayer.

Vosotros sois el arco desde el que vuestros hijos, como

flechas vivientes, son impulsados hacia delante.

El arquero ve el blanco en la senda del infinito y lo

doblega con su poder para que

su flecha vaya veloz y lejana. Dejad alegremente que la

mano del arquero os doblegue.

Porque, así como él ama la flecha que vuela, así también

el arco que es estable,

Tomado del libro “El profeta”

Autor: Khalil Gibran Khalil, 1923.

ÍNDICE GENERAL

Dedicatoria.....	i
------------------	---

Agradecimientos.....	iii
Epígrafe.....	iv
Índice General.....	v
Tabla de Abreviaturas.....	xiii
Resumen.....	xiv
Introducción General.....	1
<i>Título I. Evolución histórica de la niñez y la adolescencia.....</i>	15
Capítulo I. Evolución de los Derechos Humanos.....	15
1.1 Evolución histórica de los Derechos Humanos.....	15
1.2 Concepto de los Derechos Humanos.....	19
1.3 Características generales de los Derechos Humanos.....	21
1.4 Clasificación de los Derechos Humanos.....	22
1.5 Derechos de la niñez dentro de los Derechos Humanos.....	24
1.6 Procesos de evolución de los Derechos Humanos.....	25
1.7 Los Derechos Humanos desde la perspectiva de las niñas, los niños y adolescentes.....	26
Capítulo II. Construcción histórico-jurídica de la niñez y la adolescencia.....	29
2.1 Concepción socio-histórica de los niños, las niñas y adolescentes.....	29
2.2 Orígenes de la infancia en América Latina.....	36
2.3 Períodos que marcan la evolución de la infancia.....	38
a. El ciclo del niño impuro.	
b. El niño peligroso.	
c. Ciclo del niño y el muro.	
d. Ciclo del niño como sujeto de derechos.	
Capítulo III. Desarrollo de las doctrinas que determinan la condición jurídica de la infancia.....	42
3.1 Aspectos generales de la Doctrina de la Situación Irregular.....	42
• Definición.	
• Orígenes de la Doctrina de la Situación Irregular.	
• Principales características de la Doctrina de la Situación Irregular.	

- Corrientes que sustentan la continuación de las leyes que emergen de la Doctrina de la Situación Irregular.
- De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de la Protección Integral.

3.2 Aspectos generales de la Doctrina de la Protección Integral..... 51

- Antecedentes.
- Definición.
- Principios rectores de la Doctrina de la Protección Integral:
 - Persona menor de edad como sujeto de derechos.
 - Interés superior de la persona menor de edad
 - Prioridad absoluta.
 - Participación.
- Principales características de la Doctrina de la Protección Integral.

3.3. Interés Superior de la persona menor de edad 56

- Origen.
- Concepto.
- Funciones del Principio

3.4 Análisis comparativo de las doctrinas mencionadas..... 61

- Cuadro comparativo de las doctrinas.

Título II. Análisis de los principales instrumentos nacionales e internacionales en materia de niñez y adolescencia.....
66

Capítulo I. Conceptos generales del Derecho Internacional Público y Privado..... 66

1.1 Definición del Derecho Internacional..... 66

1.2. Derecho Internacional Público..... 67

- Definición del Derecho Internacional.
- Características del Derecho Internacional.
- Carácter jurídico del Derecho Internacional.
- Relaciones entre Derecho Internacional e Interno de un Estado.
- Jerarquía del Derecho Interno y el Internacional.

- Fuentes del Derecho Internacional.

1.3 Tratados Internacionales.....	75
• Definición de los Tratados Internacionales.	
• Clasificación de los Tratados.	
• Aspectos Generales sobre la Confección de un Tratado.	
1.4 Organizaciones Internacionales.....	78
• Definición de las organizaciones internacionales.	
• Estructura y formación de la voluntad de las organizaciones internacionales.	
• Manifestaciones de la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales.	
1.5 Derecho Internacional Privado.....	80
• Concepto.	
• Relación entre el Derecho Internacional Público y Privado.	
1.6 Influencia del Derecho Público y Privado en el tratamiento de la situación de los niños, las niñas y adolescentes.....	84

Capítulo II. Análisis de los principales instrumentos internacionales que brindan la base para la protección de la niñez y adolescencia.....
86

2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	86
• Breve reseña histórica.	
• Declaración Universal de DH en relación con los Niños, las niñas y adolescentes.	
2.2. Declaración de los Derechos del Niño.....	88
• Breve reseña histórica.	
• Contenido de la Declaración de los Derechos del Niño.	
2.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	92

- Breve reseña histórica.
- Contenido.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con los niños, las niñas y adolescentes

2.4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales..... 94

- Breve reseña Histórica.
- Contenido.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en relación con los niños, las niñas y adolescentes.

2.5. Convención Americana de Derechos Humanos..... 97

- Breve reseña histórica.
- Convención Americana de Derechos Humanos en relación con los niños, las niñas y adolescentes.

2.6. Protocolo Facultativo a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales..... 99

- Breve reseña histórica.
- Contenido.
- Protocolo Facultativo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los niños, las niñas y adolescentes

2.7. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño..... 101

- Breve reseña histórica.
- Estructura.
- Características principales de la Convención:
 - Carácter integral de la Convención y la protección integral de los derechos de las personas menores de edad
 - La persona menor de edad: sujeto de derecho: la autonomía progresiva.
 - El paso de las necesidades a los derechos.
- Principios contenidos en la Convención:
 - Principio de la no discriminación de la persona menor de edad
 - Interés superior de la persona menor de edad

-La Supervivencia y el desarrollo de la persona menor de edad

-Participación de la persona menor de edad

Capítulo III. Derechos de la niñez y adolescencia en el marco jurídico costarricense..... 113

3.1. Antecedentes de la Convención..... 113

- Legislación nacional previa a la Convención.

3.2. Proceso de reforma en la legislación costarricense a partir de la Convención..... 115

- Constitución Política.
- Código de Niñez y Adolescencia.
- Ley de Justicia Penal Juvenil.
- Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia.
- Ley de Fomento a la Lactancia Materna.
- Ley contra la Violencia Intrafamiliar.
- Ley de Pensiones Alimentarias.
- Ley General de la Protección de la Madre Adolescente.
- Ley contra la explotación sexual comercial de las personas menores de edad.
- Ley de Paternidad Responsable.
- Ley General de la Persona Joven.

3.3. Responsabilidades del Estado con respecto a la persona joven..... 127

- Responsabilidades de las instituciones en la legislación.
- Políticas públicas.
- Mecanismos institucionales.

3.4. La Doctrina de la Protección Integral y la reforma judicial..... 128

<i>Título III. Análisis sobre la aplicación de los instrumentos internacionales en el Juzgado de Niñez y Adolescencia</i>	133
Capítulo I. Juzgado de Niñez y Adolescencia.....	133
1.1 Creación de una jurisdicción especializada.....	133
1.2. Historia y creación del Juzgado de Niñez y Adolescencia.....	134
• Antecedentes de Juzgado de Niñez y Adolescencia.	
• Importancia de la creación del Juzgado de Niñez y Adolescencia.	
1.3. Competencia del Juzgado de Niñez y Adolescencia.....	137
• Competencia territorial del Juzgado de Niñez y Adolescencia.	
• Competencia con respecto a la materia del Juzgado de Niñez y Adolescencia.	
• Competencia del Juzgado con respecto a la aplicación de Convenios Internacionales.	
Capítulo II. Análisis del Convenio, relativo a la Protección y Cooperación en Materia de Adopción Internacional.....	143
2.1. Conceptos generales de la adopción.....	143
• Antecedentes de la adopción.	
• Concepto de adopción.	
• Efectos jurídicos de la adopción.	
• Requisitos generales para todo adoptante.	
• Personas adoptables.	
• Tipos de adopción.	
2.2. Convenio de la Haya relativo a la Protección y Cooperación en Materia de Adopción Internacional.....	159
• Antecedentes al Convenio de la Haya.	
• Principales características de la Convención.	
• Principios rectores del Convenio de la Haya para el Proceso de Adopción.	
• Disposiciones generales del Convenio.	

2.3. Aplicación del Convenio de la Haya en el Juzgado de Niñez y Adolescencia.....	165
--	-----

- Análisis de expedientes relativos al Convenio en el Juzgado de Niñez y Adolescencia.

Capítulo III. Análisis del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.....	178
--	-----

3.1 Conceptos generales.....	178
------------------------------	-----

- Conceptos generales de la sustracción y la restitución.
- Persona menor de edad y residencia habitual.
- Sustracción y restitución: comparación con otras figuras.

3.2 Regulación pertinente a la sustracción internacional de personas menores de edad y la restitución internacional.....	186
--	-----

3.3 El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.....	188
---	-----

- Breve reseña histórica.
- Aspectos generales del Convenio.
- Objetivo y finalidad del Convenio.
- Estructura y contenido.

3.4 Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.....	209
---	-----

- Breve reseña histórica.
- Aspectos generales del Convenio.
- Objetivo y finalidad.
- Estructura y contenido.

3.5 Aplicación del Convenio de la Haya en el Juzgado de Niñez y Adolescencia.....	219
---	-----

- Aspectos Generales del Convenio de la Haya en el Juzgado de Niñez y Adolescencia
- Situaciones que surgen a raíz de la aplicación de los Convenios de CACSIM y la CIRIM en el Juzgado de Niñez y Adolescencia
 - Comprensión del Término de Custodia y Patria Potestad
 - Doble Representación alegada por la Autoridad Central
 - Proceso de tramitación de la solicitud de Restitución Internacional
 - El interés superior de la persona menor de edad y los Convenios de Sustracción y Restitución
 - Imposibilidad de localización de la persona menor de edad
 - Representación de los padres en el extranjero
- Casos de Restitución Internacional de personas menores edad conocidos en el Juzgado de Niñez y Adolescencia

Conclusiones.....	241
Recomendaciones.....	252
Bibliografía.....	256
Anexos.....	270

TABLA DE ABREVIATURAS

CACSIM, Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

CCSS, Caja Costarricense de Seguro Social.

CDN, Convención de los Derechos del Niño.

CIRIM, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

CNA, Código de Niñez y Adolescencia.

DIDH, Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

DIRECTICES DEL RIAD, las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil.

IIN, Instituto Interamericano del Niño.

LJPJ, Ley de Justicia Penal Juvenil.

OEA, Organización de Estados Americanos.

ONU, Organización de las Naciones Unidas.

PANI, Patronato Nacional de la Infancia.

REGLAS DE BEIJING, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Menores Privados de Libertad.

RESUMEN

CHAVARRÍA ULATE Diana, VARGAS RODRÍGUEZ, Anaclara. “**DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS SOBRE ADOPCIÓN Y SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, EN EL NUEVO JUZGADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.**” Tesis para optar por el

grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2007.

Directora: Profesora Laura Navarro Barahona.

LISTA DE PALABRAS CLAVES: Derechos Humanos, niño, niña, adolescente, niñez, Doctrina de la Situación Irregular, Doctrina de la Protección Integral, interés superior de las personas menores de edad, Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado, tratados internacionales, Convención Internacional de los Derechos del Niño, Juzgado de Niñez y Adolescencia, PANI, Código de la Niñez y la Adolescencia, Convención de la Haya Relativa a la Protección y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, adopción internacional, Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, sustracción de las personas menores de edad, restitución de las personas menores de edad, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Esta tesis analiza los derechos de la niñez y la adolescencia y la forma en que se aplican los Tratados Internacionales sobre Adopción Internacional y Sustracción Internacional de Menores en el Juzgado de Niñez y Adolescencia. La creación del Juzgado supone un mejoramiento en cuanto a la protección de los derechos de las personas menores de edad, sin embargo, la presente investigación cuestiona si, en efecto, la creación del Juzgado es un aporte del Estado costarricense para la protección de este sector vulnerable de la sociedad.

Esta investigación trata de evaluar la labor del Juzgado de Niñez y Adolescencia en la aplicación de los tratados internacionales. Para realizar tal evaluación, se toman como punto de partida los Convenios sobre Adopción Internacional y los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Personas Menores de Edad para, de esta manera, realizar el análisis sobre la eficacia e idoneidad en la aplicación de ambos tratados.

De tal forma, se corroboró que, en efecto, el Juzgado de Niñez y Adolescencia aporte en gran medida a la protección de los derechos de las personas menores de edad, sin embargo, no se considera que sea un aporte por parte del Estado costarricense por cuanto la creación de juzgados, instituciones etc. que ayuden a la protección de la

infancia es una obligación de éste, en la medida de que se comprometa en el plano nacional e internacional a la protección de los niños, las niñas y adolescentes.

La Convención de la Haya sobre Adopción Internacional se ha venido aplicando en el Juzgado de Niñez y Adolescencia desde hace ya varios años. La aplicación de dicho Convenio ha mejorado al pasar de los años, ya que en un inicio los plazos para su resolución eran mucho más amplios, por lo que la creación del Juzgado mejora la aplicación del Tratado desde varios puntos de vista.

A pesar de que la aplicación de este Convenio se ha dado desde hace algunos años, existen diferencias entre la autoridad central, en este caso el PANI y las autoridades judiciales, debido a que no aclaran la debida o no aplicación del Convenio en cuanto a la adopción directa.

La aplicación del Convenio de Adopción Internacional en el Juzgado puede calificarse como exitosa, sin embargo, se presentan ciertas contradicciones principalmente por el choque existente en la materia en cuanto al Derecho Interno y el Internacional. Además, en la investigación se observa cómo puede encontrarse una solución intermedia en cuanto a la adopción directa, partiendo de los criterios tanto del Juzgado como del PANI.

Ahora bien, en cuanto a la observación realizada acerca de la aplicación del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, se puede mencionar de manera resumida que, en un inicio, la aplicación del Convenio necesitó de mucho trabajo y compromiso por parte de los jueces especialistas en la materia. Lo anterior por cuanto el proceso era completamente novedoso y exigía trabajo de desarrollo procesal para que en las resoluciones se pudiera observar la parte dispositiva del Convenio.

En los primeros casos en los que se aplicó dicho Convenio, el Juzgado se encontró con ciertas dificultades que ha tenido que ir resolviendo con el pasar de los años para asegurarse que se cumplen las disposiciones que nuestro país se comprometió a cumplir en el nivel internacional.

Se verifica, entonces, que el compromiso y la especialidad por parte de quienes tienen en sus manos la protección de los derechos de las personas menores de edad son absolutamente necesarios, mientras que la difusión y el estudio de la materia es indispensable para que los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes sean respetados en nuestra sociedad.

El Juzgado de Niñez y Adolescencia está comprometido con la protección de este sector de la sociedad, sin embargo, se debe capacitar a todas las personas que trabajan en él para que la especialización en la materia y el éxito de su trabajo no dependan de pocas personas.

Por último, este trabajo de investigación revela la importancia de la creación de nuevos Juzgados especializados en niñez y adolescencia, debido a que no es un aporte sino más bien una obligación que tiene el Estado Costarricense de facilitar a todas las personas del territorio nacional la especialidad en la materia para cumplir con lo que dispone nuestra Carta Magna.

INTRODUCCIÓN

A medida de que las relaciones sociales se han ido haciendo más complejas, se ha hecho necesario ir creando instrumentos legales que den mayor protección a quienes resultan ser los más vulnerables en la sociedad: el niño, niña y adolescente.

Al ser ellos objeto fundamental de protección, las normas jurídicas deben responder a sus necesidades e intereses, para así favorecer e impulsar su desarrollo como personas humanas, así como su incorporación e integración a la vida social, de la familia y la comunidad.

En vista de que la protección de la niñez y la adolescencia está ocupando un lugar importante en nuestros tiempos, es fundamental que desde el inicio se mida la eficacia e idoneidad de las instituciones encargadas de aplicar los instrumentos legales que son emitidos tanto por la normativa nacional e internacional.

Esta tesis pretende analizar en que forma se ha venido dando la aplicación de la normativa internacional en el Juzgado de Niñez y Adolescencia. Para la realización del presente estudio se toman como base los Convenios de Cooperación en materia de Adopción Internacional y los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores, lo anterior por cuanto debido que la competencia del Juzgado así como los casos que se han presentado en este, es posible observar mediante los dos anteriores Convenios, la aplicación de la normativa internacional en el Juzgado.

Se pretende hacer ver mediante el estudio que se lleva a cabo en el Juzgado, como la normativa internacional es absolutamente indispensable para la resolución de los casos que se presentan día a día. Así mismo se estudia la importancia de la especialización de la materia ya que se mejora en un porcentaje bastante alto con la creación del Juzgado de Niñez y Adolescencia.

Desde el inicio de la investigación nos ha preocupado lo que sucede en las instancias judiciales con las personas menores de edad, ya que son pocas las personas conocedoras y comprometidas con el tema.

Pese a las buenas intenciones, en muchos casos a la hora de la aplicación de los Convenios el Juzgado tiene algunas trabas, ya que es un ámbito novedoso, en el cuál solo con el pasar de los años se va adquiriendo experiencia y especialización en la normativa tanto nacional como internacional relativa a las personas menores de edad.

En buena medida en esta investigación se motiva en la necesidad de la especialización en la materia de niñez y adolescencia, ya que por medio del estudio se deja ver como la preparación de los jueces en la materia es fundamental para la real y efectiva protección de la niñez y la adolescencia. Así mismo pretende evidenciar la importancia de la creación de Juzgados que tengan por objeto la resolución de casos mediante la especialización de las diferentes materias.

Por otro lado mediante la presente investigación se pretende reflejar el arduo trabajo de los jueces con la aplicación de la normativa internacional esto por cuanto los tratados solamente se pronuncian en su parte dispositiva, lo que provoca un trabajo procesal por parte de las personas administradoras de justicia para que en sus resoluciones se observen las disposiciones que se compromete nuestro país a cumplir en el ámbito Internacional.

Consideramos que en estos momentos en nuestro país es necesario un estudio acerca de los derechos humanos, específicamente en el ámbito de niñez y adolescencia para poder realizar un análisis de la aplicación de los tratados de Adopción Internacional y los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de los Menores de edad en el Juzgado de Niñez y Adolescencia que tiene pocos años de servir a nuestra sociedad costarricense.

El presente trabajo intenta aportar una pequeña parte de la evolución en la protección de la niñez y la adolescencia, lo anterior mediante el estudio de la aplicación de los Convenios internacionales en el Juzgado de Niñez y Adolescencia así como los problemas que se han tenido que ir enfrentando las instituciones que tiene a su cargo este sector de la sociedad a la hora de aplicar la normativa vigente que procura su protección.

Para definir el problema, fue preciso acudir a la revisión de fuentes secundarias, tales como libros, trabajos finales de graduación, además se tomaron como fuentes primarias el análisis de los Convenios, Convenciones, los expedientes del Juzgado en los cuales se han aplicado Convenios, y entrevistas realizadas tanto en el Juzgado como en otras instituciones que se especializan en diferentes temas que se desarrollaron a lo largo del trabajo.

Por esta razón, hemos fijado los siguientes propósitos para la investigación:

OBJETIVO GENERAL: Realizar un estudio de los derechos de la niñez y la adolescencia, a la luz de la normativa nacional e internacional y la aplicación de los Convenios sobre la Adopción Internacional y los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en el nuevo Juzgado de Niñez y Adolescencia

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

a) Describir la evolución de los Derechos Humanos y, en particular, de los de la niñez y adolescencia, en formal general.

b) Estudiar la evolución histórica y jurídica de la niñez.

c) Describir y analizar el cuerpo legal que regula la materia en Costa Rica.

d) Analizar el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, así como la importancia de aplicar la normativa, tanto internacional como nacional, en él.

d) Delimitar cuál es la competencia del Juzgado de Niñez y Adolescencia, así como los criterios utilizados para ello.

e) Analizar los Convenios de la Haya sobre Adopción Internacional y Sustracción Internacional de Menores.

f) Estudiar la forma mediante la cual se aplican los tratados en el Juzgado, a partir de los Convenios sobre Adopción Internacional y Sustracción Internacional de Menores.

Hipótesis: El Juzgado de Niñez y Adolescencia es un aporte por parte del Estado costarricense para integrar las normas tanto internacionales como nacionales y cumplir con una real y efectiva protección de este sector vulnerable de la sociedad.

A partir de lo anterior nuestra hipótesis pretende comprobar lo siguiente:

1. Que los especialistas en la materia, así como quienes tienen en sus manos la protección de los derechos de las personas menores de edad, no pueden solamente basarse en la normativa nacional para la resolución de los casos. En muchas ocasiones la normativa interna no resulta suficiente para el cumplimiento de los compromisos adquiridos en cuanto a los derechos de la niñez y la adolescencia.

2. Que el Juzgado de Niñez y Adolescencia realiza una complicada labor al aplicar los Convenios, ya que debe construir la aplicación del tratado a partir de su parte dispositiva.
3. Que el Juzgado de Niñez y Adolescencia realiza un gran trabajo en la aplicación de los Convenios, a pesar de que se encuentra con muchas dificultades en el camino.

Entonces, básicamente pretendemos demostrar que a pesar de que la legislación interna está bastante completa, es necesario estudiar y ampliar los conocimientos en cuanto a los tratados, debido a que en éstos existen algunos pequeños detalles que amplían el panorama para que un juez resuelva con más seguridad y más apegado a los derechos de la niñez y adolescencia.

Además, es parte de nuestra investigación observar cómo los jueces deben construir, a partir de un tratado, la parte procesal para su aplicación, por cuanto el tratado o convenio solamente brinda los lineamientos generales y no su aplicación.

Para investigar lo que se ha descrito, se escogieron dos Convenios, a saber: el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el Convenio de Adopción Internacional.

De tal forma, el análisis comienza con el estudio del Convenio y algunos expedientes en donde se intentará observar el esfuerzo del Juzgado por plasmar las disposiciones del primero en el proceso. Luego se analiza, si a raíz del trabajo del Juzgado se pueden ver los principios del Convenio, así como los derechos de la niñez y adolescencia en la sentencia, por último se recomendará qué aspectos se pueden mejorar para la debida aplicación de los Convenios.

Es de nuestro interés, además, comprobar si es necesario ir más allá de lo que dispone la legislación interna en la materia, por cuanto a pesar de que es sumamente completa, no puede ser tan específica.

Metodología:

Para lograr los objetivos de esta investigación, se utilizarán los siguientes instrumentos metodológicos:

1. Análisis histórico: consiste en el estudio detallado del tema de protección de la niñez y la adolescencia a través del tiempo, para crear un marco histórico de sus

diferentes etapas que, en gran medida, provocaron una reformulación del marco jurídico costarricense.

2. Análisis teórico: involucra el estudio de las diferentes doctrinas en cuanto a la protección de la niñez y la adolescencia y como éstas influyeron en los diferentes Convenios Internacionales, los que culminaron en la creación de diferentes órganos que velan por la protección de este sector vulnerable de la sociedad.

3. Análisis de campo: consiste en el estudio de la actividad judicial, en especial la del Juzgado de Niñez y Adolescencia, para así evaluar la importancia de la aplicación de los Convenios, así como verificar si dicha actividad es un medio para asegurar la protección, la defensa y la restitución de los derechos de las personas menores de edad.

4. Análisis jurisprudencial: implica el estudio de los fallos más relevantes del Juzgado de Niñez y Adolescencia, para observar y analizar la incidencia de los instrumentos internacionales.

Ahora bien la estructura de la memoria final será expuesta en tres títulos con sus respectivos capítulos y secciones.

En el Título primero se analiza la evolución de los derechos humanos. Por otro lado se realiza una construcción histórico-jurídica de la niñez y la adolescencia, por último se analiza el Desarrollo de las doctrinas que determinan la condición jurídica de la infancia.

En el Título segundo se estudian los aspectos fundamentales del derecho internacional público y el derecho internacional privado, así como la influencia de ambos en el tratamiento de las personas menores de edad.

Además se realiza un estudio de los principales instrumentos internacionales en materia de niñez y adolescencia. Lo anterior dándole mayor énfasis a la Convención de los Derechos del Niño por ser este el instrumento del cambio del paradigma de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral

Por otro lado se realiza un estudio acerca de los derechos de la niñez y adolescencia en el marco jurídico costarricense así como el desarrollo de la doctrina de la protección integral en nuestra sociedad.

Luego en el Título tercero se estudia la historia de la creación del Juzgado de Niñez y Adolescencia, por su parte se desarrolla el ámbito de competencia, estudiando los diferentes criterios que existen para la competencia de dicho juzgado.

Se analizan además teóricamente los Tratados sobre la Adopción Internacional y los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de las Personas Menores de Edad, para concluir con análisis de la aplicación de estos últimos en el Juzgado de Niñez y Adolescencia.

La investigación se finaliza con las conclusiones generales y específicas, así como las recomendaciones que se consideran pertinentes, adicionando los anexos y la correspondiente bibliografía.

JUSTIFICACIÓN

A medida de que las relaciones sociales se han ido haciendo más complejas, se ha hecho necesario ir creando instrumentos legales que den mayor protección a quienes resultan ser los más vulnerables en la sociedad: el niño, la niña y adolescente.

Al ser ellos objeto fundamental de protección, las normas jurídicas deben responder a sus necesidades e intereses, para así favorecer e impulsar su desarrollo como personas humanas, así como su incorporación e integración a la vida social, de la familia y la comunidad.

En las últimas décadas, la legislación de Derechos Humanos en materia de familia, específicamente niñez y adolescencia, ha tenido un gran desarrollo, al punto de que en Costa Rica los Convenios de protección, de conformidad con la Sala Constitucional, están por encima de la misma Constitución Política (Voto 2313-95 de la Sala Constitucional).

En materia de familia, la aplicación de convenios ha venido adquiriendo fuerza, lo que ha provocado que la legislación haya tenido un gran desarrollo y ameritado la creación de Juzgados especializados en esta materia.

El reconocimiento de sectores específicos de la sociedad y de necesidades particulares ha generado la urgencia de contar con órganos jurisdiccionales que conozcan de todos aquellos asuntos en los que estén involucradas personas de estos sectores.

La competencia del Juzgado de Niñez y Adolescencia es muy amplia, pero se encuentra limitada a la materia de familia y aún y cuando este no hace referencia explícita a la aplicación de convenios, al ser estos instrumentos legales en los que está de por medio una persona menor de edad, su aplicación jurisdiccional le corresponde a este Juzgado.

Hasta este momento, en nuestro país, no se ha analizado la forma en que el Juzgado toma un Tratado y lo aplica en el día a día en la resolución de los casos que le competen, para cumplir de esta manera con los compromisos que se adquieren en el plano internacional.

Por esto, estudiar lo que ha venido sucediendo en nuestro sistema, así como los Convenios aplicables en esta materia, es de suma importancia para nuestro ordenamiento jurídico.

La especialización en el Derecho de la Niñez y Adolescencia es una rama que por su novedad e importancia merece un estudio detallado. Es de nuestro interés, entonces, aportar un estudio que contribuya al enriquecimiento del sistema y la materia, para que de esta forma se garantice la protección a las personas menores de edad, así como el cumplimiento y respeto de sus derechos.

Pretendemos interrelacionar dos realidades muy nuevas en nuestro medio como son la aplicación de los Convenios en los que están de por medio personas menores de edad y su aplicación por parte de autoridades jurisdiccionales, particularmente el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia. Por esta razón, hemos fijado los siguientes propósitos para la investigación:

1. Estudiar los derechos de las personas menores de edad resguardados por la normativa internacional: Convenios internacionales ratificados por Costa Rica.

2. Analizar la forma mediante la cual el Juzgado de Niñez y Adolescencia, a partir de la ratificación de un convenio, debe cumplir con sus disposiciones para asegurarse de la real y efectiva protección de los derechos de esta población.

3. Profundizar en el análisis del Convenio sobre Adopción Internacional y su aplicación en el Juzgado.

4. Analizar el Convenio sobre Sustracción Internacional de menores y su aplicación en el Juzgado.

Por todo lo anterior, consideramos necesario investigar el desarrollo de los Derechos Humanos de los niños, las niñas y adolescentes en nuestro país, conjuntamente con el análisis de los Convenios sobre Adopción y Sustracción Internacional de Menores, para de esta manera determinar la importancia que tiene el Juzgado de Niñez y Adolescencia en su aplicación.

Así mismo, es de nuestro interés hacer ver el esfuerzo que realiza este Juzgado y las dificultades con las que se enfrenta en el día a día, con la aplicación de los derechos de la niñez.

Objetivos

I. OBJETIVO GENERAL:

Realizar un estudio de los derechos de la niñez y la adolescencia, a la luz de la normativa nacional e internacional y la aplicación de los Convenios sobre la Adopción

Internacional y los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en el nuevo Juzgado de Niñez y Adolescencia.

II. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

a) Describir la evolución de los Derechos Humanos y, en particular, de los de la niñez y adolescencia, en forma general.

b) Estudiar la evolución histórica y jurídica de la persona menor de edad.

c) Describir y analizar el cuerpo legal que regula la materia en Costa Rica.

d) Analizar el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, así como la importancia de aplicar la normativa, tanto internacional como nacional, en él.

d) Delimitar cuál es la competencia del Juzgado de Niñez y Adolescencia, así como los criterios utilizados para ello.

e) Analizar los Convenios de la Haya sobre Adopción Internacional y Sustracción Internacional de Menores.

f) Estudiar la forma mediante la cual se aplican los tratados en el Juzgado, a partir de los Convenios sobre Adopción Internacional y Sustracción Internacional de Menores.

HIPÓTESIS:

El Juzgado de Niñez y Adolescencia es un esfuerzo por parte del Estado costarricense para integrar las normas tanto internacionales como nacionales y cumplir con una real y efectiva protección de este sector vulnerable de la sociedad.

A partir de lo anterior nuestra hipótesis pretende comprobar lo siguiente:

4. Que los especialistas en la materia, así como quienes tienen en sus manos la protección de los derechos de las personas menores de edad, no pueden solamente basarse en la normativa nacional para la resolución de los casos. En muchas ocasiones la normativa interna no resulta suficiente para el cumplimiento de los compromisos adquiridos en cuanto a los derechos de la niñez y la adolescencia.

5. Que el Juzgado de Niñez y Adolescencia realiza una complicada labor al aplicar los Convenios, ya que debe construir la aplicación del tratado a partir de su parte dispositiva.
6. Que el Juzgado de Niñez y Adolescencia realiza un gran trabajo en la aplicación de los Convenios, a pesar de que se encuentra con muchas dificultades en el camino.

Entonces, básicamente pretendemos demostrar que, a pesar de que la legislación interna está bastante completa, es necesario estudiar y ampliar los conocimientos en cuanto a los tratados, debido a que en éstos existen algunos pequeños detalles que amplían el panorama para que un juez resuelva con más seguridad y más apegado a los derechos de la niñez y adolescencia.

Además, es parte de nuestra investigación observar cómo los jueces deben construir, a partir de un tratado, la parte procesal para su aplicación, por cuanto el tratado o convenio solamente brinda los lineamientos generales y no su aplicación.

Para investigar lo que se ha descrito, se escogieron dos Convenios, a saber: el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el Convenio de Adopción Internacional.

De tal forma, el análisis comienza con el estudio del Convenio y algunos expedientes en donde se intentará observar el esfuerzo del Juzgado por plasmar las disposiciones del primero en el proceso y luego, si a raíz del trabajo del Juzgado se pueden ver los principios del Convenio, así como los derechos de la niñez y adolescencia en la sentencia, se recomendará qué aspectos se pueden mejorar.

Es de nuestro interés, además, comprobar si es necesario ir más allá de lo que dispone la legislación interna en la materia, por cuanto a pesar de que es sumamente completa, no puede ser tan específica.

MARCO TEÓRICO

Estado actual de la cuestión

En 1948, la Declaración de los Derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, siendo el primer texto de Derechos Humanos de más relevancia en el plano internacional.

Su origen obedece a la necesidad de que se especificaran los contenidos de los Derechos Humanos que habían sido mencionados en la Carta de las Naciones Unidas. A raíz de esta Declaración se refleja la necesidad de resguardar los sectores vulnerables de la sociedad, como las mujeres, los niños, las niñas, los adolescentes, las personas mayores, etc.

Por esta razón, en 1959 la Asamblea General de la Naciones Unidas previó la necesidad de particularizar y así consignar los derechos y libertades de los niños, las niñas y adolescentes. Se tomó, entonces, la decisión al consignar que las necesidades esenciales de la infancia justificaban ampliamente una protección especial.

Esto, pues a pesar de que la mayoría de los derechos y libertades estaban incluidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se consideró que las condiciones especiales de la Niñez justificaban una declaración aparte. Es por esto que el 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó por unanimidad la Declaración de los Derechos del Niño, en Resolución 1386 XIV.

A pesar de que en el nivel internacional se había avanzado en la materia, los cambios en la legislación familiar costarricense tomaron cuerpo y vida jurídica en la década de los setenta, lo que tuvo consecuencias importantes para los miembros que integraban las familias costarricenses. Con estos cambios se vino a sistematizar el derecho de familia para adquirir la autonomía necesaria.

La vida, la tecnología, las costumbres, las necesidades y hasta la voluntad de los mismos individuos dan un movimiento virtual continuo que hacen que el Derecho de Familia evolucione constantemente.

La vida de las personas menores de edad debe ser regida por normas propias, diferentes a las que se les aplican a todos, por el hecho que merecen una mayor protección jurídica por parte del Estado, a causa de su edad y desarrollo mental y físico.

La solución de esta problemática comenzó a partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), el 9 de agosto de 1990, mediante ley número 7184, publicada en La Gaceta número 149; con esto empieza una etapa de adecuación de la normativa nacional en esta materia: la protección integral, con el objetivo de cumplir con los principios y preceptos enunciados por los instrumentos nacionales.

Costa Rica se propone, entonces, plasmar los principios estipulados en la Convención por medio del Decreto Ejecutivo de 1995, en el cual se formalizó la

integración de una comisión interinstitucional redactora del ante-proyecto del Código de la Niñez y Adolescencia. Con la creación de dicho Código se dio una reformulación del marco jurídico costarricense, a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Una vez plasmados los derechos y las libertades en los instrumentos nacionales e internacionales, resulta necesaria la creación de órganos que velen por su real y efectiva aplicación, para lo que se crean instituciones tanto administrativas, como gubernamentales y jurisdiccionales. En cuanto a las primeras y segundas, existen investigaciones que estudian el tema, sin embargo, existe un vacío en cuanto a la investigación de las terceras.

No obstante, es importante señalar que en el plano jurisdiccional se han dado grandes novedades, pues la materia de niñez y adolescencia siempre estuvo regulada en las normas jurídicas, en relación con la legislación y jurisdicción de familia, ya que los competentes de conocer dicha materia habían sido por mucho tiempo los juzgados y tribunales de familia.

En el momento en que se hace conciencia de que las normas de niñez y adolescencia, por su importancia, debían ser aplicadas como materia aparte, de dedicación especial, se crea una sección especializada por acuerdo de Corte Plena en sesión 22-00, celebrada el 5 de junio del 2000. Esto comprendió Desamparados, Hatillo y los Circuitos Judiciales Primero y Segundo de San José, comprobándose de esta forma la necesidad y urgencia que ameritaba la creación de un Juzgado especializado.

Por esto y por la inquietud de varios funcionarios del Poder Judicial, se crea el Juzgado de Niñez y Adolescencia, otorgándole la competencia sobre todo a la provincia de San José, mediante Ley 84-11, publicada en La Gaceta del 11 de mayo del 2004.

El objetivo de dicho Juzgado es darle a ese sector de la comunidad el apoyo para que pueda realizar la vida normal a la que tiene derecho, de forma que conoce todos los procesos en los que están involucradas las personas menores de edad, por ejemplo, de abandono, adopciones, procesos especiales de protección, depósitos de personas menores de edad y cualquier otro caso que no sea de justicia penal.

Después de haber expuesto la situación de dicho tema en Costa Rica, salen a colación diversas preocupaciones. La primera es que, al ser un tema tan novedoso, no se da la interrelación entre la aplicación de los convenios en los que se encuentran de por medio personas menores de edad y su aplicación por parte de las autoridades jurisdiccionales, específicamente las competentes en materia de niñez y adolescencia.

En segundo lugar, no existen estudios sobre cuáles son los convenios que este Juzgado debe aplicar, su procedimiento y lo sucedido desde su creación hasta nuestros días. Nos preocupa que, por falta de estudio profundo en la materia, no se esté dando la adecuada aplicación en sede judicial. No obstante, consideramos que con nuestro aporte podemos contribuir al gran esfuerzo que realizan las personas que aplican la materia.

Consideramos de suma importancia el estudio de tres variables en esta investigación: el Juzgado, el Código y los Convenios, para así lograr una correlación entre ellos y contribuir con la búsqueda de un mejor mundo para nuestra niñez y adolescencia.

Se puede concluir que, en buena medida, el presente Trabajo Final de Investigación busca el análisis tanto de los Convenios como de su incidencia en el Código de Niñez y Adolescencia, para hacer ver la importancia de la adecuada aplicación de estos en el Juzgado. Lo anterior, debido a que detrás de cada expediente del Juzgado hay también una familia, un niño, una niña, un adolescente que se pueden ver afectados si no se da una solución, a la luz de los instrumentos nacionales e internacionales.

Es menester aclarar que la presente investigación busca demostrar cómo el Juzgado de Niñez y Adolescencia, mediante su especialidad en la materia, logra aplicar los compromisos adquiridos en el plano internacional mediante una construcción procesal por parte de los jueces y demás colaboradores. Lo anterior, debido al compromiso y fuerte trabajo de los especialistas que se ven plasmados en la sentencia de cada caso en particular y los principios establecidos para que se dé una real protección integral a los niños, las niñas y adolescentes en nuestro país.

METODOLOGÍA:

Para lograr los objetivos de esta investigación, se utilizarán los siguientes instrumentos metodológicos:

1. Análisis histórico: consiste en el estudio detallado del tema de protección de la niñez y la adolescencia a través del tiempo, para crear un marco histórico de sus diferentes etapas que, en gran medida, provocaron una reformulación del marco jurídico costarricense.

2. Análisis teórico: involucra el estudio de las diferentes doctrinas en cuanto a la protección de la niñez y la adolescencia y como éstas influyeron en los diferentes

convenios internacionales, los que culminaron en la creación de diferentes órganos que velan por la protección de este sector vulnerable de la sociedad.

3. Análisis de campo: consiste en el estudio de la actividad judicial, en especial la del Juzgado de Niñez y Adolescencia, para así evaluar la importancia de la aplicación de los convenios, así como verificar si dicha actividad es un medio para asegurar la protección, la defensa y la restitución de los derechos de las personas menores de edad.

4. Análisis jurisprudencial: implica el estudio de los fallos más relevantes del Juzgado de Niñez y Adolescencia, para observar y analizar la incidencia de los instrumentos internacionales.

TÍTULO 1

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Antes de comenzar con el desarrollo histórico-jurídico de los derechos de la niñez y adolescencia, por su grado de importancia deben quedar claras sus bases, por lo que a continuación se hará una sucinta reseña del concepto, la evolución y la clasificación de los Derechos Humanos.

Lo primero que se debe tener en cuenta es que el concepto de Derechos Humanos es meramente moderno, aunque sus antecedentes sí están constituidos por hechos antiguos.

Algunos pensadores han dicho que el origen de los Derechos Humanos se remonta a las civilizaciones helénico-romanas, sin embargo, esta idea se ve frustrada con la práctica de los diferentes regímenes autoritarios y antidemocráticos que existieron en esa época.

Situándose más adelante en la línea del tiempo, se puede ver que en 1215, con la confección de la Carta Magna expedida por el Rey Juan, se le prohíbe al monarca establecer nuevos impuestos sin previa aprobación del Gran Consejo y se le obliga a respetar las leyes del Estado. Es en este lineamiento donde se plasma el primer precedente en cuanto a la limitación de los poderes que ejerce el soberano. Además, se estipula, en el texto, que ningún hombre puede ser desterrado, muerto o puesto en prisión sin antes ser Juzgado por igual.

Para 1628, después de la revolución puritana y la dictadura de Cronwell también en Inglaterra, se expidió la “Petición de Derechos” que vino a confirmar y ampliar las

garantías antes reconocidas en la Carta Magna, por medio de varios estatutos, entre ellos se encuentra la Bill of Rights, que se da en 1688 y pone fin al absolutismo de la Corona, sentando las bases del parlamento británico.

George Masan, en junio de 1776, redacta la Declaración de Derechos de Virginia, Estados Unidos, expedida por la Asamblea de ese mismo Estado. Esta declaración es la primera en la historia en ser introducida en un texto constitucional y, por lo tanto, la primera en alcanzar rango de ley fundamental.

Esta declaración americana explicó la filosofía que sustentaba la independencia, proclamando que todos los hombres nacen iguales y poseen ciertos derechos inalienables, entre ellos la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que los gobiernos pueden gobernar sólo con el consentimiento de los gobernados; que cualquier gobierno puede ser disuelto cuando deja de proteger los derechos del pueblo y que las elecciones de dichos gobiernos deben ser libres. Esta teoría tuvo su origen gracias al inglés John Locke.

Posterior a la Declaración de Independencia de la Confederación de Estados Americanos o las Trece Nuevas Colonias, se adopta en ese país, en 1791, su “Carta de Derechos”, la cual consagra, en su primer artículo, Derechos Humanos clásicos como la libertad. En el resto de sus artículos habla del derecho a ser Juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito donde se encuentre, también que no se podrán exigir fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas, entre otros.

Como consecuencia de la Revolución Francesa y su lema de “igualdad, fraternidad y libertad”, aparece la Declaración del Hombre y del Ciudadano en 1789, donde se recogen los principios elementales para los derechos del hombre. Se basó en la Teoría de la Voluntad General de Rousseau y en la división de poderes de Montesquieu, así como en los derechos naturales que defendían los enciclopedistas de la época.

Es con la terminación de la declaración francesa cuando se puede hablar de la culminación de una etapa teórico-doctrinal en la materia de los Derechos Humanos y se pasa a la protección normativa de éstos, como lo explica Tünnermann Bernheim¹, es decir, se incorporan dichos derechos a la normativa de cada país, por medio de la constitucionalidad, elevados así a la categoría de preceptos de la máxima jerarquía en su

¹ TÜNNERMANN BERNHEIM, Carlos (1997). *Los Derechos Humanos: evolución histórica y reto educativo*, primera edición, Vol. 6. San José, Costa Rica, pág. 24.

ordenamiento legal, donde su tutela pasa al propio parlamento o a un poder judicial independiente de la autoridades centrales.

Entonces, es a partir de las Constituciones de Estados Unidos y la de Francia donde empieza a aparecer, en la mayoría de las Cartas Magnas promulgadas, la parte dogmática o declarativa, es decir, un enunciado de los derechos y las garantías de los habitantes y ciudadanos y, en una manera más reciente, hasta de la incorporación de los derechos sociales, económicos y culturales.

Con lo acontecido en las Guerras Mundiales, se dan intentos de plasmar estos derechos en instrumentos internacionales y los mecanismos para que se cumplan, de forma que, básicamente, su cumplimiento y protección quedarían a cargo de órganos supranacionales creados por la misma comunidad internacional. Tal es el caso de la Organización de las Naciones Unidas, fundada en 1945, la que cuenta en su carta constitutiva, específicamente en su preámbulo, con la siguiente declaración:

“Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas...”²”

Ya para 1948, la Asamblea General de dicha institución adopta la Declaración Universal de Derechos Humanos, primer texto relacionado con este tema tan relevante en el nivel internacional y se especifican los contenidos mencionados en la Carta de las Naciones Unidas. Su contenido está basado en cuatro pilares: los derechos básicos de la persona humana (igualdad, vida, libertad, seguridad, privacidad), los que le pertenecen al individuo en relación con el grupo social en el que participa (familia, nacionalidad, entre otros); las libertades civiles y derechos políticos (participación en el gobierno, por ejemplo); Derechos Humanos de naturaleza económica y social como al trabajo, educación, seguridad social, etc.

² Preámbulo de la Carta Constitutiva de la ONU, recuperado el día 10 de febrero del año 2007 de <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter/index.htm>.

Por otro lado, en el viejo continente, se da la Convención Europea de Derechos Humanos adoptada por el Consejo de Europa en 1950, que entra en vigor en 1953. Tiene por objeto proteger los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, permitiendo un control judicial del respeto de dichos derechos individuales. Además, hace referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, anteriormente mencionada.

Para que se lleve a cabo el respeto efectivo de estos derechos, la Convención instituyó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (o Corte Europea de Derechos Humanos), efectiva en 1954, y el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La Convención ha evolucionado con el paso del tiempo y comprende diversos protocolos adicionales. Por ejemplo, el Protocolo N° 6 prohíbe la pena de muerte, excepto en caso de guerra.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica o CADH) fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en nuestra capital y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Esta es una de las bases del Sistema interamericano de protección de Derechos Humanos.

Los Estados partes en esta Convención se "*comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna.*"³

Se establece, también, que si el ejercicio de tales derechos y libertades no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes están obligados a adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos.

Además, establece la obligación, para los Estados partes, del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

³ Convención Americana sobre los Derechos Humanos. *Preámbulo del Pacto de San José*. Recuperado el día 10 Febrero del año 2007 de: <http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/normativa/Convención%20Americana%20sobre%20Derechos%20Humanos.doc>.

Como medios de protección de los derechos y libertades, establece dos órganos para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de la Convención: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta Convención consagra diversos derechos civiles y políticos, entre otros: al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y garantías judiciales, al respeto de la honra y reconocimiento de la dignidad, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de pensamiento y de expresión, y el derecho a asociarse libremente.

1.2 CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una vez vista de manera rápida la evolución de los Derechos Humanos, se les debe tratar de dar un significado.

Así, de manera general, cuando se habla de ‘derecho’, se hace en relación con un poder o facultad de actuar, un permiso para obrar en un determinado sentido o para exigir una conducta de otro sujeto. Por su parte, son llamados ‘humanos’ porque son de la persona humana, de cada uno de nosotros. Ejemplo de ello es que estos derechos son inherentes a la persona humana, así como inalienables e imprescriptibles.

La persona humana es la única destinataria de estos derechos y por ende, reclaman reconocimiento, respeto, tutela y promoción de parte de todos, especialmente de la autoridad.

Según la Organización de las Naciones Unidas, los Derechos Humanos son “*las condiciones de la existencia humana que permiten al ser humano desenvolverse y utilizar plenamente sus dotes de inteligencia y de conciencia en orden a la satisfacción de las exigencias fundamentales que le imponen su vida espiritual y natural.*”⁴

Se debe dejar claro que el concepto dado, partiendo de que existen varios puntos de vista, es sólo una aproximación a los Derechos Humanos, ya que el término dicho no es unívoco, por lo que se debe decir que para obtener un significado preciso, va a depender de la concepción que se tenga de la palabra ‘derecho’.

⁴ONU (2005). *Título de página*. Recuperado el día, 22 de Febrero del año 2007 de : www.un.org/spanish/geninfo/facq/hr2htm.

Según la posición jusnaturalista, los Derechos Humanos se definen como *“las garantías que requiere un individuo para poder desarrollarse en la vida social como persona, esto es, como un ser dotado de racionalidad y de sentido. En consecuencia, se habla de que ningún hombre puede existir sin libertad, ni sin propiedad (...)”*⁵

Por consiguiente, se ha afirmado que los derechos del hombre son anteriores y superiores a cualquier actuación gubernamental, esto es, que no requieren de una normativa propia para su vigencia y tampoco pueden ser derogados válidamente por los gobernantes. Así, se dice que los Derechos Humanos son *“inherentes a la naturaleza humana”*, parte principal de la *“dignidad humana”*.⁶

Por otro lado, para Hans Kelsen, con la posición positivista, una norma era válida sólo si había sido creada según las reglas determinadas y con el método específico dado por el mismo ordenamiento jurídico, por lo que el único derecho válido era el positivo.

Según éste, los Derechos Humanos constituyen un conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico reconoce en cada país, poniéndole límite y reglamentación a la actuación estatal. Concretizan la libertad frente al Estado y la garantizan en el sentido normativo de una meta que hay que alcanzar. Este ‘hay que alcanzar’ significa que la función primordial de los derechos fundamentales del hombre no es sólo afirmar su posición frente al Estado, sino lograr integrarlo con este y con la sociedad haciendo de ella un verdadero tejido de solidaridad.

*“Por ello -decía Quiroga Lavié-, la función de los derechos del hombre no puede limitarse a emancipar parcialmente al individuo frente al Estado y a proporcionarle protección frente al mismo, sino que debe concebirse como relaciones vinculantes entre el individuo, el Estado y la sociedad, es decir como el fundamento de la unidad política”*⁷ Todo esto significa también, que estos derechos no sólo encierran facultades sino además deberes recíprocos.

Tomando en cuenta la posición historicista, los Derechos Humanos manifiestan garantías variables y relativas a cada contexto histórico que el hombre posee de acuerdo

⁵ THOMPSON, José (1986). “Fundamentos Histórico-Filosóficos de los Derechos Humanos”, En *Cuadernos de Estudio*. Serie: *Educación y Derechos Humanos. Temas introductorios*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pág. 8

⁶ THOMPSON, José (1986). “Fundamentos Histórico-Filosóficos de los Derechos Humanos”, En *Cuadernos de Estudio*. Serie: *Educación y Derechos Humanos. Temas introductorios*. op cit , pág. 10.

⁷ QUIROGA, LAVIE, Humberto (1995) *Los Derechos Humanos y su defensa ante la justicia*”, Santa Fé , Bogotá-Buenos Aires: Editorial Temis Ediciones Desalama, pág 01.

con el desarrollo de la sociedad.⁸ También se ha dicho que son “*el producto de una evolución histórica, del desarrollo socioeconómico de la colectividad humana y de los valores morales que le corresponden; por eso, su concepto y amplitud están sujetos a un permanente enriquecimiento y desarrollo, y a una concepción más amplia del quehacer del hombre, acorde con la dinámica de las sociedades.*”⁹

Se debe tener en cuenta, finalmente, lo que dice Norberto Bobbio: “*no se trata de encontrar fundamento absoluto (...), se trata de encontrar los diversos fundamentos posibles. No obstante, de todas maneras esta búsqueda de los fundamentos posibles-hazaña legítima y no condena a la esterilidad como la otra-, no tendrá ninguna importancia si no está acompañada del estudio de las condiciones de los medios y de las situaciones, donde tal derecho o tal otro pueda ser realizado. Este estudio es la tarea de las ciencias históricas y sociales. El problema filosófico de los Derechos Humanos no puede ser dissociado con el estudio de los problemas históricos, sociales, económicos, psicológicos, inherentes a su ejecución.*”¹⁰

1.3 CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dentro de las características de estos Derechos están que son personales, es decir, se encuentran en cada individuo y se nace con ellos. Ellos se tienen por el sólo hecho de ser persona humana, de forma que son anteriores y superiores al Estado, que junto con la Sociedad, se limita a reconocerlos. Esto significa que no son una gracia, un favor o una concesión del gobernante.

Otra de sus características es la universalidad, pues no son limitados por las fronteras, ya que la dignidad humana no se circunscribe a un territorio. Por eso, gozan de protección internacional y frente a esta acción no cabe la invocación del principio de

⁸ HABBA, Pedro (2005). *Axiología y Derecho*. Universidad de Costa Rica, pág. 119.

⁹ ESTEVEZ, Carlos (1993). “Derechos Humanos, Globalización y Desarrollo”. En: *Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo en América Latina*. Bogotá – NOVIB: Editorial Presencia Limitada, pág. 188.

¹⁰ ANGULO FONSECA, Grethel Elena (2004). *Análisis de las medidas de protección: cuidado provisional en familias sustitutas y abrigo temporal en entidades públicas o privadas, dictadas por el Patronato Nacional de la Infancia y reguladas en el Código de la Niñez y Adolescencia*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, pág. 47.

no intervención que pudieran hacer los Estados que toleran o son partícipes activos de violaciones a los Derechos Humanos.

Se trata de derechos iguales que corresponden a todas las personas y se dan en todas las sociedades, sin diferencia alguna de raza, religión, posición política, económica o de género.

Por otro lado, son inalienables e imprescriptibles, pues no pueden ser objeto de comercio, no pueden ser cedidos ni les afecta el transcurso del tiempo en cuanto a su vigencia.

Finalmente, debemos llamar la atención respecto de una situación en la que aún vivimos estancados: la no vigencia y la falta de respeto universal de los Derechos Humanos constituyen los problemas más graves de la sociedad de esta época. De hecho, según el maestro Alzamora Valdez, la violencia institucionalizada y revolucionaria que se manifiestan bajo las más diversas formas, en todas las latitudes, los niegan y con ello niegan también la dignidad del hombre.

La enseñanza y la difusión de estos Derechos constituyen, entonces, aportes significativos a su protección. Tenemos que interiorizar la percepción de que verdaderamente somos, la humanidad, una única familia y de que cada persona nace al mundo como fideicomiso del conjunto. Por lo tanto, la violación de los derechos de cualquier integrante de la familia es una violación de la humanidad de todos.

1.4 CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Existen varias clasificaciones de los Derechos Humanos, pero la general y tal vez la que más nos ayuda al realizar esta investigación es la tripartita que se da con la evolución de las generaciones en el desarrollo de estos derechos.

Históricamente, los Derechos Humanos han surgido y han sido reconocidos, de manera progresiva, por etapas o 'generaciones', como señaló el jurista francés Karel Basak, sin que esto de 'generaciones' signifique que las nuevas sustituyen a las anteriores; al contrario, si se parte de este punto, se tiene un elemento unificador: el bienestar y desarrollo integral del ser humano.

Cada una de estas etapas o generaciones corresponde o constituye, en cierta forma, la realización de valores o principios como los consagrados por la Revolución Francesa: libertad, igualdad y fraternidad.

En la primera generación aparecen los primeros derechos surgidos en la historia de la humanidad, tales son los civiles y políticos, cuyo fin principal es la protección de la libertad, seguridad e integridad de la persona. Éstos surgen ante la necesidad de oponerse a los excesos de la autoridad, de forma que se proclamaron para limitar las competencias o atribuciones del Estado y se instituyeron como garantías a la libertad.

Algunos de los instrumentos que se encuentran en esta generación son la Declaración de Independencia de los Estados Unidos en 1776 y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que luego pasaron a formar parte de las constituciones políticas contemporáneas.

Dentro de estos derechos podemos citar los llamados “libertades”¹¹ como el derecho a la vida, a la integridad y libertad físicas; los derechos civiles, por ejemplo, la no discriminación por sexo, raza, color, religión, idioma u origen; los políticos: libertad de pensamiento y expresión, la interposición de recursos ante un Poder Judicial independiente, la participación en la vida política del Estado y, por supuesto, la democracia y el referendo.

La segunda generación es la de los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se fundan en la igualdad. Estos adquieren importancia en la últimas décadas, cuando se toma conciencia de la necesidad de encontrar mejores niveles de vida en la colectividad, de manera que se le ha dado una mayor importancia a la sociedad en su conjunto a fin de tener medios eficaces para beneficiarse en cada una de esas áreas.

Una de las características que tienen estos derechos de la segunda generación es la de deber-hacer, esto es, son una prestación por parte del Estado, donde éste se obliga a proporcionar las condiciones materiales para la realización de los fines sociales de la población como educación, salud, vivienda, trabajo, etc. De tal forma, el Estado debe asumir un papel activo, ya que tiene la obligación de crear las condiciones necesarias para la satisfacción de las necesidades económicas, sociales y culturales de todas las personas por igual. Son derechos de carácter colectivo, consecuentemente, no son reclamables directa e inmediatamente, ya que dependen de las condiciones reales de cada país.

La tercera generación tiene su desarrollo en la época actual, tanto así que muchos dicen que no ha concluido. En este caso, se incluyen los llamados derechos a la

¹¹ ALZAMORA VALDEZ, Mario (1968). *Informe sobre el Documento del Grupo de Estudio Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas Relativa al establecimiento de Comisiones Regionales de Derechos Humanos*. OEA/ ser. L/ v/II.20.doc

solidaridad o derechos de los pueblos. Estos se sostienen en el principio de la fraternidad, es decir, son los denominados derechos a la solidaridad que todavía se encuentran en proceso. Se inspiran en la armonía que debe existir entre las personas y los pueblos, entre éstos y la naturaleza. En este caso, se concibe a la vida humana en comunidad y comprenden el derecho a la paz, al desarrollo, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado y a la propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad. En esta etapa se espera una alianza efectiva entre los pueblos, entre los Estados.

Para Karen Vasak, estos derechos “*sólo pueden adquirir existencia real mediante los esfuerzos conjuntos de todos los componentes de la sociedad: individuos, Estado, entidades públicas y privadas.*”¹².

Los derechos de esta generación pueden ser reclamables frente al Estado, pero su titular puede ser igualmente un Estado, de forma que para su cumplimiento se requieren no sólo las prestaciones positivas sino también las negativas, tanto de un Estado como de la comunidad internacional; por último, estos derechos se involucran en el concepto de paz tomando este término en su sentido más amplio.¹³

Los derechos que integran esta generación pueden ser desglosados como el derecho al desarrollo, a la paz, a la libre determinación de los pueblos, al medio ambiente, a la comunicación y al patrimonio común de la humanidad.

1.5 DERECHOS DE LA NIÑEZ DENTRO DE LOS DERECHOS HUMANOS:

Ahora bien, luego de esbozar una breve reseña de los Derechos Humanos, se considera de suma importancia referirse a que los derechos de las personas menores de edad son de este tipo, por cuanto resulta relevante la relación existente entre ambos para hacer conciencia de la importancia del tema por tratar.

Los cambios políticos, culturales, sociales, así como los científicos han provocado la alteración de la vida de muchas personas. A pesar de que dichos cambios en muchas ocasiones han provocado resultados beneficiosos, también han surgido fenómenos con consecuencias preocupantes para la humanidad.

¹² ZOVATTO, Daniel. Citado por Angulo Fonseca, Grethel Elena (2004). *Análisis de las medidas de protección: cuidado provisional en familias sustitutas y abrigo temporal en entidades públicas o privadas, dictadas por el Patronato Nacional de la Infancia y reguladas en el Código de la Niñez y Adolescencia*, Op. Cit., pág. 51.

¹³ PICADO, Sonia. Citada por THOMPSON, José (2005). *Fundamentos Histórico-Filosóficos de los Derechos Humanos*. Op. Cit., pág. 22.

Así, existen aún sectores que luchan por alcanzar la igualdad y la dignidad, que fueron reconocidas para todos los seres humanos desde hace ya bastantes años. Fundamento de lo anterior resulta ser el reconocimiento de los Derechos Humanos como un atributo de la persona. Se nace con ellos aún y cuando no hayan sido todavía reconocidos.

El concepto moderno de los Derechos Humanos, que surge a finales del siglo XVIII hasta nuestros días, ha evolucionado, ya que ha incorporado derechos nunca antes considerados, lo que da como resultado lo que algunos autores conocen como las generaciones de los “Derechos Humanos”.

Los Derechos Humanos en las últimas décadas del siglo XX, en América Latina, se han convertido en la base de un sistema que garantiza el desarrollo sin discriminación, pasando a ser el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático.¹⁴

De acuerdo con la evolución de este concepto, así como con el hecho de que los Derechos Humanos, en las últimas décadas, han pasado a ser la base de un sistema democrático, se puede afirmar que ellos cubren a todas las personas, por lo tanto, todos los seres humanos gozan de sus derechos fundamentales.

Los Derechos Humanos o fundamentales de las personas no dependen, para su reconocimiento, del Estado, la cultura o nacionalidad, pues son universales, reconocidos para todos los habitantes del planeta.

Sin embargo, a pesar de todo esto, existen aún ciertos grupos de personas que no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección o, bien, porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.¹⁵

Los niños, las niñas y adolescentes constituyen uno de los grupos que, a pesar de que se sabe que cuentan con los mismos derechos fundamentales de todas las personas, aún luchan para que éstos les sean reconocidos.

Cabe señalar que parte de esta lucha la han conformado los instrumentos internacionales, ya que constituyen un importante aporte a la democracia, que se basa en el respeto y cumplimiento de los derechos de todos los sectores.

¹⁴ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). “El interés superior del niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”. En *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires: Editorial Temis-Ediciones Desalma, pág. 73.

¹⁵ *Ibidem*.

1.6 PROCESOS DE LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS:

Durante los siglos XIX y XX, los Derechos Humanos experimentaron procesos o tendencias que permiten formarse una idea sobre el sentido de su evolución. A continuación se exponen de manera breve tales procesos.

Proceso de positivación: conocido como aquel proceso en virtud del cual los Derechos Humanos se incorporan al derecho interno de los Estados. Se puede ejemplificar este proceso como el paso de “declaraciones o aspiraciones” a textos normativos de rango constitucional o legal. La importancia de esta etapa se resume en 2 ventajas para la protección de los Derechos Humanos:

Se hacen ciertos en la medida de que se incorporen al derecho interno y las leyes se fijen de un modo más determinado y preciso.

Con la incorporación de los derechos en el ámbito del derecho interno de los Estados, comienzan a tener más eficacia desde el punto de vista de su protección jurídica, o sea, se hacen más efectivos.

Proceso de Generalización: tendencia que experimentan los Derechos Humanos que consiste en la extensión de su reconocimiento a más personas. En virtud de este proceso, serán reconocidos a todos los seres humanos sin distinción de raza, sexo, posición socio-económica o tendencia filosófica, política o religiosa.

Proceso de Especificación: reconocimiento de los Derechos Humanos de un modo más específico, atendiendo a las situaciones o condiciones que puedan afectar a un grupo de personas o a la comunidad internacional. En virtud de este proceso, se elaboran convenciones internacionales destinadas a proteger los derechos de las personas menores de edad, las mujeres, las minorías étnicas, los discapacitados, etc.

1.7. LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS NIÑAS, LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

La promoción y defensa de los Derechos Humanos de los niños, las niñas y adolescentes ha sido un trabajo duro y serio, ya que a pesar de su reconocimiento hace

unos años atrás, no es hasta que se da el proceso de su especificación que entran en el foco de protección de la Sociedad.

El proceso de especificación de los titulares de los derechos trata de dejar de hablar de los seres humanos en general y de forma abstracta, por lo que se empieza a hacer referencia a la diferenciación de personas situadas según sus necesidades e intereses, con el fin de dar la protección y promoción adecuadas a sus derechos.¹⁶

Por su parte, varios autores mencionan que el proceso de especificidad parte de la idea de que todos los seres humanos tienen Derechos Humanos, por ser seres humanos, pero teniendo en cuenta la situación social realmente desventajosa para ciertos grupos sociales, en razón de su sexo, raza o edad, se hace necesario pasar de los Derechos Humanos del hombre concebido como un ente abstracto a aquéllos del hombre/ la mujer/ las personas menores de edad, en concreto, con sus necesidades e intereses particulares.¹⁷

Entonces, a partir de este proceso se empiezan a proteger diferentes sectores que habían sido invisibilizados por la sociedad. Desde este momento se hace claro que es imposible hablar de una cultura de Derechos Humanos, de forma que se incorpora una visión de género, entendiéndola como la consideración de que la pertenencia a un sexo, dada la estructuración de nuestras sociedades, se convierte en una categoría social que debe ser incorporada.¹⁸

Lo anterior obligó que en el ámbito jurídico internacional, la Organización de las Naciones Unidas, así como en el ámbito jurídico interno, los Estados, adoptaran medidas tendientes a la corrección de las desigualdades ocurridas en los siglos pasados.

La protección especial, así como el trato diferenciado, se han puesto en práctica en relación con diferentes sectores tales como: mujeres, personas con discapacidad, pueblos indígenas y población infantil, entre otros.

En cuanto a la población infantil y el proceso de especificidad mencionado, se puede señalar que la condición de la infancia posee una serie de características que sitúan a los niños y las niñas en un nivel de inferioridad y desigualdad en las relaciones sociales, por lo tanto, se justifica su tratamiento especial. De acuerdo con lo anterior, se

¹⁶ ARROYO VARGAS, Roxana (1994). *Algunos elementos para una reconceptualización de los Derechos Humanos de los niños, las niñas y los y las trabajadoras de la calle*. San José Costa Rica; ILANUD, pág. 7.

¹⁷ Acción Educativa (2004). *De los Derechos Humanos a los Derechos de la Infancia*. Recuperado el día 2 de Febrero del año 2007 de: <http://www.ciudadesamigasdela infancia.org/doc/download.php?id=9>

¹⁸ ARROYO VARGAS, Roxana (1994). Op. Cit, pág. 13.

puede afirmar que la niñez es receptora de los Derechos Humanos genéricos de una forma efectiva y concreta.

Entonces, los derechos de la niñez y la adolescencia son reconocidos como humanos, pero se observa la necesidad de observarlos ya no como seres abstractos sino como concretos, es decir proteger y luchar por los derechos, pero de una forma particular de acuerdo con las necesidades, exigencias y problemáticas de cada sector.

La evolución de los Derechos Humanos va de la mano con la del concepto infancia, ya que los niños, las niñas y adolescentes aparecen en el panorama social debido a dos cuestiones: la primera puede señalarse como el proceso de especificación de los Derechos Humanos, el cual pone en evidencia que la población infante-adolescente es un sector que requiere de protección y, la segunda, el hecho de que los niños, niñas y adolescentes empiezan a ser considerados como personas a partir del siglo XVII, por lo que la evolución del concepto de “niño” “niña” como persona ayuda a que en el momento del proceso de especificidad de dichos derechos, se tome en cuenta a la población infantil.

Ahora bien, si nos acercamos un poco más en el tiempo, se puede observar que los Derechos Humanos de las personas menores de edad han evolucionado y su lucha intenta ser exitosa. Así, las corrientes de pensamiento de la segunda mitad de siglo XX se concretan en la idea de que las personas menores de edad, además de estar necesitadas de protección, son sujetos activos de derechos, capaces de participar de forma activa en la sociedad en la que conviven con los adultos.

CAPÍTULO II

CONSTRUCCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

El tratamiento que han recibido las personas menores de edad a través de la historia ha sido bastante irregular, al punto de que se situaron en algunos momentos en el escalón más indefenso de los seres humanos. El reconocimiento de sus derechos ha tomado un largo y lento recorrido, partiendo desde su aparición en el contexto social como objeto de protección, hasta llegar a ser considerados sujetos de derecho.

A simple vista lo anterior pareciera ser un pequeño paso, pero quienes estudian y luchan por las personas menores de edad saben que no fue ni ha sido fácil su reconocimiento y que ha implicado esfuerzo, así como el compromiso de muchos por lograr su protección.

Para una mejor comprensión del tema, es necesario realizar la construcción socio-histórica de las personas menores de edad, observar su tratamiento social a lo largo de los tiempos y, de esta manera, comprender los precedentes que generan una diferente gama de normativa, educación, legislación y visión en cuanto a los niños, las niñas y adolescentes en este nuevo siglo XXI.

2.1 CONCEPCIÓN SOCIO-HISTÓRICA DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y ADOLESCENTES

Podemos partir de cuando las personas menores de edad eran consideradas básicamente como esclavos, como sucedía en Mesopotamia, o cuando, en función de sus características físicas en el momento de su nacimiento, reconocían a favor del padre (Grecia o Roma) o de los ancianos de la tribu (Atenas o Esparta), el derecho a decidir la muerte del recién nacido.¹⁹

Los romanos poseían, al igual que los griegos y otras culturas, numerosas divinidades o genios protectores de la infancia. Los genios con los que cada niño o niña

¹⁹ SOROETA LICERAS, Juan (2003). *Los derechos del niño. Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 2da edición. Madrid: Editorial Diles S.L, pág. 332.

nacía podían ser buenos o malos, ángeles buenos o malos y, de acuerdo con ello, estaba marcado su destino.

En la época romana, el *pater familia*, figura de poder en cada grupo, tenía poder absoluto sobre sus hijos, hijas y los bienes de éstos. Destaca entre otros el poder de corrección, que abarcaba inclusive el disponer la vida de aquel niño o niña.

El Cristianismo provocó una primera ruptura respecto a la imagen de la infancia. El evangelio, además de declarar que todo ser humano, de cualquier edad y condición, es hijo de Dios, había indicado una precisa y explícita valoración de la infancia.

Con la idea de crear buenos cristianos, se le otorga poder a los padres para con sus hijas e hijos, permitiendo de esta forma castigos severos y exagerados para su corrección y formación.

De acuerdo con lo anterior, podemos observar cómo el Cristianismo y la época romana, en el mundo occidental, ha tenido gran influencia en el tratamiento de las personas menores de edad

Por otro lado, podemos determinar el descubrimiento de la infancia en la Edad Media, ligándolo con lo siguiente:

“Hasta aproximadamente el siglo XVII, el arte medieval no conocía la infancia o no trataba de representársela; nos cuesta creer que esta ausencia se debiera a la torpeza o a la incapacidad. Cabe pensar más bien que en esa sociedad no había espacio para la infancia.”²⁰

Considerando que el arte medieval no conocía la infancia y de acuerdo con otros estudios realizados, ésta se puede registrar a partir del siglo XVII, ya que anteriormente las personas menores de edad ni siquiera eran consideradas en la sociedad porque se encontraban en el estrato de los esclavos, en absoluto dominio de sus padres; por lo tanto, ni siquiera eran consideradas personas. Se podría decir que las personas menores de edad eran sólo un apartado más en una estructura social, pero no requerían de protección, cuidados ni derechos específicos o especiales.

Debemos aclarar sobre este punto que no es que antes no existieran las personas menores de edad, sino que no eran consideradas en su especificidad. Se les concebía

²⁰ ARIES, Philippe. “El niño y la vida familiar en el antiguo régimen”. En *Derecho a Tener Derecho*. Tomo I. Capítulo II. Venezuela, Editorial La Primera Prueba, S.A., pág. 42.

como adultos pequeños y, en cuanto tales, compartían todos los rasgos y las actividades propios del mundo adulto (el trabajo, la recreación, la educación).

De acuerdo con el ilustre jurista García Méndez, la infancia, tal como es entendida y representada en su acepción moderna, no existió antes del siglo XVI.

Tomando en cuenta, entonces, que para efectos de este estudio, se va a analizar a partir del siglo XVII, podemos mencionar que las personas menores de edad en este siglo eran consideradas encarnaciones de almas con necesidad de salvación.

En la Edad Media, los niños, las niñas y adolescentes eran considerados personas adultas, pero en miniatura, por lo que debían de acostumbrarse y adaptarse a la vida de las personas mayores. En el momento en que finalizaba la etapa en la que la persona menor de edad necesitaba de su madre, pasaba a considerarse como adulto, por lo que finalizaba su ciclo como adulto menor.²¹

Lo anterior se demuestra mediante el siguiente extracto del estudio realizado por el ilustre autor Aries Phillippe:

“En la edad media, a principios de la era moderna y durante mucho más tiempo en las clases populares, los niños vivían mezclados con los adultos, desde que se les consideraban capaces de desenvolverse con ayuda de sus madres o nodrizas pocos años después de un tardío destete aproximadamente a partir de los siete años. Desde ese momento los niños entraban de golpe en la gran comunidad de los hombres y compartían con sus amigos, jóvenes o viejos, los trabajos y juegos cotidianos.”²²

De tal forma, durante todo el siglo XVIII, las personas menores de edad debían pensar y actuar como los adultos; de lo contrario, eran castigadas.

Si bien los autores no llegan a un acuerdo exacto sobre registros del descubrimiento de la infancia en sí, sí están de acuerdo en que, a partir del siglo XVIII, sufre un cambio, ya que deja la idea de que las personas menores de edad eran almas

²¹ ANGULO FONSECA, Grethel (2004). *Análisis de las medidas de protección: cuidado provisional en las familias sustitutas y abrigo temporal de entidades públicas o privadas dictadas por el Patronato Nacional de la Infancia y reguladas en el Código de la Niñez y la Adolescencia*. San José Costa Rica: Universidad de Costa Rica. Tesis para optar al grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, pág. 34.

²² ARIES, Phillippe. “El niño y la vida familiar en el antiguo régimen”. En *Derecho a Tener Derecho*. Tomo I. Capítulo II. Venezuela, Editorial La Primera Prueba, S.A., pág. 44

reencarnadas y pasan a ser pequeños seres que necesitan de la educación severa para ser reformados:

“El principio de una vista secular de los niños y la niñez en el siglo XVIII marca el principio de un periodo de cambios significativos tanto en la conceptualización de la niñez como en el trato hacia los niños. La popularidad de las ideas de Locke y de Rousseau, y los poetas románticos posteriores, indica el principio de un periodo en el cual cesó la visión de ver a los niños como las encarnaciones de almas con necesidad de salvación, y se transformó, en cambio a ser visto ya sea como un pequeño animal doméstico que necesita entrenamiento de hábitos o como una semilla que se le debe permitir crecer naturalmente.”²³

Bajo el concepto de las personas menores de edad como animales domésticos, se crea una serie de instituciones educativas que utilizaban la teoría de la acción-reacción, en este sentido, los niños, niñas y adolescentes eran castigados de manera muy severa cada vez que accionaban de manera diferente a como los adultos consideraban que era lo correcto.

Tanto Locke como Rousseau influyeron profundamente en los padres de este siglo, tanto así que muchos de ellos utilizaron sus libros como única guía de paternidad²⁴:

“El Emilio de Rousseau, impactó de modo significativo aunque, los niños continuaron siendo maltratados como en siglos anteriores. El mensaje que Rousseau transmite es que el niño es diferente del adulto; que se le debe amor y respeto; que no es ni un pequeño animal ni un hombrecito; que si bien nace débil y dependiente, posee modos de ver, de sentir y de pensar que le son propios. Algo que resalta de sus principios es que el niño necesita ser niño antes de llegara a ser hombre.”²⁵

²³ VICENTE SALAZAR, Rodolfo (no indica año). *Análisis Socio-histórico de la Niñez y la Adolescencia*. Formato Electrónico Pdf, pág. 2.

²⁴ Ibidem, pág. 3.

²⁵ MINNICELLI, Mercedes (agosto del 2003). *Seminario Infancia: derechos del niño y psicoanálisis*. Clase 3. Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina. Recuperado el día 2 de marzo del año 2007 de: <http://edupsi.com/infancia/>.

Aunque estos dos filósofos influyeron en los buenos padres, el problema radicó en que todas estas ideas no llegaban a las personas con escasos recursos o, bien, no descendían en la escala social.

Según varios autores, con la llegada de la Edad Moderna Burguesa y Capitalista, se produjo un cambio radical: la infancia fue valorizada, protegida y estudiada. Sin embargo, tal cambio incidió sobre todo en el imaginario y las ideas sobre la infancia de los sectores con posiciones económicas más favorecidas.

Por su lado, la aparición de la revolución industrial introdujo de forma brutal a la persona menor de edad, en el mundo del trabajo, en el que ocupó junto con la mujer el estatus laboral más bajo y explotado de la sociedad, quedando relegado en muchas ocasiones a situaciones de mera tolerancia. Con referencia a lo anterior señala el Lic. Vicente Salazar:

“Tal vez lo que pasó fue que la revolución industrial localizó a los niños pobres en una situación visible y pública en donde era evidente que su educación estaba en contraste severo con los mandatos de la naturaleza.”²⁶

(Sic)

La explotación laboral sufrida por las personas menores de edad en la Revolución Industrial pone en evidencia la necesidad de protección a este sector tan vulnerable de la sociedad.

De tal forma, aunque los gobiernos no estaban interesados en ellos, a pesar de la lucha de algunos veteranos y reformadores, trabajaron en pro de la erradicación y regulación del trabajo infantil, así como contra su tratamiento ilegal. A raíz de la idea de salvar a la persona menor de edad de la explotación laboral, surgieron diferentes organizaciones voluntarias, en su mayoría integradas por cristianos. La idea de quienes buscaban fielmente salvar a las personas menores de edad propiciaba que tuvieran lo que se tenía pensado como una infancia adecuada. En palabras del Lic. Vicente Salazar:

“Esto implicó una niñez separada, en inocencia y dependencia, del mundo del adulto. Los niños, para la mayoría de los cristianos, dejaron de ser corrompidos con el pecado original. Aunque lento esta visión de una niñez

²⁶

VICENTE SALAZAR, Rodolfo (no indica año). Op. cit., pág. 3.

apropiada para todos los niños empezó a tomar forma, con los mundos del niño y del adulto separados tanto como fuera humanamente posible.”²⁷

(Sic)

Entonces, la idea de salvar a la persona menor de edad provocó una separación de mundos en donde dejó de ser visto como un adulto miniatura, porque pasó, incluso, a tener un mundo separado. Cabe mencionar que con las ideas de finales del siglo XIX y principios del XX, los niños y las niñas dejaron de tener un valor económico, provocando con esto que se aumentaran sus oportunidades de supervivencia.

No debemos dejar de lado el hecho de que si bien tales ideas provocaron un avance en la protección de la niñez, cabe la posibilidad de que solo fueran ideas románticas porque en la realidad no es tan claro que su mundo se haya separado del adulto, ya que en algunos casos se acercó más a él.

Como consecuencia de que la niñez haya estado en el foco de atención de muchos, el siglo XX se conoce como el Siglo del Niño. Así, muchos estudiosos se adentraron a estudiar la niñez y los problemas que la rodean.

Desde un tiempo atrás se abrieron las puertas para estudiar el nuevo ser en formación, pero no es hasta principios de este siglo que surge una ciencia nueva: la Paidofilaxis, que pretende, según el Profesor Luis Felipe González Flores: *“...la prevención de los males que afligen a la infancia; el estudio y la aplicación de los principios científicos destinados a asegurar en las mejores condiciones la gestación y el nacimiento del niño, así como su desarrollo integral, hasta el momento en que es capaz de bastarse así mismo y de ser un elemento activo y útil en la sociedad de que forma parte...”*²⁸

De lo anterior podemos observar que fue naciendo la conciencia hacia la protección de la infancia. A finales del siglo XIX se hace notar la gran deficiencia en cuanto a normas para regular todas las situaciones que involucran a las personas menores de edad, así como que éstas no merecen el mismo trato de los adultos, por lo que no pueden ser juzgadas con las mismas normas.

La revolución de los sentimientos, conocida como la causa y el efecto de la Revolución Francesa, se fermentó durante todo el siglo XIX, lo que provocó que a

²⁷ Ibidem, pág. 4.

²⁸ VICENTE SALAZAR Rodolfo (no indica año). Op. Cit., pág. 1.

finales de este siglo aparecieron los reformadores, quienes lograron situar el problema de la infancia en un lugar especial frente a la percepción de la sociedad:

“La finalidad de las acciones de los reformadores es la defensa social.”²⁹

Bajo la idea que crearon los reformadores acerca de la protección a las personas menores de edad, se introduce la función intervencionista del Estado, que resulta en la creación de tribunales de menores y de las primeras leyes con el fin de protegerlos. Estas leyes proteccionistas tenían el propósito de que el Estado cubriera las necesidades básicas insatisfechas de la población infantil y juvenil en riesgo o peligro social.

“Hacia fines del siglo XIX y comienzos del XX, cuando las reformas sociales y el futuro de las naciones se entrelazaban inexorablemente, los niños de los pobres fueron un inevitable centro de atención.”³⁰

De esta manera surge la Doctrina de la Situación Irregular, cuya característica principal fue separar y establecer diferentes categorías en relación con las personas menores de edad, por lo que existían las personas menores de edad que participaban de la educación y las que estaban excluidas de ella. A las personas menores de edad excluidas de la educación se les denominó menores, por ser desposeídas o estar carentes de sus necesidades básicas, las cuales podían ser resueltas únicamente mediante la intervención judicial del Estado.

“Estos niños y niñas, y en general la niñez y la adolescencia en esta concepción, eran objeto de compasión y lástima; no se consideraban titulares de derechos, sino objeto de abordaje por parte de la justicia.”³¹

Es en el marco de esta concepción que se va a distinguir niñez de minoridad. El término “menor” quedará reservado para aquellas personas menores de edad que se hallan en situación irregular. Ahora bien, desde esta concepción, la minoridad está generalmente asociada a la pobreza.

²⁹ SABORÍO JARQUÍN, Cinthya Verónica y LEITÓN UGALDE, Elizabeth (2002). *El cumplimiento de los derechos fundamentales establecidos en el Código de la niñez y la adolescencia de las personas menores de edad privados de libertad*. San José Costa Rica: Universidad de Costa Rica. Tesis para optar al grado de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho, pág. 7.

³⁰ CUNNINGHAM, HUG (1994). “Los niños de los pobres”. *La imagen de la infancia desde el Siglo XVII*. Instituto Interamericano del niño. Recuperado el día 13 de marzo del año 2007 de: <http://www.iin.oea.org/Cursos a distancia/Cursoprojur2004/Cad Sist Justicia Juvenil bibliografia.htm>.

³¹ VICENTE SALAZAR, Rodolfo (agosto del 2000). *Documento básico para la capacitación en el Código de la Niñez y la Adolescencia*. Patronato Nacional de la Infancia, pág. 7.

2.2 ORÍGENES DE LA INFANCIA EN AMÉRICA LATINA

En cuanto al tratamiento de la infancia en América Latina, se puede decir que se sitúa a principios del siglo XX, dirigido básicamente al ámbito penal. La diferencia radica, principalmente, en que las penas se veían reducidas y no existía, para este entonces, ninguna otra diferenciación más que la reducción de las penas, lo que provocó que en el momento de la ejecución se diera de igual manera entre adultos y personas menores de edad.

Debido a que la ejecución de las penas se daba entre personas menores de edad y adultos, las condiciones y la promiscuidad entre éstos se dio hasta un punto deplorable, lo que produjo la necesidad de diferenciar en otros aspectos el sistema penal.

En cuanto al ámbito civil, la legislación era escasa e insignificante. Señala el ilustre jurista García Méndez con respecto a este punto: *“existen además pocas, dispersas e insignificantes leyes de carácter civil. El niño propietario resolvía sus conflictos como un adulto. Sin duda, el origen de la especificidad jurídica de la infancia es de naturaleza estrictamente penal.”*³²

Ahora bien, es importante señalar la situación en América Latina durante esta época, ya que los inmigrantes formaban parte importante de la población. Para estos tiempos la mayor parte de ella estaba integrada por españoles, mestizos y criollos. Las políticas del Estado se centraban en la educación de los más pobres como una manera de brindar ayuda y así purificar la raza.

Por otro lado, no debemos dejar de lado el hecho de que en América Latina, para la época de los años 70, existían gobiernos autoritarios, lo que *“tuvo la ulterior consecuencia perversa de que muchos intelectuales subordinaran muchas veces en forma abiertamente mecánica, la posibilidad de realizar cambios en la esfera de lo jurídico a transformaciones radicales en el plano político y más particularmente en el económico. Nadie expresó mejor este dilema que un estudioso de los problemas latinoamericanos al afirmar que “el estudio del Estado queda subordinado al Estado que estudio.”*³³

³² GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1995). “Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: modelos y tendencias”. En *Derecho a la infancia-Adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Segunda edición. Colombia: Editorial Forum Pacís, pág. 17.

³³ LECHNER Norbert (1977). *La crisis del Estado en América Latina*. Citado por García Méndez, Emilio. *El derecho de “Menores” como derecho Mayor*. Caracas: El Cid Editor, pág. 1.

En la década de los 80, se lucha por la consolidación de la democracia, sin embargo, la infancia latinoamericana se visualiza “*sin derechos y sin historia, y lo que es peor aún, sin derecho a la historia por ser una categoría pensada ontológicamente, se constituyó en un objeto pasivo de la ‘protección-represión’.*”³⁴

De lo anterior podemos observar que, en definitiva, la condición jurídica de la infancia en América Latina se da en el siglo XX. La protección de los niños, las niñas y adolescentes radica en la represión, así como en la privación de libertad de los niños, niñas y adolescentes infractores, delincuentes, abandonados y adictos, fuera del sistema educativo formal. En cuanto a lo anterior, se puede hacer mención de lo que dijo el Lic. Vicente Salazar:

*“Las legislaciones para los “menores”, formuladas entre 1919 y 1939 en toda América Latina, se distinguían por estar orientadas exclusivamente para los niños pobres, abandonados y “peligrosos”. Era una legislación para los niños en situación irregular. Los pobres eran los irregulares; los infractores eran los irregulares; los abandonados eran los irregulares.”*³⁵

Es oportuno, además, mencionar que el siglo XX, tal y como lo dice el señor Miguel Cillero, fue testigo de un profundo y dinámico proceso de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes. Uno de los logros del movimiento de protección de los derechos, indica Cillero, es el reconocimiento de que todas las personas, incluidas las menores de edad, gozan de los derechos consagrados para todos los seres humanos.³⁶

Por último, no debemos dejar de lado que América Latina, a inicios del siglo XX, estuvo marcada por la mal llamada “situación irregular”, pero a finales del periodo comenzó la tendencia hacia la protección integral de niñez y la adolescencia, la cual, debido al esfuerzo de muchos, ha desplazado e intenta erradicar por completo las ideas del antiguo régimen, en donde las personas menores de edad eran diferenciadas.

³⁴ Sobre la génesis de la cultura protección-represión, cfr. E. García Méndez (1959). *Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social*. En Capítulo Criminológico, págs. 135 y ss. Citado por García Méndez, Emilio (1995). *Ibidem*.

³⁵ VICENTE SALAZAR, Rodolfo (no indica año). *La familia y el gozo de vivir*. En formato electrónico Pdf. pág. 1.

³⁶ *Ibidem*.

2.3 PERÍODOS QUE MARCAN LA EVOLUCIÓN DE LA INFANCIA

En la segunda década del siglo XX se inicia una tendencia a favor de los niños, las niñas y adolescentes, de modo tal que esta etapa de antecedentes se divide en varios períodos. Cabe señalar que la división realizada corresponde a los diferentes congresos que marcan su evolución histórica.

I. Ciclo del Niño Impuro (1916-1931)

Entre los principales instrumentos internacionales que marcan este período se encuentran:

- 1905. En París se trató el problema de la alimentación.
- 1907. En Bruselas se realizó el Congreso sobre la Protección de la Primera Infancia.
- 1909. En Washington se realizó el Congreso Nacional sobre el Niño.
- 1910. En Argentina se incrementó el interés del niño y se llevó a cabo el Congreso Americano del Niño, bajo el auspicio de la Sociedad Científica Argentina.
- 1911. En París se desarrolló el Congreso Internacional de Tribunales de menores.
- 1912. En Bruselas se llevó a cabo el Congreso de la Protección a la Infancia.
- 1913. En Buenos Aires se convocó al Primer Congreso Nacional del Niño.
- 1915. En Argentina se efectuó el Primer Congreso Panamericano del Niño.

Este primer ciclo se caracteriza por la búsqueda del mejoramiento de la raza americana, pues se pide a los gobiernos brindar oportunidades plenas para todas las personas en desarrollo, ya que ellas son el futuro de nuestras naciones;

se insiste en que la vida entera de nuestras naciones depende de la manera como sea dirigida su infancia.³⁷

Durante este primer ciclo, se visualiza la niñez ideal de América y se busca la protección y la dignidad de este sector de la sociedad, sin embargo, no fue posible que estos objetivos fueran cumplidos con facilidad, ya que la educación venía de los hogares, lo que implicó que no existiera unidad en ella. Debido a la falta de unidad, la educación comenzó con similares parámetros y objetivos, *“teniendo como resultado una educación uniforme”*.³⁸

Tanto la planificación familiar como la alimentación fueron consideradas elementos esenciales en este período, teniendo como principal objetivo el mejoramiento de la especie humana que conformaba la realidad de la época.

2. Ciclo Niño Peligroso (1942-1968)

Durante este período, se pretendió buscar un afianzamiento de las democracias que nacieron luego de terminar la guerra. Por ello, se busca el fortalecimiento de la seguridad y la estabilidad, parámetro que marca el sentido o el punto de vista que se tiene acerca de la niñez y la adolescencia en este ciclo.

La población menor de edad no se ve desde el punto de vista racial *“sino a través de su conducta, es decir, desde su comportamiento peligroso o potencialmente peligroso para la estabilidad y seguridad del orden establecido. Las condiciones sociales pasan al primer plano, en lugar de cierto determinismo biológico de las fuerzas del mal.”*³⁹

La conducta antisocial, tema principal de este ciclo, obligó a los gobiernos a prestar atención y a mejorar las formas para el desarrollo de las comunidades, ya que solo con la ayuda de los sectores más pobres se evitaría la búsqueda de conductas antisociales por parte de los jóvenes adolescentes.

El tema del control de la niñez y la adolescencia, durante este período, tiene el objetivo de ser manejado en forma integral, realizando estudios y recomendaciones en los lugares con mayor incidencia de delincuencia juvenil.

³⁷ GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO y otro. Citado por VICENTE SALAZAR, RODOLFO (1999). *Un vistazo a los antecedentes del Código de la Niñez y la adolescencia y la Ley de Justicia Penal Juvenil*. San José, 1999 pág. 4.

³⁸ VICENTE SALAZAR, RODOLFO (1999). *CódigoIbidem*, pág. 5.

³⁹ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y otro. Citado por VICENTE SALAZAR, Rodolfo (1999). *CódigoIbidem*, pág. 6.

Además, en este ciclo se promueven la salud e higiene, así como la creación de programas de televisión que, lejos de desviar la conducta, la reformarán con ideas sanas y de buena conducta.

En cuanto a la familia, cabe señalar que durante este ciclo, se le da mucha importancia al rol que juega en la educación de los niños, las niñas y adolescentes, pues a dicha institución se le encomendó la tarea de educarlos según los parámetros de la democracia.

3. Ciclo del niño y el muro (1973-1984)

Durante este ciclo se analizó el crecimiento de la pobreza, el cual debía de ser regulado por el Estado, como una forma de dar bienestar a todas las personas menores de edad.

Se propone, por parte de las políticas de los gobiernos, el fortalecimiento de las familias, la comunidad y las organizaciones de asistencia. Se reduce el concepto de represión, debido fundamentalmente a dos factores: las dictaduras de algunos países y el abandono por parte del Estado de sus políticas paternalistas y sus funciones de Estado benefactor.⁴⁰

Este ciclo culmina en 1984 en Washington, cuando se da la tendencia de aceptar la realidad. Existen pocos niños, niñas y adolescentes que tienen todo o casi todo, que se encuentran separados por un “muro cada vez menos invisible”⁴¹ de los que no tienen nada.

4. Ciclo del niño como sujeto de derechos (1989-actualidad)

Este ciclo es de vital importancia, ya que comienza con la entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño, conocida como el instrumento más eficaz para la protección de la infancia y la adolescencia. Tal ciclo finalizará cuando los Estados logren incorporar la nueva doctrina de protección integral para la protección de los niños, las niñas y adolescentes, basándose principalmente en el interés superior éstos y los diferentes instrumentos creados con el fin de cumplirlaconvención.

⁴⁰ VICENTE SALAZAR, Rodolfo (1999). CódigoIbídem, pág. 10.

⁴¹ CódigoIbídem.

CAPÍTULO III

DESARROLLO DE LAS DOCTRINAS QUE DETERMINAN LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LA INFANCIA.

3.1 ASPECTOS GENERALES DE LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR.

Definición:

Previo al análisis de los principales aspectos de la Doctrina de la Situación Irregular, se considera pertinente mencionar algunas de las definiciones que se manejan con respecto a esta doctrina para tener un panorama más claro acerca de lo que se conoce y se ha conocido como ella a través de los tiempos.

De acuerdo con el Lic. Vicente Salazar, la Doctrina de la Situación Irregular es conocida como:

“La doctrina de las dos niñeces y de las dos adolescencias. No se dirige a todos los niños, pero si a una parte de los niños que son los niños carentes, los niños abandonados, inadaptados, los niños infractores. Tampoco trata de todos los derechos; solamente de la protección y de la vigilancia. La protección para los carentes y los abandonados y la vigilancia y la represión para los inadaptados y los infractores.” (Sic)⁴²

A su vez, nos señala el señor García Méndez:

“Esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad. Definido un “menor” en situación irregular (recuérdese que al incluirse las categorías de material o moralmente

⁴² VICENTE SALAZAR, Rodolfo (2003). *Introducción a la Doctrina para la Protección Integral de los Niños*. Formato Electrónico Pdf, pág. 2.

*abandonado, no existe nadie que potencialmente no pueda ser declarado irregular), se exteriorizan las deficiencias de las políticas sociales, optándose por soluciones de naturaleza individual que privilegian la institucionalización o la adopción”.*⁴³

Por su parte, el señor Rabanales indica:

*“La situación Irregular es una doctrina en el mundo jurídico, se entiende por doctrina “al conjunto de producción teórica elaborada por todos aquellos que de una u otra forma vinculados con el tema, desde el ángulo del saber la decisión o la ejecución, aquella que estudia un segmento de personas a quienes denomina menores, ubicándose dentro de estos a todos aquellos que por causas sociales, económicas y hasta culturales, se encuentran viviendo en condiciones distintas al común”. (Sic)*⁴⁴

De acuerdo con las definiciones anteriores, se puede decir de manera general que la categoría jurídica "menor" y, en particular, "menor en situación irregular" es residual con respecto al concepto de infancia.

Orígenes de la Doctrina de la Situación Irregular

De acuerdo con lo que señala el jurista García Méndez, en un análisis histórico riguroso, la historia de la infancia es la historia de su control.⁴⁵ Además, cabe recordar que, en cuanto a sus orígenes, se puede ubicar alrededor del siglo XVII, ya que antes de esta época las personas menores de edad no eran diferenciadas de los adultos.

⁴³ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1994). *Derecho de la Infancia / Adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral.*, Colombia: Ediciones Forum, Pacis, pág. 22.

⁴⁴ RABANALES, Marvin (2001). *El nuevo derecho de la niñez.* Guatemala: Pronice, pág. 20.

⁴⁵ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1994). *Prehistoria e Historia del Control Socio-Penal de la Infancia: Política Jurídica y Derechos Humanos en América Latina.* En documento electrónico Pdf, pág. 1.

Por otro lado, sabemos que a pesar de que los niños, las niñas y adolescentes aparecen en el panorama sociocultural en el siglo XVII, deben éstos sacrificar su autonomía ya que su protección, según lo demuestra la historia, se debía a que eran conocidos con algún tipo de incapacidad.

Además, se puede hacer mención a lo que señala el señor García Méndez: *“la construcción social de la categoría infancia sería imposible de entender sin hacer mención a la institución que contribuyó decisivamente a su consolidación y reproducción ampliada: la escuela.”*⁴⁶

Tal expresión señalada por tan reconocido jurista en el ámbito de la niñez y la adolescencia, permite ubicar la génesis de la Doctrina de la Situación Irregular, ya que desde el momento en que la educación se convirtió en la herramienta de control de este sector de la sociedad, se comienza a diferenciar la categoría de los niños, las niñas y la de los menores de edad, de forma que para su protección inicia la intervención del Estado.

La educación puede considerarse como uno de los responsables de la diferenciación creada entre los niños, las niñas y las personas menores de edad, por cuanto provoca que exista un grupo de ellos que tienen acceso a la educación y socialización, y otro que se encuentra excluido de dicho control. Para controlar a este último grupo excluido de la educación, se vuelve necesaria la protección del Estado mediante la “creación de una instancia diferenciada de control socio-penal: el tribunal de menores”.⁴⁷

Como producto de esta nueva intervención estatal, nace la Doctrina de la Situación Irregular, la que se dirige sólo a los "menores" pobres, abandonados, inadaptados e infractores, y no al conjunto de la población de niños, niñas y jóvenes.

Ahora bien, dejando de lado la parte histórica sobre la Doctrina de la Situación Irregular, podemos señalar que esta fue el patrón prevaleciente a partir del siglo XIX hasta finales del siglo XX, por lo que predominó en América Latina durante dos siglos.

Durante dos siglos se consideró a la persona menor de edad como objeto de protección por parte del Estado y la familia. Se concibió a la persona menor de edad como objeto de intervención y tutela jurídica, que debía ser protegida por el Estado siempre que se juzgara que se hallaba en “peligro material o moral”.

⁴⁶ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1994).Op. Cit., pág. 1

⁴⁷ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1994).Op. Cit., pág. 2.

Es en el marco de esta concepción que se va a distinguir la niñez de la minoridad, de manera que el término “menor” quedará reservado para aquellos niños o niñas que se hallan en situación irregular, teniendo insatisfechas sus necesidades básicas, mientras que “niño”, “niña” correspondía a aquella parte de la niñez con sus necesidades básicas satisfechas.

En el tiempo de vigencia de esta doctrina, los jueces resolvían los conflictos aplicando la ley como “buen padre de familia”, es decir, asumían que solo las personas menores de edad, abandonadas, que pertenecían a los estratos más bajos y se encontraban en riesgo social merecían ser protegidas, ya que se les tenía lástima. Debido a lo anterior, cuando un “menor” cometía algún delito, era castigado, detenido y se le aplicaba la Ley Tutelar de Menores; mientras que si ese mismo delito era cometido por un “niño” “niña”, la legislación resultaba inútil, debido a que sus conflictos no eran objeto de sanción alguna.

Durante muchos años en Latinoamérica se produjo legislación de las personas menores de edad dentro de la cual se legitimaba la protección de la infancia que se encontraba supuestamente abandonada y en situación de peligro.

Principales características doctrina situación irregular

Antes de señalar las características que distinguen la mal llamada Doctrina Irregular, es preciso mencionar que se basa en la intervención del Estado para la protección de los menores de edad que se encuentran en situación de peligro y que, como lo señala el jurista García Méndez:

“La esencia de esta doctrina se resume en la creación de un marco jurídico que legitime una intervención estatal discrecional sobre esta suerte de producto residual de la categoría infancia, constituida por el mundo de los menores. La indistinción entre abandonados y delincuentes es la piedra angular de este magma jurídico.”⁴⁸

El Estado interviene, para "salvar" al "menor". Esta intervención se da por los diferentes movimientos en pro de la protección de la niñez y la adolescencia, pero se ha

⁴⁸ GARCÍA MENDEZ, Emilio (2001). “Las legislaciones Infanto-Juveniles en América Latina: Modelos y Tendencias. *Antología derechos de la niñez y la adolescencia*. Costa Rica: CONAMAJ. Escuela Judicial, UNICEF, pág. 60.

considerado que lejos de remediar el problema, lo agravan porque los niños, las niñas y adolescentes a partir de esto fueron protegidos, pero tratados como si fueran seres "naturalmente" dependientes, que requirieran constante y omnipresente vigilancia.

Entonces la noción de “situación irregular” considera al niño a la niña y al adolescente como un objeto de tutela por parte del Estado. Se puede afirmar que este lineamiento ideológico configura las dos infancias:

1. La de los niños, las niñas y adolescentes propiamente dichos, con posiciones de sujeto, por su pertenencia a una familia legítima y al sistema de educación pública,
2. La de los MENORES DE EDAD, con posiciones de sujeto-objeto relacionadas con la carencia de familia, recursos o desamparo moral y pupilo del Estado.

El primer grupo era considerado como el de los niños, las niñas y adolescentes que tenían sus necesidades básicas satisfechas, teniendo quién los representara y, por otra parte, estaban “los y las menores”, entendiéndose por estos últimos el universo de los excluidos de la escuela, la familia, la salud, en cuyo caso se intentaba dar una solución judicial.

Las personas menores de edad en esta concepción eran “objeto de compasión y lástima”⁴⁹, pues no eran considerados titulares de derechos, sino objeto de tutela por parte del sector judicial.

Características

1. División de la categoría “infancia”

Muchos autores llegan a la conclusión de que la característica principal del Paradigma de la Situación Irregular es la división de la infancia, debido a que al interior de la categoría “infancia” se da un tratamiento desigual.

Tal y como lo señala el Lic. Vicente Salazar, “*esta odiosa expresión de la Doctrina de la Situación Irregular reposa en la consideración minorista del niño como resultado de la expresión clasista de la sociedad, y en particular, de los niños ;*

⁴⁹ VICENTE SALAZAR, Rodolfo (agosto del 2000). Documento básico para la capacitación en el Código de la Niñez y la Adolescencia. Costa Rica: Patronato Nacional de la Infancia. Op. Cit., pág. 7.

estableciendo un “trato” diferenciado y diferencial entre los excluidos y los incluidos sociales.”⁵⁰ (Sic)

La discriminación es evidente dentro de esta doctrina, ya que la protección al menor de edad se da siempre y cuando se encuentre en situación de peligro, abandono, más comúnmente, que en situación irregular. Esta discriminación intentó ser apoyada mediante las diferentes legislaciones, con el fin de conseguir sustento legal, siendo evidente la violación al principio de igualdad consagrado en los diferentes instrumentos protectores de los Derechos Humanos.

Esta protección frecuentemente viola o restringe derechos, debido a que no fue pensada desde una perspectiva legal.

2. Judicialización

La judicialización se da en el momento en que conflictos meramente sociales, excluidos por completo del ámbito jurídico, pasan a ser conocidos arbitrariamente por órganos judiciales. La solución de los conflictos relativos a las personas menores de edad por parte de las instancias judiciales provocaron en esa época que el Estado interviniera hasta tal punto de que era capaz de decidir y disponer de la vida de la persona menor de edad, cuando se encontrara en situación de peligro o abandono, es decir, en circunstancias particularmente difíciles.

El juez de las personas menores de edad no sólo tiene competencia para los asuntos judiciales, sino también para las materias vinculadas a otros temas, tales como el abandono y el peligro material o moral. Se espera que el juez actúe sobre los menores de edad como "un buen padre de familia", de ahí que tenga facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y el niño, niña, sin limitación legal. De esta manera, podía resolver sobre cualquier asunto sin explicación alguna por parte de las personas menores de edad, sus padres o madres.

Interesante resulta el hecho de que la situación irregular de la persona menor de edad era vista desde cualquier perspectiva y no solamente de la legal, de forma que las diferentes circunstancias en las que se encontraba podían calzar dentro de las figuras, por la plena discreción del juez; por ejemplo, el abandono podía ser configurado en caso de pobreza del grupo familiar y, por este motivo, era factible que se separara al menor de edad de su hogar.

⁵⁰ VICENTE SALAZAR, Rodolfo (mayo del 2003). Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños. *Compilación de Derechos del Niño*. Op. Cit., pág. 1.

De igual manera, si el niño o la niña incurrían en alguna falta que fuera tipificada penalmente, no tenían derecho a ningún tipo de defensa o, incluso, podían ser declarados inocentes, pero privados de su libertad. Entonces, la decisión de privar de libertad a los niños, niñas y adolescentes no depende exclusivamente de sus acciones, sino de la situación de riesgo en que se encuentren.

3. Impunidad

La impunidad en esta mal llamada Doctrina de la Situación Irregular corresponde a declarar jurídicamente irrelevantes los delitos graves cometidos por niños, niñas y adolescentes pertenecientes a sectores sociales medio y alto. Por lo tanto, no todos ellos eran sancionados por sus delitos, ya que solo las personas menores de edad que reunían ciertas condiciones sociales y personales eran siempre consideradas culpables. En la práctica los infractores eran quienes se ubicaban como abandonadas material y moralmente.

4. Privación de libertad como medida de control social de las personas menores de edad

En los casos de personas menores de edad en situación de abandono, como en los de peligro, así como el tratamiento de infractores, la figura de la institucionalización fue configurada como el medio privilegiado de solución de los conflictos sociales o penales en donde estuviera involucrado un niño o una niña.

En la primera mitad del siglo XX, todas las legislaciones producidas daban especial importancia a la privación de libertad de las personas menores de edad sometidas a su jurisdicción desde la fase de iniciación o apertura de los respectivos procesos, hasta la decisión o sentencia.

5. Se criminalizaba la pobreza, se privaba de libertad a las personas menores de edad, con la supuesta justificación de que eran internamientos debido a la carencia de recursos materiales.

6. La infancia era considerada como objeto de protección.

7. Negación semántica y explícita de los derechos fundamentales de las personas menores de edad, incluso, de los establecidos en la Constitución Política, que son para todos los habitantes.

8. Se produce una construcción semántica eufemística que condiciona al sistema para que no verifique las consecuencias reales.⁵¹

Las características señaladas constituyen los rasgos fundamentales de la Doctrina de la Situación Irregular, según García Méndez, que poco tiene de doctrina y nada de jurídica.

Se puede concluir de manera general, sobre la presente doctrina, que desde el momento en que se dividió la infancia en dos y el Estado procuró intervenir para proteger a las personas menores de edad desprotegidas y en situación de peligro, el carácter de irregular fue configurado por sus diferentes políticas. Esto por cuanto el Estado es el responsable de hacer posible que a lo largo de muchos años existieran niños y niñas desprotegidos.

De acuerdo con lo anterior, el carácter de irregular no es en realidad de los niños, niñas y adolescentes que fueron excluidos del sistema.

Corrientes que sustentan la continuación de las leyes que emergen de la Doctrina de la Situación Irregular

De acuerdo con el ilustre jurista Emilio García Méndez, tres corrientes han contribuido a que las leyes de “menores” se mantengan:

A) El conservadurismo jurídico corporativo:

Se basa en textos con eufemismos tales como “en América Latina tenemos maravillosas legislaciones de personas menores de edad que infelizmente no se aplican”. Este enfoque nos lleva al juez que debe actuar como buen padre de familia, permitiéndose ignorar las reglas y técnicas de funcionamiento del Derecho. Las facultades jurídicas omnímodas del “buen” juez subsanarían los defectos normativos, convirtiendo la reforma de la ley en superflua y hasta peligrosa. Esta posición solo parece sustentarse en argumentos de carácter corporativo.

B) El decisionismo administrativista:

⁵¹ GARCÍA MENDEZ, Emilio (1994). *Op. Cit.*, págs. 21y 2.

Esta posición se apoya en el supuesto de mayor eficacia y poder de la acción directa de la esfera administrativa, dejando atrás las trabas y formalidades propias del sector judicial. Aquí la ley resulta superflua, ya que es más cómodo trabajar en el contexto de una ley relegada y desprestigiada que ofrece vacíos prácticamente infinitos de discrecionalidad (posición típica de ciertos organismos gubernamentales responsables de ejecutar programas y políticas de protección especial).

C) El basismo de la atención directa

El basismo de la atención directa remite al origen, el desarrollo y la cultura de grupos que nacen, crecen y se consolidan en un trabajo realizado al margen o contra la ley existente. Parten de que la ley es un asunto de gobierno y de jueces, mientras que las personas menores de edad serían un problema de las organizaciones internacionales.

En la cultura de este tipo de grupos es más sencillo trabajar vagamente contra la ley vigente, que iniciar un difícil, incierto y complicado proceso de reforma legislativa, que haga una articulación crítica con el mundo jurídico y las políticas gubernamentales.⁵²

De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de la Protección Integral

Las legislaciones latinoamericanas, relativas a la niñez y la adolescencia, hasta antes de la entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño, estuvieron fundamentadas en la Doctrina de la Situación Irregular, que se ocupaba únicamente de las personas menores de edad en situación irregular o conflicto de ley.

El fracaso de esta doctrina se puede ubicar en la década de los 60 en los Estados Unidos y en la década de los 80, en el nivel de la comunidad internacional. La crisis de dicha doctrina se da debido a que se vuelve evidente la inutilidad o la ilegalidad de las leyes que protegen a las personas menores de edad, ya que con ellas se configuran actos discriminatorios, se criminaliza la pobreza y se violan Derechos Humanos fundamentales. Además, durante la crisis de la doctrina, se percibe claramente que existía carencia de normativa que planteara claramente el derecho de todas las personas menores de edad, sin distinción de clase social y económica.

⁵² GARCÍA MENDEZ, Emilio (2001). *Op. Cit.* págs. 65 y 66.

Con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989, finaliza el ciclo iniciado casi un siglo atrás con el movimiento de los "Salvadores del Niño" que visualizaban la protección de los niños, las niñas y adolescentes en términos discriminatorios. De esta manera comienza la etapa de la protección integral de los derechos de la infancia.

No debe dejar de mencionarse el hecho de que si bien con la entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño, se finaliza la etapa en la cual las leyes eran basadas en la Doctrina de la Situación Irregular, muchos consideran que aún hoy en día muchas de las leyes de protección a las personas menores de edad en riesgo social corresponden a esta.

De lo anterior podemos concluir que no es conveniente conformarse con el hecho de que la etapa de la protección integral de las personas menores de edad ha iniciado, ya que podemos provocar que la protección integral siga siendo simbólica y esté lejos de ser real.

3.2 ASPECTOS GENERALES DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Con la evolución del pensamiento jurídico en torno a la noción de Derechos Humanos crece la idea de que todas las personas, incluidos los niños, niñas y adolescentes, gozan de derechos consagrados para los seres humanos, por lo que los Estados deben promover y garantizar dichos derechos de manera igualitaria. Por esta razón, comienzan a reconocer protecciones jurídicas y derechos específicos a ciertos grupos como los niños, niñas y adolescentes.

Debido a lo mencionado, la situación específica de las personas menores de edad ha cambiado constantemente y en especial en la ley. Tenemos que dentro del reconocimiento de los derechos de los niños hay tres momentos:

- Niño, niña como potestad absoluta de la familia.
- Niño, niña como objeto de protección - represión (Doctrina de la Situación Irregular).
- Niño, niña sujeto de Derecho (Doctrina de la Protección Integral).

De tal forma, la Doctrina de la Protección Integral viene a romper la Doctrina de la Situación Irregular, desarrollada anteriormente, por lo que obliga a repensar y a realizar un giro total de la legislación que cubría la infancia, donde ahora sí, con dicho

cambio, se va a cubrir a todos los niños, niñas y adolescentes, no solo a los llamados menores. El punto central de esta doctrina es el reconocimiento de todos los niños, las niñas y adolescentes, sin discriminación alguna, como sujetos de plenos derechos, así como proporcionarles los medios idóneos para exigirlos.

Se quiere decir con esto que el proceso de un cambio de paradigma de la Doctrina de la Situación Irregular a la de la Protección Integral no fue fácil, al contrario, fue un proceso lento y difícil, ya que no sólo se hizo un cambio en la legislación, sino que hasta de las políticas de cada país a fin de construir las condiciones para materializarlo dentro de la vida social.

Se hace referencia con esta doctrina a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional, por lo que repercute en la conciencia social de la infancia.

Antecedentes

Como nos menciona el Lic. Marvin Rabanales,⁵³ el reconocimiento de la niñez y la infancia como seres humanos, como personas o como entes jurídicos, fue un proceso largo y controvertido, sin embargo, las actuaciones de muchas organizaciones no gubernamentales en el nivel internacional se ven compensadas en 1989.

Aunque éste no es el primer instrumento cronológicamente hablando, se puede decir que el antecedente directo fue la Declaración Universal de los Derechos del Niño junto con los cuatro instrumentos básicos⁵⁴ con los que se quiere propiciar un cambio en las instituciones sociales para activar los derechos de este grupo de personas y observar de manera estructural el problema que existe.

Entonces, a partir de 1989, con la Declaración sobre los Derechos del Niño se fundamenta y se logra positivizar esta doctrina. Con este documento se marca un cambio total en la cultura institucionalista y se destaca la infancia como sujeto de derecho, con lo que se asumen compromisos éticos y jurídicos. Se logra un cambio fundamental de la percepción y condición de la infancia.

⁵³ RABANALES GARCÍA, Marvin (2001). "El nuevo derecho de la Niñez. Exposición de Motivos Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente". *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* Año CXXV. Mes XXII, pág. 23.

⁵⁴ Convención Internacional de los Derechos del Niño, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil, el Convenio 138 y la Recomendación 146 de la OIT y la Carta de la UNESCO sobre educación para todos.

Citando, una vez más, al Lic. Rabanales, la Convención es quizá el documento más importante que la humanidad ha creado de manera organizada para proteger y procurar el desarrollo integral de uno de los segmentos de población más marginados y vulnerables. Este instrumento es el resultado de la más amplia consulta y análisis de la problemática social, económica, cultural y jurídica de la niñez en el nivel mundial; es la recopilación o codificación de la dispersión normativa existente en cuanto a Derechos Humanos de esta población y viene a ser el mínimo de derechos que debe garantizar un Estado para asegurar el pleno desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, en condiciones de igualdad, dignidad y seguridad.

Como menciona el Lic. García Méndez, *“la Convención constituye un instrumento jurídico para el conjunto del universo infancias, y no sólo para el menor abandonado- delincuente como resulta de la letra y más aún de la praxis de las legislaciones inspiradas en la Doctrina de la Situación Irregular”*⁵⁵.

Sin embargo, no podemos dejar de lado otros antecedentes como la Convención sobre los Derechos del Niño de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

Es necesario mencionar que la legislación relativa al tema, operante en el momento en que se dio la CDN, no iba de la mano con el instrumento internacional, por lo que al ratificar el tratado, los países se vieron, como lo dice García Méndez, en una situación de dualidad jurídica, en donde se debía adecuar la ley “nacional”.

Esta adecuación podía hacerse de 2 formas diferentes: de una manera formal-eufemística (pacto de “caballeros”) o con una adecuación real en donde se diera la introducción efectiva de los principios de los que consta la CDN, con todas sus consecuencias jurídicas y político-sociales.

Definición:

Para el autor García Méndez, la Doctrina de la Protección Integral hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia⁵⁶.

⁵⁵ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1992). Infancia y Ciudadanía en América Latina. *De la situación irregular a protección integral*. País: Colombia Editorial Córdoba, pág. 37.

⁵⁶ Ibidem, pág. 39.

De tal forma, se pasa del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos.

Para el autor Tejeiro López, en este concepto se encuentra la búsqueda de la protección general del niño, la niña y adolescente como entes éticos, el desarrollo de su misma personalidad en términos de sus potencialidades.⁵⁷

De ello se concluye que la doctrina está fundamentada en principios universales de dignidad, equidad y justicia social, así como en otros muy particulares como la no discriminación, la prioridad absoluta, el interés superior del niño, niña, la solidaridad y la participación.

Para Marvin Rabanales, esta doctrina se puede definir como el conjunto de estudios que los juristas han realizado sobre las instituciones, la naturaleza, los sujetos, de los Derechos Humanos de la niñez, de forma que tiene por objeto el amparo de todos ellos.

Entonces, la Doctrina de la Protección Integral se puede traducir en dos líneas de acción: la social y la jurídica. De ahí se impulsan y regulan las tareas político-administrativas para propiciar el desarrollo de la personalidad, la satisfacción de las necesidades básicas y la garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Implica limitar al máximo las intervenciones institucionalizantes y segregatorias, privilegiando el rol de la familia y la participación de las comunidades locales.

Principios rectores de la Doctrina de la Protección Integral:

1. Persona menor de edad como sujeto de derechos: con esta nueva doctrina se convierten las necesidades de los niños, niñas y adolescentes en derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Asimismo, se toman en cuenta los derechos procesales, en caso de los adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley penal.

Se atribuyen derechos específicos a las personas menores de edad, pero no excluyentes, es decir, se refuerzan los otorgados a todos los seres humanos sin importar su edad, adecuándolos a los niños, niñas y adolescentes; también, se amplían algunos

⁵⁷ TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique (2005). *Teoría General de la Niñez y la Adolescencia*. Santa Fe Bogotá Segunda edición Universidad de los Andes pág. 65.

que antes sólo existían para los mayores de edad como la libertad de opinión, el derecho de asociación, entre otros.

2. Interés superior de la persona menor de edad: este viene a ser el principio base para la interpretación y aplicación de todo tipo de normativa para los niños, niñas y adolescentes, ya que establece los lineamientos de carácter obligatorio para todas las instancias y estipula los límites para la discrecionalidad de los actos que emanen de ellas. Este principio lo desarrollaremos más adelante de una manera más amplia.
3. Prioridad absoluta: de la mano con el principio anterior, este pilar fundamental implica que antes que nada se deben poner los derechos y las necesidades de los niños, niñas y adolescentes, por lo que tendrán prioridad en recibir la atención necesaria.

Esta prioridad absoluta se otorga por el hecho que ellos son personas humanas en condiciones peculiares de desarrollo.

4. Participación: esta se divide en tres áreas: el Estado, la familia y la comunidad, por lo que en cada una se debe garantizar el respeto y cumplimiento de los derechos para los niños, las niñas y adolescentes. Es sólo con la observación de este principio que se hace posible la creación de mecanismos efectivos que garanticen dicho cumplimiento.

Principales Características de la Doctrina de la Protección Integral:

1. Niño, niña sujetos de derechos: adquieren la calidad de ciudadanos, es decir, son sujetos de derechos exigibles y aunque no tienen la fuerza para valerse por sus propios medios, son portadores de Derechos Humanos.
2. Aparte de ser sujetos de derechos, los niños, niñas y adolescentes son personas con una particular condición de desarrollo, lo que implica que aparte de los derechos de que gozan los adultos, cuentan con una serie de derechos especiales en virtud de que no tienen acceso al conocimiento pleno de todos y cada uno de sus derechos y no están en condiciones de defenderlos frente a las posibles transgresiones; tampoco

pueden responder a las leyes en la misma forma que los adultos ni cuentan con medios propios para satisfacer sus necesidades básicas.

3. La incapacidad de accionar sus derechos tiene que ser suplida con adecuados instrumentos de protección social y jurídica.
4. Los niños, niñas y adolescentes constituyen una prioridad absoluta, lo que implica que deben ser los primeros en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia y ser los destinatarios de los recursos públicos en las áreas que les afecten directamente.⁵⁸

Interés superior de la persona menor de edad:

Gracias a la importancia que se le ha dado a este principio, hemos debido desarrollarlo con mayor atención.

Con la aprobación de la CDN en 1989, se termina el proceso progresivo de reconocimiento y protección del derecho de los niños y las niñas desarrollado durante el siglo XX.

Estos derechos cuentan con mecanismos más efectivos de protección, ya que están unidos a la protección general de los Derechos Humanos y la protección específica de las personas menores de edad; por lo que tienen doble protección.

El nuevo Derecho de niñez y adolescencia que nace en América Latina quiere concretizar los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de aquéllos que están comprendidos en la CDN.

La nueva normativa que ha tenido que surgir por el cambio de paradigma que conllevó ésta basada en que los derechos de la niñez son consecuencia de condición de persona, por lo que se reitera lo que se mencionó en el párrafo anterior de que los derechos de las personas menores de edad gozan de una supra-protección o protección complementaria, de forma que nunca van a ser sustitutivos de los mecanismos de protección general, sino complementarios.

⁵⁸ RABANALES GARCÍA, Marvin (2001). *El nuevo derecho de la niñez. Exposición de Motivos Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente*. Op. Cit., pág. 24.

La CDN es el instrumento que viene a sintetizar las normas provenientes de los mecanismos de Derechos Humanos de carácter general y los principios y derechos propios de la infancia. Uno de estos es el interés superior de la persona menor de edad

Antes de la CDN, se tomaba este principio como una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples consideraciones y, peor aun, no sólo de carácter jurídico, sino también de carácter social, lo que debilitaba la tutela efectiva de los derechos y permitía un amplio margen de discrecionalidad de la autoridad, impidiendo una interpretación uniforme y dejando de lado las exigencias de la seguridad jurídica.

Hay quienes opinan que este principio no debió estar en la Convención por lo anterior, sin embargo, como lo menciona el autor Miguel Cillero Bruñol *“la convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas, e incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos.”*⁵⁹

Origen:

El principio del Interés superior no es nuevo; de hecho, su aparición en el Derecho Internacional se da como consecuencia del gran uso que se le ha dado, tanto en el Derecho Anglosajón como en el Codificado.

El reconocimiento de los derechos de las personas menores de edad se da desde la etapa en la que fueron personas prácticamente ignoradas por el Derecho, de forma que sólo se protegían las facultades discrecionales de los padres, es decir, los intereses de este sector era asunto privado.

Poco a poco se fue dando un aumento en la preocupación por las personas menores de edad y se empezó a reconocer que podían tener intereses diferentes a los de sus padres y que deberían estar protegidos. Consecuencia de esto, el Estado pudo asumir en ciertos casos la tutela del niño, niña o impartir órdenes para su educación, por lo que los intereses pasaron a ser parte de los asuntos públicos.

⁵⁹ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires: Editorial Temis-Ediciones Desalma, pág. 70.

Es precisamente el principio del Interés superior uno de los mecanismos para avanzar en el proceso y, como consecuencia, debía ser debidamente publicado y protegido jurídicamente.

Cabe mencionar que el derecho de la infancia cuenta con una paradoja, ya que si bien en un primer momento se avanza por medio del reconocimiento del carácter público de la protección del interés de la persona menor de edad, posteriormente se hizo necesario limitar las facultades del Estado. Con las leyes de personas menores de edad que existieron, los niños, niñas no fueron lo suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, en relación con la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia.

Es con la evolución de los instrumentos internacionales en la materia y con la noción del principio del Interés superior de la persona menor de edad, principalmente en la CDN, en donde los derechos se van a convertir en genuinos derechos, como los niños, niñas gozan de éstos trazando un límite tanto a los padres como al Estado.

Concepto:

El concepto más simple que podemos encontrar es que el Interés superior de la persona menor de edad es la plena satisfacción de sus derechos.

Para el Lic. Rodolfo Vicente Salazar, el Interés superior de la persona menor de edad es la premisa fundamental de la Doctrina de la Protección Integral, base para la interpretación y aplicación de la normativa de la niñez y adolescencia⁶⁰.

Continúa el autor con que, en función de ese principio, se debe tomar en cuenta que los niños, niñas y adolescentes son personas en una condición peculiar de desarrollo con derechos exigibles, de forma que tienen derecho a tener una familia tanto sanguínea como sustituta, a un desarrollo integral, físico, psíquico y social y a contar con las condiciones para este desarrollo. También, para la formulación y ejecución de políticas en el acceso público se debe tomar en cuenta este principio.

Por Interés superior debe entenderse aquel que mejor procure a la persona menor de edad un ambiente que le permita prepararse para una vida independiente y responsable⁶¹.

⁶⁰ SALAZAR, Rodolfo (1999). *Un vistazo a los antecedentes del Código de la Niñez y la Adolescencia y a la Ley Penal Juvenil*. San José Costa Rica: Planchas y Suministros S.A. pág. 24.

Como se ha mencionado, antes de la Convención la falta de un catálogo de derechos de la persona menor de edad hacía que este principio remitiera a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de derechos.

Se debe decir que la interpretación del contenido del Interés superior se daba a la autoridad respectiva, ya después de la CDN, dejó de ser un objeto sociable deseable y pasó a ser un principio garantista que obligaba a la autoridad. Por eso, debe abandonarse cualquier interpretación paternalista, al contrario, se debe armonizar con la concepción de Derechos Humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder, superando el paternalismo típico que ha caracterizado el tema relativo a la niñez y adolescencia.

Se ve, entonces, el principio como una garantía de vigencia de los demás derechos, que consagra e identifica el interés superior de la persona menor de edad con la satisfacción de aquellos, es decir, el principio tiene sentido en la medida de que existen derechos titulares y que las autoridades son reguladas por esos derechos⁶².

El principio hace recordar a la autoridad competente la estricta sujeción, tanto en forma como en contenido, a los derechos de los niños, niñas y adolescentes sancionados legalmente. Por lo anterior, también se puede ver como un límite u orientación de soluciones con la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados de los niños, niñas.

Si nos basamos en la legislación se debe decir que según la CDN en el artículo tercero dice que:

1. En todas las medidas concernientes a las personas menores de edad que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior de la persona menor de edad.

2. Los Estados Partes se comprometen asegurar al niño, niña la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños, niñas cumplan las

⁶¹ Ibidem, pág. 25.

⁶² CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). Op. Cit., pág. 79.

normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Por otro lado el CNA en su artículo cinco reza que toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal.

La determinación del interés superior deberá considerar:

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

Funciones del principio:

Aparte de la función principal que viene a ser la limitación y orientación de las decisiones de la autoridad del caso, según los derechos de los niños, niñas, se tiene también un carácter interpretativo, ya que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones dándoles un carácter integral a los derechos de la persona menor de edad.

Estos deben ser interpretados sistemáticamente para, en su conjunto, aseguren la debida protección de los derechos de la vida, la supervivencia y el desarrollo de las personas menores de edad.

Otra de las funciones que tiene el principio es la resolución de conflictos entre derechos contemplados hasta por la misma Convención, pues se supone que los derechos de las personas menores de edad se ejercen en el contexto de una vida social en la que dichos derechos a veces se tornan incompatibles. Por eso, el principio viene a arbitrar esos conflictos jurídicos, donde se le va a dar mayor importancia al principio que encaje más con el interés superior de la persona menor de edad.

Por último, podemos decir que se también tiene la función de llenar vacíos legales, promulgando leyes para tomar decisiones o en casos en que no exista norma expresa.

3.4 ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS DOCTRINAS MENCIONADAS

Son diversas las diferencias entre una y otra doctrinas, pero la más importante es el reconocimiento que hace la de la Protección Integral de los niños, niñas como personas sujetos de derechos, con toda la capacidad para exigirlos y responsabilizarse de sus acciones; a su vez, el protagonismo efectivo que tienen el Estado, la familia y la sociedad en la garantía y cumplimiento de esos derechos.

La Doctrina de la Situación Irregular tomaba los conflictos sociales y los convertía en meros procesos administrativos o judiciales, con una concepción institucionalizadora e, incluso, hasta de carácter represivo.

Con la Doctrina de la Protección Integral, a los niños, las niñas y adolescentes se les da un papel activo, de forma que se les va a tomar en cuenta para visualizar sus necesidades y se les reconoce el derecho a ser oídos. De tal forma, lo que digan se toma en cuenta y se respeta.

Cuadro No. 1. *Comparativo entre las doctrinas.*

ASPECTO	DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR	DOCTRINA DE LA. PROTECCIÓN INTEGRAL
Referencia histórica	Base unificadora de las políticas para los niños, niñas de los años 20 y 30.	Es base para la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.
Ámbito	Trata del ejercicio de la autoridad y protección de los adultos sobre los niños, niñas	Trata del ejercicio de la autoridad y la libertad de los niños y niñas como seres humanos sin

		distinciones.
Relación con el Derecho	Genera el Derecho del menor.	Genera el Derecho del niño, niña y del adolescente.
Función del Derecho	El Derecho debe decir lo que es la situación irregular y las medidas para enfrentarla. Regula la conducta de los menores y no de todos los niños, niñas.	El Derecho define los mecanismos para lograr respeto a los derechos de todos los niños, niñas
Función judicial	Las cortes de personas menores de edad tienen competencia discrecional para decidir lo conveniente para los niños, niñas. El tribunal actúa como padre sustituto.	La función judicial asume la misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica. El tribunal es garantizador de los derechos del niño y de la niña.
Entes responsables de la niñez	La responsabilidad de la protección de los niños, niñas recae principalmente en el gobierno central. Las instituciones para “menores” sustituyen a la familia.	Promueve la descentralización de la política social y demanda una reorganización de las comunidades para que asuman la responsabilidad de garantizar los derechos de las personas menores de edad. Atribuye a las comunidades la facultad de planificar, coordinar, ejecutar y fiscalizar las acciones con este fin. Las

		instituciones especiales son un recurso excepcional.
Cobertura	Es exclusiva: sólo legisla para quienes están en situación de abandono o están excluidos de los servicios de educación y salud. A ellos se les considera “menores”, incluso frente a otros niños, niñas.	Es para todos los niños, niñas. Sin importar sus condiciones personales de vida, todos comparten los mismos derechos.
Familia	Únicamente reconoce a la familia completa conformada por padre, madre e hijos. Las otras formas de familia son calificadas como anormales e incapaces.	Respeta nuevos conceptos sobre la familia. Pretende fortalecer cualquier vínculo familiar.
Perspectiva	Sostiene una visión ficticia, parcial, sobre la situación de la persona “menor de edad en condición irregular”. Privilegia el derecho a la protección integral y no considera los restantes.	Es una visión integral sobre los derechos y responsabilidades de todos. Reconoce el principio de integridad: un ser humano no puede estar satisfecho con el ejercicio de un solo tipo de derechos.
Políticas	Dominan las políticas asistencialista y de protección especial. Se caracterizan por ser	Las políticas de protección especial son sola una parte, junto a las de garantías de derechos,

	<p>fragmentadas, discontinuas y descoordinadas.</p> <p>Identifica a los niños, niñas pobres con la situación irregular y generalmente propone recluirlos en una institución especial.</p>	<p>políticas sociales básicas y de participación. El niño, niña es una persona a la que se le reconoce su derecho a ser protegido integralmente en su desarrollo.</p>
<p>Ideas sobre la persona menor de edad.</p>	<p>Al niño, niña se le considera como receptor de la asistencia social y se lo juzga como carente de discernimiento, sin capacidad de manifestar su opinión con eficiencia ni condición ética. Es un futuro adulto.</p>	<p>Los niños, niñas son sujetos de derecho frente al Estado y la sociedad. Jurídicamente se les reconoce como dotados de la capacidad de hecho.</p>
<p>La situación irregular</p>	<p>Juzga que la situación irregular se encuentra en el niño, niña (por ejemplo, en los de la calle).</p>	<p>Juzgan que la situación irregular está en la política social.</p>
<p>Protección</p>	<p>La protección la concibe como compasión y dominio.</p>	<p>La protección es toda acción realizada para garantizar los derechos y dar a los niños, niñas las condiciones necesarias para su desarrollo integral.</p>
<p>Derechos de las persona menores de edad.</p>	<p>El niño, niña está excluido de tener derechos. Debe ser</p>	<p>La persona menor de edad tiene derechos y puede demandarlos.</p>

	tutelado, pues es una “extensión” de sus padres.	
Dimensiones de la ciudadanía	No se considera. La ciudadanía, especialmente en sus dimensiones política y civil, corresponde ser vivida desde que se cumple la edad para ser ciudadano.	Las personas menores de edad son ciudadanos. Añade la dimensión social de la ciudadanía, que es la potestad de manifestar eficazmente la voluntad para exigir atención a las necesidades básicas cuando éstas sean violadas o amenazadas.
Tradicición	Extiende una tradición jurídica y social que viola los derechos del niño, niña.	Reconoce a los niños, niñas y adolescentes derechos que no forman parte de la tradición.
Requisitos para su aplicación	Demanda la existencia de un sistema de justicia e instituciones de protección especial.	Demanda un proceso de educación comunitaria, movilización social y un sistema de garantía de derechos jurídicamente sancionado.

Fuente: Elaboración personal con base en Doctrina de la Protección Integral y aspectos generales de la Doctrina de la situación Irregular (2007).

TÍTULO II
ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS, TANTO
NACIONALES COMO INTERNACIONALES, EN MATERIA DE NIÑEZ Y
ADOLESCENCIA.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
Y PRIVADO

Tomando en cuenta que en la presente investigación se analiza la legislación tanto nacional como internacional relacionada con personas menores de edad, se vuelve absolutamente relevante repasar algunos conceptos básicos sobre el Derecho Internacional.

Los convenios, tratados, declaraciones, protocolos de este grupo de la sociedad no son producto del azar, sino que responden a toda una evolución histórica del Derecho Internacional.

A continuación se realiza una síntesis de esta disciplina del Derecho, así como de algunos conceptos básicos que permiten una mejor comprensión de los instrumentos que rigen en la materia de los niños, las niñas y adolescentes.

1.1. DEFINICIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL:

El señor Edmundo Vargas Carreiro señala que el derecho Internacional: *“es el conjunto de normas que creadas bajo procedimientos apropiados por dos o más Estados o por la comunidad Internacional, tiene un carácter jurídico para sus destinatarios.”*⁶³ (Sic)

⁶³ MOLINA, José Luis (2005). *Curso de Derecho Internacional Público I*. Apuntes de clase, pág. 2.

Por su parte, el Derecho Internacional está formado por todas aquellas normas que tienen una fuente propia, a saber: tratados, costumbres, principios generales del Derecho, los cuales adquieren en un momento determinado carácter jurídico u obligatorio para los Estados.

El Derecho Internacional está compuesto por dos ramas: el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado. Se puede mencionar que tales ramas se relacionan tanto entre sí, que hasta algunos tratadistas del tema han intentado hacer una unificación de ellas, con el fin de eliminar las diferencias existentes.

1.2. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Definición

Para el Derecho Internacional Público se han propuesto numerosas definiciones, las cuales adoptan un criterio ya sea a partir de los sujetos o, bien, conforme a la naturaleza de la norma internacional.

Definición conforme a los sujetos del Derecho Internacional

El Ilustre tratadista Geors Schwarzenberger dice que “*el derecho Internacional es el cuerpo normativo legal aplicable entre Estados soberanos y otras entidades a las que se le ha otorgado personalidad Internacional.*”⁶⁴ (Sic)

Por su parte, el norteamericano Ray August define al Derecho Internacional como “*la rama del derecho que trata primordialmente de los derechos y obligaciones de los Estados y las organizaciones intergubernamentales entre los mismos.*”⁶⁵(Sic)

Definición conforme a la naturaleza de la norma internacional

⁶⁴ SCHWARZENBERGER, Geors (1967). *Manual of Internacional Law*. Citado en *Derecho Internacional Público I*. San José Costa Rica: Edición 2005, pág. 1.

⁶⁵ AUGUST, Ray (1995). *Public and Internacional Law Text: cases and readings*. Citado en *Derecho Internacional Público I*. San José Costa Rica: Edición 2005, pág. 2.

En este caso, los tratadistas proponen definiciones en donde, además de tomar en cuenta a los sujetos, agregan la naturaleza de la norma jurídica internacional.

De acuerdo con lo anterior se puede citar la definición dada por el jurista español Manuel Díez Velasco, ya que señala que “*el derecho Internacional es un sistema de principios y normas que regula las relaciones de coexistencia y de cooperación frecuentemente institucionalizada, además de ciertas relaciones comunitarias entre Estados dotados de diferentes grados de desarrollo socio-económico y poder.*”⁶⁶ (Sic)

Cabe señalar que, a pesar de la distinción que realizan diferentes autores acerca de la definición del Derecho Internacional, no presentan tan grandes diferencias como para que afecten la sustancia del concepto.

Características del Derecho Internacional

Podemos observar que el Derecho Internacional es dinámico no solo en el contenido de sus reglas, sino también en sus estructuras.

Existen dos etapas del Derecho Internacional: el moderno, conocido por algunos como clásico, y el Derecho Internacional contemporáneo.

El Derecho Internacional clásico rigió desde el siglo XV hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial, ya que el contemporáneo ha regido desde 1945 con la creación de la ONU, hasta nuestros días.

En cuanto a las diferencias del Derecho Internacional clásico y el contemporáneo, podemos señalar lo siguiente: el Derecho Internacional clásico se conoce principalmente por tres características: es liberal, por cuanto los únicos sujetos regulados eran los Estados, es descentralizado porque no existían instituciones políticas ni jurídicas para moderar el poder de los Estados y es oligárquico, por ser concebido por las grandes potencias como elemento para satisfacer sus propios intereses.

A diferencia de este, el Derecho Internacional contemporáneo se caracteriza por ser social y humanista, debido a la existencia de regulación para los Estados, así como para las personas, institucionalizado por cuanto se limita su poder y se crean organizaciones internacionales para fijar los límites concretos de actuación, por último

⁶⁶ LOPEZ BASSOLS Hermilio (2005). “Primera lectura”. *Derecho Internacional Público I* (antología). San José, Costa Rica: Edición 2005, pág. 2.

es conocido como democrático porque todos los Estados participan en su producción y el desarrollo.⁶⁷

Carácter jurídico del Derecho Internacional

En cuanto al carácter jurídico del Derecho Internacional, se puede hacer mención a que algunos creen que solamente tiene carácter político o social, de acuerdo con la voluntad de los Estados. Ahora bien, quienes creen que el Derecho Internacional tiene carácter jurídico se fundamentan en lo siguiente:

1. El Derecho Internacional posee autoridad revestida de competencia para elaborar normas jurídicas.
2. En el plano de las relaciones internacionales, los Estados lo invocan en peticiones o en controversias.
3. Internamente, los Estados adecuan su legislación para evitar trasgredirlo o incumplir normas internacionales.
4. Los Estados lo aplican como parte de su ordenamiento jurídico nacional.
5. Algunos Estados, en su propia Constitución, otorgan reconocimiento a la validez de sus normas. Se puede tomar como ejemplo de lo anterior nuestro ordenamiento jurídico, en donde, de acuerdo con la Constitución, las normas internacionales deben estar incorporadas en la legislación; incluso, en el caso de Costa Rica se les da a los tratados una autoridad superior a la ley, después de que estos son aprobados por la Asamblea Legislativa y refrendados por el Poder Ejecutivo.

Relaciones entre el Derecho Internacional e Interno de un Estado.

Para una parte de la doctrina, el Derecho Interno y el Internacional tienen igual importancia, pero para otros tiene mayor preponderancia el primero.

Hoy en día el Derecho Internacional se proyecta en el Interno, aspecto sumamente relevante para la presente investigación, por cuanto se intenta demostrar que los tratados, a pesar de que son incorporados en el ordenamiento jurídico, deben

⁶⁷ RIDRUEJO PASTOR, José A. (2000). *Derecho Internacional Público y Organizaciones internacionales*. Madrid: Editorial Tecnos, pág. 12.

aplicarse específicamente en cada caso, tal y como se va a analizar en el Juzgado de Niñez y Adolescencia.

Pequeños o grandes detalles permiten el cumplimiento de los principios que se han desarrollado en el plano internacional para lograr una protección integral del niño, la niña y adolescente.

Ahora bien, importante es analizar qué sucede con el ámbito de competencia de cada Derecho, ya que existen asuntos que están exclusivamente reservados para el Interno o, bien, para el Internacional.

En el Derecho Nacional siempre hay una esfera individual de los ciudadanos en la que el Estado no puede intervenir. Se puede decir que en las relaciones internacionales sucede lo mismo, ya que hay asuntos que son única y exclusivamente de jurisdicción interna y no puede intervenir el Derecho Internacional.

Para definir si un asunto es o no exclusivo del Derecho Interno, debe estudiarse si es o no regido por el Derecho Internacional.

Hay que mencionar, sin embargo, que para algunos no existe tal exclusividad de competencias. Considera el ilustre tratadista del Derecho Kelsen “*que no hay asunto cuya regulación esté reservada por su propia naturaleza al derecho nacional y que no sea susceptible de ser reglada por el derecho Internacional.*”⁶⁸

Puede concluirse, básicamente, que un asunto es exclusivo del Derecho Interno cuando no existe aún norma o, bien, regulación alguna en el ámbito internacional, pero puede ser regulado en algún momento por este Derecho y sustraído de la jurisdicción interna.

Lo anterior va sucediendo en mayor o menor medida, dependiendo del aumento de las relaciones internacionales, es decir, que si se amplían, cada vez se van a ir ampliando las regulaciones internacionales.

Jerarquía del Derecho Interno y el Internacional

Cuando ambos Derechos se encuentran en conflicto, desde el punto de vista doctrinario, en la concepción monista no existe problema de jerarquía, ya que es claro el reconocimiento de la supremacía del Derecho Internacional.

⁶⁸ MOLINA, José Luis (2005). *Derecho Internacional I*. Apuntes de clases. Op. Cit., pág. 10.

Sin embargo, la solución en la práctica no es tan sencilla, ya que surgen problemas y un órgano judicial o administrativo a lo interno de un Estado debe resolver el conflicto, para determinar si el problema va a ser resuelto en el ámbito internacional o, bien, a lo interno.

En un problema entre un tratado y una norma interna, tiene primacía el Derecho Internacional, por lo que ningún Estado puede invocar las disposiciones de su Derecho Interno, ni aún las constituciones en sus relaciones internacionales, para dejar cumplir las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional.

Señala el Tribunal Permanente de Justicia Internacional “*que un Estado que haya contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación interna las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos adquiridos.*”⁶⁹

Ahora bien, en el ámbito interno, para resolver un conflicto el Estado tiene que aplicar lo que disponga su ordenamiento interno.

Para resolver este problema de jerarquía, se pueden encontrar tres sistemas que encuentran solución al conflicto. El primero es conocido como el valor supranacional del Derecho Internacional, en el cual priva el tratado, pudiendo incluso derogar las Constitución Política.

Por otro lado se encuentra el sistema que otorga valor supralegal al Derecho Internacional, de esta manera, los tratados tienen el mismo valor que las normas constitucionales.

Por último, se encuentra el sistema de valor legal del Derecho Internacional, en el cual los tratados adquieren el mismo valor que la ley interna. Este último es el sistema más aceptado principalmente en Latinoamérica e Italia, aplicando para esto el principio de Ley posterior deroga ley anterior.

En Costa Rica, si los tratados tienen derechos humanos no contemplados en la Constitución Política, para la Sala Constitucional tienen valor supraconstitucional. Tal y como se mencionó en páginas anteriores, nuestro ordenamiento jurídico debe incorporar todos aquellos acuerdos, normas u obligaciones que adquiere en el ámbito del Derecho Internacional.

⁶⁹ Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Citado por MOLINA, José Luis (2005). *Derecho Internacional*. Apuntes de clase. Op. Cit., pág. 11.

Don Rubén Hernández señala con respecto a lo anterior que deberían considerarse los tratados que adicionan Derechos Humanos a la Constitución Política y no que están por encima de ella.

Cabe destacar, en este sentido, la posición de la Sala Constitucional:

*“Los tratados o Convenios Internacionales, por mandato expreso del artículo 7 de nuestra Constitución, son normas investidas de una fuerza vinculante superior a las leyes comunes, como lo es el citado Código. Más la reforma constitucional de 1989, que modificó entre otros el artículo 48, creó una nueva categoría de normas: los tratados y en general, los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la República. La Sala estima que estos instrumentos sobre Derechos Humanos tienen un rango superior a la de los demás, y que tienen otra característica adicional-la más importante-que complementan su parte dogmática.”*⁷⁰(Sic)

Además, señala la Sala, en el Voto número 2313:

“Tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a Derechos Humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tiene no solamente un valor similar a la Constitución política, sino que a medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas priman sobre las Constitución (vid sentencia número 3435-92 y su aclaración número 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el

⁷⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 3805 de 9 horas 30 de 28 de noviembre de 1992. Recurso de Habeas Corpus interpuesto por J.A.OM. C/ Juzgado de Instrucción de Hatillo.

*punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años.*⁷¹ (Sic)

Por otro lado, además de señalar la jerarquía relativa al Derecho Internacional y el Derecho Nacional, debe destacarse que el objeto de estudio de la presente investigación tiene relación directa con los Derechos Humanos, ya que la especialidad de la niñez y adolescencia proviene de esta rama del Derecho que ha de ser respetada en todos los ámbitos. De tal forma que en nuestro ordenamiento jurídico deben de incorporarse y respetarse todos aquellos derechos humanos consagrados en los tratados ratificados por nuestro país, para de esta manera cumplir con las obligaciones que se imponen en el plano internacional.

Si bien existen diversas convenciones internacionales cuyo propósito es la protección de los derechos de los niños, niñas en el nivel nacional se han implementado estas normas, para así asegurar su efectivo cumplimiento. Entonces, se pueden referir a una correlación entre el Derecho Interno y el Internacional, que se evidencia al aplicar normas referentes a Derechos Humanos y, en el caso de la presente investigación, al derecho de la niñez y la adolescencia.

Al respecto manifiesta Piza Escalante:

“El derecho interno de los Estados, por ejemplo el de Costa Rica, en tanto que otorgue derechos al hombre, en ese tanto no solo forma parte del ordenamiento jurídico de ese Estado sino también del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable al mismo; es decir, una norma de la Constitución costarricense o de su legislación que otorga un derecho, se incorpora el derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable a ese país, como criterio de violación del Derecho Internacional y el derecho Interno implica que los derechos reconocidos internacionalmente son también

⁷¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Voto número 2313 de 16 horas 18 minutos de 9 de mayo de 1995. Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por R.A.B. C/ Art. 22 de la Ley orgánica del Colegio de Periodistas.*

parte del derecho interno; entendiéndose lo anterior, referido a un país concreto.”⁷²

De alguna manera, puede observarse que en realidad no hay un Derecho Interno y otro Internacional de los Derechos Humanos o, para el caso que ocupa la presente investigación, derechos de la niñez, sino que se pueden ver diferentes mecanismos que protegen, en el nivel nacional e internacional, la materia. Por lo tanto, todas las normas que se estudian para realizar el análisis de la investigación serán vistas como un todo, por ser complementarias y no excluyentes.

Además, a pesar de que se observarán las normas como un todo, es importante tener presente que son los derechos internos, no el Derecho Internacional, los que deciden la posición jerárquica de las normas internacionales, por más que éste consagre la supremacía suya sobre aquellos.

Fuentes del Derecho Internacional

Siendo las fuentes el modo de verificación formal del Derecho Internacional, invocadas como normas aplicables en situaciones jurídicas concretas, es relevante señalar que son las siguientes:

1. Convenciones internacionales: sean generales o particulares, establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados implicados.
2. Costumbre internacional: como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.
3. Principios generales del Derecho Internacional.
4. Decisiones judiciales y doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59 del estatuto, en donde las resoluciones son obligatorias solo para las partes en litigio y para ese caso en concreto.

⁷² PIZA ESCALANTE, citado por PIZA ROCAFORT, Rodolfo. (1984) “Notas relativas a las relaciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Costarricense”. *Revista Judicial*, número 30, año IX. Costa Rica, septiembre de 1984, pág. 93.

Además de las fuentes que se señalan en el párrafo anterior, se pueden agregar dos más a las del 38 del estatuto: a) ciertas resoluciones de organizaciones internacionales; b) actos jurídicos unilaterales.

Los tratados actualmente son la fuente principal del Derecho Internacional y, por lo tanto, objeto de mayor análisis en la presente investigación.

1.3. TRATADOS INTERNACIONALES:

En la Convención de Viena de 1959, se regularon las relaciones entre los Estados estableciendo tanto su ámbito como sus obligaciones y derechos.

Ahora, las relaciones internacionales se han multiplicado de tal forma que han determinado un creciente número de tratados, los cuales poseen el mayor número de normas jurídicas de Derecho Internacional para las partes.

Definición

El instrumento que mejor define el Derecho de los tratados es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que entró en vigor en 1980.

Esta define en el artículo 2 un tratado como:

“Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre los Estados y regido por el derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación particular.”⁷³

Es importante señalar que el tratado obliga a las partes y debe cumplirse de buena fe, por lo que cualquier sujeto del Derecho Internacional que lo incumpla puede caer en lo que se conoce como responsabilidad internacional.

De acuerdo con el señor Edmundo Vargas Carreiro: *“tratado es un acuerdo de voluntades celebrado entre sujetos de Derecho Internacional destinado a producir efectos jurídicos y regido por el derecho Internacional, que debe constar por escrito.”⁷⁴*

⁷³ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Artículo 2. Viena, 1969. Recuperado el día 20 de mayo del año 2007 de: www.lexaustralis.com/derechotratados.htm - 127k.

⁷⁴ MOLINA, José Luis (2005). *Derecho Internacional I*. Apuntes de clases. Op. Cit., pág. 10.

La excepción a los acuerdos de voluntades son los tratados de paz, pues estos se imponen a los Estados.

Clasificación de los tratados

La clasificación de los tratados es muy variada, ya que depende del punto de vista que se tome en cuenta para su organización.

De acuerdo con el número de partes que intervienen, los tratados pueden ser bilaterales o multilaterales. Los bilaterales son siempre particulares, mas los multilaterales no son siempre generales. Ello, porque la generalidad se refiere tanto a la materia como a que formen parte del tratado la mayor parte de Estados, por ejemplo, el ALCA es general y multilateral.

A su vez, pueden ser abiertos si se amplía a todos los Estados la adhesión al tratado o cerrados, si no admiten adhesión de otros Estados.

Si se entiende la función jurídica que desempeñan los tratados, éstos pueden ser contratos, cuyo contenido se refiere a prestaciones recíprocas para los contratantes.

Aspecto importante por señalar es el de las reservas que se pueden hacer en los tratados, entendiéndose por reserva “*una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.*”⁷⁵

Entonces, el Estado tiene la posibilidad de modificar algún aspecto del tratado mediante las reservas, sin embargo, éstas pueden realizarse siempre y cuando no estén prohibidas por el instrumento o, bien, que vayan en contra del objeto y fin del tratado.

Aspectos generales sobre la confección de un tratado

Para la confección de un tratado se tiene como primer paso el hecho de que la autoridad competente de un Estado designa a una o varias personas para representarlo en la negociación, adopción o autenticación del texto de un tratado, a fin de expresar el

⁷⁵ CAMPOS CALVO, Yerma (2006). *Los tratados internacionales y la aplicación en el juzgado*. Tesis para optar al grado de Maestría. San José, Costa Rica: Universidad Nacional.

consentimiento del Estado en obligarse por el tratado o, bien, para ejecutar cualquier acto con respecto a éste.

En Costa Rica, el Presidente y los Ministros de Relaciones Exteriores, de acuerdo con el artículo 139, inciso 2, de la Constitución Política, representan al país y por eso no necesitan de acreditación alguna.

Una vez acreditados, vienen las negociaciones diplomáticas y redactan el tratado, texto que va a ser objeto de revisión en cada Estado.

En cuanto terminan las negociaciones diplomáticas, se llega a la redacción final del instrumento, en la cual existe la posibilidad de modificar el borrador. En caso de que no existan modificaciones, solamente se firma y se autentica el tratado para darle certeza, es decir, valor en lo que le concierne.

Cuando el borrador final se encuentra terminado, se debe solamente acudir a la aprobación y ratificación del tratado por parte de cada Estado parte, para que entre en vigencia.

Cada Estado tiene su sistema interno para hacer que un tratado internacional sea convalidado en el ámbito interno.

De acuerdo con lo anterior, señala el autor Jaime Jana Sáenz, la celebración de un tratado se regula por dos órdenes jurídicos diferentes: el Derecho Internacional y el Derecho Interno de los Estados. Al respecto dice:

*“Corresponde en principio al derecho Interno de cada Estado; la determinación de los órganos que lo representan internacionalmente en los diferentes actos de celebración de un tratado, y el establecimiento de los procedimientos internos que han de seguir para expresar la voluntad de dicho Estado en obligarse por ese tratado.”*⁷⁶ (Sic)

En algunos países como Costa Rica, es un procedimiento agravado, por cuanto concurren dos instancias que revisan diferentes aspectos del instrumento: el órgano legislativo y el judicial. El primero realiza un análisis en cuanto a la conveniencia social, política, económica y el segundo realiza un análisis de los roces del instrumento respecto a la Constitución.

⁷⁶ JANA SAENZ, Jaime (1987). *El derecho de los tratados y su régimen jurídico en Costa Rica*. San José: MIDEPLAN, pág. 16.

Ahora bien, una vez que se da la ratificación del instrumento, se envía al lugar de depósito señalado en el tratado, el cual generalmente remite a algún órgano administrativo, como es el caso de la Secretaría General de las Naciones Unidas.

En cuanto todo el proceso anterior es concluido, el tratado pasa a ser, como en el caso de Costa Rica, parte de la legislación interna, incluso tal y como se ha dicho anteriormente, tiene superioridad frente a las leyes. Debido a esto, se supone que cada vez que un tratado es aprobado y ratificado, la legislación nacional debe estar acorde a la internacional; aún más, no solo debe estar acorde, sino también buscarse los mecanismos o, bien, tomar las medidas necesarias para que las disposiciones del tratado se cumplan.

1.4 ORGANIZACIONES INTERNACIONALES:

Definición de las organizaciones internacionales

Primero que todo, las organizaciones internacionales pueden ser definidas como:

“Unas Asociaciones voluntarias de Estados establecidas por acuerdo Internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídica distinta de la de sus miembros.”⁷⁷ (Sic)

Estas fueron gestionadas para proteger los intereses colectivos o regionales, que se hacen por medio de un tratado. Cabe señalar que se caracterizan por que siempre debe de haber acto jurídico creador denominado tratado, carta o estatuto, siempre están compuestas por sujetos del derecho Internacional y tienen órganos permanentes distintos e independientes de los miembros de la organización.

⁷⁷ CEBALLOS LÓPEZ (1995). *Diccionario de Organizaciones Económicas Internacionales*, 2da edición. Madrid: Editorial, pág. 20.

Estructura y formación de la voluntad en las organizaciones internacionales

Las organizaciones presentan un mismo organigrama tripartito: un órgano plenario, un órgano ejecutivo y un órgano administrativo.

Al órgano deliberante se le llama Asamblea General (ONU), Conferencia (OIT), Congreso (OMS). Está constituido por los representantes de los Estados miembros de esa organización internacional, que se reúne con periodicidad. El órgano tiene competencia general para admitir, suspender y expulsar a sus miembros.

Existe el órgano ejecutivo que generalmente se llama Consejo o Comité Directivo. Tiene una composición más restringida que el órgano deliberante. Su funcionamiento es permanente o semipermanente y ejerce generalmente funciones ejecutivas por sí o por delegación de otros órganos. Tiene competencias bien delimitadas por los tratados constitutivos y en algunos casos hace emanar actos de eficacia obligatoria para los miembros de la organización.

Por último, está el órgano administrativo, casi siempre llamado Secretario General, Presidente, Director General, encargado de las funciones administrativas. Es un órgano de funcionamiento permanente y es nombrado o elegido por el órgano supremo o deliberante de la organización internacional. Se nombra por sí o según propuesta del órgano ejecutivo.

En cuanto a las normas que regulan el funcionamiento de la organización, se puede señalar que está el Derecho Internacional general y el particular, el cual emana de sus órganos y es conocido como Derecho de la Organización internacional. Este último tiene su origen en el tratado constitutivo de la organización porque en aquel se faculta a la organización para crear normas jurídicas, dándole origen y determinando su competencia.

Por otro lado, se encuentran los actos jurídicos de las organizaciones internacionales, los cuales se conocen como la manifestación de actividad de la organización.

Manifestaciones de la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales:

Las organizaciones internacionales tienen personalidad jurídica propia con objetivos por cumplir y son titulares de derechos y obligaciones, por lo tanto, tienen esa facultad o capacidad de actuar por sí mismas en el marco de sistemas jurídicos concretos.

Cabe señalar que la existencia de esta personalidad jurídica ha sido reconocida sobre todo en la práctica de los Estados, en la jurisprudencia interna e internacional. Ejemplo de esto es el reconocimiento de la personalidad jurídica por parte del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en 1927, afirmado también en 1949 por la Corte Internacional de Justicia

Debido a esta personalidad jurídica de la cual gozan, podemos observar que existe una gran variedad de derechos que se derivan, dentro de los cuales se pueden mencionar el derecho a celebrar acuerdos y tratados internacionales con los Estados miembros o con terceros Estados, así como firmar tratados con otras organizaciones internacionales; derecho a establecer relaciones internacionales, derecho de participar en los procedimientos de solución de las diferencias internacionales o en las relaciones de responsabilidad internacional y, por último, derecho a privilegios e inmunidades destinadas a garantizar la independencia necesaria para el ejercicio de sus funciones.

1.5 DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Concepto

De acuerdo con el tratadista mexicano José Algarra, el Derecho Internacional Privado es:

“El conjunto de principios positivos o filosóficos, que regulan las relaciones jurídicas, civiles, y penales, de los individuos sujetos a diversas leyes estableciendo cuál de estas debe preferir para resolver el conflicto”⁷⁸ (Sic)

De acuerdo con la recopilación de los conceptos de varios autores, el señor Carlos Arellana García define el Derecho Internacional como:

“El conjunto de normas jurídicas de derecho Público que tienen por objeto determinar la norma jurídica aplicable en los casos de vigencia simultanea de normas jurídicas de más de un Estado que pretenden regir una situación concreta.”⁷⁹(Sic)

⁷⁸ ALGARRA, JOSÉ (1999). *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. México: Editorial Ignacio Escalante, pág. 7.

De manera muy general se puede considerar al Derecho Internacional Privado como el área de esta disciplina que tiene dentro de sus funciones dirimir conflictos privados, referidos a la nacionalidad y la condición de los extranjeros.

Además, así como cada Estado tienen su Derecho Privado Interno, así también cada cual tiene su Derecho Internacional Privado, el cual se comprende como el conjunto de normas jurídicas que determinan el Estado cuyo derecho privado debe aplicarse.

Se puede afirmar, entonces, que el Derecho Internacional Privado existirá necesariamente mientras haya diversos Estados y en ellos rija Derecho privado diferente.

Por su parte, es interesante notar que se reconoce que el Derecho Internacional Privado es hoy estatal, lo que deja entrever las relaciones que éste puede tener con el Derecho Internacional Público, al decidir cuándo aplicarse el del propio Estado y cuándo, el de un Estado extranjero.

En cuanto al objeto del Derecho Internacional Privado, se puede señalar que principalmente busca señalar la vigencia espacial de la norma jurídica de más de un Estado, para definir la norma aplicable en cada caso, no tendiendo este por objeto el establecer el contenido de la norma jurídica aplicable.

Es importante señalar que en materia de Derecho Internacional Privado, tradicionalmente, el método conflictual había dictado la pauta para determinar el Derecho aplicable y, por lo general, también habían utilizado criterios determinados expresamente para establecer la jurisdicción competente. Debe observarse, sin embargo, que en materia de infancia y dada la Doctrina de la Protección Integral, tales situaciones estrictamente formales cambian o, al menos, merecen una interpretación diferente. En otras palabras, no basta con la aproximación formal de los problemas, pues la solución de éstos debe estar aparejada a la justicia del caso concreto, de la materialización del interés superior de la persona menor de edad.

De esta manera, la admisión de soluciones materiales, aparejada con el criterio de la justicia material o, como se ha dicho, solución del caso concreto, aproxima al operador jurídico, particularmente al juez, a una solución que satisfaga las justas expectativas de las partes tanto en lo relativo al Derecho sustantivo, aplicable al caso

⁷⁹ ARELLANO GARCÍA, Carlos (1989). *Derecho Internacional Privado*, 9 edición. México: Editorial Porrúa, pág. 29.

concreto, como a la jurisdicción que deberá conocer y decidir del caso. En este último sentido, doctrinas como la del “Foro conveniente o no” (*forum non conveniens* y *forum conveniens*) permiten analizar el funcionamiento del aparato jurisdiccional.

En el caso costarricense, se hace no sólo a partir de criterios objetivos y subjetivos predeterminados, sino también si en el caso concreto el interés superior de la persona menor de edad, justifica el conocimiento y decisión del conflicto por parte de tales autoridades.

Cabe señalar que aparte de las normas que rigen en el Derecho Internacional, el interés superior del niño, la niña o el adolescente, faculta al juez, en el análisis del Derecho aplicable y la jurisdicción competente, para hacer las adecuaciones que la complejidad de los casos con elementos de extranjería presentan. Este interés, como uno de los principios rectores del moderno paradigma en materia de infancia, incluye la protección integral como la herramienta que tienen nuestras autoridades para calibrar los criterios formales del Derecho Internacional y las exigencias estrictas de los criterios atributivos de la jurisdicción, para producir resultados realmente justos.

No debe dejarse de lado el hecho de que esto sucede tanto en el plano del Derecho Internacional Público como el derecho Internacional privado, por cuanto los principios que protegen a las personas menores de edad se complementan de la producción de normas y Convenios por parte de ambas ramas del derecho.

Relación entre Derecho Internacional Público y Privado

El Lic. Gonzalo Ortiz Martín, en un artículo que trata sobre la relación del Derecho Público y el Privado señala que:

“Para lograr redondear mi propósito de sintetizar el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público deben anotarse los principales hechos ocurridos en la evolución y cambio del Derecho Internacional Público. Se exponía, clásicamente que el sujeto del Derecho Internacional Privado es el hombre, en su actividad particular, en su estatuto personal y las relaciones con los bienes que le rodean y que en el Derecho Internacional Público el sujeto es el Estado. Esto es obsoleto. Ya no se acepta, el sujeto del Derecho Internacional Público es esencialmente el hombre, agregándose de cualquier nacionalidad que sea y en cualquier parte que esté, porque es su personalidad y dignidad las que conformarán los derechos que han de ser su armadura

*jurídica en su vida internacional. Y el hombre en el Derecho Internacional Privado no es un ente jurídico perteneciente únicamente a su patria sino un ser con dignidad resguardado jurídicamente en lo interno por su propio país y en lo demás por las Naciones Unidas en sus claros postulados”*⁸⁰

Ahora bien, luego de la evolución histórica que han tenido tanto el Derecho Internacional Público como el Privado, falta dejar claro el hecho de que todo esto nos conlleva al ideal de establecer el orden jurídico internacional en donde están comprendidos tanto el Derecho Internacional Público como el Privado.

Con respecto a las relaciones existentes entre ambas ramas del Derecho, afirma la propia Corte Internacional de Justicia que “*el Derecho Internacional Privado, si bien generalmente forma parte del derecho nacional de cada Estado, al mismo tiempo ha admitido que el Derecho Internacional Público puede contener normas de costumbre concernientes a problemas del derecho Internacional Privado.*”⁸¹

Además, se puede señalar que a través de los tratados internacionales, el Derecho Internacional Privado se convierte en materia de Derecho Internacional Público, lo que atenúa la distinción existente entre estas dos ramas.

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que la diferencia entre ambas ramas del Derecho es una línea sutil, porque ambas se encuentran mezcladas, incluso, existe una teoría que dice que el Derecho Internacional Privado no existe, sino que es parte del Público.

Ambas ramas han evolucionado debido a la globalización y el desarrollo de una comunidad internacional y conforme pasan los años, se hace cada día más necesario recurrir a las reglas que las dos áreas han impuesto con el pasar de los años.

Cabe señalar que a pesar de que en nuestros días se busca la unificación de los sistemas, con el fin de que la vigencia del Derecho Internacional se dé en mayor medida, una diferencia entre ambos que no debe dejar de mencionarse es la referente a la aplicación de ese orden internacional.

En el Derecho Internacional Privado, en lo concerniente a la aplicación, se encuentran las teorías sobre la extraterritorialidad y, en el Derecho Internacional

⁸⁰ ORTÍZ MARTÍN, Gonzalo. “Puntos de contacto entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público. Soberanía y orden público”. *Revista Judicial*, No. 19. Año V (marzo de 1981). Costa Rica, pág. 59.

⁸¹ CAMPOS CALVO, Yerma (2006). *Aplicación de los tratados en el Juzgado*. Tesis para optar al grado de Maestría. Costa Rica: UNA. Op. Cit., pág. 30.

Público, se señala que debe darse mediante un acuerdo universal que se centraliza en la ONU.

Por lo tanto, es claro que el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público cada día se acercan más al necesitarse recíprocamente. El nuevo orden internacional ha de entenderse en el sentido de que cuando las cuestiones sean de Derecho Internacional Público se aplique tal orden y, cuando la cuestión sea competencia del Privado, se aplique lo concerniente a tal rama, pero siempre coincidiendo ambos en los modos obligatorios para su cumplimiento.

1.6 INFLUENCIA DEL DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO EN EL TRATAMIENTO DE LA SITUACIÓN DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y ADOLESCENTES.

La consideración del niño, la niña y adolescente en el Derecho Internacional, tanto en el Privado como en el Público es objeto de una creciente atención, por lo que es prudente mencionar que la comunidad internacional tiene en su foco de atención la situación de los niños, las niñas y adolescentes, lo que produce una creciente gama de legislación de protección hacia este sector.

Entonces, la protección de la infancia es uno de los pilares del nuevo Derecho Internacional y fruto de esta preocupación son los diferentes instrumentos internacionales que se han ocupado de la materia, como se dijo, tanto en el ámbito del Derecho Público como en el del Privado.

Ahora bien, tanto la ONU como la OEA, han venido cumpliendo acciones importantes para el desarrollo de la protección en la materia. Así, la ONU puso en vigencia la CDN, la cual tutela más directamente los intereses de las personas menores de edad y amplía la esfera de los derechos a proteger, reconociendo al niño, a la niña y al adolescente en su condición de sujeto activo de los derechos, así como la participación en la sociedad.

Por otro lado, la OEA no se ha quedado atrás en la materia, por lo que a través del programa de Derecho Internacional Privado que desarrolla CIDIP desde 1984, ha incursionado en temas de la niñez, en conjunto con el Instituto Interamericano del Niño. Producto del trabajo, al presente se han firmado cuatro convenciones interamericanas a saber: Adopción de menores (1984), Restitución internacional de menores y obligaciones alimentarias (1989) y Tráfico internacional de menores (1994).

Además, no se puede dejar de lado la Conferencia de La Haya, organización internacional que tiene como misión crear Derecho Internacional Privado, ya que ha sido el eje central del nacimiento de diferentes convenios que protegen a las personas menores de edad de las agresiones producto de la sociedad.

Cabe señalar que el objeto principal de este trabajo está centrado en aspectos más concretos y específicos que afectan a las personas menores de edad, de tal manera que la protección se refiere a situaciones que amparan a la persona menor de edad desde la órbita del Derecho Privado, razón por la cual nos detendremos en el tema de los convenios adoptados por esta organización.

Para efectos del presente trabajo de investigación, el Derecho Internacional Público ha puesto las reglas generales de protección en cuanto a este sector de la sociedad y el Internacional Privado ha procurado unificar las normas que protegen a los niños, las niñas y adolescentes

Debe quedar claro, entonces, que las personas menores de edad han sido objeto de protección tanto del Derecho Internacional Público como del Privado, ya que tal y como se ha dicho en páginas anteriores, ambas ramas han brindado grandes aportes en la materia.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE BRINDAN LA BASE PARA LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

Desde hace ya varios años, incluso, desde el siglo pasado, han surgido instrumentos que de una u otra manera han intentado proteger a los niños, las niñas y adolescentes. En cada uno de ellos se puede observar que existen diferencias de enfoque, precisamente por las distintas facetas por las que ha pasado la visión de este sector de la sociedad.

En algunos casos, como se va a observar más adelante, ciertos instrumentos son una sucesión cronológica que proviene de una misma base, mientras que otros son de un carácter más bien adecuado a circunstancias socio-culturales e históricas.

Principales instrumentos en el nivel internacional

En esta sección se analizan los principales instrumentos en el nivel internacional que, a nuestro criterio, son relevantes, por cuanto protegen a las personas menores de edad y sientan las bases para el desarrollo de otros específicos para la materia.

1.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Breve reseña histórica

La DUDH fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 y surge como respuesta a la Segunda Guerra Mundial, en la que se cometieron algunos de los crímenes más bárbaros de la historia de la humanidad.

Tal y como se mencionó anteriormente la DUDH detalló por primera vez los derechos y las libertades de las personas y constituyó el primer reconocimiento

internacional de que los Derechos Humanos y las libertades fundamentales se aplicaban a todas las personas, en todas partes.

En la actualidad, ésta sigue inspirando el activismo y la legislación de Derechos Humanos en todo el mundo. Además, ha servido como fundamento para los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, se ha utilizado como modelo de numerosos tratados y declaraciones internacionales y ha sido incorporada a las constituciones y leyes de muchos países.

Declaración universal de los Derechos Humanos en relación con los niños, las niñas y adolescentes

Con la "DUDH ", emitida por la ONU, se hacen claros y evidentes los derechos inherentes de todos los seres humanos de la Tierra, por lo tanto, se puede afirmar que a partir de este momento, las personas menores de edad debían ser objeto de cuidado así como de atenciones especiales.

Buscando de una manera más específica, se puede encontrar la niñez y la adolescencia en esta Declaración, en el artículo 25 inciso 2, el cual reafirma que la maternidad y la infancia tienen derecho a ser cuidados y asistidos de una manera especial; además, aclara en este artículo la igualdad entre los niños, las niñas nacidos tanto dentro del matrimonio como fuera de él.

Asimismo, se puede observar que protege al niño, niña en tanto es parte de la familia, la cual señala que es elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que es objeto de protección tanto de la sociedad como del Estado. El niño, niña como parte de la familia, entonces, es reconocido como objeto de protección y de cuidado.

La Declaración de los Derechos Humanos fue útil en el ámbito de los niños, las niñas y adolescentes, ya que sirvió de conciencia al establecer, de esta manera, pautas con las cuales evaluar la actitud y el comportamiento de la sociedad en torno a la situación de la niñez en el nivel mundial, lo que se ve reflejado cuando se afirma que la “humanidad debe al niño (a) lo mejor que pueda darle.”⁸²

Sin embargo, a pesar de que los derechos de los niños, las niñas y adolescentes son reconocidos, se hace de una manera muy general, lo que provoca la necesidad de

⁸² ANGULO FONSECA, Grethel Elena (2004). *Análisis de las medidas de protección: cuidado provisional en familias sustitutas y abrigo temporal en entidades públicas o privadas, dictadas por el Patronato Nacional de la Infancia y reguladas en el Código de la Niñez y Adolescencia*. Op. Cit., pág. 57.

desarrollar un tratado internacional que se refiera solamente a los derechos de esta población.

Además, no debe dejarse de lado el hecho de que la Declaración de los Derechos Humanos fue solamente una declaración, por lo que sus derechos eran reconocidos desde una perspectiva moral, lo que obliga el desarrollo de tratados en donde el cumplimiento sea obligatorio.

2.2 LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Breve reseña histórica

En cuanto al origen histórico de la Declaración, cabe señalar que fue adoptada por la Liga de las Naciones en 1924 y aprobada en Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959.

El primer proyecto de “Carta del niño” fue puesto en estudio en Londres, el cual fue promulgado en el verano de 1922 por el Consejo Internacional de Mujeres de Oslo. La carta adoptada en 1924, en la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones de Englantyne Jebb, decidió dar unión internacional de protección a la infancia.⁸³

Englantyne, en 1921, había establecido la “Unión Internacional “con sede en Ginebra (Suiza), para la salvación de los niños, niñas, ya que después de la Primera Guerra Mundial habían muchos niños, niñas abandonados, enfermos, con hambre, debido a la desaparición o muerte de sus padres.

En 1922 se redactó en Ginebra la “Declaración de los Derechos del Niño”, la cual contaba con cinco puntos:

1. Darle condiciones para un normal desarrollo físico y espiritual.
2. Alimentar al que tiene hambre, cuidar al enfermo, ayudar al excepcional, rehabilitar al inadaptado social y recoger, socorrer al huérfano y al abandonado.
3. No practicar discriminación por raza, nacionalidad o creencia religiosa.
4. Enseñarle un oficio y protegerle contra toda explotación.
5. Educarlo con un sentimiento de servicio a sus hermanos.

⁸³ CHAMBERS RIVAS, Rose Mary; GRANADOS SOLERA, Vilma; HERZ LEAL, Giselle; LEAL VEGA, Luis; MURILLO MORA, Rocío; MURILLO SOLANO, German (1980). *El problema del niño abandonado en Costa Rica*. Seminario de graduación para optar al grado de Licenciado en Derecho. Costa Rica: Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho, pág. 1.

Sus contenidos eran muy generales y, además, unos años más tarde, la humanidad vivió otra guerra, aun más brutal que la anterior, donde los derechos de las personas y de los niños, niñas, en particular, sufrieron vulneraciones sin precedentes en el orden político moderno.⁸⁴

Ahora bien, se puede decir que el 20 de noviembre de 1959 se recogen los principios de dicha Declaración ya que la ONU retoma el tema y aprueba la DDN.

Contenido

En 1959, la ONU retoma el tema sobre la protección de la niñez y aprueba la DDN, resolución 1386 XIV, en la cual se consignan los derechos y las libertades que toda persona menor de edad debe disfrutar.

Se tomó esta decisión al considerar que las necesidades esenciales de la infancia justificaban ampliamente una protección especial. A pesar de que muchos de los derechos y libertades ya estaban incluidos en la DUDH, se consideró que las condiciones especiales de la niñez justificaban una declaración aparte.

La DDN, en el preámbulo, insta a los gobiernos nacionales, organizaciones particulares y autoridades locales a reconocer esos derechos, así como a que luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole, de conformidad con los principios que se enuncian en la Declaración.

Debe aclararse que, a pesar de lo anterior, dicha solicitud solo afecta moralmente a los Estados, ya que no cuenta con medidas operativas para su implementación.

Esta DDN no tiene fuerza legal o sanción que obligue a su cumplimiento; sin embargo, ha inspirado a los gobiernos para la adopción de disposiciones legales para proteger a la infancia.

Se debe mencionar, además, que los pueblos de las Naciones Unidas tuvieron en consideración las siguientes proclamas:

“...que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y su determinación

⁸⁴ *Convención Internacional sobre los derechos del niño* Recuperado el día, 2 de Junio del año 2007 de: <http://www.me.gov.ar/derechos/convencion/compilacoconvencion.htm>.

de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

“... que las Naciones Unidas han proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

“...que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento,

“que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño...”

“... que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle.”⁸⁵

De tal forma, la DDN se encuentra ordenada en diez principios:

Principio No. 1: todos los niños, niñas disfrutarán de los derechos que se enuncian en la presente Declaración. Tales derechos serán reconocidos sin importar los motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño, niña o bien de su familia.

⁸⁵ *Declaración de los derechos del niño.* Recuperado el día 2 de Junio de año 2007 de: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/25_sp.htm.

Principio No. 2: derecho de los niños, niñas a la protección especial para su desarrollo físico, moral, espiritual, social, de manera tanto saludable como normal en condiciones de libertad y dignidad.

Principio No. 3: derecho de todos los niños, niña a tener un nombre y nacionalidad.

Principio No. 4: derechos de los niños, niñas a la seguridad social, salud y el pleno disfrute de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos.

Principio No. 5: el goce de cuidado especial para todos aquellos niños, niñas con algún tipo de impedimento.

Principio No. 6: derecho al amor y comprensión de los padres y, en su defecto, a la protección de las entidades públicas.

Principio No. 7: derecho a la educación gratuita y obligatoria, en igualdad de condiciones. Derecho a la recreación y al juego atendiendo siempre el interés superior de la persona menor de edad

Principio No. 8: derecho a ser el primero en cuanto a protección y socorro.

Principio No. 9: derecho a la protección para no ser objeto de ningún tipo de trata, ni de obligación al trabajo.

Principio No. 10: protección contra la discriminación racial, religiosa o de cualquier tipo, siendo educado bajo los principios de paz y fraternidad universal

A pesar del espíritu de protección que se ve reflejado en los anteriores principios, no bastó para hacer cesar el tratamiento segregacionista de la infancia, por efecto de la aplicación de la normativa de la Situación Irregular.

En sentido estricto del Derecho Internacional, las declaraciones son una simple formulación de derechos, que reconoce éticamente situaciones de derechos, pero no son de obligatorio cumplimiento por los Estados partes; entonces al no tener carácter imperativo, las declaraciones se hacen, por lo general, ineficaces en los países que la

suscriben, pasando a ser, de esta manera, una especie de "invitación" a comportarse de una manera determinada, por cuanto carecen de mecanismos para dar eficacia y generar efectos de los derechos declarados.

Es necesario también afirmar que los instrumentos, aunque tampoco sean de obligatorio cumplimiento, por su carácter de resoluciones de Naciones Unidas, configuran antecedentes de la propia Convención y suministro doctrinario para su diseño, tanto así que algunos son expresamente citados en su preámbulo y considerados en sus normas, como lo veremos en el presente estudio más adelante.

Nos señala el ilustre autor Emilio García Méndez con respecto a lo anterior:

“Si la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, constituyó un mínimo ético en relación a la infancia, solo 30 años después, la Convención Internacional constituye un máximo jurídico, que transformado en derecho positivo nacional e internacional pone en evidencia la enorme brecha a cubrir entre una nueva condición jurídica y la persistentemente difícil condición material de la infancia.”⁸⁶

2.3 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

Breve reseña histórica

En el momento en que se encomendó redactar la DUDH, la Comisión encargada propuso redactar una Declaración Universal y, simultáneamente, que se redactara un documento que, como tratado multilateral, tuviera carácter obligatorio para los Estados.

La Comisión redactora se refería a redactar, al mismo tiempo, dos Pactos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Sobre este proyecto se

⁸⁶ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1995). *La Convención Internacional de los Derechos del Niño y las Políticas Públicas*. Recuperado el día, 15 de mayo del año 2007 de: http://www.iin.oea.org-Cursos a distancia-La Convención Internacional _E.García_Mendez.pdf.url.

trabajó a partir de 1945, en que se firmó la Carta de la ONU, hasta 1947, por lo que se descartó la idea de elaborar los dos Pactos.

Tanto el PIDCP como el PIDESC tardaron dieciocho años en aprobarse, ya que fueron adoptados y aprobados por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966 y fue hasta diez años después que entraron en vigencia: el segundo, el 3 de enero de 1976 y el primero, el 23 de marzo de 1976.

Contenido

El Pacto desarrolla con más detalle los principios consagrados en la DUDH. Su Protocolo Facultativo se basa en un tratado internacional, por medio del cual los Estados partes se obligan a aceptar un procedimiento concreto y específico para examinar las denuncias sobre violación a derechos civiles y políticos protegidos por el pacto internacional correspondiente. Es importante señalar que sólo se aplica a los Estados partes que hayan firmado el procedimiento.

Entonces, en el PIDCP se establecen normas y principios con fuerza obligatoria para los Estados que lo ratifican, por lo que no se habla ya de una simple declaración de derechos y deberes.

Tal y como su nombre lo indica, sólo comprende lo relativo a derechos civiles y políticos, además, debe aclararse que es de carácter universal, pues en el nivel regional existe otro instrumento jurídico: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado Pacto de San José, del cual se hablará más adelante.

Pacto internacional de derechos civiles y políticos y los niños, las niñas y, adolescentes.

En relación con los niños, las niñas y adolescentes, se puede mencionar que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos toca el tema en cuatro o cinco artículos que se mencionan a continuación. El artículo seis regula el derecho a la vida inherente a toda persona humana y, con respecto a los países que no han abolido la pena de muerte, específicamente en cuanto a los menores de edad señala que

"...No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en Estado de gravidez..".⁸⁷

Por su parte nos señala el artículo diez en cuanto a las personas menores de edad procesadas que *"...los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento..."*⁸⁸

En cuanto a la familia, señala el Pacto que tiene derecho a la protección tanto de la sociedad como del Estado, por ser esta el elemento natural y fundamental de la sociedad.

Además, se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, siempre y cuando cumplan con la edad necesaria. Señala, en cuanto al matrimonio, la igualdad de derechos y de responsabilidades para ambas partes. En caso de disolución, se adoptarán medidas que aseguren la protección de los hijos.

Por último, nos señala el Pacto en relación con las personas menores de edad que:

*"Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado... Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre... Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad..."*⁸⁹

Se reconocen, entonces, en este último artículo, los derechos de las personas menores de edad a las medidas de protección requeridas tanto por parte de la sociedad como del Estado, así como a tener un nombre y adquirir una nacionalidad.

⁸⁷ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2001). *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, pág. 654.

⁸⁸ *Ibídem.*

⁸⁹ *Ibídem*, pág. 656.

2.4 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Breve reseña histórica

Se pensaba erróneamente que los derechos civiles y políticos (el derecho a un juicio justo, a la vida, al voto, etc.) eran los únicos que podían ser objeto de violación, de medidas de reparación y de escrutinio jurídico internacional.

En distintas declaraciones y tratados de Derechos Humanos, se observó un creciente reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales en el plano normativo.

En el ámbito de las Naciones Unidas, además de la DUDH, el principal instrumento jurídico para la protección de este tipo de derechos es el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de diciembre de 1966, que entró en vigor el 3 de enero de 1976

Contenido

El Pacto cuenta con una amplia cobertura mundial, con 155 Estados partes. Busca establecer normas con mayor poder vinculante para ellos, en materia de los derechos económicos, sociales y culturales y es conocido como un instrumento importante en la materia, ya que busca su materialización.

Este tratado reconoce un amplio conjunto de derechos de esta naturaleza dentro de los cuales se destacan principalmente los siguientes: el derecho de los pueblos a su libre autodeterminación política, derechos laborales y derechos de subsistencia, por último establece los derechos culturales, e incluye derechos relativos a la protección de ciertas categorías o sectores, especialmente de la familia en lo que respecta a la maternidad y los derechos de las personas menores de edad.

Los Estados parte del PIDESC son responsables ante la comunidad internacional y ante sus propios pueblos, por el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del Pacto, éstas son: respetar, proteger y realizar.

Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales con respecto a los niños, las niñas y adolescentes.

Tal y como se mencionó en páginas anteriores, existe en el PIDESC, una sección o, bien, un grupo de artículos que establecen o reconocen derechos de los niños, las niñas y adolescentes.

El artículo 10 establece que los Estados partes reconocen el “*adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.*”

Además, se reconoce la más amplia protección y asistencia a la familia, por ser ésta el elemento natural y fundamental de la sociedad.

Es importante señalar que se establece, en este Pacto, la protección a las personas menores de edad con respecto al trabajo. Señala en este sentido:

“Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil...”⁹⁰

Se reconoce también el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

En cuanto a las medidas que se adoptan para hacer cumplimiento pleno de la salud tanto física como mental se encuentran: la reducción de la mortalidad infantil; el sano desarrollo de los niños, las niñas y adolescentes; el mejoramiento, en todos sus aspectos, de la higiene del trabajo y el medio ambiente, y la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas.⁹¹

Por otro lado, la educación es un aspecto relevante para el Pacto, por lo que establece los siguientes derechos y obligaciones al respecto: el derecho de toda persona a la educación: la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas,

⁹⁰ Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (2001). *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Op. Cit, pág. 650.

⁹¹ *Ibidem*.

siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

A manera de conclusión, el PDESC establece una nueva gama de protección a las personas menores de edad, por cuanto reconoce su protección con respecto a trabajo y a las formas, o sea, le pone límites; además, establece medidas para el cumplimiento de la salud y, por último, reconoce la educación como un derecho del cual los niños, niñas deben gozar de manera gratuita y obligatoria.

INSTRUMENTOS EN EL NIVEL REGIONAL

2.5 LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ)

Breve reseña histórica

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José de Costa Rica o CADH) de acuerdo con lo que se mencionó anteriormente fue promulgada el 22 de noviembre de 1969, en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que se efectuó ese año en nuestro país.

La CADH entró en vigor el 18 de julio de 1978 y Costa Rica la incorporó en su Ordenamiento Interno mediante Ley N° 4534 de 23 de febrero de 1970.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los derechos de la niñez y la adolescencia.

Los artículos de la Convención que se pueden analizar con respecto a los derechos de la niñez y la adolescencia son escasos, por lo que se procede a comentar cada uno de ellos.

En cuanto la familia, podemos observar que al igual que otros instrumentos internacionales, la define de la siguiente manera:

*“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado..., disposición conforme a nuestra legislación.”*⁹² (Art. 17)

Continuando con el tema de la familia, se reconoce en la Convención el derecho tanto del hombre como de la mujer a contraer matrimonio, así como a fundar una familia, siempre y cuando cumplan con las condiciones requeridas, las cuales no deben afectar el principio de no discriminación establecido en la Convención.

Además, se indican las medidas apropiadas para asegurar la equivalencia de responsabilidades en el matrimonio, por lo que en caso de producirse disolución del vínculo matrimonial, se debe de tomar en cuenta el interés superior de los hijos e hijas.⁹³

De gran relevancia en la Convención es el hecho de que se reconozca la igualdad de derechos entre los hijos nacidos en el matrimonio y fuera de él, enunciados que se recogen con toda aptitud en nuestro Código de Familia, el Código de Niñez y Adolescencia y la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia.

Respecto a la igualdad de todas las personas, la Convención reconoce la personalidad jurídica de cada integrante de la familia y reafirma los principios de igualdad ante la ley y la no-discriminación (artículos 3 y 24).

Por su parte, se observa el artículo 19 de la Convención Americana, el cual establece que toda persona menor de edad tiene derecho a medidas especiales de protección por parte de la familia y del Estado. Sin embargo, no estipula cuáles derechos tiene ni cómo deberían ser garantizados. El Protocolo Adicional a la Convención Americana añade que todo niño, niña o adolescente, tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y toda persona, a la educación gratuita.

En cuanto al derecho a la integridad personal, señala la Convención que *“cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.”*⁹⁴

⁹² INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (1997). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José: Editorial del IIDH, pág. 20.

⁹³ ANGULO FONSECA, Grethel Elena (2004). *Análisis de las medidas de protección: cuidado provisional en familias sustitutas y abrigo temporal en entidades públicas o privadas, dictadas por el Patronato Nacional de la Infancia y reguladas en el Código de la Niñez y Adolescencia*. Op. Cit., pág. 65.

⁹⁴ *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*. Recuperada el día, 16 de Junio del año 2007 de: <http://www.poderjudicial.go.cr/salasegunda/normativa/Convención%20Americana%20sobre%20Derechos%20Humanos.doc>.

En el artículo 19 de la Convención se establece que la protección de las personas menores de edad debe provenir de la familia, la sociedad y del Estado, lo cual es acorde con lo que regula la Convención sobre los Derechos del Niño, en donde prevalece el interés superior del niño, la niña y adolescente.

En cuanto a la eficacia de la Convención y los derechos reconocidos en ella, debe señalarse que ambos gozan de una eficacia tanto externa como interna. Entonces, en la Convención Americana de Derechos Humanos se puede hablar de una eficacia externa, ya que cuenta con órganos dotados de competencia, los cuales vigilan el cumplimiento de los derechos.

Por otro lado, la eficacia interna depende exclusivamente de la importancia y el valor que le confiera cada Estado parte que ha ratificado la Convención.

Por su parte, debe señalarse que la gran mayoría de Estados latinoamericanos que han ratificado la Convención la ha incorporado en su ordenamiento jurídico como derecho vigente; ejemplo claro es nuestro país que, como se señaló, incorporó la Convención mediante la Ley número 4534, en 1970.

2.6 PROTOCOLO FACULTATIVO A LA CONVENCION AMERICANA EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PROTOCOLO DE SAN SALVADOR)

Breve reseña histórica

Tal y como se mencionó en páginas anteriores, los derechos económicos, sociales y culturales no habían tenido tanta relevancia en el ámbito internacional como nacional, ya que se creía que los civiles y políticos eran los únicos que merecían la atención para su protección.

A raíz del creciente reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, en el plano normativo internacional se adoptó el PIDESC.

Ahora bien en el ámbito regional interamericano, los principales instrumentos son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la CADH de 1969.

Años más tarde se adopta el Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988.

Contenido

En cuanto el contenido del presente Convenio, se puede señalar que consta de veintidós artículos en donde compromete a los Estados parte, la creación de condiciones que permitan el desarrollo de los derechos económicos y sociales y el goce de cada persona de los en su máxima expresión.

Los derechos económicos, sociales y culturales que se reconocen en el protocolo facultativo pueden ser divididos en tres grandes grupos. El primero reconoce los derechos relativos al trabajo, por lo que regula las condiciones óptimas para que el trabajador desarrolle cualquier actividad bajo condiciones satisfactorias y justas. Además, en este mismo grupo son reconocidos los derechos sindicales. El segundo grupo de derechos está conformado por la protección a la salud, la alimentación adecuada, la seguridad social, la protección en un ambiente sano y equilibrado, así como la educación y la cultura de los seres humanos. Por último, encontramos un grupo de derechos reconocidos para la familia, las personas menores de edad, los ancianos y personas discapacitadas.

Este último grupo es de especial interés para la presente investigación, por cuanto protege una vez más los derechos de la niñez y la adolescencia.

El Protocolo de San Salvador y los niños, las niñas y adolescentes

Tal y como se mencionó en el apartado sobre el contenido del Convenio, existe un grupo de derechos que reconoce la protección a la familia, así como los derechos a las personas menores de edad.

El artículo 15 del Protocolo nos señala que: *“familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.”*⁹⁵

Asimismo este mismo artículo señala la importancia de garantizar a las personas menores de edad una alimentación adecuada y la protección a los y las adolescentes para la plena maduración de sus capacidades físicas intelectuales y morales.

⁹⁵ *Protocolo adicional facultativo de derechos económicos y sociales (Protocolo de San Salvador)*. Recuperado el día, 11 de Junio del año 2007 mes y año de: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos4.htm> - 88k.

En general, este artículo dedicado a la familia protege todos aquellos derechos que fueron objeto de protección para los individuos, pero con especial énfasis, por ser el elemento fundamental de la sociedad.

Específicamente, en cuanto al derecho de la niñez el Protocolo señala en su artículo 16 que:

“Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.”⁹⁶

Cabe señalar, por último, que el Protocolo no solamente protege este sector de la sociedad en los artículos que se desarrollaron anteriormente, por cuanto estipula otros tales como la educación, edad mínima del trabajo, medio ambiente sano, etc., pero para efectos de la investigación nos limitamos a desarrollar los que únicamente acordaban cuestiones directas en cuanto a las personas menores de edad.

2.7 LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Las actuales políticas públicas a favor de la infancia tienen como su principal fundamento la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por nuestro país mediante Ley 7184 de 09 de agosto de 1990, publicada en La Gaceta Número 149.

Debido a lo anterior, en las próximas páginas se procede estudiar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, desde una perspectiva histórico-jurídica.

Breve reseña histórica

⁹⁶ Protocolo adicional facultativo de derechos económicos y sociales (Protocolo de San Salvador). Op. Cit.

La iniciativa de elaborar la Convención sobre los Derechos del Niño fue presentada a la Asamblea General en 1978 por Polonia.

En un principio se pretendió la aprobación del proyecto para la celebración del Año Internacional del niño en 1979, pero debido a la magnitud, dimensión y complejidad del proyecto no fue sino hasta noviembre de 1989, al cumplirse diez años de trabajos preparatorios, que la Asamblea General de las ONU la aprobó por unanimidad.

La elaboración de la Convención fue un largo y duro trabajo por parte de quienes integraron el grupo de expertos que redactaron el proyecto.

Desde el punto de vista de las suscritas, se observan dos grandes dificultades: la primera tiene relación con el objetivo primordial de la Convención, por cuanto buscaba redactar un texto que armonizara y unificara el régimen jurídico disperso que regulaba la materia en numerosos acuerdos y convenciones redactadas con anterioridad; la segunda dificultad es en relación con la gran diversidad de organismos, grupos de trabajo, organizaciones, etc., que intervinieron en la redacción.

Se puede asegurar que la aprobación de la Convención es la culminación de un largo proceso de reconocimiento y protección de los derechos de las personas menores de edad, tanto los debates, las consultas o las discusiones lograron la producción del instrumento que hoy es el rector de los principios para la protección de este sector de la sociedad.

Además, la Convención significó para los pueblos y gobiernos del mundo un reto jurídico-social de relevancia universal, ya que comprende un tratado internacional sobre Derechos Humanos que cambia la doctrina seguida durante muchos años por las legislaciones en lo que respecta a la normativa de protección de la niñez y la adolescencia.

De forma reiterada debe mencionarse que, previo a la promulgación de la CDN, prevalecía la percepción de la infancia a partir de las ideas basadas en la Doctrina de la Situación Irregular, la cual consideraba al niño, niña objeto de protección, por cuanto producía en la sociedad el sentimiento de lástima, compasión, caridad y represión.

Por otro lado, tal como se ha esbozado en páginas anteriores, la Convención recoge los muchos de los principios que fueron objeto de protección por parte de diferentes instrumentos, siendo el principal de estos la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, desarrollada anteriormente por las suscritas.

A pesar de que la Convención desarrolla muchos de los derechos que ya en algún momento habían sido objeto de protección, no es esta una mera reformulación de ellos, porque la Convención no solo desarrolla, sino que transforma al niño, niña objeto de derecho en sujeto de numerosos derechos y libertades.

Estructura de la Convención

En lo que se refiere a la estructura de la Convención, está compuesta de 54 artículos y consta de las siguientes partes:

Preámbulo

Por lo general, los preámbulos de los instrumentos internacionales tienen varios propósitos. Resulta entonces que, en lo que respecta a Derechos Humanos adoptados por la ONU, incluyen, por lo general, disposiciones que establecen vínculos entre la materia que se trata en el instrumento y los objetivos de la organización.

Por su parte, además de señalar los vínculos entre los objetivos de la organización y el tratado, se señalan los antecedentes que se consideren como más relevantes y, en algunos casos, hasta situaciones que hacen necesario el instrumento.

Se procede a analizar el preámbulo de la Convención, por lo que se observa como primer punto que los primeros dos párrafos, junto con el número siete, se vinculan con la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños y con la Carta Magna de la ONU.

En cuanto a los antecedentes de la Convención, se puede señalar que son recogidos en cuatro párrafos de ella.

De acuerdo con lo anterior, los párrafos cuarto y quinto hacen referencia al derecho de la persona menor de edad a la protección, atención y cuidados especiales, consagrados por la DUDH de 1948, por las declaraciones de 1923 y 1959 sobre los derechos del niño, niña y por los pactos internacionales sobre Derechos civiles y Políticos, así como de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

El párrafo sexto recoge otra parte relevante sobre los antecedentes de la Convención. Se señala en este, el principio en el que se reconoce al niño, niña el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, creciendo en el seno de su familia, en ambientes de felicidad, amor y comprensión. Además, en el párrafo quinto señala la

DUDH y el PDCP, subrayando la importancia de la familia, ocupando un tema importante en la Convención por la relación Estado-niño, niña-familia.

Otros antecedentes son señalados en el párrafo noveno, el cual cita textualmente el párrafo tercero de la Declaración de 1959. Este requiere de una explicación más detallada, ya que la razón de su cita textual fue la solución a un conflicto entre las partes que tenían posiciones opuestas en lo que respecta al alcance de la vida de las personas menores de edad. Eran dos grupos opuestos: el primero estaba compuesto por países católicos e islámicos que defendían el alcance de vida, incluso hasta antes del nacimiento; el segundo defendía al niño, niña a partir de su nacimiento y estaba conformado por países socialistas, nórdicos y asiáticos.

El valor del párrafo noveno es limitado, pues a pesar de que las disposiciones del preámbulo pueden ser utilizadas, en el momento en que se realiza la interpretación de un tratado no se toma como si tuviera valor dispositivo.

Por otro lado, se señalan en el párrafo noveno otros instrumentos internacionales que aunque no tienen carácter obligatorio, constituyen antecedentes de la Convención: la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o conflicto armado de 1974; las Reglas de Beijing de 1985 y la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y al bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional de 1986.

En el artículo duodécimo se menciona la importancia de las tradiciones y los valores de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso de las personas menores de edad.

Por último, se recalca la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de los niños, niñas, en todos los países y, en particular, en los que se encuentran en vías de desarrollo.

Parte I

La parte I está conformada por los artículos del 1 al 41, en donde se establecen las obligaciones de los Estados miembros de la Convención

Definición de Niño:

“Todo ser Humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”⁹⁷ (Sic)

El artículo primero define a la persona menor de edad para efectos de la Convención. Tal y como se indicó en páginas anteriores, en la propuesta inicial, se definía como toda persona humana, desde su nacimiento hasta los dieciocho años de edad. En virtud de la propuesta para que fuera modificada y se protegiera a toda persona desde la concepción, se prefirió eliminar por completo el carácter que determina el inicio de la vida, por el hecho de que existía imposibilidad en el consenso.

Se cree que, de haberse adoptado cualquiera de las dos posiciones propuestas en cuanto al inicio de la vida, la ratificación universal de la Convención no hubiera sido una realidad, por cuanto hubiera sido amenazada por los grupos de oposición.

El fijar una edad concreta para la adquisición de derechos es un asunto complejo, por lo que supone buscar un equilibrio entre el concepto de niño, niña como sujeto de derechos y la obligación del Estado de proporcionarles una protección especial.

La mayoría de edad fijada por la Convención es de 18 años, sin embargo, se deben tener muy en cuenta las realidades sociales del país, los principios que inspiran la Convención y los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En algunas cuestiones, la Convención adopta una postura firme para que la mayoría de edad sea respetada. En relación con esto, se pueden señalar dos artículos en los que se establece una edad precisa que debe ser respetada a saber: el artículo 37, el cual prohíbe la pena de muerte y penas de prisión vitalicia para las personas menores de dieciocho años y el artículo 38, que impide la participación directa de personas menores de quince años en conflictos armados.

En los artículos del dos al cuarenta y dos se definen los derechos reconocidos a las personas menores de edad por los Estados firmantes; así como los principios que se establecen en la Convención, que adelante desarrollaremos con detalle.

Parte II

⁹⁷ Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (2001). *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Op. Cit., pág. 1.

Esta segunda parte está compuesta por los artículos del 42 al 54, en los cuales se establecen las disposiciones de ejecución y las condiciones para la entrada en vigor de la Convención. Además se observa que esta segunda y última parte desarrolla los sistemas de promoción y control de la efectividad de las normas que se establecen en ella.

A continuación se enumeran los puntos más relevantes con lo que respecta a esta segunda parte de la Convención:

1. El compromiso de los Estados contratantes de dar publicidad a los principios contenidos en la Convención.
2. Creación del Comité de los Derechos del Niño, el cual tiene la facultad de examinar los informes que deben entregar los Estados partes, así como de pedirles explicaciones a sobre temas en específico.
3. Se establece el compromiso de los Estados partes de dar publicidad de los informes presentados al Comité.
4. Se autoriza a diferentes organismos para presentar informes ante el Comité y brindar todo tipo de asesoramiento, siempre y cuando sea con el fin de que se dé una mejor aplicación de la Convención.

Principales características de la Convención

A continuación se señalan las características que, de acuerdo con lo observado, no se deben pasar por alto, por cuanto reflejan la novedad e importancia de la Convención.

Carácter integral de la Convención y la protección integral de los derechos de los niños

Una de sus características más importantes es que en ella se estipula una serie de derechos a favor de la infancia, desde una perspectiva integral, por lo que por primera vez se abandona la brecha que siempre había existido entre los derechos civiles, políticos, económicos y sociales.

Por lo tanto, este carácter integral para la protección de los derechos permite abarcar todas las dimensiones de la vida de los niños, las niñas y adolescentes.

Señala al respecto el señor Miguel Cillero Bruñol:

“La amplitud de sus disposiciones permite señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño constituye un verdadero programa de acción para los Estados que la ratifican, destinado a proteger el desarrollo integral a través del disfrute de los derechos que al niño se le reconocen.”⁹⁸

La persona menor de edad sujeto de Derecho. Autonomía progresiva.

Esta segunda característica se basa en la nueva concepción del reconocimiento de la persona menor de edad como sujeto de derecho en contraposición a la idea de la invalidez jurídica del menor, objeto de lastima y compasión.

Nos señala el señor Cillero Bruñol que *“la Convención sobre los Derechos del Niño es portadora e inspiración de una doctrina que considera al niño como un pleno sujeto de derecho, dejando atrás la imagen de niño objeto de representación, protección y control de los padres o el Estado, que informó la legislación de menores en el mundo entero.”⁹⁹*

Es importante señalar que la presente característica se conoce como autonomía progresiva de los derechos, por cuanto si bien las personas menores de edad tienen derecho a ella, ésta debe ser dotada con la guía y el apoyo de los padres, para que vaya siendo reconocida de conformidad con el crecimiento de la persona menor de edad.

Entonces, el principio de la autonomía progresiva de la persona menor de edad tiene una importante manifestación en el deber de orientación y dirección de los padres. Así, al considerarse que éste tiene derecho a desarrollar progresivamente el ejercicio autónomo de sus derechos, se supera el argumento tradicional que consideraba a los padres detentadores de un poder de disposición sobre sus hijos, proveniente de cierto derecho de propiedad sobre ellos, porque éstos carecían de autonomía.

El paso de las necesidades a los derechos

⁹⁸ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). *Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios*. Recuperado el día, 15 de marzo del año 2007 de: www.iin.oea.org/cad_guia de estudio modulo 2.htm - 26k, pág. 4.

⁹⁹ *Ibidem*, pág. 5.

En la Convención también podemos encontrar la idea de hacer ver las necesidades como derechos. Entonces, tal y como señala el señor Cillero Bruñol *“el paso de las necesidades a los derechos se entiende como un cambio de óptica en la relación del Estado y los adultos con la infancia. En lugar que el niño se vea como un mero receptor o beneficiario de la asistencia social, él es concebido como un sujeto de derecho frente al Estado y la sociedad, una persona a la que se le reconoce el derecho a ser protegido integralmente en su desarrollo y frente al cual existen obligaciones muy concretas y específicas.”*¹⁰⁰

Entonces, mediante esta característica, la Convención pretende, una vez más, cambiar la idea de la protección de la niñez debido a la compasión que se les tiene por ser elementos débiles de la sociedad.

En conclusión, si se lograra ver las necesidades de las personas menores de edad como derechos, se estaría actuando bajo la perspectiva de lo que pretende la protección integral, por cuanto las personas menores de edad deben ser protegidas por ser personas y no por tener lástima.

Principios contenidos en la Convención

De acuerdo con lo que han señalado varios autores expertos en la materia y con lo que ha señalado el Comité de los Derechos del Niño, son básicamente cuatro los principios que inspiran la Convención, que se pueden observar de manera explícita en sus primeros artículos:

1. El principio de la no discriminación.

Se observa que el principio de la no discriminación lo recoge el artículo 2 de la Convención, el cual establece que *“los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención..., independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.”*¹⁰¹

¹⁰⁰ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). *Ibidem.* pág 7.

¹⁰¹ Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (2001). *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.* Op. Cit., pág. 19.

Además, tal y como lo señala la Convención:

*“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”*¹⁰² (Sic)

Entonces, en el artículo segundo de la Convención se protege a los niños, niñas de todo tipo de discriminación y se obliga a los Estados partes a una aplicación igualitaria de ella, tomado en cuenta las particularidades de los niños, las niñas y adolescentes.

Cabe señalarse que tal principio si bien es recogido por el artículo 2, se menciona en varias partes de la Convención, por lo que se ve reforzado en el preámbulo y en los artículos 30 y 28.1 Se dice entonces que la *“Convención fortalece la posición jurídica de este sector de la sociedad.”*¹⁰³

2. El principio del Interés superior de la persona menor de edad

El artículo 3 de la Convención señala:

*“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”*¹⁰⁴

Además, los Estados partes se comprometen a *“asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”*¹⁰⁵

¹⁰² Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2001). *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Op. Cit., pág. 19

¹⁰³ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). *Ibidem*, Op. Cit., pág. 7.

¹⁰⁴ Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (2001). *Op. Cit.*, pág. 37.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pág. 37.

Por último, el artículo 3 señala que *“Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”*¹⁰⁶

Con respecto al principio del Interés superior que se desarrolló detalladamente en páginas anteriores, el Comité de los Derechos del Niño ha insistido en el párrafo 1 del artículo 3, ya que según este, el interés superior de la persona menor de edad debe ser una consideración primordial, siendo uno de los principios generales de la Convención.

Los párrafos 2 y 3 del artículo tres también son de suma importancia. El 2 expresa la obligación de los Estados partes de asegurar al niño, niña la protección y los cuidados necesarios para su bienestar en cualquier circunstancia, respetando al mismo tiempo los derechos y deberes de los padres.

Por su parte, el párrafo 3, de manera conjunta con el 1 y 2, determina las obligaciones generales de los Estados.

Cabe señalarse que no se profundizará en la explicación del presente principio debido al desarrollo que se le dedicó en el primer título de la presente investigación. Sin embargo, resulta de gran importancia señalar que dicho principio se encuentra presente en otros artículos, como los relativos a la separación de la persona menor de edad de sus padres, las responsabilidades de los padres, la privación del entorno familiar, la adopción y la privación de libertad.

3. El principio de la supervivencia y el desarrollo de la persona menor de edad

El artículo 6 de la Convención afirma que *“todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”* y que *“Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”*¹⁰⁷

¹⁰⁶ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2001). *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Op. Cit., pág. 19

¹⁰⁷ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2001). Op. Cit., pág. 87.

Este es otro de los artículos considerados por el Comité de los Derechos del Niño como principio general de la Convención. Garantiza el derecho fundamental a la vida, la supervivencia y al desarrollo, en la máxima medida posible.

Al respecto, se señala que el concepto de supervivencia y desarrollo en el máximo grado posible es esencial para la aplicación de la Convención en su totalidad.

“Para el Comité de los derechos del niño, el desarrollo es un concepto holístico, al que hacen referencia numerosas disposiciones de la Convención”¹⁰⁸

Señala el Comité al respecto:

“El artículo 6 reconoce que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y dispone que los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño. Considera el derecho a la supervivencia y al desarrollo como un concepto global que abarca todos los derechos de la Convención, en particular los derechos de los niños al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24), a un nivel de vida adecuado (art. 27), a beneficiarse de la seguridad social (art. 26), a la educación (art. 28), y al esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas y la cultura (art. 31).”¹⁰⁹ (Sic)

4. El principio de la Participación de la persona menor de edad.

Aunque son varias las disposiciones de la Convención que se refieren a este principio, es el artículo 12 el que lo concreta de una forma más precisa.

El artículo 12 señala que:

“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.

¹⁰⁸ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Ibidem*, pág. 87.

¹⁰⁹ Comisión de Derechos Humanos (1997-2006). 52º período de sesiones. *La promoción del derecho al desarrollo en el contexto del Decenio de las Naciones Unidas para la Erradicación de la Pobreza (1997-2006)*. Recuperado el día 29 mayo del año 2007 de: www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm - 76k.

“(…) 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.”¹¹⁰

Desde un principio, el Comité de los Derechos del Niño vio al artículo 12 como un principio general de importancia fundamental, para la interpretación y la aplicación de todos sus artículos.

El Comité ha señalado que” *el niño debe ser considerado como sujeto activo de derechos*”. La Convención deja claro este aspecto, ya que si se toman los artículos 12, 13, 14, 15 en conjunto, claramente se observa que el niño, niña es persona, por lo cual cuenta con opiniones y sentimientos propios protegidos por ser objeto de los derechos fundamentales de todo ser humano.

CAPÍTULO III

¹¹⁰ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Op. Cit. pág. 151.

DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA EN EL MARCO **JURÍDICO COSTARRICENSE**

En cuanto al marco jurídico costarricense en materia de niñez y adolescencia, al igual que en el nivel internacional, puede dividirse en dos fases: la primera va desde la aparición de la persona menor de edad como parte de la sociedad en su condición de represión–compasión, hasta la CIDN; la segunda comienza a partir de la Convención y el desarrollo de la doctrina de la Protección Integral hasta nuestros días.

Históricamente, se divide la historia de la infancia en las dos fases mencionadas por cuanto la Convención marca la división en la visión de la infancia, provocando este nuevo pensamiento una serie de reformas en los Estados que la ratificaron.

Desde el momento en que Costa Rica la ratificó, se comprometió a adecuar su ordenamiento jurídico y velar por la protección integral del los niños, las niñas y adolescentes.

Ahora bien, a continuación se procede a analizar las dos fases anteriores para permitir al lector observar el cambio jurídico que se da a partir de la Convención y el esfuerzo por parte del Estado costarricense para adecuar los instrumentos nacionales de protección a la nueva doctrina de la protección integral.

3.1 ANTECEDENTES DE LA CONVENCIÓN

Legislación nacional de menores previa a la ratificación de la Convención

A pesar de que, previo a ratificar la CDN, estaba vigente la Doctrina de la Situación Irregular, la cual en nuestros tiempos debe estar completamente suprimida del ordenamiento jurídico, no se puede dejar de lado el panorama jurídico de Costa Rica en tiempos pasados, por lo que en la presente sección se realiza de manera resumida un recorrido histórico del país antes de 1989.

Si bien tanto el siglo XIX como gran parte del XX se han caracterizado por visualizar a la infancia como objeto de protección meramente por iniciativa privada, en vista de la concepción mediada por la caridad, se torna justo reconocer las iniciativas y

los esfuerzos por parte de aquellos que actuaban de acuerdo con las concepciones propias de la época.

Es necesario señalar, entonces, que durante el siglo pasado se crearon instituciones para el cuidado y protección de los menores; entre estas se pueden citar el hospicio de huérfanos La Trinidad, para niñas huérfanas, fundado en 1868, fusionado en 1908 con el hospicio de huérfanos de San Vicente de Paul; además, durante 1880 se establecen el Hospicio de Huérfanos de Cartago y el de San José, fundado en 1887.

Importante es mencionar el hecho de que todas estas instituciones se financiaban con contribuciones voluntarias de particulares y, para 1900, el Estado prestaba su auxilio a través de subvenciones. Para este entonces se seguía teniendo una concepción de niñez ligada a la beneficencia y la caridad, en donde las personas menores de edad formaban parte del ámbito privado centrado en las responsabilidades parentales del contexto familiar.

Debe recordarse que en 1923, la concepción de la niñez empieza en un proceso de transformación en la comunidad internacional, ya que se inicia la idea de niños, niñas y adolescentes sujetos de derechos. Por su parte, Costa Rica, siendo partícipe del acontecer internacional, en 1927 participa en el V Congreso Panamericano del Niño, efectuado en La Habana, Cuba. En dicho congreso se promovió la aprobación de leyes de protección a la infancia, así como la creación de patronatos nacionales de la infancia, en donde se velaría por el mejoramiento de las condiciones físicas, morales e intelectuales de los niños y las niñas.

Fue así como en la década de los treinta surgió en nuestro país la preocupación por la legislación referente a los niños y las niñas pobres. De tal manera, el 15 de agosto de 1930, se creó el PANI, con el fin de ejercer el control de la infancia desvalida.

En 1931 se celebró en el país el primer Congreso Nacional del Niño, donde se discutió la legislación vigente en la materia para ese momento.

En cuanto a otras iniciativas institucionales, se pueden mencionar la reforma al Código Civil y Código Civil y Penal, así como la creación del Código de la Infancia en 1932, éste último conocido como un fiel exponente de la situación irregular, ya que clasificó a los menores en tres categorías: abandonados, vagabundos y libertinos.¹¹¹

¹¹¹ MAXERA, Rita. “Comentario al Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica”. En: García Méndez, Emilio y Berloff, Mary (1999). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Tomo I, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires: Editorial Temis. Ediciones Desalma, pág. 502.

Por otro lado, a partir de la aprobación de las garantías sociales, en el gobierno de señor Rafael Ángel Calderón Guardia, el Estado asume un rol preponderante en el bienestar y seguridad de la familia, defendiendo los intereses de los más vulnerables.

Por su parte, en 1973, se promulgó el Código de Familia y en 1975 se iniciaron los trámites para los programas de asignaciones familiares, dentro de los cuales se destacan los dirigidos a la niñez. De esta manera se concluye de manera general lo que era Costa Rica, previa a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Cabe destacarse de todo lo anterior que Costa Rica, al igual que los demás países de la región latinoamericana, tenía una legislación que protegía a la niñez en el marco de la Doctrina de la Situación Irregular, lo que cambia radicalmente con la entrada en vigor de la CDN.

3.2 PROCESO DE REFORMA EN LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE

El sistema nacional de protección integral a partir de la Convención

Constitución Política

La Constitución Política (CP) de un Estado es el principal instrumento en donde se consagran los derechos y las garantías de los ciudadanos. En un Estado de derecho, las diferentes normas deben ser sancionadas e interpretadas correctamente en relación con la jerarquía de las normas.

La CP vigente en la actualidad en Costa Rica empezó a regir en 1949 y se puede mencionar que, en materia de Derechos Humanos, los incluye en dos títulos, a saber: uno de derechos y garantías individuales y el otro respecto a los derechos y garantías sociales.

La protección de la familia se puede encontrar en el título V, sobre derechos y garantías sociales, de nuestra CP, en el artículo 51 que señala:

“La familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán

*derecho a esa protección la madre, el niño el anciano y el enfermo desvalido”.*¹¹²

Entonces, en el artículo 51 de la CP de la República de Costa Rica, se plantea el derecho de los niños, las niñas y adolescentes a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria.

Por su parte, el artículo 55 de nuestra Carta Magna señala que:

*“La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado.”*¹¹³

Por otro lado, la Sala Constitucional ha declarado:

*“La protección a la familia es un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución Política y pactos Internacionales (...) debe tomarse en cuenta independientemente de la resolución de este asunto de la obligación que guardan todas las instituciones del Estado de colaborar con la unión de la familia y el fortalecimiento de las relaciones paterno-filiales.”*¹¹⁴

La Sala Constitucional también se ha pronunciado en cuanto a la protección especial, por ejemplo, en el Voto 3125-92 señala que la familia es el elemento base de la sociedad y que la protección especial de la persona menor de edad debe ser la que le permita crecer y desarrollarse en las mejores condiciones. Deben evitarse todo tipo de conductas que puedan ser nocivas para su formación y para ello, el Estado puede dictar las medidas que sean necesarias.¹¹⁵

¹¹² Constitución Política de la República de Costa Rica: Artículo 51.. 7ma. edición. Costa Rica: Editorial Porvenir. 2000, pág. 15.

¹¹³ □ Ibidem.

¹¹⁴ CÓRDOBA ORTEGA, Jorge y otros (1996). *Constitución Política de la República de Costa Rica concordada y anotada con jurisprudencia de la Sala Constitucional: Artículo 51*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A., pág. 374.

¹¹⁵ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto número 3125 de las 16 h del 20 de octubre de 1992.

“Para la regulación de las anteriores disposiciones se ha creado un cuerpo de leyes que ordena detalladamente un sistema jurídico social el cual garantiza la protección integral de la infancia y de la juventud a fin de prepararlos para que sus vidas sean útiles y productivas dentro de las distintas etapas y formas de desarrollo de nuestra sociedad.”¹¹⁶

Es necesario mencionar, en tesis de las suscritas, que el artículo 55 de nuestra Carta Magna si bien regula la protección especial de la madre y el niño, por cuanto encarga al PANI, así como a otras instituciones del Estado, a colaborar para dicha protección especial, deja de lado el hecho de que en nuestros días el término ‘menor’ esta superado siendo lo correcto persona menor de edad.

Desde la entrada en vigor de la Convención y la aplicación de la protección integral de la persona menor de edad en nuestro sistema, no es admitido el término ‘menor’, ya que este diferencia dos clases, la de los menores y la de los niños, niñas y adolescentes, mientras que el concepto de persona menor de edad abarca a todos ellos, más los adolescentes, independientemente de las condiciones en las que vivan.

Entonces, a pesar que nuestra Constitución estipula una protección especial tanto a la madre, al niño como a la familia, debe tenerse cuidado, a la hora de la aplicación, el no utilizar el término ‘menor’ ni lo que esto conlleva, que sería aplicar la Doctrina de la Situación Irregular, ya que esta debe quedar en el olvido de las sociedades, así como de todos aquellos operadores que tengan en sus manos instrumentos para la protección de la niñez.

Como conclusión, debe mencionarse que de acuerdo con lo que la nueva doctrina vigente en niñez y adolescencia señala, el término ‘menor’, en el artículo 55 de nuestra Carta Magna, no calza, por lo que sería conveniente que sea sustituido por niño, niña, adolescente o persona menor de edad.

Por último, debe recordarse que la CP de un Estado recoge los principios fundamentales sobre los que ha de desarrollarse todo el ordenamiento jurídico. Entonces, es a partir de esta protección a la familia y en especial del niño, niña, que se

¹¹⁶ JOSEPH WIGNAL, Guillermo (1971). *Costa Rica. “Situación Institucional para la protección de menores en déficit familiar.” Informe General sobre condiciones de la Infancia, la Juventud y la Familia en Costa Rica.* San José, Costa Rica: Instituto de Investigaciones Sociales, pág. 399.

ha promulgado diferentes normas, las cuales viene a darles contenido a los preceptos generales que caracterizan al Estado costarricense como democrático, respetuoso y garante de los Derechos Humanos.

Ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Tal y como se mencionó en páginas anteriores, a partir de la ratificación de la Convención, los Estados refuerzan las obligaciones que emanan de ella y se comprometen a asegurar su reconocimiento y aplicación.

Los compromisos adquiridos a partir y después de la Convención son los siguientes:

- a) Aplicar inmediatamente sus disposiciones y principios, considerándose las cuestiones de Derecho Interno. Dentro de la aplicación inmediata están incluidos los procedimientos tanto administrativos como judiciales.
- b) Rendir informes periódicamente, al Comité Mundial de los Derechos del Niño, sobre las medidas adoptadas para cumplir con las disposiciones acordadas.
- c) Divulgar y promover la Convención a la colectividad en general y a las personas menores de edad en particular.
- d) Ofrecer condiciones básicas para la supervivencia, la provisión y el desarrollo de la niñez.
- e) Garantizar el derecho de los niños y las niñas a pensar, a hacer cosas, a expresarse libremente y a tener voz efectiva sobre las cuestiones que afectan su propia vida y la de su comunidad.
- f) Analizar y readecuar el marco legal nacional, a la luz de la Convención y de acuerdo con el principio de la jerarquía normativa.

Para lograr el debido cumplimiento de los compromisos adquiridos y la aplicación de los principios de la Doctrina de la Protección Integral, se ha establecido lo que se mencionó en otros apartados de la investigación: una gradación normativa en donde los tratados relacionados con los Derechos Humanos tienen valor incluso superior a la Constitución, optándose de esta manera por la norma que resulte más favorable para la persona menor de edad, según los criterios que caracterizan su interés superior.

Además, a raíz de los compromisos adquiridos en la Convención y para la consecución de los fines de la Doctrina de la Protección Integral, Costa Rica inicia su proceso de adecuación del ordenamiento jurídico interno, el cual procedemos a analizar a partir de las diferentes leyes que son aprobadas en la materia.

Es importante señalar que las leyes que se aprueban para la adecuación de la legislación son de gran relevancia: el Código de Niñez y Adolescencia (CNA), la Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ) y la Ley Orgánica del PANI (LOPANI). Sin embargo, surgen también otras leyes que son importantes para observar ampliamente el proceso que sufrió Costa Rica en este decenio.

A continuación se analizan las tres reformas más importantes de Costa Rica, para luego entonces señalar las diferentes leyes que se han aprobado en el transcurso de los últimos años.

Código de Niñez y Adolescencia

Como se ha dicho, con la CDN cambia la historia del Derecho, creándose así una nueva rama jurídica llamada el Derecho de la Niñez y la Adolescencia.

Costa Rica ratifica dicha Convención el 18 de julio de 1990, con la ley número 7184, marcándose así el paso a una nueva consideración en relación con las personas menores de edad.

Dentro de las consecuencias que trajo la adopción de dicho tratado fue la renovación de la normativa costarricense, por lo que se tuvieron que crear nuevos cuerpos legales, entre ellos, el CNA.

En el período de 1990 a 1993 fueron presentados a la Asamblea Legislativa varios proyectos de Código para este sector de la población, pero ninguno de ellos cumplió con los nuevos principios que demandaba la Doctrina de la Protección Integral, dados por la Convención.

Ya en 1994, se le encomienda a la Defensoría de los Habitantes la coordinación del proceso de redacción del CNA con la participación de instituciones públicas y organizaciones privadas que tenían relación con el tema.

El proceso termina en diciembre de 1997 con la aprobación del cuerpo legal y su entrada en vigencia para el 6 de febrero del año siguiente.

Se quiere, por medio de este instrumento, reconocer los derechos y las obligaciones de las personas menores de edad, aunque, dicen algunos, la capacidad jurídica de las personas menores de edad había sido reconocida desde la Declaración de los Derechos Humanos, que reza que todo ser humano tiene una serie de derechos inherentes a su condición.

Dice el autor Salazar¹¹⁷ que la capacidad jurídica de los menores de edad no es plena, sino, al contrario, limitada por su especial condición de desarrollo y por el marco de protección reconocido por la Constitución Política, por lo que siempre debe tomarse en cuenta el grado de madurez y discernimiento en todos los asuntos en los que participan activamente.

También, dice el autor que el que los niños, las niñas y adolescentes sean sujetos de derechos tiene como consecuencia que cuenten, así mismo, con obligaciones y responsabilidades.

El Código, como menciona la Licenciada Rita Maxera¹¹⁸, tiene una interesante introducción que define de manera ejemplar el nuevo paradigma en los seis siguientes subtítulos:

1. Costa Rica, democracia, niñez y adolescencia.
2. Convención de los Derechos del Niño: nuevo marco ético, jurídico y cultural.
3. Reforma del Estado y los derechos de la niñez y adolescencia.
4. Principio rector de la adecuación legislativa en Costa Rica.
5. Derechos de la niñez y la adolescencia y actores sociales.
6. Estructura y contenidos del Código de la Niñez y la Adolescencia.

El Título I consta de un único capítulo de disposiciones directivas, en donde aparecen los principios generales y las definiciones del Código. Fija específicamente términos como niñez, adolescencia, discriminación, interés superior, principio de opinión y participación, así como los papeles de la familia, la comunidad y el Estado en la protección de las personas menores de edad.

¹¹⁷ VICENTE SALAZAR Rodolfo (1999). *Un vistazo a los antecedentes del Código de Niñez y Adolescencia y la Ley de Justicia Penal Juvenil*. Op Cit pág. 26.

¹¹⁸ MAXERA, Rita (1999). "Comentario al Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica". En: García Méndez, Emilio y Berloff, Mary (1999). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Tomo I, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires: Editorial Temis. Ediciones Desalma, pág. 456.

El título segundo contiene siete capítulos y detalla derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes, así como de la familia, comunidad e instituciones estatales.

En este título también se le reconocen los derechos y libertades sociales que no eran reconocidos con la Doctrina de la Situación Irregular, por ejemplo, el derecho a la libertad de pensamiento, expresión, creencia y culto; la libertad de tránsito, asociación y el derecho a la información. Se agrega a esta lista el derecho a la salud, educación, cultura, recreación, a la personalidad, al acceso a la justicia, a la vida familiar y a protección contra todo tipo de abuso y explotación.

Se establece el régimen de protección especial para el adolescente trabajador y el régimen de protección para las personas menores de edad que, aunque no tengan la edad para trabajar, están realizando actividades remuneradas para su subsistencia o la de su familia.

El título III es dividido en cuatro capítulos donde se enumeran las garantías procesales en el sistema judicial, así como las reglas de los procedimientos administrativos y judiciales. Así, se les atribuye a las oficinas locales del PANI la competencia exclusiva para la aplicación de medidas administrativas de protección y establece un procedimiento ágil para la aplicación de dichas medidas, tanto para el sector protegido como para los padres, encargados, funcionarios públicos, patronos o cualquier persona que trate de violentar los derechos de las personas menores de edad.

De esta forma, es visible como, por lo menos en la teoría, se cumple con el principio de descentralización, así como con el de des-judicialización de los procesos que no tienen por qué ser conocidos por el Poder Judicial.

En este título se incluye la previsión de procedimientos alternativos para la resolución de conflictos por medio de la mediación y la conciliación.

El título cuarto está dividido en cuatro capítulos, en donde se crea el Sistema Nacional de Protección Integral, con lo que se quiere lograr una coordinación de políticas en relación con la protección integral y, para lograr dicho cometido, se crean cuatro instituciones gubernamentales y sociales:

1. El Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia.
2. Instituciones gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil representantes ante el Consejo de la Niñez y Adolescencia.
3. Las Juntas de Protección de la Niñez y Adolescencia.
4. Los Comités tutelares de los derechos de la niñez y la adolescencia.

El cometido fundamental del Consejo es asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos de las personas menores de edad por medio de la coordinación de sus acciones, así como la emisión de líneas de acción social para el sector gubernamental y no gubernamental. Debe, así mismo, garantizar la plena participación de la sociedad civil e integrará todos los entes gubernamentales que atienden las demandas de la protección infantil y adolescente.

Parte del Consejo reconoce al PANI como órgano en el nivel constitucional encargado de la niñez y la adolescencia, institución que más tarde se ve fortalecida con su ley orgánica.

De igual manera, este título contiene las llamadas Juntas de Protección de la Niñez y la Adolescencia, que después vienen a ser integradas también por la ley orgánica. Dichas juntas son unidades locales organizadas de representación popular y gubernamental en número paritario y de contacto directo con la situación de los niños, niñas y adolescentes de sus comunidades; cuentan con la participación de una persona mayor de quince años, pero menor de dieciocho con voz y voto.

Con estas juntas se quiere hacer realidad, para las personas menores de edad, el derecho a exigir la atención de sus necesidades en instancias locales de coordinación y adecuación de las políticas sociales. De igual manera, da la posibilidad de participación de la sociedad civil en órganos públicos de defensa de los derechos de ese sector de la población, por medio de control en instancias de coordinación y dirección de las políticas sociales en el nivel local.

Como nos explica el autor Vicente Salazar, *“es con estas juntas que le va a seguir correspondiendo a las oficinas locales del PANI la aplicación de medidas administrativas de protección, caracterizadas por la necesidad de responder de manera creativa y novedosa en comparación con las antiguas respuestas formales de las viejas instituciones centralizadas y verticalistas, cuyo modelo burocrático en la actualidad está más que agotado, aunque respondió al período histórico durante el cual el país empezó a crear y necesitó la consolidación de las instituciones primordiales para el funcionamiento de la política social”*¹¹⁹.

Los Comités Tutelares de Derechos de la Niñez y la Adolescencia también están en el contenido del título cuarto; son instancias comunitarias, órganos auxiliares de las Asociaciones de Desarrollo Comunal. Tienen funciones de promoción y protección de

¹¹⁹ VICENTE SALAZAR, Rodolfo (1999). *Un vistazo a los antecedentes del Código de la Niñez y Adolescencia y a la Ley de Justicia Penal Juvenil*. Op. Cit, pág. 34.

los derechos de las personas menores de edad ante violaciones de organizaciones gubernamentales o no gubernamentales, así como de instancias privadas. También pueden cumplir funciones de mediadores, conciliadores y controladores de actuaciones. Su constitución es voluntaria y queda en manos de la asamblea de las asociaciones de desarrollo comunal.

En el último título, se crea el Fondo para la Niñez y la Adolescencia, que tiene como objetivo el financiamiento de proyectos a favor de la niñez y la adolescencia que tengan como fin el desarrollo de acciones de protección integral de base comunitaria. Para este fondo se reservará 1% del presupuesto anual del Fondo de Desarrollo Social y de Asignaciones Familiares (FODESAF), que será administrado por el PANI; se manejará con cuenta especial y no podrá ser destinado a otros fines, menos aún para gastos administrativos.

Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ)

A partir de la ratificación de nuestro país de la CDN, se reconoce que los niños, las niñas y adolescentes son sujetos de derecho en condición particular de desarrollo, por lo que adquieren responsabilidades.

En las responsabilidades que adquieren se encuentra la jurídica y la penal, que con anterioridad había sido regulada, mediante la legislación penal de adultos, con las salvedades relativas a los límites de edad y a los espacios carcelarios especialmente dedicados a ellos.

Sin embargo, a partir de los acontecimientos que surgen en el plano internacional y del esfuerzo del Estado costarricense por adaptarse a los nuevos principios de la Doctrina de la Protección Integral, fue necesario tomar conciencia de que el Derecho Penal Juvenil es especial, debido a los sujetos que regula. Por lo tanto, esta especialidad no debía apartarse del Derecho Penal tradicional, más bien debía nutrirse de sus principios básicos, de tal manera que se le otorgaran a los menores más derechos y garantías, no sólo por su condición de seres humanos, sino por tratarse de personas en desarrollo.

Consecuentemente, el 1 de mayo de 1996 entró en vigencia la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica (Ley número 7576 del 8 de marzo de 1996). Mediante la entrada en vigor de dicha ley, el país fue dotado de un instrumento jurídico moderno que acopia los principales requerimientos establecidos en la Convención sobre los

Derechos del Niño, así como los contenidos en otros instrumentos con carácter internacional, como las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, las Reglas de Tokio y las Reglas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores.

Cabe señalar que la LJPJ de nuestro país es una de las más completas en esa materia de América, pues para cumplir con los principios se tuvo que superar el antiguo modelo tutelar y cambiar la concepción de la política criminal costarricense. Se pasó de un modelo tutelar en el que se consideraba a los jóvenes como sujetos incapaces de infringir la ley penal, a otro donde es posible la infracción de la ley por parte de los menores, existiendo consecuentemente una sanción.

Se dice que la nueva LJPJ transformó el ordenamiento jurídico relativo a la niñez y la adolescencia, por cuanto no solo provocó un cambio en la concepción tutelar hacia la teoría de la protección integral, sino que también implicó un cambio en la visión ideológica y filosófica de las nuevas instituciones que deben regir para las personas menores de edad.

La LJPJ es una ley con profundo carácter garantista, que recoge los derechos fundamentales que, en materia penal, se reconocen a los adultos desde hace muchos años y aquellos otros especiales por la condición de ser personas en desarrollo, destinatarios de la ley.

Por último, cabe señalar que la LJPJ desarrolla ampliamente los derechos y las garantías fundamentales para los adolescentes, durante todas las fases de su aplicación. Entonces, se reconocen, a partir de esta, todos aquellos derechos y principios contenidos en la CDN, así como en la CP y demás leyes que se relacionan con la materia.

Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (LOPANI)

La LOPNI, al igual que toda la normativa costarricense, sufrió un desfase, al ratificar la CDN.

La ley orgánica que regía al momento de ratificar la Convención estaba vigente hacía 25 años, por lo que su filosofía, principios, conceptos jurídicos y normativa obedecían a los postulados de la llamada Doctrina de la Situación Irregular.

A partir de esto se tuvo que proceder a elaborar una nueva LOPANI que se adaptara a los postulados de la Convención.

El proceso de transformación implicaba la adopción de un nuevo paradigma, en donde las personas menores de dieciocho años fueran de absoluta prioridad como sujetos sociales en asocio con las instituciones gubernamentales y no gubernamentales, así como con la comunidad.

Entonces, a raíz de lo anterior, la Ley número 7648, vigente desde el 29 de diciembre de 1996, convierte al PANI en “*una institución autónoma con administración descentralizada y presupuesto propio*”, con el fin primordial de “*proteger especialmente y en forma integral a las personas menores de edad y sus familias, como elemento natural y pilar de la sociedad.*” ¹²⁰

De esta manera, con la aprobación de su ley orgánica, el PANI pasa a ser una verdadera institución rectora en materia de niñez, adolescencia y familia, con fines y atribuciones acordes con los principios de la Doctrina de la Protección Integral.

Ley de Fomento a la Lactancia Materna

La ley número 7430, del 7 de noviembre de 1994, tiene como objetivo fundamental fomentar la nutrición segura y suficiente para los lactantes. Mediante la educación sobre la importancia de la leche materna y junto con programas que la promueven, se fomenta la nutrición de los niños, niñas, partiendo de su consumo de la leche materna, primordialmente.

Ley Contra la Violencia Intrafamiliar

En 1996 entra en vigencia la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, la cual protege a la niñez de la violencia doméstica (física, psicológica, sexual o patrimonial). La autoridad competente para otorgar las medidas de protección pertinentes son los juzgados de familia y, a falta de estos, las alcaldías mixtas. Se establece, además, en la ley, la obligación de crear un plan nacional para el desarrollo de la mujer y la familia, evitando dichas manifestaciones y coordinando su ejecución con instituciones tanto públicas como privadas.

Ley de Pensiones Alimentarias

¹²⁰ Patronato Nacional de la Infancia (1998). *Pasado, presente, futuro*, primera ed. San José, Costa Rica. pag 26.

Vigente desde el 23 de enero de 1997, la Ley número 7654 consiste sobre todo en una reforma procesal que, a pesar de tener disposiciones de fondo, busca primordialmente hacer menos engorroso el trámite correspondiente a las pensiones alimentarias.

Ley General de la Protección de la Madre Adolescente

La Ley 7735, vigente desde 19 de diciembre de 1997, regula las políticas, acciones y los programas preventivos, de apoyo que ejecutan las instituciones gubernamentales. Por su parte, se crea también el Consejo Interinstitucional de Atención a la Madre Adolescente, adscrito al Ministerio de Salud.

Ley contra la explotación sexual comercial de las personas menores de edad

La Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad, número 7899 de 1999, crea el marco legal de protección penal. Lo que hace esta ley es sancionar las conductas que el Estado considera delitos sexuales contra las personas menores de edad.

Mediante un artículo único establece reformas a la legislación penal modificando las figuras tipo de violación, abusos sexuales, corrupción, corrupción agravada, proxenetismo, rufianería, trata de personas y crea las figuras de relaciones sexuales con menores de edad, relaciones sexuales remuneradas, fabricación o reproducción de pornografía; sin embargo, estas reformas autorizan evadir la responsabilidad penal por un delito sexual contra una persona menor de edad a través del matrimonio.

Ley de Paternidad Responsable

En el 2001 se aprueba la ley número 8101, vigente desde el 27 de marzo del mismo año. La Ley de Paternidad Responsable actualiza los procedimientos internos para el reconocimiento de hijos e hijas nacidos fuera del matrimonio, así como en la declaratoria de paternidad, estableciendo la carga de la prueba en el padre.

Esta Ley marcó un hito histórico en pro de la defensa y la promoción de los Derechos Humanos de la niñez y la adolescencia, en especial para estimular a los hombres y las mujeres a asumir las responsabilidades derivadas de la paternidad y la maternidad.

Ley General de la Persona Joven

Esta ley, aprobada en el 2002, comprende a las personas entre los 12 y los 35 años de edad a quienes se pretende estimular para un desarrollo integral a través del establecimiento de derechos y deberes. Además, crea un sistema nacional de juventud integrado por nuevas estructuras que coordinan acciones entre sí.

3.3 RESPONSABILIDADES DEL ESTADO CON RESPECTO A LA PERSONA JOVEN

Las instituciones del Estado tienen un conjunto de responsabilidades con la población joven, incluidos los y las adolescentes, algunas de ellas establecidas en la legislación y otras en las políticas públicas. En términos generales, esas responsabilidades corresponden a la obligación de respetar y garantizar los Derechos Humanos de las personas jóvenes.

Responsabilidades de las instituciones en la legislación

El Estado deberá garantizar a las personas jóvenes las condiciones óptimas de salud, trabajo, educación y desarrollo integral y asegurarles las condiciones que establece esta Ley. Para el cumplimiento de lo anterior, participarán plenamente los organismos de la sociedad civil que trabajen en favor de la juventud, así como los representantes de las y los jóvenes (Art. 5 LGPJ).

Políticas públicas

Existe en el país una gran cantidad de políticas directa o indirectamente relacionadas con la población joven, algunas de las cuales, incluso, han sido adoptadas por vía de legislación, así como una serie de organismos creados para llevar a cabo estas políticas.

Mecanismos institucionales

Entre los mecanismos institucionales existentes, encargados de la aplicación del marco legal y político dirigido a la población joven, podemos destacar los siguientes: Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia; Juntas de Protección a la Niñez y la Adolescencia; Consejo Interinstitucional de Atención a la Madre Adolescente; Comisión Nacional contra la Explotación Sexual Comercial de Niñas, Niños y Adolescentes; Sistema Nacional de Juventud; Viceministerio de la Juventud; Consejo Nacional de la Política Pública de la Persona Joven; Comités Cantonales de la Persona Joven y Asamblea Nacional de la Red Nacional Consultiva de la Persona Joven.

3.4. LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL Y LA REFORMA JUDICIAL.

Tal y como se ha mencionado en varias ocasiones, en páginas anteriores, a partir de la CDN, se estableció un nuevo paradigma en el que quedaron incluidos todos los operadores del sistema. En razón de lo anterior y por ser su contenido interdisciplinario, quedan inmersos en esta nueva doctrina los operadores judiciales, del Ministerio Público, de la seguridad pública, del servicio social, etcétera.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la CDN, el juez ejercía un papel “proteccionista” que le facultaba, en caso de encontrarse éste en una situación de peligro o vulnerabilidad, a violentar sus derechos y garantías; inclusive, bastaba la simple imputación de un delito para suponer que la persona menor de edad se encontraba en situación de peligro, lo cual atraía la imposición de alguna medida, por ejemplo, de internación.

Sin embargo, gracias a la aprobación de la CDN, los jueces están obligados a respetar las garantías de éste. Resulta claro, entonces, que las debidas garantías no pueden ser desconocidas por el interés superior del infante.

“Se espera que el juez actúe como un ‘buen padre de familia’ en su misión de encargado del ‘patronato’ del Estado sobre estos ‘menores en situación de riesgo o peligro moral o material’. De ahí que el juez no esté limitado por la ley en su función

protectora paternal y tenga facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y sobre el niño."¹²¹

De lo anterior puede observarse que el juez violentaba los derechos de la persona menor de edad, ya que la persona menor de edad era vista desde otra perspectiva en donde era objeto y no sujeto de derechos, entonces, la aplicación de los principios radicaba en la cultura adulto céntrica, en donde se resolvía de acuerdo con los intereses de los progenitores o adultos, dejando de lado la opinión y el interés del infante.

Cabe mencionar, además, que con la entrada en vigor de la CDN quedó definitivamente erradicada la figura del niño, niña o adolescente entendido como persona menor de edad y su condición de objeto del proceso, para ser inserto en una nueva categoría jurídica en la que resulta titular de derechos y obligaciones y es respetada su peculiar condición de ser una persona en desarrollo.

Ahora bien, debido a que el tema central de la presente investigación es la aplicación de los Tratados internacionales, específicamente el Convenio de la Haya relativo a la Adopción Internacional y el Convenio sobre Sustracción Internacional de menores, se considera pertinente estudiar el perfil del juez que resuelve día a día los conflictos que tengan relación con las personas menores de edad.

Es de suma importancia, entonces, que los operadores judiciales cuenten con una basta capacitación sobre la nueva doctrina que impera en asuntos de niñez y adolescencia, ya que en la resolución de los casos, éstos deben aplicar los nuevos principios rectores en la materia y dejar de lado todo lo referente a la Doctrina de la Situación Irregular.

Nuestra sociedad todavía está contaminada por el germen de la esta Doctrina, por lo que el esfuerzo por parte de quienes conocen de la materia es de compromiso y arduo trabajo para lograr la desaparición del pensamiento que imperó durante varias décadas.

Por lo menos hasta la llegada de la CDN, el llamado derecho del menor y, por consecuencia, la justicia de las personas menores de edad era vista por los operadores como una justicia para menores.

¹²¹ BERLOFF, Mary (2004). *Protección Integral de Derechos del Niño vrs. Derechos de la Situación Irregular*. Recuperado el día, tres de Julio del año 2007 de: www.pdhumanos.org/libreria/libro7/03%20F.pdf, pág. 92.

El perfil del nuevo juez, en este nuevo Derecho, presupone un operador calificado, con conocimiento sólido en los temas de protección de las personas menores de edad así mismo, debe contar con un amplio conocimiento en materia de Derechos Humanos, ya que lidia con los derechos fundamentales de la persona humana. En este sentido, el artículo 5.5 de la Convención Americana contempla la necesidad de que los procesos acerca de menores de edad sean llevados antes jueces especializados:

“En el nuevo modelo se jerarquiza la función del juez en tanto éste debe ocuparse estrictamente de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho público (penal) o privado (familia). Los nuevos jueces, en ejercicio de esa función, como cualquier juez, están limitados en su intervención por las garantías constitucionales. Deberán además ser idóneos en derecho, más allá de tener conocimientos específicos de temas vinculados con la infancia.”¹²²

El juez de este nuevo Derecho actúa en pleno ejercicio de la jurisdicción, cumpliendo el papel de juzgador de conflictos. De tal manera, son exigidos conocimientos sólidos para que actúe en el área de la niñez y la adolescencia, incluyendo en este ámbito el Derecho Penal Juvenil. Con esa misma intensidad debe respetar los derechos fundamentales atinentes a las garantías debidas a la convivencia familiar y comunitaria, lo que supone, por ejemplo, un sólido conocimiento del Derecho Civil y Procesal Civil.

Asimismo, debe estar capacitado para pronunciarse acerca de conflictos que versen sobre derechos colectivos o difusos, donde prevalezcan los intereses de las personas menores de edad; conflictos éstos afines a un segmento especializado del Derecho.

De esta manera, se puede extinguir, así, la vieja figura del juez de menores como mero instrumento de control de la pobreza, con sus decisiones carentes de fundamentos

¹²²

Ibídem, pág. 104.

y procedimientos regidos por la inobservancia de las garantías constitucionales y procesales.

No puede el operador judicial, entonces, resolver de acuerdo con sus propios intereses o lo que considere sea más ventajoso para la persona menor de edad. La debida aplicación del interés superior de la persona menor de edad presupone la resolución de los conflictos en atención a la normativa y lo que de una manera objetiva se pueda entender como beneficioso para su debido desarrollo y crecimiento.

En fin, intentar describir el perfil de este juez en esta nueva doctrina remite a la idea de personal calificado y comprometido, capaz de hacer eficaces las normas del sistema en su cotidiana tarea jurisdiccional. Debe este último conocer e incorporar la normativa internacional de la misma forma que conoce y aplica la normativa del orden nacional.

Debido a que el juez en nuestros tiempos ha tenido que cambiar su mentalidad en la resolución de los casos referentes a menores y adolescentes, requiere tener más presente el hecho de que éste cuenta con derechos y obligaciones, por lo tanto debe dejar atrás la aplicación del buen padre de familia. Así mismo, debe interpretar en todo caso la ley, sin dejar de lado sobre todo y de manera primordial el interés superior de la persona menor de edad.

De la debida interpretación que el juez realice a partir de la normativa tanto internacional como nacional, depende el éxito y la calidad del trabajo realizado por él mismo.

Al respecto, nos señala el señor Joao Batista:

“Existe entre el legislador y el juez la misma relación que entre el dramaturgo y el actor. Debe éste atender a las palabras de la pieza e inspirarse en su contenido; pero un verdadero artista no se limita a una reproducción pálida y servil: da vida al papel, encarna de modo particular el personaje, imprime su trazo personal en la representación, aporta a las escenas cierto colorido, variaciones de matiz casi imperceptibles; y de todo hace que resalte a los ojos de los espectadores maravillados, bellezas inesperadas, imprevistas. Como éste, el magistrado no procede como un insensible y frío aplicador mecánico de los dispositivos; sin embargo como el órgano de perfeccionamiento de éstos,

intermediario entre la letra muerta de los Códigos y la vida real, es capaz de plasmar, con la materia prima que es la ley, una obra de elegancia moral y útil a la sociedad. No deben ser considerados autómatas, sino árbitros de la adaptación de los textos [...] mediador esclarecido entre el derecho individual y social."¹²³ (Sic)

¹²³ COSTA SARAIVA, Joao Batista (2004). *El Perfil del Juez en el Nuevo Derecho de la Infancia y la Adolescencia*. Recuperado el día 15 de Julio del año 2007, de: www.iin.oea.org/.../Cursoprojur2004/Guia_estudio modulo 4 Programa Sistema Justicia Juvenil.htm - 40k, pág. 6.

TÍTULO III

ANÁLISIS SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN EL JUZGADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

CAPÍTULO I

JUZGADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

1.1. CREACIÓN DE UNA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA

Debido a que en esta sección se procederá a estudiar todo lo relativo a una jurisdicción especializada, en el caso concreto de la niñez y la adolescencia, se considera pertinente realizar la aclaración de ciertos conceptos, para de esta manera brindar al lector claridad en la exposición del tema.

Primero que todo, se entiende que jurisdicción es la función atribuida al Estado de administrar justicia por medio de juzgados y tribunales. Ahora bien, una jurisdicción especializada es aquella que interviene para materias concretas y determinadas o respecto de personas que por su edad están sujetas a ellas.

En el caso de la especialidad en niñez y adolescencia, ésta viene dada por la edad de las personas que intervienen en los procesos, sin embargo, este parámetro tiene enormes implicaciones, ya que son usuarios que por lo general tienen alguna situación de vulnerabilidad, siendo estos niños, niñas y adolescentes.

La especialidad de la materia viene dada por diversas circunstancias que a criterio de las suscritas son las siguientes:

- a) En el plano internacional, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, se ha dado gran importancia al tema relativo a los Derechos Humanos, surgiendo de esta manera un interés especial por desarrollar lo referente a la protección de los niños, las niñas y adolescentes. Por lo tanto, a partir de este interés mostrado por la comunidad internacional, ha evolucionado la visión acerca de la infancia, en el entendido de que las personas menores de edad son titulares de derechos subjetivos, por lo que requieren de una atención especial por razón exclusiva de

su edad. En este caso, es de gran importancia que los órganos de administración de justicia integren en su función la especialidad en la materia para cumplir con las exigencias que plantea la comunidad internacional.

- b) En nuestro ordenamiento jurídico, se realiza una reforma legislativa a partir de la ratificación de la CDN. Esta reforma provoca una normativa especializada para la protección de los derechos de las personas menores de edad, lo que exige a los órganos de administración de justicia una especialización para brindar mayor seguridad de protección a los ciudadanos.
- c) Por otro lado, a pesar de que la especialidad se debe a las exigencias tanto nacionales como internacionales para asegurar el respeto de los Derechos Humanos, cabe señalar que en el caso de niñez y adolescencia la especialidad es necesaria, ya que los usuarios requieren de medidas especiales, por ejemplo, siempre se debe tener en cuenta que son personas en pleno desarrollo y formación, por lo que algunos factores como el tiempo en la resolución de los casos es fundamental, ya que, de lo contrario, si los conflictos no se resuelven en el menor plazo posible, se deja de lado el precepto constitucional de justicia pronta y cumplida.

1.2. HISTORIA Y CREACIÓN DEL JUZGADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Desde hace varios años el Poder Judicial ha venido realizando serios esfuerzos por modernizar su labor, corrigiendo defectos y buscando mejores maneras, a fin de lograr un efectivo cumplimiento de los derechos y las garantías fundamentales de las personas y brindar un servicio de calidad a los ciudadanos. Para el efectivo cumplimiento de lo anterior, ha venido desarrollando programas tendientes a reducir el número de juzgados mixtos, por medio de la especialización por materia de muchos de ellos, principalmente aquellos que tienen bajo su conocimiento materias de alto compromiso social.

Con la idea fundamental de proteger las garantías que se les brindan a las personas menores de edad, se creó a principios del 2002 el primer Juzgado de Niñez y Adolescencia del país, el cual cuenta con personal profesional especializado en la atención de estas personas. Su competencia abarca el Primer y Segundo Circuito Judicial de San José, además de Hatillo y Desamparados; en el resto del país, estos asuntos son de conocimiento de los juzgados que conocen la materia de familia.

El Juzgado de Niñez y Adolescencia es un inicio para cumplir con los compromisos que se han adquirido a lo largo de la historia, en cuanto a la protección de los derechos de las personas menores de edad.

Además de la búsqueda del Poder Judicial por mejorar la función, se puede relacionar la creación del Juzgado con la ratificación de la CDN. La filosofía que la Convención lleva impregnada para la protección de la niñez y la adolescencia da un giro de trescientos sesenta grados, por lo que tal y como se mencionó en unos capítulos anteriores, Costa Rica inicia un proceso de cambio en el que no solo podemos mencionar la reforma que se hizo en el nivel legislativo, sino que también es de gran importancia la modificación de las instituciones que tienen a su cargo la protección de este sector de la sociedad.

Uno de los ejemplos de instituciones que merece la pena ser mencionado por su gran esfuerzo en cuanto a la aplicación de una verdadera protección de las personas menores de edad es la sección judicial especializada en niñez y adolescencia.

Ahora bien, a pesar que esta jurisdicción tiene un camino corto, ha sido un reto para quienes iniciaron el proyecto, así como para quienes laboran en el Juzgado de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José.

Por ser esta sección judicial especializada, el objetivo de la presente investigación es estudiar de qué manera se aplican los convenios y cómo se puede mejorar, por lo cual procedemos a estudiar los antecedentes del Juzgado, así como su historia, para luego analizar los tratados bajo los cuales se va a estudiar su función en nuestro ordenamiento.

Antecedentes del Juzgado de Niñez y Adolescencia

Los antecedentes del Juzgado de Niñez y Adolescencia se remontan a 1998, momento en el que se designa a la Licda. Ana María Trejos resolver sobre las adopciones y declaratorias de abandono que provenían de los juzgados de familia de San José, Hatillo, Desamparados y Goicoechea.

El primero de julio del 2000 se crea la sección especializada de Niñez y Adolescencia en el Juzgado Primero de Familia del Primer Circuito Judicial de San José, para el conocimiento de los procesos atinentes a la niñez y la adolescencia, con competencia en Desamparados, Hatillo y los Circuitos Primero y Segundo de San José y

con el compromiso de que, a la brevedad, debían incorporarse en el presupuesto del Poder Judicial los recursos necesarios para independizar la jurisdicción creada por el Código de Niñez y Adolescencia.

Por otro lado, su antecedente legal es el transitorio II del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 7739, de 6 de enero de 1998, publicada en La Gaceta N° 26 de 6 de febrero de 1998. El citado transitorio II dispone, entre otros, la obligación del Poder Judicial de designar con carácter preferente, un Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia, en la provincia de San José, en el menor plazo posible.

A raíz de todo lo anterior, el 1 de enero del 2002 inicia labores el Juzgado de Niñez y Adolescencia, por acuerdo de Corte Plena, aún cuando la ley de creación se publicó en mayo del 2004. Entonces, mediante Ley N° 8411 se crea la “Ley de Creación del Juzgado Penal de Garabito, el Juzgado Penal de Talamanca y el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de San José”.

Importancia de la creación del Juzgado de Niñez y Adolescencia

Tal y como se señaló, la especialidad en la materia es necesaria debido a las exigencias tanto nacionales como de la comunidad internacional.

La creación del despacho judicial mencionado trae consigo ciertos beneficios que garantizan la protección de la niñez y la adolescencia en nuestro país, sin dejar de lado que permite aplicar con mayor facilidad las disposiciones internacionales que Costa Rica, mediante la aprobación de diferentes tratados, se obliga a cumplir porque, de lo contrario, podría caer en responsabilidad internacional.

Ahora bien, se considera pertinente, en este punto de la investigación, señalar algunos de los beneficios que trae el contar con una sección judicial especializada en la materia de niñez y adolescencia:

a) Se puede lograr un debido cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado costarricense en materia de los derechos de las personas menores de edad: la Convención Internacional de Derechos de los Niños y las Niñas, el Convenio para la Protección del Niño y para la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Convenio de la Haya), y el Convenio Internacional sobre Restitución de Menores.

b) Se da la agilización de los procedimientos, ya que éstos no se ven inmersos en la cantidad de asuntos pendientes en materia de familia.

c) La especialización en niñez y adolescencia permite conceder una mejor atención a cada asunto, con la intención de resolver, en todo caso, a favor del interés superior de la persona menor de edad.

d) Se aumentan las posibilidades de que el juez esté más cerca de la prueba y logre trabajar con un equipo interdisciplinario.

e) Se permite un mayor cumplimiento de las garantías a favor de las personas menores de edad.

Solamente mediante la creación de una jurisdicción especializada en materia de niñez y adolescencia, el país se asegura de aplicar en debida forma la Doctrina de la Protección Integral y, en consecuencia, garantizar el debido respeto de los derechos y deberes de las personas menores de edad desde un aspecto judicial.

No debe olvidarse el hecho de que la creación del despacho judicial es una pequeña parte para contribuir a la protección de las personas menores de edad, ya que solo mediante la cooperación entre diversas instituciones puede lograrse el debido respeto de este sector de la población.

Entonces, pensar en el futuro y en el mejoramiento de la jurisdicción especializada de niñez y adolescencia es pensar en la forma de garantizar cada día más y de mejor forma los derechos de nuestra niñez y juventud, así como sus derechos fundamentales, que abarcan los derechos sociales, económicos, culturales, civiles y políticos. Además, es pensar en grandes retos, dentro de los cuales el Juzgado tiene como meta garantizar un mayor acceso a la justicia y ampliar el bloque normativo aplicable, incorporando en forma real los convenios internacionales.

1.3 COMPETENCIA DEL JUZGADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

En cuanto a la competencia del Juzgado de Niñez y Adolescencia, deben observarse tres aspectos: la competencia territorial del Juzgado, la competencia con respecto a la materia y la competencia con respecto a la aplicación de los convenios internacionales, por lo que a continuación se procede a desarrollar el ámbito de competencia en cada aspecto para, de esta manera, fijar los límites de la presente investigación.

Competencia territorial del Juzgado de Niñez y Adolescencia

La competencia territorial del Juzgado, tal y como se señaló en páginas anteriores, abarca el Primer y Segundo Circuito Judicial de San José; además de Hatillo y Desamparados. En cuanto al resto del país, los asuntos relativos a la niñez y la adolescencia son de exclusivo conocimiento de los juzgados que conocen la materia familiar.

En cuanto a la competencia territorial del Juzgado de Niñez y Adolescencia, se ha discutido, principalmente, qué sucede con el resto del país y la especialidad de la materia.

De forma muy concreta, puede señalarse que se ha interpretado que la creación del Juzgado con competencia en la provincia de San José se da con el fin de fortalecer los juzgados de familia. Al respecto se señala que:

“Al crearse un Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia, con competencia en toda la provincia de San José, no se pretendía eliminar la competencia de los Juzgados de Familia existentes, sino fortalecerlos y extender la competencia del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia a toda la provincia, para así cubrir todo lugar en el que no existiera Juzgado de Familia, así lo ha interpretado el Tribunal de Familia, en su Voto No. 251-05 de las ocho horas treinta minutos del tres de marzo del año dos mil cinco.”¹²⁴

Se considera entonces que en ningún momento la pretensión al crear el Juzgado de Niñez y Adolescencia era discriminar a las demás personas menores de edad del país. La creación del Juzgado con competencia en San José es solamente una primera parte del proyecto para la especialización de la materia en el nivel judicial.

Competencia del Juzgado de Niñez y Adolescencia con respecto a la materia

Mediante voto del Tribunal de Familia 1199-04 del 15 de julio de 2004, se establece que el Juzgado es competente para conocer los procesos sobre tutela, depósitos de personas menores de edad, así como las diligencias de utilidad y necesidad

¹²⁴ TRIBUNAL DE FAMILIA. *Voto No. 251-05 de las ocho horas treinta minutos del tres de marzo del año dos mil cinco.* San José, Costa Rica.

en las que estén en juego los intereses de una persona menor de edad. En lo que interesa, dicho Voto indica:

“Ahora bien, nos debemos ubicar, ya en la materia familiar, en el problema de resolver qué asuntos corresponden al Juzgado de Familia y que asuntos corresponden al Juzgado de Niñez y Adolescencia. Para ello es importante realizar un inventario de los asuntos que corrientemente ha conocido el Juzgado de Familia antes de la creación de dicho juzgado, para ello conviene auxiliarnos del esquema esbozado en el voto 841-04 de este Tribunal dictado a las once horas cincuenta minutos del veintiséis de mayo del dos mil cuatro: “I- Nuestro sistema procesal de familia establece varias vías para canalizar las pretensiones que puedan plantearse. De esta manera, por ejemplo son abreviados los procesos que enlistan los primeros incisos del número 420 del Código Procesal Civil, al igual que el artículo 243 del Código de Familia señala que la unión de hecho se tramitará por abreviado. Se ha entendido generalmente que son ordinarios, por ejemplo la liquidación anticipada de bienes gananciales y la nulidad de traspasos de bienes gananciales por simulación. Tendríamos el proceso especial de filiación regulado en el artículo 98 bis del Código de Familia para tramitar investigaciones de paternidad, impugnaciones de reconocimiento, impugnaciones de paternidad, declaratoria de extramatrimonialidad, oposiciones a reconocimiento de hijo de mujer casada, etc. Sumarios serían los casos dichos en los artículos 9 del Código de Familia y 432 inciso 10 del Código Procesal Civil. Existen conflictos de patria potestad (artículo 151 del Código de Familia), el especial de declaratoria de abandono (artículo 151 del Código de Familia), el especial de declaratoria de abandono (115 y siguientes íbidem), las incidencias de modificación de fallo (152, 174 del Código de Familia), el trámite de medidas de protección contra la violencia doméstica (ley especial publicada el 2 de mayo de 1996), los procesos de protección de la niñez y la adolescencia (Código de Niñez y Adolescencia publicado el 6 de febrero de 1998), y los procesos de pensiones alimentarias (ley publicada el 23 de febrero de 1997). Asimismo tenemos la actividad judicial no contenciosa, en la cual podemos elencar el divorcio y separación por mutuo consentimiento, diligencias de utilidad y necesidad, oposiciones al matrimonio, depósito de personas, insania, curatela, tutela, reconocimiento de hijo de mujer casada sin oposición, y la adopción. Asimismo podemos tener las ejecuciones de sentencia. Para completar el sistema podríamos referirnos a los procesos penales de carácter familiar, a procesos de índole familiar

que se tramitan en sede civil e incluso a procesos de jerarquía constitucional y de Derecho Internacional Privado (v.gr. exequátur) dentro del entorno de las relaciones iusfamiliares... Ya hemos definido que los asuntos no familiares no competen al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia. Tampoco los de violencia doméstica no los de pensiones alimentarias. Consustancialmente sin duda corresponderían al Juzgado de Familia los divorcios, separaciones judiciales, nulidades de matrimonio, las declaraciones de unión de hecho, las filiaciones, las interdicciones, las insanias, las curatelas, las liquidaciones anticipadas de gananciales, las nulidades de traspaso, porque son asunto en que el hecho generador del conflicto o petición son las relaciones entre los adultos. Han de ser de conocimiento del Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, por norma expresa, los procesos especiales de protección a la niñez y la adolescencia y los que señala el numeral 116 del Código de la Niñez y la Adolescencia, y por principio general que deriva de la naturaleza del asunto, han de conocer las tutelas, los depósitos de personas menores de edad, la declaratoria de abandono, porque es determinante lo relacionado con ese grupo etéreo. Algunos como la adopción y la utilidad y necesidad han de depender de si se trata de los intereses de una persona menor de edad o no. Así la adopción de personas menores de edad corresponderá al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia pero la adopción a la que se refiere el inciso b del artículo 109 del Código de Familia corresponde al Juzgado de Familia. Igual sucede con las diligencias de utilidad y necesidad, si se trata de bienes de personas menores de edad corresponde al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia y si se trata de bienes de un insano corresponderá al Juzgado de Familia. En cuanto al tema de la patria potestad, si la discusión se da entre los progenitores del niño o adolescente (conflictos de patria potestad, salidas del país, guarda, crianza y educación, visitas, etc.) ese asunto debe conocerse por el Juzgado de Familia. Pero si lo que se pide es una protección especial para el niño como serían las suspensiones o extinciones de la patria potestad contra sus padres, no entre ellos, ese asunto debe ser conocido por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia...”¹²⁵ (Sic)

También, el Juzgado es competente para conocer las medidas de protección a favor de niños, niñas y adolescentes, así como las suspensiones o extinciones de la autoridad parental que se establezcan contra los progenitores, pero no entre ellos.

¹²⁵ TRIBUNAL DE FAMILIA. *Voto 1199-04 del quince de julio de dos mil cuatro*. San José, Costa Rica.

Es importante señalar que en el Juzgado de Niñez y Adolescencia se conocen todos aquellos casos que tengan relación directa con una persona menor de edad, siempre y cuando no sea competencia, ya sea de algún Juzgado de familia o, bien, de materia de exclusivo conocimiento de los juzgados penales juveniles.

Por otro lado, debido a que no existe completa claridad en cuanto a la competencia del Juzgado “el Tribunal de Familia las ha venido estableciendo, en dos líneas jurisprudenciales; la primera que fue externada en sentencia número 1199 de las once horas y cincuenta minutos del 15 de julio de 2004, que interpreta como fundamental para definir la competencia, quién es el actor del proceso y la segunda que se establece en sentencia número 251 de las ocho y treinta minutos del 3 de marzo del 2005, que indica que “el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia no define su competencia por la persona o ente actor sino más bien por la pretensión”.

Competencia para la aplicación de convenios internacionales en el Juzgado de Niñez y Adolescencia

La Corte Plena, en sesión número 48-2003, artículo XXXVII, dispuso conceder la competencia de adopciones internacionales, exclusivamente, al Juzgado de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José, a partir de enero del 2004, con la finalidad de dar mejor servicio público para la protección de la persona menor de edad.

Entonces, a partir del 1° de enero de 2004 se otorga la competencia exclusiva al Juzgado en adopciones internacionales, por lo tanto, en materia de adopciones es clara su competencia, mientras que en cuanto a otros convenios la competencia se deduce por la especialidad en la materia.

Cabe señalar que existe un proyecto para la formulación de una directriz mediante la cual se le atribuye al Juzgado la competencia para asumir la resolución de los casos en los que se deba aplicar algún convenio internacional en la materia.

Por otro lado también es importante señalar que de acuerdo a lo que señaló la Licda. Yerma Campos, la competencia del Juzgado es flexible, por cuanto lo importante es velar por la protección de los niños, las niñas y adolescentes, además en cuanto a la aplicación de los tratados se ha intentado centralizar en el Juzgado de Niñez y Adolescencia su aplicación ya que se considera importante que no existan

contradicciones en las resoluciones dictadas, por que al ser Costa Rica un país tan pequeño no nos podemos dar el lujo de que se den diferentes criterios.¹²⁶

El tema de la competencia en el Juzgado de Niñez y Adolescencia, tal y como se observó, es un tema conflictivo. Se considera que la razón por la cual existen diferentes opiniones en cuanto a la competencia es porque éste tiene una trayectoria muy corta, por lo que aún se encuentra en formación. Además, este es uno de los intentos por parte de quienes abogan por la protección de los niños, las niñas y adolescentes, por lo que es solamente el inicio y se requiere de trabajo y compromiso a lo largo de los años para que, poco a poco, se vean los frutos y el éxito alcanzados.

¹²⁶ Estos datos se obtuvieron en entrevista realizada el 7 de Agosto del 2007 a la Licda. Yerma Campos, en el Juzgado de Niñez y Adolescencia de l Primer Circuito Judicial de San José

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA, RELATIVA A LA PROTECCIÓN Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

2.1 CONCEPTOS GENERALES DE LA ADOPCIÓN

Antes de empezar a desarrollar lo que es el Convenio en sí, es necesario hacer un pequeño resumen de lo que es la institución de la adopción.

Antecedentes de la adopción

El concepto de adopción es bastante antiguo, aunque como la mayoría de los conceptos, han ido evolucionando y desarrollándose, dependiendo de las condiciones de la época.

Como nos dice el M.Sc. Mario Víquez, esta figura tiene un origen fundamentalmente legal, porque es la ley la que la crea, reglamenta y eventualmente extingue.

La institución tiene su gran desarrollo en el Derecho Romano, en donde se demarcan de una mejor manera sus límites como parte del Derecho de Familia y, dependiendo de su fin, en cada país se han conocido diversas formas para ella.

En el Derecho Romano se pueden observar algunas pinceladas de lo que ahora es para nosotros la adopción plena, como la ruptura con el vínculo parental sanguíneo y el derecho sucesorio del adoptado.

Se debe dejar claro que la adopción surge como un contrato entre el adoptado y el adoptante, en donde las finalidades que se tenían como objeto de dicho contrato eran los intereses de la familia sin hijos con objetivos económicos, políticos y de continuación de la familia (por la importancia que tenía la descendencia).

Nos continúa comentando el Lic Mario Víquez que ya para la Edad Media, la figura de la adopción pierde prestigio e interés por la pérdida de peso en las ideas religiosas en relación con la familia.

Con el Código de Napoleón desaparece la adopción de menores de edad, ya que sólo contemplaba la de mayores de edad. Además, se afirma la naturaleza contractual y se le agrega la necesidad de una homologación judicial.

Consecuentemente, nos queda claro que la adopción era vista como una manera de transmitir un nombre y una fortuna. Para 1939, en Francia se plantea por decreto de ley que la adopción tendrá como consecuencia la ruptura del vínculo parental y adquiere un carácter de irrevocabilidad.

Si nos transportamos a Costa Rica, encontramos que nuestra jurisprudencia nos explica de una manera muy completa la evolución de la adopción, de forma que vale la pena basarse en ella para conocer su desarrollo.

La primera regulación conocida se da en el Código General de 1841, el Código de Carrillo. Para ese tiempo, de acuerdo con las concepciones de la época, era considerada un contrato revestido de sanción de la autoridad judicial que establecía entre las personas relaciones de paternidad y filiación puramente civiles.

Entonces, se dan dos tipos de adopción: la privilegiada y la común. La primera se podía presentar cuando concurrían circunstancias muy especiales que permitían adoptar sin observar sus exigencias comunes, por ejemplo, cuando un individuo quería adoptar a quien le había salvado la vida en un combate, en un incendio o en un naufragio.

En cuanto a la adopción común, responde a la idea de que sirve como consuelo a los que no tienen hijos. De esta manera, se exige que el adoptante no tenga hijos ni descendientes legítimos. Por otro lado, debía tener más de cincuenta años, en el entendido de que era una edad en la que ya se había superado el tiempo normal para tener descendencia.

Por su parte, la persona que adoptaba debía ser quince años mayor que la que se proponía adoptar, además de que el adoptante debía haber dado socorro y prodigado cuidados no interrumpidos al menos seis meses durante la minoridad.

Para ser adoptada, la persona tenía que ser mayor de edad, es decir, superar los veintiún años, aunque se daba la posibilidad de la adopción del mayor de catorce años, si se contaba con el consentimiento de los padres biológicos. Nada obstaba para que un cónyuge adoptara sin que el otro lo hiciera, siempre y cuando mediara el consentimiento de este otro. Se daba en instrumento público. En cuanto a los efectos, el adoptado permanecía en su familia natural. Solo se creaban derechos y obligaciones entre adoptante y adoptado. La adopción no producía los mismos efectos del nacimiento, ya

que el adoptado tomaba el apellido del adoptante y lo añadía al suyo. La obligación alimentaria recíproca nacía. El adoptado sucedía al adoptante solo en defecto de herederos legítimos.

El Código Civil de 1888 no reguló la adopción, por lo cual esta etapa de la historia se dio sin esa figura, hasta 1934, cuando por Ley número 140 del 1 de agosto de 1934, se regula nuevamente con las siguientes características: -puede adoptar la persona mayor de cuarenta años que no tuviese hijo legítimos ni naturales; - debía darse una diferencia de edad entre adoptante y adoptado de quince años: - se exigía el consentimiento del adoptado o sus representantes y de la esposa del adoptante; -en relación con los derechos sucesorios el adoptado, se equiparaba al hijo natural reconocido en el caso de la sucesión legítima.

Por su parte, en 1953 se reforma la edad para adoptar y se impone que son treinta años.

Por ley número 2522 del 17 de febrero de 1960, nuevamente se rebaja la edad mínima para el adoptante, esta vez, pasa a veinticinco años. Además, establece la necesidad de autorización del Patronato Nacional de la Infancia, con lo que se comienza a superar la concepción contractualista y privatista de la adopción

La Ley número 5476 del 21 de diciembre de 1973, Código de Familia, en los artículos 100 al 126, reguló la adopción. Tenía como gran innovación que se introducía un tipo denominado ‘adopción plena’, con las características de desvinculación total y absoluta de la familia consanguínea y la creación de los mismos vínculos jurídicos que ligan a los padres con los hijos, entrando el adoptado a formar parte de la familia consanguínea del adoptante para todo efecto. Además, esa adopción resultaba irrevocable, no impugnable e imposible de terminar por acuerdo de partes.

La adopción que se basaba en la Ley de Adopciones se denominó ‘adopción simple’. Se mantuvo en la versión original del Código de Familia el otorgamiento de una escritura pública, precedente a una autorización judicial.

La primera reforma que se le hizo al Código de Familia fue por medio de la Ley número 5895 del 23 de marzo de 1976. Fueron dos los artículos reformados: el primero cambia en cuanto a la aceptación del cónyuge por asentimiento y no consentimiento; el otro cambio se dio en el artículo 111, que regulaba los apellidos. Se introdujo un párrafo especial para la adopción del hijo del cónyuge.

Un año después, se promulgó la Ley número 6045 del 14 de marzo de 1977. Se modificó el artículo 101, se introdujo una solución para suplir el asentimiento del

cónyuge, que consistía en la publicación de un edicto; también se abrió la posibilidad excepcional de que pudieran adoptar personas mayores a sesenta años.

En el cambio de los artículos 104 a 108 se elimina la escritura pública y el procedimiento se volvió judicial desde la solicitud hasta la aprobación en firme. En el artículo 111 se cambia, para que en la modificación del nombre de pila se haga también en la autorización judicial y no como decía antes, "en la misma escritura".

La ley 7018 del 20 de diciembre de 1985 adicionó un párrafo al artículo 100 del Código de Familia. Se trataba de un requisito de estudios psicosociales de los adoptantes con el refrendo del PANI. La Ley 7018 era la Ley del Presupuesto Ordinario y Extraordinario y, por razones formales, por Voto número 100-91 de las 16 horas del 15 de enero de 1991, la Sala Constitución anuló esta reforma.

De ahí pasamos a la ratificación de la Convención de los Derechos de los Niños, por Ley número 7184 del 12 de julio de 1990, la que en sus artículos 20 y 21 regula lo relativo a la adopción. Pone como norte de las adopciones el Interés superior de la persona menor de edad y que la adopción en otro país puede ser considerada, en el caso que no pueda ser guardado, adoptado o atendido en el país de origen.

En 1993 con el Voto número 2014 de la Sala Constitucional, se crea una revolución en lo que se había acostumbrado en la materia, para los casos que se basaban en declaraciones de abandono, ya que anteriormente se llevaban a cabo en sede administrativa, mientras que con el voto se exige que se hagan por medio de la vía judicial.

Mediante Ley número 7517 del 22 de junio de 1995, publicada en La Gaceta del 17 de julio de 1995, se ratificó el Convenio Relativo a la Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, denominado Convenio de La Haya, lo que provoca que por Ley número 7538 del 22 de agosto de 1995, se modifique sustancialmente la regulación de la adopción y de la declaratoria de abandono.

Los aspectos más relevantes de este Convenio son los siguientes: 1) se establecen procedimientos judiciales especiales para la declaratoria de abandono (artículos 115 a 124 y para la adopción, 125 a 139); 2) se elimina la adopción simple quedando todas con las características de las plenas, terminología que desaparece en ambos casos; 3) se define en el artículo 160 del Código de Familia lo que es el estado de abandono y se conceptualiza que su declaratoria con fines de adopción implica la pérdida de la patria potestad; 4) se establecen algunas regulaciones sobre la adopción Internacional (112, 128 inciso i) y 130 párrafo final) y 5) se redefine la adopción de

personas mayores de edad, para aquellos casos en que se haya dado de hecho una relación familiar en la minoridad.

Con el Código Notarial de 1998, artículo 129, se dispone la alternativa notarial para las adopciones en que no esté de por medio el interés de personas menores de edad o que carezcan de capacidad.

Con el Voto número 2001-07521, la Sala Constitucional interpretó que la adopción conjunta es aplicable a los convivientes en unión libre que cuenten con los requisitos del artículo 242 del Código de Familia.

Por Ley número 8297 del 19 de agosto del 2002, se reformaron los artículos 109 inciso c) y 111 del Código de Familia. El 109 fue adicionado con dos párrafos, en los cuales se regula la Declaratoria de Adoptabilidad en adopciones internacionales. También enfatiza el carácter subsidiario éstas.

Mediante Ley No. 8411, publicada en La Gaceta Número 91 del 11 de mayo del 2004, se creó el Juzgado de Niñez y Adolescencia y, por acuerdo de Corte Plena Número 48-2003 del 15 de diciembre del 2003, se asignó el trámite y la decisión de adopciones internacionales al Juzgado de Niñez y Adolescencia.

Seguidamente se da el Reglamento para los procesos de adopciones nacionales o internacionales, el cual fue publicado en La Gaceta número 27 del 9 de febrero del 2004 y derogó al anterior del 25 de junio del 2001, que había sido publicado el 6 de agosto de ese año. Este desarrolla el funcionamiento del Consejo Nacional de Adopciones y el trámite en vía administrativa de las nacionales e internacionales.

Concepto de la adopción

Para el M.Sc. Mario Víquez, desde el punto de vista jurídico, la adopción es “*un mecanismo socialmente aceptado, que crea entre personas que no son necesariamente parientes consanguíneos, relaciones de parentesco y filiación.*”¹²⁷

También nos menciona el autor en uno de sus artículos que, psico-socialmente hablando, la adopción se da como la posibilidad de restituir un nuevo vínculo frente a la pérdida de uno afectivo en la relación protectora de la familia e insertando al niño o bien a la niña en otra familia, siendo acogidos como hijos propios.

¹²⁷ VÍQUEZ JIMÉNEZ, Mario Alberto (marzo del 2001). “La institución de la adopción”. *Revista Judicial*, No. 78. Año XXIV. Costa Rica.

Para la también especialista, Ana María Trejos, en su proyecto de Instructivo de Procedimiento para la Adopción Nacional e Internacional en Costa Rica, la adopción es “*una institución jurídica de integración y protección familiar, de orden público e interés social. Constituye un proceso jurídico y psicosocial, mediante el que el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos, en calidad de hijo o hija*”.¹²⁸

El concepto utilizado por nuestra legislación es la adopción como “*una institución jurídica de integración y protección familiar, orden público e interés social. Constituye un proceso jurídico y psicosocial, mediante el que el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos, en calidad de hijo o hija*”¹²⁹.

- *Sistemas de adopción*

En la actualidad, Costa Rica cuenta con dos sistemas de adopción, basados en bases sustancialmente diferentes, como lo comenta el M.Sc. Mario Víquez.

El primer sistema se basa en una naturaleza contractual, en la que se permite la entrega directa como una potestad materna-paterna, en donde se vienen a desconocer los procesos psicológicos previos y posteriores a la adopción. En este sistema no se le reconocen los derechos de la nacionalidad e identidad, por lo que se le viene a dar prioridad a la adopción nacional, dejando la internacional únicamente de manera excepcional. El sistema viene a justificar la adopción como un acto de carácter caritativo y doctrinalmente viene a ser ubicado en el Derecho de Familia.

El segundo sistema toma la adopción como un hecho psicosocial y jurídico, cuya base es el principio del interés superior de la persona menor de edad, en tanto el derecho que tiene éste a la mejor familia posible. Ese sistema resalta las acciones de una única entidad central que garantice los procesos psicosociales, de selección, preparación y evaluación de los padres oferentes. A semejanza del sistema anterior, se le da prioridad a la adopción nacional, dejando la internacional como excepción. Conceptualiza la

¹²⁸ TREJOS ZAMORA, Ana María (mayo del 2006). *Perspectiva de la Adopción Nacional e Internacional*. Trabajo de Graduación de Maestría en Administración de Justicia. Universidad Nacional. San José, pág. 49.

¹²⁹ BENAVIDES SANTOS, Diego (2000). *Código de Familia: Art. 100*. Segunda Edición. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto.

adopción como un derecho y, doctrinalmente hablando, ubica la institución en el Derecho de Menores.

Efectos jurídicos de la adopción

Según nuestra normativa, los efectos de la adopción son los mismos, sin importar el tipo que haya sido aprobado por el juez del caso. Dichos efectos serían los estipulados en nuestro Código de Familia, artículo 102, sumado el artículo 111:

a) Entre los adoptantes y los adoptados se establecen los mismos vínculos jurídicos que unen a los padres con los hijos e hijas consanguíneos. Además, para todos los efectos, los adoptados entrarán a formar parte de la familia consanguínea adoptante.

b) El adoptado se desvincula, en forma total y absoluta, de su familia consanguínea y no se le exigirán obligaciones por razón del parentesco con sus ascendientes o colaterales consanguíneos. Tampoco tendrá derecho alguno respecto de esos mismos parientes. Sin embargo, los impedimentos matrimoniales por razón del parentesco permanecen vigentes con respecto a la familia consanguínea. Asimismo, subsisten los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso, cuando el adoptado sea hijo o hija del cónyuge del adoptante.

c) En lo concerniente al término y la suspensión de la patria potestad, para la adopción regirá lo estipulado en este Código.

d) La adopción es irrevocable, de forma que una vez que la autoridad judicial competente dicte sentencia que la apruebe y adquiera firmeza, es decir, que no sea apelada en el plazo de tres días posterior al día que se le notifique a todas las partes, no se puede revertir.

Se puede decir que existe un efecto que no siempre se da, pero vale la pena mencionarlo y es que, según el artículo 105 del Código de Familia, en la misma resolución que autoriza la adopción, el Tribunal podrá autorizar, a solicitud de los interesados, el cambio del nombre del adoptado. Esto se da cuando la familia adoptante lo solicita al juez, sin embargo, el cambio va a depender de la edad, madurez y las implicaciones que en el nivel psicológico se le pueden ocasionar a la persona menor de edad.

Requisitos generales para todo adoptante

Nuestro Código de Familia, en su artículo 106, nos da las características con las que debe contar el posible adoptante.

- a) Poseer capacidad plena para ejercer sus derechos civiles.
- b) Ser mayor de veinticinco años, en caso de adopciones individuales. En adopciones conjuntas, bastará que uno de los adoptantes haya alcanzado esta edad.¹³⁰
- c) Ser por lo menos quince años mayor que el adoptado. En la adopción conjunta, esa diferencia se establecerá con respecto al adoptante de menor edad. En la adopción por un solo cónyuge, esa diferencia también deberá existir con el consorte del adoptante.
- d) Ser de buena conducta y reputación. Estas cualidades se comprobarán con una prueba idónea, documental o testimonial, que será apreciada y valorada por el juez en sentencia.
- e) Poseer condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud, que evidencien aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental.

Para los casos de adopciones internacionales, las personas residentes en el extranjero deben, aparte de lo anterior y cumplir con lo establecido para adoptar en la legislación del país donde proceden, aportar los siguientes requisitos:

- a) Que tengan por lo menos cinco años de casados. Esto, por supuesto, en el caso de que sea adopción conjunta.
- b) Que la autoridad competente de su país los haya declarado aptos para adoptar.
- c) Que una institución, pública o estatal, o un organismo acreditado de su domicilio y sometido al control de las autoridades competentes del Estado receptor vele por el interés del adoptado.

Personas adoptables

Según nuestra legislación, las personas que cuentan con un perfil para ser adoptadas son las siguientes¹³¹:

- a) Las personas menores de edad declaradas judicialmente en Estado de abandono, excepto cuando un cónyuge adopte a los hijos menores de edad del otro, siempre y

¹³⁰ TRIBUNAL DE FAMILIA *Resolución 01-12994 de las 14:37 horas del 19/12/2001*. San José, Costa Rica.

¹³¹ BENAVIDES SANTOS, Diego (2000). *Código de Familia: Art. 109*, Segunda Edición. San José Costa Rica: Editorial Juritexto.

cuando el cónyuge con quien vivan las personas menores de edad ejerza, en forma exclusiva, la patria potestad.

b) Las personas mayores de edad que hayan convivido con los adoptantes, por un tiempo no menor de seis años antes de cumplir la mayoría y hayan mantenido vínculos familiares o afectivos con los adoptantes. Si éstos son familiares hasta el tercer grado de consanguinidad, inclusive, la convivencia requerida será de tres años.

c) Las personas menores de edad cuyos progenitores consientan, según sea el caso, ante la autoridad judicial correspondiente, la voluntad de entrega y desprendimiento siempre y cuando, a juicio de dicha autoridad, medien causas justificadas, suficientes y razonables, que la lleven a determinar este acto como lo más conveniente para el interés superior de la persona menor de edad.¹³²

Tratándose de adopciones internacionales, además del requisito anterior, la persona menor de edad previamente deberá ser declarada adoptable, por el Consejo Nacional de Adopciones del Patronato Nacional de la Infancia, que rendirá su informe en un plazo máximo de dos meses a partir de la fecha en que se le notifique del inicio del proceso por parte del órgano jurisdiccional correspondiente. Para todos los efectos, se respetarán los procedimientos y las condiciones establecidas en los convenios internacionales.

La adopción internacional tendrá carácter subsidiario de la nacional y solo procederá cuando el Consejo Nacional de Adopciones, referido en el párrafo anterior, haya determinado que no existen posibilidades de ubicar a la persona menor de edad en una familia adoptiva con residencia permanente en el país (así reformado por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995); (así reformado este inciso por el artículo 1° de la Ley N° 8297 de 10 de setiembre del 2002)

Establece el Código, también, que nadie puede ser adoptado por más de una persona, simultáneamente, salvo en la adopción conjunta. No obstante, una nueva adopción podrá tener lugar después del fallecimiento de uno o ambos adoptantes.

Tipos de adopción

¹³² Por resolución de la Sala Constitucional N° 6304 de 3 de julio del 2003, se anula la Ley N° 8297 del 10 de setiembre del 2002, que reforma este inciso, no indicando la Sala si se restablece el texto anterior a la reforma. Los efectos de este pronunciamiento rigen a partir de la fecha de la sentencia y cubren todos los asuntos aún pendientes de resolución por parte de las autoridades judiciales competentes.

Dependiendo de la cantidad de adoptantes, ésta puede ser:¹³³

- *Adopción individual:*

Para nuestro Código de Familia es la adopción que se da cuando sólo existe un único adoptante, en donde el adoptado va a tener los apellidos del adoptante.

- *Adopción conjunta:*

Se da cuando es solicitada por ambos cónyuges, que tengan un hogar estable y vivan juntos. El adoptado de esta manera va a llevar como primer apellido el primero del adoptante y como segundo, el primero de la adoptante.

Si lo que se toma en cuenta para clasificar la adopción es el lugar de domicilio de las personas adoptantes, existen los siguientes tipos:

- *Adopción nacional:*

Es aquella tramitada por personas residentes en Costa Rica de forma permanente, independientemente de su nacionalidad.

Este tipo de adopción se puede decir que cuenta con 4 etapas:

- a) Etapa administrativa de determinación de la idoneidad de las personas solicitantes:

Consiste en la determinación de la idoneidad psicológica, social y legal de las personas solicitantes de ubicación, con fines de adopción de un niño, niña o adolescente. En esta etapa se revisan los requisitos mencionados para ser un candidato adoptante.

Aparte de estos requisitos, se deben presentar ciertos documentos para determinar la idoneidad de la o las personas adoptantes, como el formulario oficial de Adopción Nacional del PANI; fotografías de los solicitantes; certificados de nacimiento, de Estado civil, de delincuencia, de ingresos económicos; dictamen de salud emitido por un profesional de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) o privado; una valoración social y psicológica y copias de cédula de identidad o de residencia. Debe quedar claro que las certificaciones deben ser emitidas por la entidad estatal oficial, sea de Costa

¹³³ BENAVIDES SANTOS, Diego (2000). *Código de Familia: Art. 103*, Segunda Edición. San José Costa Rica: Editorial Juritexto.

Rica, en el caso de los costarricenses, o del país de origen, para los extranjeros que residen en Costa Rica.

La valoración social y psicológica la pueden realizar profesionales de la institución o que ejerzan libremente, dependiendo de la capacidad económica de los solicitantes. Si son realizadas por profesionales ajenos a la institución, después va a ser analizada por funcionarios del PANI.

El PANI cuenta con una lista de aspectos¹³⁴ que se toman en cuenta, por lo que una vez hecho el estudio, se realiza un informe debidamente motivado y se notifica.

En el caso de que se cumpla con todos los requisitos, la Oficina de Adopciones crea un expediente administrativo al que le asigna un número de consecutivo que va a ser revisado por profesionales en Psicología y Trabajo Social, quienes harán la evaluación y declararán la idoneidad o no de las personas solicitantes, la cual será comunicada por medio de resolución administrativa.

Los solicitantes deben participar en un taller de “Formación y Reflexión” que es impartido por el PANI.

El expediente administrativo se pondrá en el banco de familias elegibles para la adopción, en donde van a quedar participando con las demás familias para la eventual ubicación de una persona menor de edad en condición de adopción.

Es el Consejo de Adopciones Nacionales del PANI el que decide con qué persona o familia se va a ubicar a la persona menor de edad, siempre tomando en cuenta su interés superior, lo cual se da por medio de un acuerdo y se comunica a los solicitantes en una reunión, en donde se va a conocer el expediente de la persona menor de edad.

b) Proceso judicial de la Adopción:

Una vez ubicada la persona menor de edad con la familia solicitante de adopción, ésta deberá promover las diligencias judiciales de adopción, ante el juez competente, de acuerdo con el nuevo domicilio del niño, niña; además, las diligencias deben contar con el patrocinio de un abogado.

Es la autoridad judicial la que definitivamente autoriza la adopción y ordena su inscripción. La adopción va a surtir todos sus efectos a partir de que el juez la autorice.

¹³⁴ Ver Anexo número Tres.

Se debe presentar un escrito en el que se digan las calidades y que solicitan la adopción de la persona menor de edad, así como la conveniencia y necesidad de la adopción para esa persona.

Al escrito mencionado se le adjuntan los siguientes documentos: la copia certificada de la sentencia judicial que declara el estado de abandono de la persona menor de edad, certificación de nacimiento de los solicitantes y la persona menor de edad, certificación de estado civil de los solicitantes, certificación de delincuencia, certificación de ingresos económicos, dictamen médico de los solicitantes, valoración psicosocial y certificación de bienes muebles e inmuebles de la persona menor de edad.

Una vez presentado el escrito, el juez les da traslado a las diligencias y, por medio de resolución, se les notifica a las partes. Se les da plazo de 3 días al PANI y a la Procuraduría General de la República para que se apersonen al proceso y se manifiesten en lo que consideren necesario, a favor del interés superior de la persona menor de edad. Se advierte, también, que se comunica a los interesados que deseen formular oposiciones que tienen un plazo de 5 días, por medio de un edicto que será publicado en el Boletín Judicial. Este edicto debe ser solicitado ante el Juzgado por los solicitantes y se tienen ocho días hábiles para que se publique.

Una vez publicado el edicto, los solicitantes deberán sacarle fotocopia y presentarla al Juzgado que tramita el asunto. Se procede a convocar audiencia oral y privada al que deben asistir los solicitantes, la persona menor de edad y el representante legal del PANI.

En dicha audiencia, el juez debe escuchar a la persona menor de edad sin intervención de las partes, siempre que tenga discernimiento suficiente para hacerlo. Seguidamente, el juez les explicará a los adoptantes las obligaciones y los derechos que legalmente van a asumir y, en el mismo acto, los solicitantes deben manifestar en forma expresa si aceptan o no las consecuencias que se deriven de la adopción. El representante del PANI, partiendo del interés superior de la persona menor de edad, dará el consentimiento para que se apruebe la adopción. Se levanta un acta de lo todo lo anterior, que va a ser firmada por las partes (inclusive el niño y la niña siempre que tengan la capacidad para hacerlo).

Finalmente, en un plazo de cinco días se dictará la sentencia en donde se aprueba o rechaza la adopción. Notificada la sentencia a todas las partes y pasados tres días sin que sea apelada por quien tenga interés legítimo, la sentencia adquiere firmeza y podrá ser inscrita en el Registro Civil.

c) Proceso de inscripción de sentencia:

Los adoptantes deben solicitar al Juzgado en el que se llevó a cabo el proceso, la ejecutoria de sentencia, la que debe ser llevada al Registro Civil, Departamento de Actos jurídicos, junto con una copia, y entregarla. Luego, se tiene un plazo de veinte días para quedar inscrita.

La sentencia se anota al margen del asiento de nacimiento del adoptado, en el registro de nacimiento. Se sustituyen los apellidos de los padres biológicos por los de los adoptivos.

d) Seguimiento adoptivo nacional:

Este seguimiento les corresponde a la Oficina de Adopciones y a las oficinas locales con el fin de reconocer avances y la evolución del proceso de adaptación del niño, de la niña a su familia, contemplando aspectos psicológicos, sociales, educacionales y de salud.

Se da a partir de la ubicación de la persona menor de edad en la familia por parte del Consejo Nacional de Adopciones y se hace por medio de entrevistas y visitas domiciliarias por un período de dos años, lo que va a ser dividido en los primeros seis meses. Esto lo hará la Oficina de Adopciones durante el período de ajuste. El segundo periodo va a estar a cargo de la oficina local, en donde se van a contemplar las recomendaciones, dificultades y los antecedentes recopilados durante la primer etapa de ajuste.

Adopción internacional

Cabe señalar que el presente tipo de adopción es el más relevante de la sección, debido a que éste forma parte del objetivo central del presente trabajo, ya que se pretende observar su aplicación en el Juzgado de Niñez y Adolescencia.

Para el PANI la adopción internacional es aquella tramitada por personas con residencia permanente fuera del territorio de Costa Rica, independientemente de su nacionalidad.

La doctrina moderna ha dicho que este tipo de adopción debe considerarse como una solución para brindar una familia a un niño o niña en condición de adoptabilidad psico-socio-legal y cuando el Consejo Nacional de Adopciones, en el caso específico de Costa Rica, haya dado por agotada la ubicación en familia idónea con residencia habitual en el país.

Se plantea como otro medio para cuidar al niño o niña, pero únicamente en el caso en que éstos no puedan ser ubicados en una familia en el país de origen, es decir, como se ha venido diciendo, es de carácter subsidiario.

Este tipo de adopción debe garantizar que la persona menor de edad adoptada tenga salvaguardias y normas equivalentes en relación con el país de origen.

Se debe dar mediante acuerdos bilaterales o multilaterales y por medio de las autoridades competentes.

Dentro de la adopción internacional es necesario resaltar dos principios fundamentales que están dados tanto por la Convención de la ONU de los Derechos del Niño como por el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional:

1. La Subsidiariedad, en donde la adopción internacional es una medida de último recurso, debiendo en todo caso preferirse que la persona menor de edad sea educada en la propia familia y manteniendo su propia cultura.

En relación con este principio, la Sala Constitucional ha dicho que: “*La subsidiariedad debe de entenderse entonces como la obligación que el ente estatal Autoridad Central Administrativa tiene para agotar los recursos de familias nacionales antes de otorgar en adopción, de los niños que tienen a su cargo. No es cierto que esta figura debe cumplirse como un trámite necesario e imprescindible y hasta como un requisito de validez, en las adopciones internacionales directas*”¹³⁵

2. Garantía del interés superior de la persona menor de edad, es decir, se debe procurar que en cada etapa del proceso, sea administrativo o judicial, se respeten los derechos y las garantías del adoptado. Se supone que en cada país debe existir una entidad encargada de instituir medidas y velar por que aquellas se cumplan.

¹³⁵ SALA CONSTITUCIONAL. Voto No. 158 de las 9 horas 50 minutos del 25 de enero del 2001. Consulta del Tribunal de Familia a la Sala Constitucional

Para el PANI el trámite de este tipo de adopción se divide en tres etapas:

1. Etapa de determinación de la idoneidad de las personas solicitantes por partes de la Autoridad Central del país de residencia habitual de estos, la cual debe estar debidamente acreditada por el Consejo Nacional de Adopciones del PANI como entidad colaboradora en adopción internacional. Es esta autoridad la que debe comunicarse con la Oficina de Adopciones del PANI para solicitar la remisión del formulario Oficial de Adopción Internacional, el que deberán completar, firmar y adjuntar los requisitos y documentos necesarios. También es esa autoridad la que debe valorar social, psicológica, médica y legalmente a los interesados, con el fin de determinar la idoneidad de los solicitantes para la realización de una adopción de niños o de niñas de Costa Rica.

Si la Autoridad Central determina que la familia es idónea, emitirá un documento llamado “Declaración de Idoneidad” dirigido a la oficina de Adopciones del PANI.

Las personas solicitantes deben cumplir, igualmente, con las condiciones generales establecidas en nuestro Código de Familia, artículo 106; aparte de esto deben demostrar que cumplen con los requisitos exigidos en la legislación de su país de residencia, que la Autoridad competente los ha declarado aptos para adoptar, que una institución del Estado de procedencia debidamente acreditada velará por el interés del adoptado. Si la adopción, es conjunta deben tener al menos cinco años de casados.

Los documentos que deben aportar son los mismos que en una adopción nacional, pero debidamente visados por el Consulado y la autenticación del Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica y con la traducción oficial de cada uno de ellos si vienen en idioma distinto al español. Aparte de esos, deben aportar la declaración de idoneidad expedida por la Autoridad Central del país de residencia de los solicitantes y el formulario oficial de Adopciones Internacionales del PANI.

2. Etapa de aprobación de la solicitud de adopción por parte del Consejo Nacional de Adopción: se inicia abriendo un expediente que va a ser asignado a un grupo de especialistas en psicología y trabajo social, el cual van a revisar y dar un informe del estudio realizado. Todo lo demás se realiza de igual manera que la adopción nacional. Termina con el consentimiento del Consejo Nacional que le comunicará a la

Autoridad Central del país de los solicitantes por medio de una resolución legal administrativa.

3. Ubicación de la persona menor de edad con las personas solicitantes de adopción internacional: le corresponde al Consejo de Adopciones Nacionales del PANI la ubicación, pero primero se deberá dictar una resolución de agotamiento de la adopción nacional, garantizando el principio de subsidiaridad. La ubicación se va a regir por criterios discrecionales del Consejo en aplicación del Interés superior de la persona menor de edad.

Una vez ubicada la persona menor de edad, el Consejo debe emitir una declaratoria de adoptabilidad, que va a ser comunicada a la Autoridad Central del país receptor junto con los informes y estudios realizados por los profesionales del PANI.

Dicha Autoridad debe contactar a la familia con el fin de informarla de la ubicación y las características e historia de vida de la persona menor de edad, así mismo, debe enviar a la Oficina de Adopciones un escrito del resultado de éstas gestiones.

4. Preparación de la persona menor de edad para la adopción internacional y emparentamiento (*matching*): una vez comunicada la aceptación de la ubicación a la Autoridad, se inicia una coordinación entre la Oficina de Adopciones y el apoderado de la familia que tiene como fin la preparación de la persona menor de edad adoptada por una psicóloga y una trabajadora social. Conjuntamente, se deben presentar ante el Juzgado de Niñez y Adolescencia del Primer circuito Judicial de San José las diligencias judiciales de adopción internacional por parte del apoderado de la familia. Ambos procesos deben darse de forma paralela y coordinada.

El proceso de emparentamiento inicia aproximadamente dos semanas antes de la fecha de audiencia señalada por el Juzgado, por lo que la familia debe ingresar a Costa Rica al menos dos semanas antes de esa audiencia; una vez transcurrida esta etapa de emparentamiento, la Oficina de adopciones emitirá una resolución administrativa de depósito provisional de la persona menor de edad con los adoptantes, la que tendrá una validez hasta que el juez emita la sentencia que autoriza la adopción.

5. Proceso judicial de adopción: el apoderado de la familia deberá presentar un escrito en el que expresamente solicitará, a título y cuenta de la familia por él

representada, la adopción de la persona menor de edad, acompañado de los mismos documentos que se presentaron en sede administrativa. Aparte, debe adjuntarse la ejecutoria de la sentencia de declaración judicial de abandono de la persona menor de edad, certificación de nacimiento y de propiedad de bienes muebles e inmuebles. El juez procederá a fijar la audiencia que mencionamos.

6. Proceso de inscripción de la sentencia de adopción ante el Registro Público: esta etapa es llevada a cabo de la misma manera que la adopción nacional como se mencionó: una vez inscrita la ejecutoria de sentencia, la familia adoptiva debe realizar los trámites migratorios de la persona menor de edad ante la Embajada o Consulado respectivo del país receptor y en la Dirección General de Migración y Extranjería de Costa Rica, para su salida del país con los adoptantes.

7. Seguimiento adoptivo internacional: de conformidad con el compromiso emitido por la Autoridad Central del país de recepción, se debe dar seguimiento a través de profesionales calificados, con el fin de conocer los avances en la adaptación y el desarrollo integral de la persona menor de edad con su familia adoptiva.

El seguimiento deberá hacerse por medio de informes semestrales en los que se deberán anexar fotografías, informes médicos, escolares, entre otros. Se realizará por un período de cinco años, en los cuales los dos primeros años los informes se deben enviar cada semestre desde que se desplaza la persona menor de edad y los últimos tres años, será un informe anual.

2. 2. CONVENCIÓN DE LA HAYA, RELATIVA A LA PROTECCIÓN Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Después de haber realizado un breve estudio acerca de las generalidades de la adopción, se procede a estudiar la Convención que regula la Adopción Internacional.

Antecedentes de la Convención de la Haya

Antes de la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Conferencia de la Haya ya había comenzado a trabajar en materia de adopción internacional, como consecuencia de los cambios que la institución empezó a tener

después de los años 60 y que convirtieron al Convenio de la Haya del 15 de noviembre de 1965, relativo a la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción, en un instrumento total y claramente ineficaz. Esto, ya que sólo fue ratificado por Austria, Reino Unido y Suiza, por lo que no reflejaba la realidad de la internacionalización creciente de la institución de la adopción que se dio en la segunda mitad del siglo XX.

El proceso de redacción de dicha Convención fue iniciado por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado en 1988, para que se le diera un uso real al artículo 21 inciso e) de la Convención de los Derechos Humanos relativa a los derechos del niño, que solicita a los Estados que adopten arreglos o acuerdos bilaterales y multilaterales en materia de adopción internacional.

Esta es adoptada el 10 de mayo de 1993 y se basa en dos instrumentos de la ONU, pese a que la Haya es exterior al sistema de la Organización de Naciones Unidas: el primero es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y el bienestar de los niños, las niñas, considerados desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y colocación familiar tanto en el nivel internacional como nacional, del 3 de diciembre de 1986. El segundo tratado base es el Convenio relativo a los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989.

Para garantizar la mayor participación posible en la fase de redacción del proyecto y queriendo una mayor eficacia del Tratado en un futuro, se decide abrir el debate, aún para Estados no miembros de la Conferencia, de donde provienen niños, niñas que se dan en adopción. La Conferencia convoca a una comisión especial que se reúne entre 1990 y 1992.

En dichos años el Tratado fue tomando forma, debiendo hacerse modificaciones que, por algunos, son consideradas para bien, mientras que otros las consideran para mal. Ejemplo de modificaciones para bien, ya mencionadas, son la inclusión de conceptos como el respeto de los derechos básicos del niño, de la niña y la prohibición de que exista contacto entre los futuros padres adoptivos y las personas responsables de los niños, las niñas, antes de iniciar determinados procedimientos en vía de adopción. Por su parte, para mal se pueden mencionar la disposición en la que se les permite a individuos o entidades distintos de los intermediarios autorizados a intervenir en la organización de adopciones internacionales.

Para enero de 1995 la Convención había sido firmada por 8 Estados y ratificada por México y Rumania. Esta, finalmente, tiene como objeto principal organizar y

ordenar la cooperación entre los Estados parte que se encuentran participando en procedimientos de adopción internacional.

La Convención, acorde a su artículo 3, se aplica a todo niño (a) cuyo proyecto de adopción haya sido aprobado antes de que se alcance la edad de dieciocho años.

Principales características de la Convención

Tiene 3 características principales: afianza la protección de los derechos de la persona menor de edad en el contexto de adopción internacional y entorno a ella, instituye un mecanismo de cooperación entre los Estados en ese ámbito en específico y, por último, garantiza el reconocimiento de las adopciones pronunciadas de conformidad con la Convención.

1. Para desarrollar la primera característica, basta con irse al preámbulo junto con el artículo primero, inciso a) de la Convención, donde se establece que el objetivo del instrumento es *“establecer garantías para que las adopciones internacionales se lleven a cabo tomando en cuenta el interés superior del niño y el respeto de los derechos fundamentales que le reconoce el derecho internacional.”*¹³⁶

Es por lo anterior que la adopción internacional debe desarrollarse, desde el inicio hasta el final del procedimiento, bajo la perspectiva de los derechos de la persona menor de edad. Esta sólo se podrá llevar a cabo cuando corresponda al interés superior de la persona menor de edad en relación con sus derechos fundamentales, por lo que estas dos condiciones deben ser cumulativas e inseparables.

Con esto se quiere prevenir la sustracción, venta o tráfico de niños y de niñas por medio del respeto de esos derechos fundamentales y con la institución de un sistema de cooperación entre Estados.¹³⁷

Para lograr el cumplimiento de las garantías mencionadas, se crearon controles y medidas en las distintas etapas del procedimiento como lo son:

A. Se da y se reitera el orden de prioridades en materia de protección de la infancia, en primer lugar, proporcionar un apoyo adecuado a la familia biológica de la

¹³⁶ Convención de la Haya relativa a la Protección y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional: Art. 1, inciso a. La Haya. 1993

¹³⁷ Ibídem: Art. 1, inciso b La Haya .1993

persona menor de edad para que asuma las responsabilidades con él, de fracasar la adopción¹³⁸; seguidamente, cerciorarse de que el niño, niña es adoptable¹³⁹; tercero, comprobar si puede ser colocado o adoptado en una familia en su propio país y, en caso contrario, comprobar que la adopción internacional responde a su interés superior.¹⁴⁰

B. Se describe con precisión el consentimiento que debe existir de las personas competentes. La Convención también prohíbe el contacto entre los futuros padres adoptivos y los padres biológicos o cualquier otra persona responsable del niño, niña, dicho contacto únicamente puede ser una vez cumplidos los procedimientos del artículo 4 incisos a) y c) y los del artículo 5 inciso a), lo que sería una vez constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos.

C. La Convención insta a los Estados a establecer un sistema de control de gastos y honorarios ocasionados por las adopciones internacionales y condenar la obtención de beneficios materiales indebidos, aunque no se prevean las sanciones penales para los infractores.

2. La segunda característica de la Convención, que es la cooperación internacional, se da para lograr la mayor protección posible a las personas menores de edad en los procedimientos internacionales de adopción. Se quiere con esto instituir autoridades centrales y establecer un procedimiento internacional que incluya también las agencias intermediarias.

Los Estados parte, según el artículo 6, deben designar una autoridad central encargada de dar cumplimiento de las obligaciones que la Convención impone. Este concepto no es nuevo de la Convención, ya que la figura viene desde el Convenio de la Haya relativa a los Aspectos Civiles de las Sustracción Internacional de menores, del 25 de octubre de 1980.

La responsabilidad que se le encarga a esta autoridad es poner en práctica la Convención al interior del Estado, así como velar por la buena marcha de la colaboración entre países que participan en el proceso de la adopción internacional. Debe, así mismo, asegurarse de que se tomen las medidas necesarias cuando se cometan

¹³⁸ Ibídem. *Preámbulo, apartado 3*. La Haya 1993

¹³⁹ Ibídem. *Artículo 4, inciso a*. La Haya 1993

¹⁴⁰ Ibídem, inciso b. La Haya 1993

o puedan cometerse irregularidades en la aplicación de la Convención; de hecho, toda autoridad competente debe informar a la autoridad central sobre dichas ocurrencias.¹⁴¹

Acorde con los artículos 9 y 10, se le permite a la autoridad central delegar parte de sus competencias a autoridades públicas u otros organismos debidamente acreditados, aunque debe tenerse presente que el único responsable por cualquier violación a la Convención es el Estado parte.

Principios rectores de la Convención para el Proceso de Adopción

La decisión con la que finaliza el procedimiento de la adopción internacional debe ser tomada bajo los principios que minuciosamente describe la Convención, que son:

- a) El niño, niña y los futuros padres deben ser objeto de un estudio social (Arts. 15 y 16).
- b) Se requiere el consentimiento de los padres naturales o de cualquier otra persona competente y cuando proceda, hasta es necesario el consentimiento del niño, niña (Art. 4).
- c) Los futuros padres del niño, niña deben haber sido convenientemente asesorados y ser considerados adecuados y aptos para adoptar (Art. 5).
- d) Las autoridades del Estado de donde procede el niño, niña deben cerciorarse de que su colocación obedece a su interés superior (Art. 16 inc. A)
- e) Los futuros padres adoptivos deben manifestar su acuerdo con la colocación del niño (Art. 17, inc. a).
- f) El niño debe contar con la autorización de salida de su país de origen y con el de entrada y residencia en el del país receptor (Arts. 5, 17 y 18).
- g) La identidad de los padres biológicos deberá ser protegida si la ley del Estado de origen no autoriza su divulgación (Art. 16, apartado 2).

Una vez cumplidos los anteriores principios se prosigue hasta llevar a cabo el proceso de adopción.

La decisión de adopción la puede tener tanto el país de origen de la persona menor de edad como el de recepción, depende de la ley vigente, según los artículos 2 y

¹⁴¹ Ibídem. Art. 33. La Haya 1993

28 de la Convención. En todas las etapas, las autoridades centrales de los Estados interesados deben facilitar el flujo de información y se mantendrán informadas en relación con cómo avanza el proceso¹⁴².

En el caso de que se presenten dificultades en el Estado de recepción, en el período probatorio anterior a la adopción de la persona menor de edad, se optará por una solución alternativa previa consulta a la autoridad central, según el artículo 21.

En los casos en que algún Estado no quiera intervenir en los procedimientos de adopción internacional por tenerlos como asunto privado o por la precariedad de casos, la autoridad podrá ser un órgano exclusivamente administrativo.

La última de nuestras características es que cualquier adopción que haya sido autenticada según la Convención será automáticamente reconocida en los demás Estados contratantes, según el artículo 23, con la excepción que se manifieste contradicción contra el orden público, es decir, si se vulneran los principios fundamentales de dicho Estado.¹⁴³

Disposiciones generales

La Convención, en sus últimos artículos, brinda una serie de disposiciones generales, por ejemplo, prohíbe contactos prematuros entre los futuros padres adoptivos y las personas responsables de la persona menor de edad

Así mismo, establece el control de coste de las adopciones que mencionamos y el control de funcionamiento de la Convención (información, prevención o reacción ante posibles irregularidades).

Los Estados que hayan ratificado el Convenio de la Haya no pueden emitir reserva alguna, según el artículo 40. Acorde con el artículo 39, en ciertas condiciones, los Estados pueden firmar acuerdos bilaterales para favorecer la puesta en práctica de la Convención.

Se dispone que ésta entrara en vigor tres meses después de que lo haya ratificado un tercer país. Finalmente, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado convocará periódicamente una comisión especial encargada de examinar el funcionamiento práctico de la Convención.

La Sala Constitucional ha dicho en relación a este tema que:

¹⁴² Ibídem. *Artículos. 9 y 20.* La Haya 1993

¹⁴³ Ibídem. *Art. 24.* La Haya 1993

“Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, denominado Convenio de la Haya, se dice que tiene como fin establecer garantías para que las Adopciones Internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño, así como instaurar un sistema de cooperación entre los Estados signatarios, y que este sistema de cooperación se diseña de manera que cada Estado debe designar una autoridad central y existe la obligación de las autoridades centrales de coordinar y cooperar entre sí y que por Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, Ley número 7648 del 9 de diciembre de 1996, se establece que la Autoridad Central de Costa Rica, es el Consejo Nacional de Adopciones y que de acuerdo con el Convenio las Autoridades Centrales elaboran un informe respecto a los adoptantes como sobre el adoptado”¹⁴⁴

Cabe mencionar lo señalado por el especialista Mario Víquez, en el sentido que la mayoría de los problemas que se genera de la adopción no es consecuencia directa de la institución en sí, sino que son por la falta de una cultura nacional de adopciones, la falta de controles jurídicos idóneos tanto en el nivel nacional como internacional, la ausencia de recursos y procedimientos institucionales y, por supuesto, la falta de una política nacional necesaria para que todo lo relacionado con la adopción se dé en el marco de protección de los intereses y derechos de la niñez y la adolescencia.

2.3. APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA MENOR DE EDAD Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL JUZGADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

Análisis de expedientes relativos al Convenio en el Juzgado de Niñez y Adolescencia

A la hora de analizar la tarea de la aplicación del Tratado Internacional de Adopción que se da en el Juzgado de Niñez y Adolescencia, es completamente visible la

¹⁴⁴ SALA CONSTITUCIONAL. Consulta acerca Ley número 7648 del 9 de diciembre de 1996.

gran cantidad de casos que se dan en este juzgado, en donde personas que residen en otro país distinto a Costa Rica llevan a cabo este procedimiento de adopción internacional, realizándose de esta manera el desplazamiento de la persona menor de edad nacional a otro país.

Lo primero que cabe decirse acerca del proceso de adopción internacional es que es un proceso especial, que cuenta de diligencias no contenciosas según Código de Familia en su artículo 131 y el Código Procesal Civil en su artículo 821, en donde si existen oposición debidamente fundada y de alguien con derecho para hacerlo, deben archivarse y remitir a los interesados a discutir sus pretensiones en la vía sumaria.

En el caso de la adopción internacional, cabe señalar que el PANI es el ente encargado por precepto constitucional de la protección de la niñez y la adolescencia por lo que tiene derecho para interponer su oposición.

Se observa como en la mayoría de los expedientes se cumple con todos los requisitos que exige nuestra legislación. Los cuales son:

- a) Poseer capacidad plena para ejercer sus derechos civiles.
- b) Ser mayor de veinticinco años, en caso de adopciones individuales. En adopciones conjuntas, bastará que uno de los adoptantes haya alcanzado esta edad.
- c) Ser de buena conducta y reputación. Estas cualidades se comprobarán con una prueba idónea, documental o testimonial, que será apreciada y valorada por el Juez en sentencia.
- d) Poseer condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud, que evidencien aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental.
- e) Tener por lo menos cinco años de casados, en el caso de que se trate de adopción conjunta.
- f) Reunir las condiciones personales para adoptar, exigidas por la ley de su domicilio.
- g) La autoridad competente de su país los ha declarado aptos para adoptar.
- h) Una institución, pública o estatal, o un organismo acreditado de su domicilio y sometido al control de las autoridades competentes del Estado receptor, velará por el interés del adoptado.

Ya una vez revisado que se cumplan los requisitos anteriores, es de suma importancia observar que el Patronato Nacional de la Infancia en todos los expedientes

estudiados se opone, esto por el hecho que se trata, en los expedientes analizados, de adopciones internacionales directas.

El fundamento dado por el representante legal que se apersona al proceso viene a ser básicamente el siguiente:

“Con ocasión del surgimiento de la Ley N° 7517 Convenio Relativo a la protección del niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, el PANI ha implementado una política de oposición a los casos de bebés que se pretenden otorgar en adopción directa a familias extranjeras con sustento particularmente en principio de subsidiaridad desprendible del referido Convenio, con rango de ley superior en nuestro medio y que establece como presupuesto a cumplir, la necesidad de que se agoten primero las posibilidades de ubicar a las personas menores de edad en familias nacionales, como condición previa antes de recurrir a las familias extranjeras¹⁴⁵”

Se puede extraer de otro expediente que: “El PANI no declara la adoptabilidad de la persona menor de edad, oponiéndose a la adopción que se solicita, indicando que no se han cumplido los procedimientos y condiciones establecidas por el Convenio de la Haya o Convenio Relativo a la Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional, añadiendo también que no se ha agotado la subsidiaridad que indica el mismo Convenio”¹⁴⁶.

El Convenio relativo a la Protección del niño y a la Cooperación en materia de Adopción internacional le atribuye a una Autoridad Central, en nuestro país sería el ya mencionado Consejo Nacional de Adopciones, la función ineludible de controlar todas las adopciones internacionales que se vayan a tramitar en nuestro país, llámense promocionadas por el PANI o privadas por entrega directa, en ningún artículo hace alguna distinción para su aplicación con menores de edad bajo custodia del PANI o los niños que son dados por sus padres por entrega directa. Dispone de un procedimiento para el cumplimiento de sus objetivos, el cual viene a ser complementario y no excluyente del que se establece en el Código de Familia, en cuanto a esta materia.

¹⁴⁵ JUZGADO DE FAMILIA sentencia número 1379. JIIF. Expediente número 99-400454-187-FA.

¹⁴⁶ JUZGADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA sentencia. 67-2007. Expediente número 06-000002-673- Niñez y Adolescencia.

El Convenio pretende que la adopción internacional proceda únicamente en casos excepcionales para restringir y controlar los abusos que se estaban dando, no solo en nuestro país, sino a nivel mundial, así paralelamente nuestros congresistas aprobaron también, la Ley 7538 que reforma el Código de Familia, Ley Orgánica del PANI, Ley General de Migración y Extranjería, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil y Código Penal. Se viene a restringir la adopción internacional y solamente procede cuando no pueda ser ubicado el menor o la menor de edad con una familia nacional y se cumplan con todos los requisitos establecidos en las normas citadas para evitar el problema más importante que se presentaba en Costa Rica la venta solapada de menores de edad (bebés) que se daban en adopción a personas extranjeras domiciliadas en otro país.

El requisito de admisibilidad de adopción internacional en sede judicial se cumple con el trámite o condiciones del procedimiento establecido en el Convenio, por medio del Consejo Nacional de Adopciones mediante un acto administrativo, en el cual se declara la adoptabilidad de las personas menores de edad que fueran objeto de este tipo de adopción y uno de los elementos para declararla, en cuanto a que se hayan agotado todos los recursos posibles de colocación en nuestro país.

Por otro lado, y el criterio más importante para nuestro trabajo de investigación es la tesis que ha se venido dando desde los antecedentes del Juzgado de Niñez y Adolescencia por Juzgados de Familia y es el que hasta la fecha maneja el Juzgado de Niñez y Adolescencia, la tesis viene a ser que simple y sencillamente en la vía administrativa se da el estado de adoptabilidad por medio del órgano encargado, pero únicamente en los casos en que los niños, niñas están institucionalizados, no en el caso de personas menores de edad que han sido DIRECTAMENTE entregados por sus progenitores a los adoptantes, ya que es únicamente el juez quien valorará y decidirá en aras del interés superior de la persona menor de edad, si en los casos que se someten a su conocimiento los padres tienen justificación válida para el desprendimiento de su hijo.

Según lo dispuesto en el artículo 109 del Código de Familia y en relación con lo estipulado en el artículo 21 de la Convención de los Derechos del Niño, es dable entender con claridad meridiana que se trata de un acto propio de los progenitores, en ejercicio de la patria potestad y que el Juzgador valorará acorde con las circunstancias

comprobadas en autos. Situación totalmente distinta de los casos en que los progenitores están suspendidos o cesados de los atributos de la autoridad parental, pues ahí no estarían legitimados para otorgar expresamente la voluntad de entrega y desprendimiento con relación a sus hijos, hijas menores de edad.

Como se mencionó en el desarrollo de la institución de la adopción, en Costa Rica se dan dos situaciones la primera en la que participa el PANI quien ejerce la custodia de las personas menores de edad, cuando estamos en presencia de personas menores de edad que se encuentran en estado de abandono y por ende institucionalizados o ubicados en hogares que cuentan con el respaldo de la entidad. La otra situación que se da es la adopción directa o también llamado por algunos privada que cuenta con características muy peculiares, que se maneja normalmente con gran sigilo y con la participación de varias personas por las distintas formas en que se puede exponer a una persona menor de edad a varias violaciones de sus derechos, en este tipo de adopción el PANI no tiene ninguna intervención previa a la fase judicial y el único órgano competente para aprobar o improbar es el juzgado, es con esta figura con la que se ha venido teniendo mayor conflicto.

La función exclusiva encargada a la autoridad judicial competente, en este caso el Juzgado de Niñez y Adolescencia es de comprobación de los requisitos que la ley exige y velar porque se cumplan en la especie los principios que rigen la materia, a sabiendas que la entrega directa por parte de los progenitores está expresamente prevista y que no ordena en modo alguno la intervención estatal para la constitución de este acto voluntario propio de los progenitores en ejercicio de la autoridad parental, como se mencionó supra, siendo que únicamente el Juzgador que tramita la adopción compete valorar las razones aducidas en ese desprendimiento, tomando siempre el principio rector, el interés superior de la persona menor de edad.

Si bien es cierto que el Convenio Internacional convertido en nuestro país en ley 7517 señala la obligatoriedad referida a la autoridad central administrativa del estado de origen, de coordinar con el ente encargado del Estado de recepción, controlar, emitir aprobaciones, declaraciones, entre otras, lo cierto del caso es que el mismo sistema imperante en nuestro medio facultativo de la entrega directa es un mecanismo que impide cumplir con tales presupuestos y que ameritan en su oportunidad la revisión correspondiente.

Queda sumamente claro que el artículo con el que se tiene la mayor discrepancia es el 109 del Código de Familia, por el simple hecho que permite la figura de la adopción directa.

Este artículo ha pasado por varias reformas e intentos de reformas como por ejemplo, las más recientes en Marzo del año dos mil uno se presentó a la Asamblea un proyecto de ley, expediente número 14.124, la ley aprobada en su momento era la número 8297. Esta Ley aprobada fue objeto de una acción de inconstitucionalidad y la sala la acogió, en el entendido que la ley debió de ser votada en el plenario y no como se hizo en una comisión plena.

Debido a que la ley fue declarada inconstitucional se presentó a la Asamblea un nuevo proyecto de ley muy similar a la ley que fue declarada inconstitucional, lo anterior con el fin de que fuera conocida y votada en el plenario.

El segundo proyecto de ley con respecto a la reforma del inciso c) del artículo 109 y 113 de la ley número 5476, Código de Familia de Costa Rica presentado a la Asamblea Legislativa, se discutió bajo el expediente 15357 y fue archivado el pasado 1 de agosto del año 2007, por razones de tiempo.

El proyecto fue archivado ya que pese a que en un principio existía interés político los diputados presentaron diferentes mociones que imposibilitaron el que fuera votado el proyecto en el plenario.

A pesar de que algunos diputados explicaron claramente que era un proyecto muy similar al aprobado unos años antes, los diputados encontraron razones para discutir el proyecto y solicitar que se modificara la redacción del artículo por que la manera en como estaba el proyecto podía darse para que se interpretara que la declaración de adoptabilidad de PANI fuera vinculante para el juzgado, lo que implicaba disminuir las facultades del juez y entabrar aun más el proceso para la adopción.

La discusión por parte de los diputados se da ya que la corte a pesar de que estaba a favor de la reforma, manifestó que en nada estaba mejorando los trámites para la adopción de personas menores de edad. Si bien es cierto existe la posibilidad de que en las adopciones directas los progenitores consientan en dar en adopción a la persona menor de edad mediando algún tipo de dinero, no se puede eliminar la posibilidad de que los padres o las madres den en adopción a sus hijos.

La idea de la reforma es que se encuentre un ente fiscalizador que evite que el dinero medie como parte de la adopción, pensando siempre en el interés superior de la persona menor de edad y el beneficio que conlleva el encontrar la mejor familia para su desarrollo.

Los diputados siempre han estado, en su mayoría, a favor de que se de la reforma de los artículos del Código de Familia, esto con el fin de que se restrinja la figura de la adopción directa en los casos de adopción Internacional.

El PANI pretende que todas las personas menores de edad sean colocadas por la institución para asegurarse que se haga de la mejor forma, pero en vista de la falta de recursos y el retraso para la resolución en vía administrativa, esto es casi imposible. Lo propuesta nuestra es hacer una reforma en donde el PANI pueda intervenir con un plazo máximo de dos meses para dar su dictamen acerca de la subsidiariedad de la adopción y la declaración de adoptabilidad de la persona menor de edad.

Por lo que se puede retomar la iniciativa presentando un proyecto en el que se restrinja la figura de la adopción directa con la consulta que se le hace al PANI, pero sin ser vinculante ya que si el juez considera que no va de acuerdo al interés superior de la persona menor de edad, puede apartarse de la opinión del PANI y dar al niño, niña en adopción en razón de su interés superior.

Con el fin de evitar que el Juzgado tenga que tomar como vinculante el informe del PANI y evitando que la adoptabilidad sea un requisito. Lo que se pretende es que se restrinja la adopción directa pero no que se elimine.

Una opción puede ser que en los casos de personas menores de edad cuyos progenitores consientan, ante la autoridad judicial correspondiente, la voluntad de entrega y desprendimiento siempre y cuando, a juicio de dicha autoridad, medien causas justificadas, suficientes y razonables, que la lleven a determinar este acto como lo más conveniente para el interés superior de la persona menor de edad. Y que tratándose de adopciones internacionales, además del requisito anterior, el órgano jurisdiccional notificará al Consejo Nacional de Adopciones del PANI y le solicitará que se pronuncie sobre la adoptabilidad la persona menor de edad así como del cumplimiento del principio de subsidiariedad de acuerdo a los convenios Internacionales vigentes, lo cual hará en un plazo máximo de dos meses a partir de la fecha en que se le notifique del inicio del proceso. Para todos los efectos y para resolver en sentencia la solicitud de

adopción, la autoridad judicial deberá aplicar los procedimientos y las condiciones establecidas en dichos convenios.

Cabe resaltar el hecho de que la función del Juzgado no es corroborar que se haya cumplido el principio de subsidiariedad; eso corresponde a una fase previa, la fase administrativa pero que en el caso de las adopciones internacionales directas esa fase no está prevista, ya que sería prácticamente imposible porque el PANI no tiene conocimiento alguno del niño que se pretende adoptar hasta que el asunto llega a sede judicial. Por lo que no podría el Juzgado constituirse como órgano con funciones que no le son propias y que por lo demás atentarían con el derecho de accionar que se obtiene del artículo 41 de la Constitución Política.

El Juzgado de Niñez y Adolescencia concuerda con el criterio del Tribunal de Familia en cuanto se ha dicho que:

En el artículo 4 del mencionado Convenio se regulan los requisitos que deben contener las solicitudes de adopción para que puedan ser objeto de aprobación por parte de la autoridad competente, que en nuestro medio, es la o el Juzgador de Familia, y solo él, conforme a lo estipulado en nuestro Código de Familia.

La adopción internacional directa o privada mencionada en el Código de Familia, queda vigente ya que dicha figura no fue contemplada en el Convenio de la Haya, rigiendo entonces, la normativa familiar, o sea, que los convenios mencionados, dejan la aplicación directa de sus alcances, sea reglamentada o desarrollada a través de la normativa familiar interna. Es entonces en este sentido que, las disposiciones del Convenio de La Haya no podrían aplicarse expresamente a los casos de la adopción internacional directa, tanto es así que la misma reglamentación interna a la que da origen dicho Convenio desde su aprobación, dio lugar a la reforma pertinente en el Código de Familia y a la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, mediante las Leyes No.7538 del veintidós de agosto de mil novecientos noventa y cinco y la ley 7648 del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis, que viene a dar al PANI los lineamientos de organización con respecto al Convenio, así vemos, por ejemplo, que en Costa Rica el órgano constitucional llamado Patronato Nacional de la Infancia es el que por ley está encargado de : " Promover la adopción nacional e internacional, y otorgar el consentimiento para que se adopten personas menores de edad por medio del Consejo Nacional de Adopciones, como

autoridad central administrativa¹⁴⁷." Así el órgano autoridad central administrativa, se consigna que es el Consejo Nacional de Adopciones¹⁴⁸, que literalmente consta en la ley orgánica del PANI que reza: "La Junta Directiva tendrá las siguientes atribuciones:..h) Nombrar a los miembros del Consejo Nacional de Adopciones como autoridad central administrativa en materia de adopción, y de los Consejos Regionales de Adopción y Reubicación de Personas Menores de Edad".

A su vez, las adopciones nacionales e internacionales de los niños, niñas institucionalizados son promovidas a través de la Autoridad Central Administrativa, el Consejo Nacional de Adopciones y al respecto, su reglamento, en su Capítulo 3, artículo 13 inciso f) dispone: "Artículo 13- El Consejo Nacional es el órgano encargado de:f) Emitir la declaratoria de adoptabilidad de las personas menores de edad que se encuentren bajo el cuidado del Patronato y de otras organizaciones o personas encargadas de velar por los y las menores de edad que se encuentren en posibilidades de adopción..." ; y a mayor abundamiento, el denominado Manual de adoptabilidad, que rige la función del ente administrativo y que hace referencia expresa de los niños institucionalizados, ya que en su artículo 1 dice: " El presente Manual regula la potestad que el artículo 113 del Código de Familia le concede al Patronato Nacional de la Infancia en lo relacionado con la declaratoria de adoptabilidad de las personas menores de edad, al cuidado y atención del PANI o de otras organizaciones privadas, dedicados a atender la niñez. "; y a su vez, el ordinal 4 ibídem regula que " Las condiciones que debe tenerse en cuenta para declarar la adoptabilidad de las personas menores de edad, son: 1- Que se encuentre bajo la custodia y la protección del PANI, o de cualesquiera de las organizaciones privadas de atención a la niñez y la adolescencia".

Ha dicho el Tribunal y está de acuerdo el Juzgado en estudio que la decisión de una madre de dar a un hijo en adopción en la persona que ella designe, es un acto de la autonomía de la voluntad, expresada en su consentimiento ante el juez competente, debe respetarse porque está plenamente reconocida en nuestra legislación, dado que esa madre es titular en pleno ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad sobre su hijo, hija menor de edad. Lo que quiere decir que no existe mecanismo en nuestra legislación que le limite ese ejercicio de la voluntad, salvo que, por sentencia judicial, se haya conocido de situaciones atinentes a la suspensión o extinción del ejercicio de la patria

¹⁴⁷ Art. 4 Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia.

¹⁴⁸ Art 11, inc h. Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia.

potestad, en cuyo caso es otra la situación, (...). Sobra decir que ese consentimiento de la madre ha de ser libre y voluntario y es el juez el único facultado, para valorar las circunstancias en que se otorga ese consentimiento. Esta autonomía de la voluntad de los padres en cuanto al ejercicio del derecho y los deberes de la patria potestad sobre sus hijos, hijas menores de edad, está claramente reconocida en la siguiente normativa: artículos 3, 5 y 21 inciso 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 4 del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional y artículo 109 inciso c) del Código de Familia. En este punto considera el Tribunal que no es admisible, desde ningún punto de vista, que en este ejercicio de la autoridad parental, se califique a la madre con epítetos propios o calificativos de la madre abandonada, cuyos presupuestos no son del caso analizar en esta litis, pero que igualmente, se repite, están debidamente regulados en nuestra normativa familiar. Es más, la misma Ley Orgánica del ente protector de nuestra niñez, regula en forma específica los casos en que se debe otorgar el consentimiento por parte del Consejo Nacional de Adopciones (artículo 4 inciso o de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia), dejándose fuera de esta regulación, los casos de adopción directa. En otras palabras, solamente en el caso de adopciones nacionales o internacionales de niños, niñas institucionalizados o promovidas por el mismo Patronato Nacional de la Infancia, es que éste, por medio del acto administrativo que emana de dicho Consejo, en el que se designe cuál de sus representantes legales deba comparecer ante el Juez de Familia, a otorgar dicho consentimiento.

Continua el Tribunal diciendo que en el inciso b) de tan ya mencionado artículo cuarto del Convenio de La Haya se regula que " Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen:...b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño; " . La subsidiariedad debe entenderse entonces como la obligación que el ente estatal Autoridad Central Administrativa tiene para agotar los recursos de familias nacionales antes de otorgar en adopción, de los niños, niñas que tienen a su cargo. No es cierto que esta figura deba cumplirse como un trámite necesario e imprescindible y hasta como un requisito de validez, en las adopciones internacionales directas, pues la misma normativa, prevé también la adopción internacional, en función del

interés superior de la persona menor de edad, cuando éste no ha podido ser ubicado en un recurso familiar en el país de origen.

La norma es muy clara, tratándose de niños, niñas institucionalizados, debe agotarse el recurso familiar nacional, sin que, ante el fracaso, no se pueda optar por la adopción internacional; y, tampoco puede admitirse la tesis de que en los casos en que la madre ha dado su consentimiento expreso y libre en las adopciones directas, el Juez de Familia sea competente para ordenar en su resolución final, que no se aprueba la adopción y que el niño debe ser institucionalizado para cumplir con este requisito, pues en este sentido, se estaría violentando el principio constitucional del libre albedrío que estipula el artículo 20 de la Constitución Política; asimismo se estaría violentando el principio rector de nuestra legislación familiar contenido en el ordinal 2 del Código de Familia y en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, y el numeral 5 del Código de Niñez y Adolescencia, cual es el interés superior del niño, al anteponer el cumplimiento de un requisito formal y cuestionable, ante la existencia de una relación afectiva consolidada, (...) Ignorar esta realidad constituye a la vez, un desconocimiento de la naturaleza humana, sabiendo la importancia que en el proceso de estructuración de personalidad de un niño, de la presencia de las figuras paternas (adecuados patrones de identificación) y, consecuentemente de la existencia de un entorno referencial equilibrado que brinde al niño no solo la satisfacción de sus necesidades alimentarias básicas, sino además, límites, contención, cariño y la estabilidad físico-emocional para crecer día a día, circunstancias que en modo alguno, ninguna institución es capaz de brindar a ninguna persona menor de edad.

Uno de los temas más graves del que puede estar rodeado este tema de la adopción internacional y talvez el que más preocupa a las personas que están velando por los intereses y derechos de las personas menores de edad es el del beneficio económico que muchas personas han tenido.

Es aquí donde debemos reiterar que para que esto no pase, se debe crear un mecanismo, la solución no esta en erradicar por completo la adopción directa, lo que es necesario es limitarla y proponer que el PANI en su informe que debe presentar en los dos meses que mencionamos anteriormente. En donde para que sea veraz puede el PANI solicitar ayuda al OIJ para realizar una investigación bien profunda de la situación que rodea la adopción directa y no se den más casos en el que se pueda dar la venta de personas

menores de edad. Si bien es cierto el problema nos preocupa bastante, creemos que el remedio no es eliminar la adopción directa sino realizarla pero de la manera más segura posible.

Debe entonces quedar claro que de acuerdo a lo que se investigó la adopción directa no debe de ser un problema en la medida que sea regulada, proponemos como una posible solución que se presente un nuevo proyecto a la Asamblea Legislativa en donde la figura sea regulada o permita en alguna manera ser regulada, pero que no sea restringida por completo. En todo caso cabe señalar que de acuerdo a nuestra opinión la adopción directa no puede ser eliminada de nuestro ordenamiento jurídico, ya que es una opción para todas aquellas personas menores de edad que tienen la posibilidad de ser adoptadas y ubicadas en una familia que les brinde el pleno desarrollo, tanto físico como mental.

Si se presenta a la Asamblea un proyecto en el que se pueda regular la adopción directa mediante la solicitud al PANI de rendir informe acerca de la adoptabilidad de la persona menor de edad, sería positivo para todas la adopciones directas que se dan en nuestro país, lo que sucede es que e PANI debe colaborar mucho de su parte para rendir un informe con fundamento de peso en el caso de aceptar la adopción y aún más cuando se rechaza la misma. Con lo anterior le Juez tendría las herramientas suficientes para no dar en adopción a una persona menor de edad, in dejar de lado la autonomía de la voluntad de los progenitores, por cuanto las pruebas del informe serían suficientes para que el interés superior de la persona menor de edad se encuentre sobre la autonomía de la cual gozamos todos los seres humanos.

En uno de los expedientes estudiados se tocó el tema y cabe decir lo que dijo el Tribunal de Familia; “El Convenio de La Haya en su artículo 32 establece la posibilidad de que se puedan cobrar (o reclamar) costes y gastos directos incluyendo los honorarios profesionales razonables de las personas que han intervenido en la adopción, de lo que se infiere que el argumento del apelante en punto al virtual trasiego de niños por causa de las sumas que pudiesen estarse cobrando como servicios profesionales no tiene ningún asidero jurídico y permite señalar una vez más, que la figura delictiva reprochable del tráfico, trasiego o venta de niños es una figura ajena a la adopción internacional, en la que los Jueces de Familia del país jamás hemos sido partícipes y, como es lógico pensarlo, tampoco son situaciones, que se presentan a aprobación judicial. En este sentido no se

admiten, por resultar impropias, ofensivas, irrespetuosas e infundadas, las afirmaciones contenidas en el alegato del Licenciado¹⁴⁹

Dado el mencionado criterio se ha venido siguiendo una línea en donde se toman en cuenta los votos 1076-99, 1213-99, 1277-99, 628-00, 1225-00, 1374-00, 158-01, 2089-04, todos del Tribunal de Familia por parte del Juzgado de Niñez y Adolescencia.

¹⁴⁹ TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSE Voto Número 1076-99 , a las nueve horas del veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y nueve.-

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DEL CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Para analizar el presente Convenio, se hacen necesarias algunas aclaraciones previas para evitar que el lector confunda los términos a la hora del análisis.

Debido a esto, se procede en esta primera sección a definir lo que entienden las suscritas de los términos ‘sustracción internacional de menores’ y ‘restitución’, así como algunas cuestiones en general que merezcan la pena ser mencionados previo al análisis de los tratados.

3.1 CONCEPTOS GENERALES

Conceptos generales de la sustracción y la restitución

En nuestros tiempos es muy común escuchar en la noticias, casos de personas menores de edad que han sido sustraídas o apartadas del lado de los padres, tutores o, bien, de las personas encargadas de su cuidado.

En cuanto a la terminología internacional que se utiliza, cabe señalar que ésta depende del país en donde se definan las figuras, ya que es posible que se utilicen expresiones como: “secuestro familiar”, “detención ilegal”, “traslado ilícito”, “secuestro intraparental”, etc.

Entonces, varios son los conceptos con los que, de manera indistinta, se da a conocer esta figura, pero para efectos de la presente investigación se utilizará el término de “sustracción internacional”, por ser esta la terminología utilizada en las convenciones internacionales referentes al tema.

En cuanto al fenómeno de la sustracción, nos señala el señor José Carlos Arcagni:

"La realidad doméstica de los fracasos matrimoniales, ya de por sí conflictiva, se agrava cuando el matrimonio posee contactos con diversos territorios. La facilidad y celeridad del transporte internacional independiente, facilitan el traslado de las personas, resultando normal la existencia de matrimonios entre cónyuges de

diversas culturas, domicilios de origen lejano, como la migración hacia otros países en búsqueda de mejores condiciones de vida. Ante el conflicto matrimonial el padre o madre desean retornar al país de su nacimiento o donde tenía su anterior domicilio, llevándose consigo a los menores bajo su tenencia (custodia). El desconocimiento de ese traslado por parte del otro cónyuge o su oposición configuran el fenómeno de la sustracción.”¹⁵⁰

Por su parte, señala el señor Armando Ezaine, en su Diccionario de Derecho Penal, la definición del delito de sustracción:

“La sustracción propiamente dicha de un menor, consiste en la acción de apartar al menor de la esfera de vigilancia o custodia de sus padres o apoderados o de los encargados temporales de su custodia.”¹⁵¹

En general, la doctrina señala que la sustracción internacional hace referencia al caso en el que una persona menor de edad cuya residencia habitual se encontraba en un Estado y fue trasladado ilícitamente a otro diferente.

Independientemente de la terminología utilizada, no cambia el hecho de que la sustracción internacional, si es realizada por alguno de los padres, tiene como propósito impedir el derecho de visita o de custodia del otro progenitor, mediante el traslado del niño o niña fuera del Estado en donde reside habitualmente.

El Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de octubre de 1980, que es la base de la normativa internacional en la materia, define las situaciones mediante las cuales el traslado o la retención de una persona menor de edad se consideran ilícitos:

“Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho

¹⁵⁰ Instituto Interamericano del Niño (IIN). Organización de los Estados Americanos (OEA). *Programa Interamericano de Cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción Internacional de menores por uno de sus padres*. Recuperado el día veinticuatro de Julio del año 2007 de: <http://www.summit-americas.org/Quebec-Children/IIN-Programa%20interamericano.doc>.

¹⁵¹ EZAINE CHAVEZ, Armando (1970). *Diccionario de Derecho Penal*. Segunda edición. Lima: Ediciones Jurídicas Lambayecanas, pág. 275.

vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y

Cuando este derecho se ejercía de manera efectiva, separada o conjuntamente en el momento del traslado o retención, o se habría ejercido en caso de no haberse producido dicho traslado o retención.”¹⁵² (Sic)

El derecho de custodia puede haber sido atribuido ya sea de pleno derecho o, bien, por decisión judicial o administrativa. La Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores en su artículo 4 establece que:

“Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores, o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de residencia habitual del menor.”¹⁵³

El traslado de la persona menor de edad puede haber sido lícito y luego convertirse en ilícito, esto se configura cuando tiene su permiso de salida, pero es retenido un tiempo mayor al debido.

Por su parte, la sustracción internacional o traslado ilícito puede manifestarse de diferentes modos, a saber:

- a. Apartamiento de las personas menores de edad del lado de sus padres, tutores o guardadores, a manos de terceras personas, por medio del empleo de violencia o engaños sobre el sujeto de protección o sobre sus responsables.
- b. Apartamiento de las personas menores de edad, de su lugar de residencia habitual, por parte de quien tiene su guarda, con el fin de separarlo de quien no convive con él.
- c. Apartamiento de las personas menores de edad, de alguno de sus padres, por parte de quien esté en ejercicio de la guarda, por parte del otro padre que no convive con el menor.

¹⁵² *Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Artículo 3. La Haya 1980.*

¹⁵³ *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Artículo 4. Ibídem,*

- d. Apartamiento de la persona menor de edad, de quienes ostentan su guarda, por la propia iniciativa de aquel.
- e. Apartamiento de la persona menor de edad, de quien tiene derecho a tener consigo, por parte de una persona que lo hace por inducción de otro.¹⁵⁴

Cabe aclarar que el hecho puede ser ejecutado con violencia o engaño, las circunstancias mediante las cuales el traslado es ejecutado inciden solamente en cuanto sus efectos, porque pueden ser tanto civiles como penales.

Con respecto a las personas menores de edad, las circunstancias no varían porque en cualquier caso el efecto siempre será la restitución a su país de residencia habitual.

El problema de la sustracción de la persona menor de edad va aparejado al hecho de que constituye un cambio significativo en su vida. Este último está acostumbrado a un ambiente y a una determinada forma de comportamiento, idioma, costumbres, etc., lo que cambia de la noche a la mañana ocasionando, en muchos casos, trastornos emocionales producto de la inestabilidad producida por los adultos.

Se ha dicho al respecto que es una “(...) *fractura del modus vivendi del menor, una solución de continuidad en sus afectos, en su alejamiento de un ámbito de protección habitual y en definitiva, en la sumisión del niño en una esfera de peligro actual o potencial.*”¹⁵⁵

Por su parte, no puede dejarse de mencionar que el grado de lesión para el niño cuando el desplazamiento se trata de un país a otro es mucho mayor, ya que conlleva los efectos de las alteraciones culturales.

En razón de que la presente investigación se centra en la sustracción internacional y su efecto civil, de ahora en adelante se hará énfasis en el traslado del niño que se lleva a cabo por medio de uno de sus padres o, bien, por un tercero.

El problema de la sustracción no es reciente, pero debido a diferentes factores como la facilidad de transporte o la proliferación de matrimonios mixtos conformados por personas de diferentes nacionalidades, se han incrementado los casos de traslado de personas menores de edad.

¹⁵⁴ SOLANO BENAVIDES, Oriana (2003). *Análisis de la normativa vigente en Costa Rica en materia de sustracción y restitución internacional de menores*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Tesis para optar al grado de Licenciatura, pág. 9.

¹⁵⁵ KAMADA Luis Ernesto. *Restitución de menores* Recuperado el día veinticinco de Julio del año 2007 de <http://www.infanciayjuventud.com/anterior/academia/academ11.html>.pág 5.

El violar las leyes migratorias del país de residencia de la persona menor de edad se hace más fácil, lo que configura entonces el traslado ilícito:

“(…) y es que hay que recordar que, en un elevado número de casos, las sustracciones de menores se producen tras la disolución de parejas mixtas de diferente nacionalidad, cada vez más frecuentes en un mundo en el que los fenómenos migratorios se encuentran facilitados por un inusitado desarrollo de las comunicaciones; ahora bien, la posibilidad de que cada uno de los miembros de la pareja busque la “protección” de las autoridades del Estado del que es nacional termina por erigirlas en paladines, especialmente bien situados, de una determinada manera de concebir las relaciones familiares en general, y las relaciones paterno filiales, en particular. De ahí que, desde la peculiar óptica en que nos hemos situado, resulte tan importante desactivar la incidencia de decisiones adoptadas a instancia de una sola de las partes y en el foro de su elección sobre unas relacionadas –las paterno filiales– que solo deberían de recibir regulación unitaria.”¹⁵⁶

Cabe señalar que, desde el punto estrictamente jurídico, el problema tiene que ver con la intención de quien realiza el traslado, porque muy a menudo el hecho se configura con la intención de obtener la custodia de la persona menor de edad.

Persona Menor de edad y residencia habitual

Otro de los conceptos que es importante dejar claro para efectos de la presente investigación es el de ‘menor’.

Ya en páginas anteriores se desarrolló el tema, pero de manera resumida, se retoma el término para quedar claros en el concepto.

El señor Víctor Hugo Mata Tobar, con respecto a la noción de ‘menor’ en la Convención sobre los Derechos del Niño, señala lo siguiente:

¹⁵⁶ PÉREZ VERA, Elisa (agosto del 2002). *Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*. de 25 de Octubre de 1980. Uruguay. Recuperado el día veintisiete de Julio del año 2007 de: http://www.iin.oea.org/documentos/Reunion_Expertos.htm - 7k.

“La Convención contiene, al menos en castellano un sesgo semántico como es el de llamarse “del niño” invisibilizando a la niña. Su denominación correcta talvez podría ser: Convención sobre los derechos de la “niñez” o del “niño y de la niña”. En todo caso, la Convención es clara en señalar en su art 1 que entiende por niño a “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de las leyes que le sean aplicables haya alcanzado antes la mayoría de edad.” Esta terminología no ha sido seguida por las legislaciones de la región. En la mayoría se habla de “ menores” y no de niños, cuestión que al parecer no tendría menor importancia, siempre y cuando no se interprete sesgadamente el término de “menores” asignándoles menos derechos que a los “mayores” o tratándolos como seres inferiores.”¹⁵⁷ (Sic)

No debe dejarse de lado el hecho de que, junto al término de ‘menor’, debe entenderse ‘adolescente’, por cuanto en la materia y para la presente investigación se utilizan ambos conceptos, entendiéndose que en estos están contemplados los de niño, niña y adolescente.

En lo referente al término de ‘residencia habitual’, a pesar de que los convenios no lo definen, se trata del lugar donde el niño, niña tiene su centro de vida, es decir, donde se desarrolla, tiene su familia, domicilio permanente, etc.

Es importante entonces señalar lo que se entiende por residencia habitual, ya que la restitución internacional tiene como finalidad reintegrar a la persona menor de edad al lugar en donde habita regularmente y en donde se encuentra para su desarrollo físico, psíquico y emocional. Lo anterior, sin dejar de lado el interés superior de la persona menor de edad.

Las cuestiones de fondo no son resueltas al momento de la restitución, por lo que los asuntos respecto a la patria potestad, tutela o tenencia de personas menores de edad no son objeto de resolución, de acuerdo con lo que señalan las diferentes convenciones.

Por último, puede hacerse referencia a los aspectos psíquicos y emocionales del de las personas menores de edad, los cuales debe ser y son tomados en cuenta por los

¹⁵⁷ MATA TOBAR, Víctor Hugo (1998). *Aplicabilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico de los Estados Centroamericanos*. San José, Costa Rica: CODEHUCA, pág. 123.

legisladores al determinar el concepto de residencia habitual de la persona menor de edad:

“Así como desde una perspectiva puramente técnica, es posible decir, que se trata del criterio de conexión para justificar la competencia de los jueces, no es posible soslayar la carnadura que las convenciones le han ido proporcionado a lo largo del tiempo. En efecto, dicha sustancia, reside en que debe de identificarse con el “centro de vida del menor “, con todo el conjunto de elementos familiares, culturales, afectivos, que ello implica. Deviene menester rescatar la objetividad que emana del concepto nutrido ahora por incontestables elementos que dan cuenta del efectivo arraigo del niño a un lugar determinado, de modo directo y personal, no acudiendo a la ficción de atribuirlo por intermedio de quienes ejercen su representación. La realidad histórica del mejor contextualización, despojada de rasgos extraños a la persona de quien, en rigor es el verdadero sujeto de protección.”¹⁵⁸

Sustracción y restitución: comparación con otras figuras

De una manera bastante resumida, se pretende en este apartado hacer referencia a otras figuras que pueden ser fácilmente confundidas con la sustracción. La primera es la trata de personas menores de edad, una especie de actividad comercial, un negocio de personas o de cosas. En estos casos, se está frente a un contrato ilícito en el cual una persona entrega a la persona menor de edad y otra paga por esa entrega.

Tal y como se mencionó, la sustracción es realizada por diferentes razones, una de las principales son causas afectivas de uno de sus padres.

Existe la posibilidad de que la sustracción se dé por causas extorsivas, pero la realidad es que la mayoría de los casos, se configura por razones meramente emocionales. Debido a esto, se ha dado diferente tratamiento a las figuras.

Entonces, el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de personas menores de edad regula la parte civil, pues no es razonable ni justo que se dé una sanción penal a los padres que, por problemas con la custodia de la persona

¹⁵⁸ KAMADA, Luis Ernesto. *Restitución de Menores*. de: <http://www.infanciayjuventud.com/anterior/academic/academ11.html> pag 46. Citado por SOLANO BENAVIDES, Oriana (2003). *Análisis de la normativa vigente en Costa Rica en materia de sustracción y restitución internacional de menores*. Op. Cit., pág. 18.

menor de edad, la sustraigan de su residencia habitual y nunca lo hagan con el fin de obtener alguna recompensa económica.

Ahora bien, otra de las figuras que se debe aclarar, para efectos del presente estudio, es la del secuestro de personas menores de edad.

Según Cabanellas, el secuestro de personas es un:

“(…) delito mixto contra la libertad individual y la integridad de las personas y, por lo común, contra la propiedad; ya que su objetivo primordial consiste en obtener una suma de dinero, a costa del rescate de una persona del afecto de aquel a quien se le exige la cantidad; cuya negativa conduce, de acuerdo con las amenazas a la muerte, tortura, ultraje u otro desmán del que será víctima el privado de libertad y situado en un lugar secreto.”¹⁵⁹

La confusión entre la figura del secuestro y la de la sustracción se debe a que en ambas Convenciones de Sustracción Internacional de Personas Menores de Edad y en la de secuestro internacional se utiliza una definición muy similar.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta que en muchas legislaciones existe la figura del secuestro como tal, por lo que no tiene razón de ser la confusión con la figura objeto de estudio en el presente apartado.

Manifiesta Basz y Fedesltein de Cárdenas, al respecto del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción, que este:

“(…) tiende a evitar equívocos no deseables, toda vez que la palabra secuestro tiene evidentes connotaciones penales y es sabido que resulta desajustado hablar estrictamente de secuestro cuando quien lo realiza es uno de los progenitores. Básicamente estamos ante situaciones motivadas por el ejercicio abusivo de los derechos atribuidos dentro del marco de la patria potestad.”¹⁶⁰

Por otro lado se encuentra la figura de la sustracción internacional y la de sustracción de personas menores o incapaces, la cual es tipificada como delito en

¹⁵⁹ CABANELLAS, Guillermo (1998). *Diccionario Jurídico Elemental*. 13° edición. Buenos Aires, Argentina: Heliasta, pág. 361.

¹⁶⁰ BASZ Y FELDSTEIN DE CARDENAS. Citado por SOLANO BENAVIDES, Oriana (2003). *Op. Cit.*, pág. 25.

nuestro ordenamiento jurídico. Cabe aclarar que la figura no es definida exactamente igual en los convenios internacionales como en las leyes nacionales. De manera breve lo que sucede es que en nuestro ordenamiento jurídico la forma en la que se tipifica la sustracción no contempla que la misma sea realizada por uno de los padres, entonces a nivel jurisprudencial se ha discutido si puede uno de los progenitores ser el sujeto activo del delito de la sustracción en nuestro ordenamiento jurídico. Debido a tales discusiones, algunos han dicho que si es posible la sustracción por parte de los padres, pero en su mayoría se ha manejado el hecho de que los padres por lo general no sustraen a las personas menores de edad con un fin delictivo si no más bien afectivo, por lo que no sería prudente que se tipifique como penal en nuestro ordenamiento la sustracción por parte de los padres. Debe aclararse el hecho de que la presente investigación se centra en los aspectos civiles de la sustracción de personas menores de edad por lo que la parte penal que la figura integra no es objeto de análisis.

Entonces aunque la normativa internacional que regula la materia, se utiliza la palabra sustracción, no debe ésta confundirse ni asimilarse analógicamente con la regulada en el código penal. Si bien es cierto la sustracción puede devenir en delito, dependiendo de los medios utilizados por el sujeto activo, la normativa referente a este tema en el ámbito internacional, pretende restituir a la persona menor de edad como objetivo principal y no penalizar a los sujetos.

A manera de conclusión, se puede decir que el presente trabajo está basado en los aspectos civiles del Convenio relativo a la sustracción internacional de personas menores de edad y no a los posibles efectos que esta pueda tener, por lo que las diferencias entre las figuras descritas deben de estar claras.

3.2 REGULACIÓN PERTINENTE A LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE PERSONAS MENORES DE EDAD Y LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL

La regulación de la sustracción internacional de personas menores de edad es bastante reciente, aunque las acciones no lo sean. A pesar de que la legislación nacional e internacional se ha preocupado en las últimas décadas de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, fue en realidad con los Convenios que procedemos a estudiar que se han establecido los mecanismos para asegurar plenamente la protección en los casos de traslado ilícito o sustracción internacional de personas menores de edad.

Esta regulación específica nace por la necesidad de proteger a los niños, niñas y adolescentes así como a los padres de las situaciones de secuestro intraparental.

Por lo general, una vez que los padres se separan, las personas menores de edad sufren grandes secuelas por ser separadas o, bien, apartadas de su ambiente familiar. Los padres, por su parte, sufren la desesperación y desorientación de cómo manejar la situación de compartir la patria potestad o, bien, el derecho de visita de la persona menor de edad.

Como consecuencia de esa realidad, se hizo absolutamente necesario regular el problema de la sustracción de personas menores de edad, incluso aunque se tratara de sustracción por vínculos afectivos.

Tanto en el nivel universal como regional, se intentó dar una solución práctica al problema, por lo que se aprueba, en el primer caso, el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y, en el segundo, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, así como la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores:

“Será necesario afirmar, desde el inicio que tanto el Convenio Universal de la Conferencia de la Haya, como los aplicables a nivel Interamericano deben de considerarse complementarios entre si. Tenemos en ese sentido, la fortuna de contar a nivel de las Américas, con los convenios especializados en el tema de la sustracción internacional de menores, tanto desde la óptica civil, como penal que no impiden, sino fomenta la operativización de la Convención de la Haya de 1980 sobre la materia.”¹⁶¹

En cuanto a la regulación existente en la materia, es objeto de análisis para la presente investigación lo relativo a los Convenios de Derecho Internacional Privado, a saber: el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores.

¹⁶¹ VALLADARES VALLADARES, Jorge. *Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en las Américas. Reunión de expertos gubernamentales. Recuperado el día veintisiete de Julio del año 2007 de: http://www.iin.oea.org/informe_situación_sustracción_internacional_de_menores.pdf.*

Ambos Convenios, debidamente ratificados por nuestro país, obligan a nuestros operadores a su debida aplicación.

Previo al análisis de la aplicación de ambos instrumentos en el Juzgado de Niñez y Adolescencia, es necesario realizar una breve explicación de ellos, con el fin de permitir al lector que se compenetre con la materia por tratar, para lograr un amplio entendimiento crítico de lo que sucede hoy en las instancias judiciales.

3.3. EL CONVENIO DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

El Convenio de la Haya constituye una regulación apropiada, encaminada a resolver la tan delicada y frecuente cuestión de la restitución internacional de personas menores de edad ilícitamente trasladadas o retenidas fuera del Estado de su residencia habitual:

“El Convenio de la Haya es un Convenio multilateral cuyo objetivo es proteger a los menores de las consecuencias negativas de su sustracción por uno de sus padres hacia un país extranjero por medio de un procedimiento que permite su retorno inmediato.”¹⁶² (Sic)

La Convención de La Haya organiza un procedimiento ágil y moderno, cuyo objetivo primordial es asegurar el retorno de la persona menor de edad a su “centro de vida”. El procedimiento no se detiene ni prejuzga sobre la cuestión de fondo, sino que procura devolver sin demora al niño, niña al lugar de su residencia habitual.

A continuación se procede a realizar una breve explicación del Convenio, así como de sus características generales

Breve reseña histórica

¹⁶² Instituto Interamericano del Niño (IIN). Organización de los Estados Americanos (OEA). *Programa interamericano de cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción internacional de menores por uno de sus padres*. Recuperado el día veinticuatro de Julio del año 2007 de: <http://www.summit-americas.org/Quebec-Children/IIN-Programa%20interamericano.doc>.

Este Convenio (para efectos de la CIDIP, este término es sinónimo de Convención) relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores fue adoptado el 25 de octubre de 1980, en sesión plenaria, por el decimocuarto período de sesiones de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, por unanimidad de los Estados presentes en ese momento.¹⁶³

Cabe señalar que, aunque la sesión plenaria fue celebrada el 24 de octubre de ese mismo año, en esa ocasión la Conferencia de la Haya se apartó de su práctica habitual, ya que los proyectos de Convenios aprobados en el decimocuarto período de sesiones se abrieron a la firma de los Estados inmediatamente después de la sesión de clausura. Es por ello que el Convenio lleva fecha de 25 de octubre de 1980.

En Costa Rica se aprueba la adhesión mediante la Ley número 7746 del 23 de febrero de 1998, publicada en La Gaceta número 53 del 17 de marzo de 1998.

Es importante mencionar que este instrumento se identifica con el Convenio europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de personas menores de edad, así como el restablecimiento de dicha custodia, tomado en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980.

A pesar de lo anterior, los trabajos de Europa se remontaban a 1972 y el texto fue adoptado por el Comité de Ministros desde noviembre 1979, proyectos que estaban prácticamente concluidos antes de que se reuniera la comisión especial que elaboró el anteproyecto del Convenio en el seno de la Conferencia de la Haya.¹⁶⁴

Los trabajos preparatorios que sirvieron de base al Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se desarrollaron de manera muy diferente a los del Consejo de Europa.

Estos últimos resultaron ser un texto mediante el cual se parte de la existencia de algún tipo de decisión con respecto a la custodia de la persona menor de edad, por lo que debe existir el requisito previo de la custodia o, bien, cualquier decisión relativa a

¹⁶³ Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Japón, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Checoslovaquia, Venezuela y Yugoslavia. Los representantes de la República Árabe de Egipto, Israel e Italia, aunque tomaron parte activa en los trabajos de la primera comisión, contó asimismo con el valioso acuerdo de los observadores del Consejo de Europa del Commonwealth Secretariat y del Servicio Social Internacional.

¹⁶⁴ Sobre estas afirmaciones, ver: The Hague Forum for Judicial Expertise on Private International Law. PÉREZ VERA, Elisa. *Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de menores, de 25 de octubre de 1980*. El Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Informe explicativo y página de Bienvenida, pág. 10.

los derechos de guarda y visita de las personas menores de edad, para que se considere como ilícito su desplazamiento o retención.

A la hora de redactar el Convenio de La Haya, los expertos habían concluido que en muchos casos los traslados se producían justamente antes de que se dictara una resolución sobre la custodia de la persona menor de edad. Precisamente por el temor de la decisión judicial, se configuraban los traslados de las personas menores de edad a un tercer país.

La Conferencia de la Haya, entonces, toma esto último como punto de partida y orienta los esfuerzos a garantizar la devolución o restitución de la persona menor de edad a su residencia habitual, con fundamento en que las autoridades de ésta deben y se hallan en mejores condiciones para tomar una decisión en relación con los derechos de guarda y visita.¹⁶⁵

Aspectos generales del Convenio

El Convenio de La Haya, tal y como se ha estudiado, busca la restitución inmediata de la persona menor de edad a su residencia habitual, para proteger el interés superior de la persona menor de edad en cuanto a su desarrollo y crecimiento equilibrado.

En cuanto a los aspectos generales del Convenio, puede decirse que tiene la particularidad de su ratificación, debido a que puede considerarse semi-abierto por cuanto deja abierta la posibilidad a los demás Estados para que puedan adherirse en cualquier momento. Sin embargo, a pesar de que cualquier Estado puede adherirse, para su aplicación, los demás deben reconocer esta adhesión.

Por otro lado, puede señalarse, como aspecto fundamental del Convenio, el hecho de que en ningún momento puede resolver aspectos sobre la custodia o derecho de visita de la persona menor de edad, con excepción de los casos en los que existe resolución firme sobre su no retorno.

Objetivo y finalidad del Convenio

¹⁶⁵ SOLANO BENAVIDES, Oriana (2003). Op. Cit. pág. 145.

Los objetivos del Convenio se encuentran en su artículo primero, el cual señala lo siguiente:

“La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

- h) *garantizar la restitución inmediata en los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;*
- i) *velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.*”¹⁶⁶

El objeto del Convenio es asegurar la restitución inmediata de las personas menores de edad trasladadas o retenidas ilícitamente en cualquiera de los países contratantes y que los derechos de custodia y de visita vigentes en dichos países sean respetados en los demás Estados contratantes; es decir, tiende a restablecer la situación anterior mediante la restitución inmediata de la persona menor de edad a su residencia habitual, impidiendo que los individuos cambien unilateralmente la jurisdicción a su criterio, para obtener una decisión judicial que los favorezca.

De acuerdo con lo que señala Doña Elisa Pérez Vera:

“Dado que el Convenio no precisa los medios que cada Estado debe de emplear para hacer respetar el derecho de custodia existente en otro Estado contratante, cabe llegar a la conclusión de que con excepción a la protección indirecta que conlleva la obligación de devolver el o a la persona que tenía su custodia, el respeto del derecho de custodia escapa casi por completo del ámbito convencional.”¹⁶⁷

Puede señalarse que, en realidad, se trata de un único objetivo considerado en dos momentos distintos. El retorno inmediato de la persona menor de edad responde al deseo de restablecer la situación que el secuestrador modificó de manera unilateral mediante una vía de hecho y el respeto preventivo de los derechos de custodia y visita se sitúa en un plano preventivo, en la medida de que dicho respeto debe hacer

¹⁶⁶ *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Art. 1. La Haya 1980.*

¹⁶⁷ Hague Forum for Judicial Expertise on Private International Law. Citado por PÉREZ VERA, Elisa (2002). *Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de menores, de 25 de octubre de 1980.* El Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Informe explicativo y página de Bienvenida. Op. Cit., pág. 4.

desaparecer una de las causas más frecuentes de las sustracciones de personas menores de edad.¹⁶⁸

La parte dispositiva del Convenio no contiene referencia explícita al interés de la persona menor de edad como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos en forma ilícita. Sin embargo, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés superior de la persona menor de edad para resolver todos los problemas que le atañen.

A pesar de que la parte dispositiva no contiene ninguna referencia al interés superior de la persona menor de edad, en el preámbulo se deja claro que los Estados firmantes declaran estar “*profundamente convencidos de que el interés superior del niño es de primordial importancia para todas las cuestiones relativas a su custodia*”.¹⁶⁹

Justamente, tal convicción provocó la elaboración del Convenio para proteger a la persona menor de edad, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos.

Ambos objetivos del Convenio -uno preventivo y el otro destinado al retorno inmediato de la persona menor de edad a su entorno de vida habitual- responden en su conjunto a una concepción determinada del interés superior de la persona menor de edad. Sin embargo, incluso desde la óptica elegida, era preciso admitir que el traslado de éste en algunos casos, siendo estos excepcionales, puede estar justificado por razones objetivas relacionadas con su persona o bien con el entorno.

Debido a lo anterior, el Convenio reconoce ciertas excepciones a la obligación general asumida por los Estados de garantizar el retorno inmediato de las personas menores de edad trasladadas o retenidas de forma ilícita.

Estructura y contenido del Convenio

El Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de personas menores de edad consta de cuarenta y cinco artículos, contenidos en seis capítulos.

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Preámbulo. La Haya 1980*

Capítulo Primero

El Capítulo Primero define el ámbito de aplicación y está integrado por cinco artículos. En el uno se menciona la finalidad del Convenio, la cual ya fue explicada detalladamente en páginas anteriores. El artículo dos regula el que los Estados partes tomen las medidas apropiadas para garantizar los objetivos del Convenio y, adoptando las medidas apropiadas para la restitución inmediata de la persona menor de edad, es que se establecen los mecanismos para recurrir a los procedimientos de urgencia necesarios.

El proceso para estos casos debe ser rápido para evitar que con el tiempo se puedan consolidar situaciones de hecho referentes a la custodia en el Estado donde el niño, niña fue trasladado.

Cabe reiterar, una vez más, que el retorno de la persona menor de edad ha de ser el compromiso de los Estados signatarios, por encima de las decisiones que éste pudiera tomar sobre el fondo del asunto. Se pretende que la custodia sea resuelta en el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, donde en un principio se presupone que ambos padres se encuentran en igualdad de condiciones para acudir a un procedimiento administrativo o, bien, judicial para obtener una resolución.

El artículo tercero, por su parte, define las situaciones en las que el traslado o la retención de la persona menor de edad se consideran ilícitos. Tal y como se había definido en páginas anteriores, el traslado es ilícito cuando se produce en violación de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, institución¹⁷⁰ o algún otro organismo.

Se vuelve importante recordar al lector que la presente investigación se centra en el traslado llevado a cabo por uno de los padres, sin descartar que sea un familiar cercano el que lo haga.

¹⁷⁰ “(...) también las personas jurídicas pueden ser titulares de un derecho de custodia de acuerdo con el convenio”. Al respecto, el artículo 3 prevé la posibilidad de la atribución del derecho de custodia “a una institución o cualquier otro organismo, utilizando concientemente una expresión imprecisa y amplia”. Ver: PÉREZ VERA, Elisa (2002). *Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción Internacional de menores, del 25 de octubre de 1980*. Op. Cit., pág. 27.

Por su parte, el Convenio no contiene ninguna disposición expresa sobre quienes pueden ser sujetos activos de la sustracción. Al respecto, el informe explicativo del Convenio aclara lo siguiente:

“El Convenio no contiene ninguna disposición expresa con esta finalidad. No obstante, de su conjunto se extraen dos consideraciones que clarifican este aspecto del ámbito de aplicación ratione personae del Convenio. La primera se refiere a las personas físicas que pueden ser responsables del traslado o del no retorno de un menor. Sobre tal cuestión, el Convenio mantiene el punto de vista adoptado por la Comisión especial de no atribuir dichas acciones exclusivamente a los progenitores 33. Y es que, siendo el concepto de familia más o menos amplio según las distintas concepciones culturales, es preferible atenerse a una visión amplia que permita, por ejemplo, calificar de sustracción de un menor, de acuerdo con el Convenio, los traslados realizados por un abuelo o un padre adoptivo. La segunda observación se refiere a la posibilidad de que una "institución o cualquier otro organismo" actúe como "secuestrador". Al respecto, es difícilmente imaginable que un organismo cualquiera pueda trasladar, mediante la fuerza o la astucia, a un menor desde un país extranjero al propio país. Por otra parte, si un menor ha sido confiado, por resolución judicial o administrativa (es decir, en caso de internamiento forzoso del menor) a un organismo en el país de su residencia habitual, el progenitor que pretenda obtener la titularidad de un derecho de custodia sobre ese menor tendrá pocas posibilidades de poder ampararse en el Convenio. En efecto, dado que los organismos considerados ejercen en principio sus propias competencias - al margen del eventual reconocimiento de la patria potestad 34-, semejante pretensión no entraría dentro del ámbito del Convenio dado que la custodia, de acuerdo con el mismo, le correspondería al organismo en cuestión.”¹⁷¹ (Sic)

¹⁷¹

PÉREZ VERA, Elisa (2004). Op. Cit., pág. 24.

El artículo cuarto del Convenio señala que es aplicable a las personas menores de 16 años con residencia en un Estado contratante.

En algunos casos se ha criticado que la protección llegue hasta los dieciséis años, debido a que por lo general la patria potestad se ejerce hasta los dieciocho.

Sin embargo, según lo que señala el Convenio, la protección es hasta los 16 años, ya que se considera edad suficiente para que el adolescente decida sobre el lugar de su residencia. Además, en el artículo cuarto se menciona que este Convenio se aplicará a toda persona menor de edad que tenga su residencia habitual en un Estado contratante, previo a la infracción de los derechos de custodia o de visita.

Por último, en el artículo quinto se señalan los efectos del Convenio:

”a) el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular el derecho de decidir sobre su lugar de residencia.

*b) el derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual”.*¹⁷²

Capítulo Segundo

Autoridades centrales

El Capítulo Segundo del Convenio regula las llamadas autoridades centrales. En el artículo sexto se establece que:

“Cada uno de los Estados contratantes designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio. Los Estados federales, los Estados en que están vigentes más de un sistema de derecho, o los Estados que cuenten con más, tendrán libertad para designar más de una autoridad central y especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas autoridades. El Estado que haga uso de esta facultad designará la

¹⁷² Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Art. 5. La Haya 1980.

autoridad central a la que deban dirigirse las solicitudes, con el fin de que las transmita a la autoridad central competente en dicho Estado.”

¹⁷³ (Sic)

Entonces, de acuerdo con lo que establece el Convenio, las autoridades centrales son organismos designados por cada Estado contratante para dar cumplimiento a las obligaciones que han asumido en aquel.

La función de ellas es cooperar entre sí para adoptar las medidas previstas en el artículo 7 y promover la colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados, con la finalidad primordial de garantizar la restitución inmediata de las personas menores de edad, además de:

- Localizar a las personas menores de edad trasladadas o retenidas de manera ilícita;
- prevenir que la persona menor de edad o, bien, las partes interesadas sufran algún daño;
- garantizar la restitución voluntaria de la persona menor de edad o facilitar una solución amigable;
- intercambiar información relativa a la situación social de la persona menor de edad, si se estima conveniente;
- facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;
- invocar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución de la persona menor de edad y, en su caso, permitir que se organice o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;
- garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución de la persona menor de edad sin peligro, y
- mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio

¹⁷³ *Convenio sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores. Artículo 6.*
Ibídem,

De tal forma, las autoridades centrales actúan como autoridad requeriente o requerida. Su actuación en el primer caso tiene lugar cuando ésta remite la petición prevista en el artículo 8 a la autoridad central del país al cual ha sido trasladada o retenida la persona menor de edad.

Por su parte, actúa como autoridad requerida cuando recibe la petición de restitución de una persona menor de edad que fue trasladada o retenida en su territorio. En este caso, deberá localizar a la persona menor de edad, adoptar medidas provisionales, promover la restitución voluntaria o iniciar un procedimiento judicial o administrativo con el objeto de conseguir la restitución del niño, ya sea directamente o a través de un abogado designado por el solicitante.

Estas funciones deben lograrse mediante la cooperación entre los Estados, ya que se debe coordinar con otras entidades en el nivel nacional para cumplir con los objetivos del Convenio.

Ahora bien, cabe señalar que en el caso de Costa Rica, se designó en un principio como autoridad central al Ministerio de Justicia y Gracia, mediante Decreto Ejecutivo número 27161-MP del 6 de julio de 1998. No obstante, un tiempo después, se discutió si más bien era competencia del Patronato Nacional de la Infancia, por ser este un órgano constitucional encargado de la protección de los derechos de las personas menores de edad.

En vista de tal discusión, la Procuraduría se pronunció al respecto y señaló que:

Este órgano de relevancia constitucional fue designado como Autoridad Central por el Poder Ejecutivo, para que cumpliera con todas y cada una de las obligaciones señaladas en el artículo 7 del Convenio. Con base en lo anterior, el decreto ejecutivo es claro y preciso, en el sentido de que es al Ministerio de Justicia y Gracia a quien le compete asumir todas las obligaciones que se encuentran en la norma del Convenio citado. Así las cosas, y siguiendo un principio de hermenéutica jurídica que señala, que no hay que distinguir donde la ley no distingue, y ante la claridad de la norma, no existe discusión alguna de que el Ministerio de Justicia y Gracia es la Autoridad Central del Estado de Costa Rica (...). Ahora bien, el hecho de que una norma sea clara, precisa y directa no implica de que por ello esté conforme con el Derecho de la Constitución (valores, principios y normas constitucionales)(...) Por lo anterior, debemos analizar si el decreto ejecutivo se ajusta o no a los parámetros de constitucionalidad.(..)La Constitución Política del 7 de noviembre le asignó al PANI el

deber de proteger, en forma especial, a la madre y el menor. "El legislador Constituyente en aras de proteger a la madre y al menor, creó con rango Constitucional, el Patronato Nacional de la Infancia, convirtiéndola en la Institución rectora por excelencia de la niñez costarricense. Este sentimiento, está indudablemente unido también al interés de proteger a la familia por ser uno de los pilares fundamentales de nuestra sociedad.(3) Ver voto 2696-91 de la Sala Constitucional. Por otra parte, el Tribunal Constitucional, en el voto N° 1784-91, expresó sobre las competencias constitucionales del PANI lo siguiente: "Conforme a los artículos 51 y 55 de la Constitución Política el Patronato Nacional de la Infancia es la Institución encargada de proteger a todo menor de edad y en especial a todos aquellos niños que han sido declarados en estado de abandono...". También en el voto N° 2665-91 el Alto Tribunal de la República manifestó: " Ya en oportunidades anteriores esta Sala ha señalado que tanto el artículo 51 de nuestra Constitución Política, como la Convención sobre los Derechos del Niño, facultan al Patronato Nacional de la Infancia a tomar medidas tendientes a proteger el interés superior del menor." Como puede observarse, la Sala Constitucional considera al PANI como la institución rectora por excelencia de la niñez costarricense, (...) proteger a todo menor de edad y, por ende, está autoriza a tomar las medidas que estime pertinente en beneficio del interés superior del menor.¹⁷⁴

El 21 de junio del 2001 se decidió, entonces, designar al Patronato Nacional de la Infancia como autoridad central en nuestro país.

Señala el Decreto Ejecutivo al respecto:

*“Que según el artículo 6° del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, cada Estado contratante designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que impone dicho Convenio. Que la Autoridad Central deberá cumplir con las atribuciones y obligaciones impuestas en el numeral 7 de dicho Convenio. En razón de la materia y con base en lo expresado por la Procuraduría General de la República en el dictamen C-28-2000 de fecha catorce de febrero del dos mil, tal designación debe recaer en el Patronato Nacional de la Infancia. **Por tanto** Decretan: Artículo 1°—Se deroga el Decreto Ejecutivo N° 27162-MP del seis de julio de mil novecientos noventa y ocho, publicado en La Gaceta N° 142*

¹⁷⁴

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen número C-028-2000 del 14 de Febrero del 2000. San José Costa Rica.

*del veintitrés de julio de mil novecientos noventa y ocho. Artículo 2º—Asignar al Patronato Nacional de la Infancia como Autoridad Central para que cumpla con todas las atribuciones y obligaciones impuestas por el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Ley N° 7746... a los veintiún días del mes de junio del dos mil uno.*¹⁷⁵ (Sic)

El PANI pasó a ser la autoridad central para la aplicación de las obligaciones que impone el Convenio, por ser esta la entidad que maneja con más precisión los datos referidos a la infancia, así como los mecanismos de protección de los derechos relativos a los niños.

Capítulo Tercero

Restitución de las personas menores de edad

El Capítulo Tercero del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de personas menores de edad, se refiere al proceso para la restitución de los niños, las niñas y adolescentes.

Con respecto a lo anterior, el artículo octavo señala que:

*“Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor(...).”*¹⁷⁶ (Sic)

La persona que solicite la restitución del niño, niña deberá, entonces, apersonarse a la autoridad central con la solicitud que debe incluir básicamente lo siguiente:

¹⁷⁵ DECRETO EJECUTIVO número 29694-RE-J-MP del 21 de junio del 2001. San José, Costa Rica.

¹⁷⁶ *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Artículo 8. Op. Cit. La Haya 1980.*

- a) Toda la información referente a la identidad y localización del niño, niña, así como de la persona que sustrajo o retuvo a la persona menor de edad.
- b) Fecha de nacimiento de la persona menor de edad. En cuanto a este requisito se ha señalado que no es indispensable, ya que solamente facilita la aplicabilidad del Convenio en cuanto a la edad.
- c) Situaciones motivadas en las que se basa la persona que solicita la restitución de la persona menor de edad. Con respecto a este requisito, deben tomarse en cuenta los elementos que se contiene en el artículo 3 del Convenio.
- d) Copia auténtica de cualquier decisión o acuerdo relativo a la persona menor de edad.
- e) Declaración jurada, certificación, expedida por la autoridad central o por cualquier otra autoridad competente del Estado, de dónde se encuentra la residencia habitual de la persona menor de edad, así como cualquier otro documento pertinente que pruebe tanto su residencia habitual como la necesidad de su pronta restitución.

Si la autoridad central que recibe la solicitud tiene razones para considerar que la persona menor de edad se encuentra en otro Estado contratante, transmitirá de inmediato la solicitud a la autoridad central de éste e informará a la requirente o solicitante todo lo anterior, en virtud de lo que señala el artículo 9 del Convenio.

Según lo que se estipula en el artículo 10, el Estado en donde se encuentre la persona menor de edad debe adoptar las medidas necesarias para lograr su restitución voluntaria.

Con respecto a este punto, señala el Lic. Cristian Carvajal que lo más conveniente en los casos de restitución de personas menores de edad es llegar a un acuerdo con las partes para que a éstos se le restituya de su residencia habitual, evitando de esta manera que las autoridades judiciales intervengan, ya que por sus formalidades, existe la posibilidad de que la restitución tarde un poco más que mediante la vía administrativa.

Con la finalidad de cumplir lo que señala este artículo, las autoridades judiciales y administrativas del lugar en donde se encuentre la persona menor de edad deben procurar realizar de la manera más rápida posible los procedimientos pertinentes.

Ahora bien, si las autoridades no toman una decisión en un plazo de seis semanas, a partir de la fecha en que se iniciaron los procedimientos, tanto el solicitante como las autoridades centrales del Estado requerido y del requirente tendrán la posibilidad de pedir declaración con respecto de las razones que justifican la demora.

Cabe señalar que los plazos son muy importantes para el debido cumplimiento del Convenio, ya que ante todo debe regir el principio de inmediatez en la acción restitutoria.

En relación con los plazos, señala el artículo 12:

“Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.”¹⁷⁷

Entonces, en relación con los plazos, es muy importante que si ha transcurrido más de un año desde el traslado de la persona menor de edad, exista la posibilidad que este último se haya acostumbrado a su nuevo ambiente, por lo que la restitución se vuelve innecesaria.

De la misma manera reconoce el Convenio que si se da el caso en el que ha transcurrido un año desde el traslado o retención y el niño no se ha integrado al

¹⁷⁷ *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Artículo 12. Op. Cit. La Haya 1980.*

nuevo ambiente, debe este ser restituido de manera inmediata, ya que los daños son suficientes, producto del tiempo tan prolongado.

Si se da el caso en el que la autoridad administrativa o judicial tiene razones suficientes para creer que la persona menor de edad fue trasladada a un tercer Estado, podrá suspender el procedimiento, rechazando la solicitud del retorno de la persona menor de edad:

*“a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o
b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.”¹⁷⁸*

Importante es no dejar de lado que las situaciones que se contemplan en el artículo 13 deben ser probadas ya sea por la persona, institución u otro organismo que se oponga a la restitución.

Además, tal y como se señala en el informe explicativo de la Licda. Elisa Pérez Vera, el Convenio admite que la opinión de la persona menor de edad respecto a la cuestión esencial de su retorno o no retorno pueda ser decisiva, esto, en opinión de las autoridades competentes, siempre y cuando aquél haya alcanzado una edad y madurez suficientes.

Cabe aclarar que el informe explicativo señala al respecto de lo anterior que:

“Esta disposición puede llegar a ser peligrosa si su aplicación se traduce en interrogatorios directos a jóvenes que pueden, ciertamente, tener conciencia clara de la situación pero que pueden asimismo

¹⁷⁸ *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Artículo 13. Ibídem.*

sufrir daños psíquicos graves si piensan que les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores (...).”¹⁷⁹

De conformidad con lo que establece el artículo 14, para determinar la existencia de una retención o un traslado ilícitos, pueden las autoridades competentes del Estado requerido tomar en cuenta la legislación del lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, sin tener estos que confirmar en la formalidad o la vigencia de la legislación.

Previo a que las autoridades de un Estado contratante emitan una orden para la restitución de la persona menor de edad, pueden pedir al solicitante que obtenga del lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, conocido como Estado solicitante, una carta en la que se certifique que la circunstancia de retención o traslado de la persona menor de edad es ilícita, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 del Convenio.

El artículo 16 señala que, una vez informado el Estado al cual se ha trasladado la persona menor de edad de manera ilícita, éste es únicamente competente para resolver sobre la cuestión de la restitución. Lo anterior, debido a que no podrá en ningún momento resolver cualquier cuestión de fondo, sino hasta que se haya rechazado la restitución de la persona menor de edad a su residencia habitual o, bien, que haya transcurrido un tiempo razonable en el que no se presente ninguna solicitud relativa a la regulación del Convenio.

No puede justificarse una negativa a la solicitud con base en una decisión paralela sobre la custodia, aún cuando ésta pueda llegar a ser reconocida por el Estado requerido; sin embargo, esto no impide que los motivos de esa decisión sean tomados en cuenta por las autoridades, al emitir un criterio para la aplicación del Convenio.

En los artículos 18, 19 y 20 del Convenio se reiteran sus objetivos principales, de tal manera que indican nuevamente la importancia de que éste sea aplicado por cualquier autoridad, sin limitarse a las que se indican; además, reitera que en ningún momento se ventilarán cuestiones que afecten la cuestión de fondo del derecho de custodia. Por último, menciona este capítulo que la solicitud puede ser negada siempre y

¹⁷⁹ The Hague Forum for Judicial Expertise. *El Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Informe explicativo y página de bienvenida*, pág. 5.

cuando no lo impidan los principios fundamentales del Estado requerido, de conformidad con los Derechos Humanos.

Capítulo IV

Derecho de visita

En relación con el derecho de visita, señala el artículo 21:

“Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor. Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.”¹⁸⁰ (Sic)

En cuanto al derecho de visita del padre que no ejerce la custodia de la persona menor de edad, existe diversidad de criterios, por cuanto algunos consideran que, a pesar de que puede resultar beneficioso para el niño, niña tener contacto con ambos padres, podría ser perjudicial el contacto cuando estos se encuentran separados:

“Sobre este punto, la conferencia de la Haya ha sido consiente del hecho de que esta solución puede resultar a veces la más aconsejable. Sin embargo, salvaguardando en todo caso el margen de apreciación

¹⁸⁰ Op. Cit. *Convenio sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores. Artículo 21.*

*de las circunstancias concretas inherente a la función judicial, la conferencia ha preferido sin embargo la otra opción y el convenio hace prevalecer claramente la idea de que el derecho de visita es la contrapartida que, por consiguiente debe en principio ser reconocida al progenitor que no tiene la custodia del menor.*¹⁸¹ (Sic)

A pesar, entonces, de lo que algunos señalan sobre el perjuicio del contacto de las personas menores de edad con ambos padres cuando éstos se encuentran separados, la Conferencia ha definido como parte del interés superior de la persona menor de edad el hecho de que pueda compartir con ambos.

Además consideramos que no debe confundirse el derecho de visita como un derecho atribuido solamente a los progenitores, su fin es proteger tanto el desarrollo equilibrado de la persona menor de edad, así como el derecho que tienen los padres a formar parte de la vida y el desarrollo de sus hijos e hijas. Para los casos en los que se solicita el hacer efectivo el derecho de visita de ambos progenitores debe demostrarse que el derecho de visita está siendo solicitado por interés de los progenitores de ejercer su derecho y para lograr el pleno desarrollo de las personas menores de edad. Para lo anterior es fundamental entonces que la voluntad de la persona menor de edad (teniendo en cuenta su edad) y la de ambos progenitores sea tomada en cuenta para rechazarse o bien otorgarse la solicitud del derecho de visita.

Capítulo V

Disposiciones generales

En el Capítulo Quinto del Convenio se establecen ciertas disposiciones de carácter general, dentro de las cuales predominan las formalidades para la asistencia jurídica económica, así como el ámbito de aplicación del Convenio.

De manera muy resumida se procede a desarrollar lo que se dispone en este capítulo.

El artículo 22 establece que no se puede exigir fianza ni depósito alguno para garantizar el pago de las costas y gastos para los procedimientos previstos en el

¹⁸¹ PÉREZ VERA, Elisa (2002). Op. Cit.

Convenio; así mismo, no pueden exigirse diferentes formalidades como la legalización de los documentos.

Se vuelve importante señalar que el Convenio no prohíbe que se exijan otras fianzas o depósitos posibles, especialmente las impuestas para garantizar el ejercicio del derecho de visita.¹⁸²

Por otra parte, es necesario que la solicitud se envíe en el idioma de origen del Estado requirente, acompañado de una traducción al idioma oficial del país requerido, siendo cada Estado responsable de los gastos incurridos en el procedimiento.

El numeral 25 prevé la asistencia judicial y asesoramiento a los nacionales de los Estados contratantes, tanto en su país de residencia habitual como en un tercer país.

Con respecto a los gastos, si bien se señala que al solicitante no se le pueden pedir los gastos para el proceso y las costas, sí puede solicitársele que pague los originados de la restitución.

Al respecto de los gastos, señaló el señor Carvajal en entrevista efectuada el 10 de julio del 2007, que a Costa Rica se le imposibilita en muchas ocasiones la restitución del niño o de la niña, ya que no se cuenta en el país con un presupuesto para cubrir estos gastos. Señala, además, que otros países cuentan con la cooperación de organismos que cubren los gastos de traslado de la persona menor de edad, por lo que al Estado no se le impide el cumplimiento de la restitución inmediata.

En relación con la admisibilidad de la solicitud, prevé el artículo 27 del Convenio que la autoridad central puede no aceptarla cuando ésta carezca de los requisitos señalados en el Convenio o, bien, cuando no cuente con fundamento suficiente para que proceda.

Los articulados del 27 al 30 señalan, de manera reiterada, que las solicitudes no deben ser solamente admitidas por las autoridades centrales, ya que las judiciales y administrativas también pueden aceptar reclamos directos por parte del solicitante.

El Convenio tiene prioridad, según el artículo 34, sobre el Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de persona menor de edad, de octubre de 1961. Es complementario con cualquier otro instrumento internacional vigente entre los Estados contratantes.

¹⁸² SOLANO BENAVIDES, Oriana (2003). Op. Cit., pág. 166.

En relación con la aplicación temporal del Convenio, éste se aplica solo para los traslados y las retenciones ilícitas ocurridas después de su entrada en vigencia en los Estados.¹⁸³

La norma contenida en el artículo 36 prevé la posibilidad de que dos Estados parte puedan mutuamente derogar algunas de las disposiciones del Convenio, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución (buscando de esta manera agilizar los procedimientos).

Dos Estados pueden, entonces, acordar de esta manera derogar lo dispuesto en el artículo 35.

Capítulo VI

Cláusulas Finales

De acuerdo con las cláusulas finales del Convenio, éste puede ser firmado, ratificado, aceptado y aprobado.

Por otro lado, el artículo 38 establece:

“Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio. El instrumento de adhesión será depositado en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Para el Estado que se adhiera al Convenio, éste entrará en vigor el día uno del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de adhesión. La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio después de una adhesión. Dicha declaración será depositada en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia auténtica a cada uno de los Estados contratantes. El Convenio entrará en vigor entre el Estado que se adhiere y el Estado

¹⁸³

SOLANO BENAVIDES, Oriana (2003). Op. Cit., Pág.. 168.

que haya declarado que acepta esa adhesión el día uno del tercer mes siguiente al depósito de la declaración de aceptación.”¹⁸⁴

Con respecto a este punto, la Procuraduría General de la República se refirió, en opinión jurídica número 131-99, a la vigencia de la aplicación del Convenio para Costa Rica como Estado adherente y las demás partes. Señala, entonces, la Procuraduría General de la República:

“En el caso de Costa Rica, la aplicación del tratado, respecto de menores, solo es posible si el otro Estado ha aceptado expresamente la adhesión costarricense, siendo eficaz la normativa, convencional el día uno del tercer mes luego del depósito de la declaración de la aceptación.”¹⁸⁵

Menciona, además, que la confusión se puede dar con los términos de eficacia y vigencia. Aclara, entonces, que la vigencia se refiere al hecho de que el Convenio se encuentre debidamente aprobado por el ordenamiento jurídico costarricense y la eficacia, a la aceptación del Estado contratante de la adhesión costarricense, de acuerdo con los requisitos relativos a plazos y procedimientos exigidos en el Convenio.

Por su parte, en la actualidad, éste cuenta con casi ochenta Estados partes, ya sea por ratificación o adhesión.¹⁸⁶

Tal y como se indicó en páginas anteriores, Costa Rica se adhirió al Convenio el 9 de noviembre de 1998 y éste empezó a regir en nuestro ordenamiento jurídico el primero de febrero de 1999. De conformidad con el artículo 38, ha entrado en vigor con los siguientes países:

- En 1999, con Israel, Irlanda, Chile, Finlandia, Luxemburgo.
- En el 2000, con Grecia, Argentina, Australia, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina.

¹⁸⁴ *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Artículo 38. La Haya 1980.*

¹⁸⁵ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión jurídica NOJ-131-99, dirigido al Ministerio de Justicia y Gracia del 15 de noviembre de 1999.

¹⁸⁶ Según datos actualizados al 2003 de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Al respecto puede consultarse la página *web* de la Conferencia: <http://www.hcch.net>.

- En el 2001, con Colombia, Canadá, República Eslovaca, Polonia, Suiza, Panamá, España, México, Italia, Moldova, El Salvador, Estonia, Nicaragua, Perú.
- En el 2002, con Portugal, Holanda, Latvia, Sri Lanka, Hungría, Noruega, Suecia.
- En el 2003, con Tailandia Servia.
- En el 2004 con Cyprus
- En el 2005 con Bahamas , Venezuela, y Croacia
- En el 2006 con Francia y República Checa.
- En el 2007 con Honduras y Bélgica ¹⁸⁷

Puede observarse, de lo anterior, que el Convenio, en Costa Rica, ha entrado en vigor con muchos países, tomando en consideración el hecho de que la adhesión es bastante reciente.

Por último, cabe señalar que los artículos que comprenden los numerales del 39 al 45 regulan la manera de ratificación, adhesión, aprobación, aceptación, así como la entrada en vigor del Convenio. Además, permiten la posibilidad de que los Estados formulen reservas, previstas en los artículos 24 y 26

De esta manera se concluye el estudio general del Convenio relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, procediendo entonces a estudiar la Convención sobre la Restitución Internacional de Menores.

2.4. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES.

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores es un instrumento hemisférico muy similar a la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. A continuación se procede a realizar un somero estudio de la primera, para repasar algunas de sus principales características, así como su entrada en vigor en el plano nacional e internacional.

¹⁸⁷ Según datos actualizados a Julio del 2007 de la Conferencia de la Haya de Derechos Internacional Privado. Al respecto puede consultarse la página en Internet de la Conferencia de la Haya <http://www.hcch.net>.

Breve reseña histórica

En las últimas dos décadas, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos ha preparado un temario, el cual es objeto de examen por varias conferencias especializadas, con el propósito de unificar el Derecho Internacional Privado en este hemisferio. De esta manera, el 27 de noviembre de 1980, por resolución AG/RES.506 (X-0-80), recomendó que los conflictos de leyes en materia de adopción de personas menores de edad fueran estudiados por la tercera conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-III) que tuvo lugar en la Paz, Bolivia, en mayo de 1984.

Ahora bien, algunos meses más tarde, en su décimo cuarto período de sesiones, celebrado en Brasilia, en noviembre de 1984, la Asamblea General de la OEA tuvo conocimiento oficial de la aprobación de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, luego de que se manifestara la complacencia por el éxito obtenido. Se encargó, entonces, al Instituto Interamericano del Niño la continuación de los trabajos, recomendando de manera especial el examen de los problemas planteados por la Restitución Internacional de Menores y por las obligaciones alimentarias.

La recomendación de la Asamblea General tuvo inmediata acogida en el programa de trabajo del Comité Jurídico Interamericano, por lo que en su período de sesiones correspondiente a agosto de 1985, se resolvió estudiar el secuestro y la restitución internacional de personas menores de edad.

El tema fue preparado y discutido en enero de 1986 por resolución CJI-SO-IO-05/1986, que aprueba el Proyecto de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Finalmente, la Convención fue aprobada en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989. Por su parte, fue suscrita por la República de Costa Rica el 22 de mayo de 1997 y debidamente aprobada e integrada en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 8032.

De acuerdo con lo que se señaló, ambos Convenios son bastante similares y tienen como objetivo principal el retorno de la persona menor de edad a su residencia habitual, sin que se tome alguna otra decisión con respecto a la custodia o, bien, derecho de visita del mismo.

Al respecto de la Convención, Basz y Feldstein de Cárdenas afirma que: “*el presente instrumento es el que emplea la terminología más ajustada habida cuenta que la misma hace alusión a la restitución (...) El fundamento de tal aserto radica en que este texto normativo pone el acento más en la actividad que debe de realizar el Estado parte frente a los traslados o retenciones ilícitas de menores y no en los actos ejecutados por los progenitores.*”¹⁸⁸

Aspectos generales del Convenio

En la presente sección, se pretenden señalar las diferencias de mayor relevancia entre el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Personas Menores de Edad y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Personas Menores de Edad. Esto, por cuanto se considera que, por haberse realizado anteriormente un detenido estudio del Convenio de los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Personas Menores de edad, merece la pena desarrollar en esta sección las diferencias entre los otros dos, para de esta manera dejar clara la regulación de ambos tratados, así como la diferente regulación existente en el plano internacional mundial y local.

Entonces, se encuentran como las principales diferencias respecto al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Personas menores de edad, las siguientes:

- a) La acción restitutoria está designada para los titulares del derecho de custodia. En la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Personas Menores de Edad, de acuerdo con el artículo 5, solamente “*podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio de derecho de custodia o de otro similar, las personas e instituciones designadas en el artículo 4 (padres, tutores, guardadores o cualquier institución).*”¹⁸⁹ A diferencia de lo anterior, en el Convenio de la Haya se faculta a cualquier persona, institución u organismo que sostenga que una persona menor de edad, ha sido objeto de traslado o

¹⁸⁸ KAMADA, Luis Ernesto (2003). *Restitución de menores*. República de Argentina: Ediciones Universidad Católica de Santiago del Estero.

¹⁸⁹ *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Art. 5. Op. Cit.*

retención con infracción del derecho de custodia, para que se dirija a la autoridad central de la residencia habitual del niño, niña para garantizar su restitución (artículo 8, Convención de la Haya).

- b) El procedimiento que establece la CIRIM es formalista en comparación con los que se establecen en el Convenio de la Haya, ya que este último evita los formalismos con el fin de propiciar la inmediatez en la toma de la decisión. Las disposiciones, entonces, de la CIRIM se inclinan por un procedimiento mayormente garantista, regido por requisitos más precisos.
- c) En la CIRIM se prevé la localización de personas menores de edad sustraídas de forma ilícita. *“Un aporte significativo es la precisión de la contribución que puede hacer la autoridad central con la parte requirente de la localización en su territorio de menores trasladados en forma ilícita y que tienen su residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante. Así mismo se prevé la coordinación de las Autoridades centrales de los Estados parte por parte del Instituto Interamericano del Niño. De esta manera el Instituto Interamericano del Niño tendrá a su cargo, como organismo especializado de los Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de la Convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados Parte de la Convención derivada de la aplicación de la misma... Igualmente, tendrá a su cargo la tarea de cooperación con otros organismos internacionales competentes en la materia (artículo 27).”*¹⁹⁰
- d) En la CIRIM se prevé la aplicación del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya. El artículo 34 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores reza: *“Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de la Haya del 25 de*

¹⁹⁰ Instituto Interamericano del Niño (IIN). Organización de los Estados Americanos (OEA). Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por Uno de sus Padres. *Propuesta de la Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores al Consejo Directivo del IIN*. Recuperado el día veintiocho de Julio del año 2007 de: iii.oea.org/IIN/pdf/publicaciones/Sustracción.pdf Organización de Estados Americanos.

octubre de 1980 sobre aspectos civiles del Secuestro²² Internacional de menores, regirá la presente Convención. Sin embargo, los Estados podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de la Haya del 25 de octubre de 1980.¹⁹¹

Objetivo y finalidad

En la primera parte de la Convención, bajo el subtítulo de *Ámbito de aplicación*, en el artículo primero se señala que la Convención, al igual que el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Personas menores de Edad, tiene por objeto la restitución de la persona menor de edad, así como la protección de los derechos de custodia y de visita.

Estructura y contenido del Convenio

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores está compuesta por treinta y ocho artículos, dividida por subtítulos que, para efectos de las suscritas, se llaman capítulos, los cuales se proceden a desarrollar a continuación.

1. *Ámbito de aplicación*

El primer capítulo desarrolla lo relativo al ámbito de aplicación de la Convención y está integrado por los primeros seis artículos. Se estipula, en el primero, el objeto de la Convención, debidamente señalado supra. En el artículo segundo, se señala que para efectos de ésta, es persona menor de edad toda aquella persona que no haya cumplido los dieciséis años de edad.

Este instrumento legal, al igual que lo hace el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, conceptualiza en el artículo tercero, los derechos de custodia y de visita.

Asimismo, en el artículo cuarto, la Convención brinda el concepto de traslado y restitución ilícitos, definiéndose en el mismo sentido que en el Convenio de La Haya.

¹⁹¹

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Art 34.

Se establece en el artículo quinto quiénes pueden realizar la solicitud (padres tutores, guardadores u otra institución). De acuerdo con lo que se señaló, esta disposición difiere de lo que establece el Convenio de La Haya, por cuanto este último faculta a cualquier persona que crea que el menor de edad ha sido retenido ilícitamente y no solo a quienes ejercen la custodia sobre ellos.

Por último, en el artículo sexto se dispone ante quién debe ser presentada la solicitud (autoridad central del Estado solicitante o ante las autoridades administrativas o judiciales del requirente.)

2. Autoridad central

El segundo capítulo está compuesto por un único artículo referente a las autoridades centrales, en donde se estipula la obligación de los Estados partes de designarlas, delegándoles a éstas la función de velar por el cumplimiento de la Convención, debiendo compartir cualquier información que permita la restitución inmediata de la persona menor de edad.

3. Procedimiento para la Restitución.

Al ser la restitución el objeto primordial de la Convención, señala al respecto el señor Eduardo Tellechea:

“La razón por la que tanto el texto Interamericano de 1989 como antes el de la Haya de 1980 se concentran esencialmente en las hipótesis de sustracción y retención irregular de niños por padres u otros familiares, se debe tanto al número creciente de dichos casos , cuanto a la necesidad de dotar a los tribunales de una regulación apta para atender este tipo de situaciones de difícil tipificación como delito tanto por su relativa antijuridicidad cuanto por que aún son tipificadas como conductas punibles ,son tanto son llevadas a cabo por familiares cercanos al menor invocando razones de protección al niño, las sanciones tienden a ser mínimas y obstan en los hechos a la

operatividad de institutos de la cooperación penal internacional como la extradición.”¹⁹²

De manera reiterativa, debe señalarse que el procedimiento establece que sólo las personas habilitadas en el Convenio para ejercer ese derecho (padres, tutores o guardadores o cualquier institución en ejercicio del derecho de custodia) pueden actuar de tres maneras: a través del exhorto o carta rogatoria; mediante solicitud a la autoridad central o, bien, directamente o por la vía diplomática o consular.

Con respecto a la solicitud, se estipula en el artículo noveno:

“La solicitud o demanda deberá contener: a) Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención; así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante., del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención; b) La información pertinente relativa a la presunta obligación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y c) Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor. A la solicitud de demanda se deberá acompañar : a. Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable; b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante; c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado; d. Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo y e. Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno. La autoridad

¹⁹² TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores por Parte de Uno de sus Padres. La convención Interamericana de 1989 sobre Restitución Internacional* de: http://www.iin.oea.org/Ponencia_Dr._%20Eduardo_Tellecea_1.pdf, pág. 9. Citado por SOLANO BENAVIDES, Oriana (2003). Op. Cit., pág. 175.

competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio, se justificare la restitución.”¹⁹³

Al igual que en la CACSIM, las autoridades del Estado requerido deben procurar la restitución voluntaria de la persona menor de edad, de no ser posible, tomarán las medidas precautorias para asegurar la custodia o guarda provisional y si es necesario, dispondrán de la restitución. Además, se estipulan en el artículo 11 los casos en los que no procede la restitución, siendo cuando los solicitantes no ejercen efectivamente el derecho al momento del traslado o retención, cuando existiere peligro grave para la persona menor de edad o si se comprueba que ésta se opone.

Tal y como se señaló, el procedimiento en la Convención es formalista, de esta manera, fija de forma más concreta los plazos, por lo que el artículo 12 establece:

“La oposición fundamentada a la que se refiere el artículo anterior deberá presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene.

Las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundar la negativa. Deberán enterarse del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor, y requerirán, en caso de ser necesario, la asistencia de las autoridades centrales, o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados Parte. Dentro de los sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente.”¹⁹⁴

La autoridad requirente tiene un máximo de 45 días para hacer efectivo el traslado de la persona menor de edad, de lo contrario, la resolución que ordena la restitución queda sin efecto. Los gastos del traslado corren por cuenta del actor, quien

¹⁹³

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Art. 9. Op. Cit.

¹⁹⁴

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Art. 12. Ibídem.

podrá solicitar ayuda al Estado requirente, teniendo este último la posibilidad de cobrarlo a quien efectuó el traslado ilícito.

Es importante señalar que en la Convención se establece, al igual que en la de La Haya, que los procedimientos deberán ser iniciados en el término de un año calendario desde la fecha en que la persona menor de edad fue trasladada o, bien, retenida ilícitamente. Ahora bien, si el paradero de la persona menor de edad fuera desconocido, el plazo se computaría a partir de que fuere localizado.

Si ya se ha vencido el plazo de un año, se puede presentar la solicitud, pero solo en caso de excepción y cuando las autoridades consideren pertinente, procede la restitución de la persona menor de edad.

Los artículos 15,16, 17 reiteran una vez más el hecho que no deberá aplicarse ninguna determinación de fondo, ya que la custodia y el derecho de visita se ventilan en el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad o, bien, cuando se demuestre que no se va a realizar su restitución.

4. Localización de la persona menor de edad

El capítulo cuarto de la Convención está compuesto por tres artículos y regula lo pertinente a la localización de personas menores de edad. Tal y como se señaló, es una disposición novedosa con respecto al Convenio de La Haya, ya que trata sobre la contribución que puede hacer la autoridad central requirente en cuanto a la localización de los menores de edad en el Estado donde se encuentre.

Señala al respecto el artículo 18:

“La autoridad central, o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte, a solicitud de cualquiera de las personas mencionadas en el Artículo 5 así como éstas directamente, podrán requerir de las autoridades competentes de otro Estado Parte la localización de menores que tengan la residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en el territorio del otro Estado.”¹⁹⁵(Sic)

¹⁹⁵

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Art. 18. Ibidem.

En el caso de que un Estado llegara a conocer, a raíz de la solicitud, que dentro de su jurisdicción se encuentra un persona menor de edad ilegalmente, fuera de su residencia habitual, se deberán adoptar las medidas para asegurar su salud, así como evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción.

5. Derecho de visita

Lo establecido para el derecho de visita se encuentra en el capítulo cinco, artículo 21 de la Convención. En realidad, lo que se dispone con respecto a este derecho es muy simple y básicamente radica en la posibilidad de hacer respetar el derecho de visita, mediante solicitud dirigida a las autoridades competentes de cualquier Estado parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.

6. Disposiciones generales

Las disposiciones generales de la Convención están integradas en seis artículos. En el 22 se estipula que los exhortos y las solicitudes sobre restitución y localización de personas menores de edad puedan ser transmitidas al órgano requerido por las partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los agentes diplomáticos o consulares, por la autoridad requirente o requerida, según el caso.

Además, es importante señalar que se estipula en el artículo 24 que la Convención obliga a actuar de oficio, aunque esto no obsta para que el interesado intervenga en el procedimiento.

Por otro lado, se instaura la participación del Instituto Interamericano del Niño (IIN), como organismo especializado de la OEA, para la coordinación de las autoridades centrales. De esta manera, debe el Instituto recibir y evaluar información de los Estados parte, derivada de aplicar la Convención.

En general, para la CIRIM rigen las mismas disposiciones finales que para el Convenio de La Haya, sin embargo, cabe destacar que Costa Rica hizo una reserva en cuanto a la edad, ya que estableció que debe aplicarse a toda persona menor de dieciocho años y no de dieciséis.¹⁹⁶

¹⁹⁶ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Voto Número 7416 de las 16 horas del 22 de agosto del 2000*. Consulta legislativa preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea legislativa sobre el proyecto de aprobación de la Convención

Actualmente, en el 2007, los países signatarios de la Convención son los siguientes:

- Argentina, 24 de noviembre de 1992.
- Bolivia, 15 de julio de 1989.
- Brasil, 15 de julio de 1989.
- Colombia, 15 de julio de 1989.
- Costa Rica, 22 de mayo de 1997.
- Ecuador, 15 de julio de 1989.
- Guatemala, 15 de julio de 1989.
- Haití, 15 de julio de 1989.
- México, 6 de abril de 1992.
- Paraguay 15 de julio de 1989.
- Perú, 15 de julio de 1989.
- Uruguay, 15 de julio de 1989.
- Venezuela, 15 de julio de 1989.¹⁹⁷

3.5 APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA EN EL JUZGADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

Ahora que se ha profundizado en el estudio del CACSIM como en el de la CIRIM, se procede a realizar un análisis crítico sobre la aplicación de ambos Convenios en el Juzgado de Niñez y Adolescencia. Tal y como se explicó en páginas anteriores para realizar el análisis se observarán de manera general, algunos de los casos que se encuentran en el Juzgado, en los que se han aplicado dichos Convenios.

Interamericana sobre Restitución Internacional de menores. Citado por SOLANO BENAVIDES, Oriana (2003). Op. Cit., pág. 183.

¹⁹⁷ VALLADARES, VALLADARES, Jorge. *Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en la Américas. Reunión de Expertos Gubernamentales*. Recuperado el día, veintisiete de Julio del año 2007 de: http://www.iin.oea.org/Reunion_Sustraccion_internacional/Informe_situacion_sustraccion_internacional_de_menores.pdf.

Lo anterior debido a que en un ordenamiento no se conforma únicamente por normas, sino que el trabajo por parte de quienes deben de aplicarlas es de suma importancia ya que estos últimos son quienes pueden lograr su efectiva aplicación.

Pretendemos que en la presente investigación se observe la aplicación práctica de los Convenios en nuestro ordenamiento jurídico, en la teoría es halagador que nuestro país tenga suscritos Convenios que protegen a las personas menores de edad, pero ¿qué sucede a la hora de la aplicación de éstos? Si bien es cierto no se puede prescindir de las normas, éstas no se aplican por si solas, por lo que se vuelve indispensable que existan mecanismos para su debida aplicación así como personas capacitadas para la implementación de éstos en nuestro país.

Cabe señalar que la labor del Juez y la del Juzgado de Niñez y Adolescencia en el caso que ocupa la presente investigación es fundamental, ya que son éstos quienes deben de aplicar las disposiciones de los Convenios para que se logre una real y efectiva protección de la niñez en nuestro país.

Entonces debido a todo lo anterior y al igual que se analizó la aplicación de la Convención sobre adopción Internacional en el Juzgado se procede ahora a observar cuál ha sido y es el trabajo que realiza el Juzgado de Niñez y Adolescencia, así como las dificultades que se le han presentado en estos años para la aplicación de los Convenios suscritos a nivel internacional.

Aspectos Generales del Convenio de la Haya en el Juzgado de Niñez y Adolescencia.

El ordenamiento jurídico nacional supone su coherencia como totalidad, y la misma es necesaria para la consistencia en la aplicación institucional efectiva. La incorporación al ordenamiento jurídico costarricense de nuevos cuerpos legales vía la ratificación de convenios internacionales, conlleva generalmente un esfuerzo de interpretación legal, en muchos casos debe de estructurarse, o bien acomodarse para que no se quebrante la coherencia de la totalidad del cuerpo normativo. La situación que provoca la aplicación de los dos Convenios relativos a la Sustracción y la Restitución Internacional no ha sido diferente por lo que el Juzgado, ha tenido que acomodar y estructurar la parte procesal para que exista coherencia entre el ordenamiento jurídico costarricense y la normativa Internacional que rige actualmente en la materia.

Ahora bien en cuanto a la competencia del Juzgado para la aplicación de los dos Convenios relativos a la sustracción y la restitución, debe mencionarse que éste es únicamente quien cuenta con la competencia judicial para resolver las solicitudes de restitución que se presentan en nuestro país. En el caso de la adopción Internacional, tal y como se ha señalado en secciones anteriores, el Juzgado cuenta con competencia exclusiva para la aplicación de la Convención, otorgada a partir de enero del 2004, situación que encuentra diferencia en cuanto a los Convenios sobre Sustracción y Restitución Internacional por cuanto al Juzgado de Niñez y Adolescencia no se le ha otorgado competencia exclusiva para la aplicación de estos dos Convenios objeto de observación de la presente sección.

Si bien es cierto en el caso de la restitución Internacional no cuenta el Juzgado directamente con competencia exclusiva, se ha dicho que en cuestión de aplicación de tratados Internacionales, lo más óptimo es que el Juzgado especializado en la materia sea quien resuelve.

De acuerdo a la entrevista realizada a la Licda. Yerma Campos, el PANI prefiere que sea el Juzgado de Niñez y Adolescencia quien resuelva sobre la Aplicación del Convenio para la Restitución de las Personas Menores de Edad. Considera la Licenciada que por ser asuntos Internacionales es beneficioso que exista unanimidad a la hora de resolver, por que al ser Costa Rica un país tan pequeño no se vería bien el que se resuelva de diferentes formas. Además considera la Licda que el Juzgado cuenta con la especialización de la materia por lo que se le facilita la aplicación de los Convenios. Asimismo asegura la Licenciada existe excelente comunicación entre el PANI el Juzgado para resolver acerca de la restitución de las personas menores de edad por lo que se facilita el trabajo y puede agilizarse el proceso.

Consideramos según lo observado y la entrevista realizada a la Licenciada Yerma Campos, que la competencia que tiene el Juzgado es flexible, por cuanto considera el Juzgado que ellos no tienen ningún problema para resolver cualquier asunto, aún cuando de acuerdo a la competencia asignada nos les corresponda. Consideran que el rechazar alguna solicitud por falta de competencia, sería como evitar trabajo, lo que según estos no es interés del Juzgado. Sin embargo a pesar de que consideramos es positivo el hecho de que el Juzgado no evite trabajo debemos recalcar que si bien es cierto la aplicación de los Tratados se puede lograr de una mejor forma, en el sentido que lo sigan manejando quienes se encuentran capacitados y han venido trabajando en los últimos años, está el estado Costarricense en la obligación de brindar

dicha asistencia y especialidad a lo largo y ancho de todo el territorio. Nuestra idea no es quitar mérito a lo que ha venido realizando el Juzgado, sino más bien lo que deseamos denunciar es la necesidad de que se apoye dicha especialización en todo el país y motivar para que cada vez sean más quienes están dispuestos a colaborar con este sector de la población costarricense.

Es importante entonces que se tome en cuenta tanto la responsabilidad Internacional, como la responsabilidad de él Estado Costarricense frente a él pueblo, debiendo de cumplirse tanto los Convenios como nuestra propia legislación, razón por la cual debe de observarse el artículo 41 de la Constitución Política, y en base a ello apoyarse la apertura de nuevos Juzgados en el país.

Por otro lado consideramos prudente hacer referencia a la normativa nacional referente al tema de la sustracción y la restitución de las personas menores de edad, por lo que se señala como antecedente normativo de nuestro país el artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por cuanto se refiere a los traslados y retenciones ilícitas de personas menores de edad.

Además con la ratificación y adhesión del ordenamiento jurídico costarricense al Convenio CACSIM en 1998 y CIRIM suscrita en 1997 y ratificada en el 2001 cuenta nuestro país con normativa suficiente respondiendo a la problemática especial que se ha desencadenado en algunos países en los últimos años por el aumento de la sustracción de niños y niñas .

Es importante señalar que para efectos del ordenamiento jurídico costarricense la CDN continua ocupando un lugar privilegiado, que posiciona el principio de interés superior de la persona menor de edad como fundamento básico de la interpretación legal.

En nuestro país debe de tenerse siempre presente en todo momento que en nuestro cuerpo normativo, las personas menores de edad son personas con derechos en razón de su edad.

Entonces de acuerdo a lo anterior debe el Juzgado aplicar los Convenios relativos a la sustracción y la restitución de personas menores de edad, siempre teniendo en cuenta el interés superior de la persona menor de edad, dejando entonces de lado el fin adulto céntrico que se puede encontrar en los últimos dos Convenios.

Ahora bien luego de realizar una breve referencia de ambos Convenios en el Juzgado, se procede analizar la aplicación de los mismos en el Juzgado, así como las situaciones que han surgido de su aplicación.

Situaciones que surgen a raíz de la aplicación de los Convenios de CACSIM y la CIRIM en el Juzgado de Niñez y Adolescencia.

Para lograr observar las situaciones que surgen a partir de la aplicación de los Convenios en el Juzgado, se toman como referencia cinco casos en los que el Juzgado ha tenido que aplicar los Convenios para la debida restitución o no de la persona menor de edad.

Es importante señalar que la presente investigación se basa en la observación de los casos que fueron brindados por parte del Juzgado para su estudio, así como la ayuda brindada a las suscritas por parte de la Licda. Yerma Campos quien informó lo que ha estado sucediendo y lo sucedido a raíz del intento por parte del Juzgado para la aplicación de estos dos Convenios, de igual forma que se realizó para la observación de la aplicación de la Convención sobre Adopción Internacional.

Por otro lado cabe señalar que si bien es cierto la presente investigación se basa en cuatro o cinco casos del Juzgado de Niñez y Adolescencia, se toman en cuenta además otras resoluciones que resultan relevantes por cuanto fueron las primeras en donde se aplicó la normativa Internacional al respecto.

Además cabe señalar que han sido pocos los casos presentados al Juzgado de Niñez en los que se solicita la restitución de una persona menor de edad. De acuerdo con lo señalado por el Juzgado han sido escasos 12 casos los que se han sido conocidos a nivel judicial. Además es reciente ya que el primer caso que resolvió el Juzgado data del año 2003 por lo que puede afirmarse que la resolución de los casos en la materia es bastante reciente. Ahora bien a pesar de que han pasado pocos años desde que se aplicaron los Convenios por primera vez, se considera que el avance en su aplicación ha sido notable, ya que con solo una pequeña mirada a los expedientes, en la actualidad existe mayor orden y unanimidad en los criterios que se utilizan para llevar y resolver el caso.

Partiendo ahora de los casos de los expedientes que fueron observados y estudiados se considera que las siguientes son las situaciones que surgen o bien las problemáticas con las que se ha encontrado el Juzgado para resolver las solicitudes para la restitución de las personas menores de edad en diferentes casos.

1. Comprensión del Término de Custodia y Patria Potestad.

En el sistema jurídico nacional generalmente se parte de una custodia conjunta, entendiéndose en Costa Rica como patria potestad y es precisamente ante la ruptura de la pareja cuando surgen las nociones de guarda y derecho de visita.

Entonces a partir de que se da la ruptura de la vida en pareja, uno de los progenitores será quien conviva con el niño, niña y tendrá la guarda de éste mientras que el otro tendrá un régimen de visitas que permitirá que siga asumiendo sus deberes y derechos como padre, garantizándose además la relación entre la persona menor de edad y el progenitor.

El hecho de que los padres se encuentren separados no implica, para muchos ordenamientos que se elimine la patria potestad conjunta y es aquí donde precisamente se plantean serias dudas en torno a si un caso de sustracción de persona menor de edad por el progenitor que tiene atribuida la guarda puede constituir o no un traslado ilícito según lo dispuesto en la Convención de la Haya.

Para dejar claro este punto anterior primero que todo debe de señalarse la interpretación que se ha dado a cerca del Convenio, para luego intentar resolver como aplicar en cada caso y en cada ordenamiento jurídico. En el Convenio de la Haya es claro que existen dos requisitos por llamarlo así que se deben de cumplir para que el traslado sea ilícito: a) que la retención o e traslado sea producto de una infracción a un derecho de custodia atribuido conjunta o separadamente, con arreglo al derecho vigente en el Estado en donde la persona menor de edad tenía su residencia habitual. y b) cuando el derecho atribuido se ejercía de forma afectiva, conjunta o separadamente, en el momento del traslado o de la retención. De acuerdo a lo anterior lo que debe de quedar claro es que no existe diferencia en si el derecho de custodia se ejerce conjunta o separadamente, el hecho de que el progenitor que traslada o retiene a la persona menor de edad, ejerza a algún tipo de derecho atribuido por el estado de la residencia habitual de la persona menor de edad y que el traslado ocurra en abuso del mismo implica que la retención o el traslado sean ilícitos.

Este es justamente uno de los problemas con los que se encuentra el Juzgado a la hora de aplicar correctamente el Convenio. Los términos de custodia, patria potestad, guarda crianza, visita, no contienen el mismo concepto que para todos los

ordenamientos. El Juez en razón de la diferencia de términos debe de tener cuidado a la hora de juzgar un traslado o una retención como ilícitos.

El problema radica en que la custodia para otros ordenamientos es la persona que se encarga del cuidado y el desarrollo del niño, niña (en nuestro país conocido como guarda), por otro lado se diferencian de nuestro ordenamiento ya que manejan el término de guarda en donde sería quien utiliza el derecho de visita para tener contacto y relación con la persona menor de edad. En nuestro caso ambos progenitores tiene atribuido el derecho de patria potestad, en el momento que se da la separación de los padres la patria potestad es compartida ya que él progenitor que mantiene a la persona menor de edad bajo su cuidado es quien tiene el derecho de guarda crianza y educación, y el otro progenitor tiene entonces la posibilidad de hacer valer sus derechos y obligaciones mediante el derecho de visita.

Debido a lo anterior por la diferencia del concepto se vuelve difícil la interpretación para el Juez para juzgar cuando el traslado o la retención son ilícitos y cuando no. De acuerdo a nuestra opinión en nuestro ordenamiento jurídico, se tiene como traslado o retención ilícita, todo aquel traslado o retención por parte del progenitor que abusó tanto del derecho de visita como de la guarda crianza o educación, en el caso de que los padres se encuentren separados y que la autorización se diera temporal y no permanentemente. Además no debe olvidarse el hecho de que si bien es cierto en nuestro ordenamiento la patria potestad es compartida, existe la posibilidad de que a algún progenitor se le haya prohibido o bien eliminado la patria potestad por alguna situación en particular, lo que agrava aún más el traslado o retención de la persona menor de edad.

En estos términos el Juzgado ha considerado en los casos que ha tenido que aplicar el Convenio que el traslado será ilícito cuando: a) la retención o el traslado se dan como producto de una infracción a un derecho de custodia atribuido conjunta o separadamente, con arreglo al derecho vigente en el Estado en donde la persona menor de edad tenía su residencia habitual previo al traslado o la retención. y b) cuando el derecho atribuido se ejercía de forma afectiva, conjunta o separadamente, en el momento del traslado o de la retención.

Si bien es cierto el Convenio en sí, permite aclarar los casos en los que el traslado o la retención son ilícitos, cabe señalar que las dificultades que se presentan en el Juzgado son básicamente por el enfrentamiento de conceptos en los diferentes ordenamientos jurídicos de los estados parte del Convenio. Para evitar tales conflictos

consideramos es necesario, que cada estado cumpla con el desarrollo doctrinal de los conceptos, en el sentido que se especifique hasta donde llegan los límites de cada concepto para lograr entender la regulación de la materia en cada estado parte. Lo anterior es importante para que los ordenamientos entre sí se conozcan y desarrollen comunicación Internacional entre los mismos, para que de ésta forma el Juez se sienta seguro de lo que resuelve en cada caso. El problema radica básicamente por el hecho de que los alcances de los diferentes términos difieren de un sistema a otro.

Por todo lo anterior insistimos en la necesidad de desarrollar algunos términos que se encuentran en el Convenio y explicar lo que significa en cada estado o bien ordenamiento jurídico. Los términos a los que nos referimos son principalmente los siguientes: derechos de visita, custodia, patria potestad, guarda, residencia habitual.

Además consideremos importante que a la hora del desarrollo de tales términos en cada ordenamiento, se capacite al personal que aplica el Convenio, para que no olvide que el punto a discutir en ningún momento es relativo a la guarda, custodia etc, sino más bien el retorno inmediato de la persona menor de edad al lugar de su residencia habitual , lo anterior por cuanto muchos Jueces se confunden y consideran que deben de resolver el punto en conflicto y dejan de lado el retorno de la persona menor de edad que es precisamente lo único que debe de discutirse.

2. Doble Representación alegada por la Autoridad Central

En un primer momento tal y como se indicó en páginas anteriores de la presente investigación, se nombró al Ministerio de Justicia como Autoridad Central, pero posteriormente ante opiniones emitidas por la Procuraduría General de la República, se derogó el decreto en el que se nombraba como autoridad central al Ministerio de Justicia y se instituyó como autoridad central al PANI.

De conformidad con los artículos 6 del CACSIM y el 7 de la CIRIM la autoridad central es la encargada del cumplimiento de las obligaciones que le imponen ambas convenciones.

En el momento que se designó al PANI como autoridad central se inicia una etapa en la cual este empieza a explorar tanto sus obligaciones como sus competencias.

El PANI por ley, tiene como fin general “proteger especialmente y en forma integral a las personas menores de edad y sus familias” por lo que debe éste intervenir

como parte en los procesos judiciales y administrativos en el que se encuentren vinculadas personas menores de edad para garantizar de manera plena los derechos.

De conformidad con lo que dispone el artículo 7 inciso g, 25, 28 de CACSIM , el PANI tiene la obligación de asumir la representación del progenitor que se encuentre en el extranjero. Por lo tanto, además de la representación de las personas menores de edad, el PANI también debe representar a los progenitores que se encuentran en el país extranjero que solicita la restitución.

Debido a las obligaciones con las que se enfrentó el PANI a la hora de ser designado como autoridad central, se vio éste ante diferentes problemas, de índole tanto legal como contradicciones para el cumplimiento de las tareas y responsabilidades institucionales que le fueron asignadas por ser este la autoridad central, debiendo velar por el cumplimiento de los Convenios.

A raíz de lo anterior la presidencia ejecutiva, del PANI se vio en la necesidad de dictar la resolución de las ocho horas del doce de mayo del dos mil tres, en la cual se concluye que necesariamente debe acudir a vía judicial para la decisión que requiere el tratado.

Ahora bien en vista de la resolución en la que se dicta que necesariamente los casos de restitución de personas menores de edad deben ventilarse en vía judicial, se entra en una etapa en donde los casos son trasladados a los tribunales de justicia. En esta etapa se encuentra otra de las dificultades o bien situaciones que ha debido enfrentar el Juzgado para la debida aplicación de los Convenios.

En el momento que se presentó el primer caso de restitución de una persona menor de edad en el Juzgado, se crearon discusiones entre la autoridad central y el Juzgado, los cuales se han debido ajustar para ponerse de acuerdo en la aplicación de ambos Convenios.

El tema del patrocinio una vez más fue problema para la restitución de las personas menores de edad, ya que el PANI como autoridad central, alega en la instancia judicial la concurrencia de conflicto de intereses al patrocinar tanto a los niños, niñas como a los padres que solicitan la aplicación del Convenio. Entonces en el momento que se presenta la situación de conflicto de intereses en el Juzgado de Niñez y Adolescencia, éste resuelve que es competencia de la autoridad central en nuestro caso el PANI quien debe de representar ambos intereses, debiendo estos resolver sus problemas internos sin involucrar otras entidades del ordenamiento jurídico costarricense.

De acuerdo a lo estudiado para el desarrollo de la presente investigación, consideramos que si bien es cierto no es deber del Juzgado de Niñez y Adolescencia resolver, la representación de los padres que solicitan la aplicación del Convenio, debe prestarse atención a la denuncia que realiza el PANI sobre el posible conflicto de intereses que puede presentarse en algún momento si es la misma institución quien debe de velar por la aplicación del Convenio como por el interés superior de la persona menor de edad. De acuerdo a lo investigado en la actualidad desde que el Juzgado se pronunció en el sentido de que es el mismo PANI quien debe de resolver sus problemas internos, no se ha presentado conflicto de intereses, ya que la institución ha logrado dividir profesionalmente la representación de ambas partes.

Al respecto cabe señalar entonces que:

Mediante resolución de las dieciséis horas del veintinueve de enero del dos mil cuatro, el Juzgado de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José, entre otras cosas procedió rechazando la solicitud de la Autoridad Central en cuanto a que la representación del señor C.P. sea asumida por el Departamento de Defensores Públicos, merced a que legalmente su competencia se circunscribe únicamente a la asesoría y representación en materia penal, pensiones alimentarias y en procesos donde esté presente la figura de la curatela y por tal razón ordena a la autoridad central cumplir con el deber que le impone el ordinal 7 inciso g) del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, facilitándole al señor C. P. la debida representación legal, para lo cual se le concede un plazo de ocho días.¹⁹⁸

Entonces en vista del rechazo por parte del Juzgado de Niñez y Adolescencia al PANI, para que fuera un defensor público quien asumiera el patrocinio del solicitante extranjero, se presentó apelación ante el tribunal de familia, en donde este último confirma que es el PANI como autoridad central designada para nuestro país, quien está

¹⁹⁸ TRIBUNAL DE FAMILIA. Voto número 1963-04. Expediente número 03-000211-673-FA. Solicitud de restitución de la menor S.A.CT.

obligado a ejercer la representación del requirente, realizando éstos el trabajo necesario para evitar el choque de intereses por parte del niño, niña y del padre requirente.

Estima este Tribunal, que los argumentos del Patronato Nacional de la Infancia, quien en la especie figura como impugnante, no son de recibo, pues ellos ostentan en punto al referido Convenio de la Haya, la condición de Autoridad Central y consecuentemente están obligados a ejercer la representación del requirente Cáceres Parra, a través de los mecanismos de estructuración que la propia institución apelante establezca para no propiciar un choque de intereses contrario a las pretensiones de las partes. Asimismo se comparten los argumentos de la resolución cuestionada en punto a que ejercer la representación del accionante en un proceso de esta naturaleza, no es función del Departamento de Defensores Públicos, en tanto excede sus funciones y competencia. Por las razones expuestas se procede en lo que ha sido objeto de apelación confirmando la resolución recurrida.¹⁹⁹

De manera más clara lo que sucede es que la autoridad central es decir el PANI en el caso que nos ocupa, estima que concurre en un conflicto de intereses al patrocinar tanto a los supuestos padres como al niño, niña, puesto que no puede patrocinar al niño, niña y su interés superior y de la misma manera patrocinar los intereses del padre solicitante. El PANI entonces presenta tal alegato al Juzgado, siendo este rechazado por el Juzgado de Niñez y Adolescencia, confirmado por el Tribunal de familia mediante el voto número 1963-04.

Con respecto a lo anterior cabe resaltarse que el conflicto proviene por el hecho de que Costa Rica no hizo reserva del artículo 26 de la Haya por lo que no puede expresamente la autoridad central de nuestro país, hacer recaer la responsabilidad de la representación de los padres de países extranjeros en la asistencia judicial, de la cual se trata la reserva realizada por los países en su artículo 26 del Convenio.

Si bien es cierto el PANI ha logrado dividir y representar ambos intereses, insistimos en la necesidad de prestar atención al posible conflicto de intereses señalado por el PANI. Consideramos importante estudiar la práctica de otros ordenamientos al

¹⁹⁹ TRIBUNAL DE FAMILIA. Voto número 1963-04. Expediente número 03-000211-673-FA. Solicitud de restitución de la menor S.A.CT

respecto para valorar, la forma mediante la cual Costa Rica resuelve el problema. De acuerdo a lo que se puede observar en otros ordenamientos la Autoridad Central se encuentra en un departamento especializado en niñez y adolescencia en el Ministerio de Relaciones Exteriores, lo que en algunos casos agiliza el procedimiento por las facilidades con las que cuenta el Ministerio de Relaciones Exteriores en sí. Los países a los que hacemos referencia son como por ejemplo: Panamá Argentina, México. Según lo que señalan las Autoridades Centrales de los países que tiene la Autoridad Central para la aplicación del Convenio, la experiencia ha sido exitosa, por cuanto las funciones atribuidas a la Autoridad Central son cumplidas de acuerdo a lo que señala el Convenio.

De acuerdo a la experiencia de otros países consideramos necesario que se valore la posibilidad de que la Autoridad Central en nuestro país pase a ser manejada por el Ministerio de Relaciones, tomando las medidas del caso, resolviendo de esta manera el posible conflicto de intereses que podía presentarse en algún momento en el PANI.

3. Proceso de tramitación de la solicitud de Restitución Internacional

En el momento que se presentó la primera solicitud ante el Juzgado de Niñez y Adolescencia, causa conocida mediante el expediente número 03-000211-673-Fa, el Juzgado se vio ante la dificultad de determinar mediante qué proceso debía de conocerse la aplicación de ambos Convenios.

En un inicio la solicitud fue conocida mediante un proceso abreviado, en vista de la dilación del proceso y el incumplimiento de los plazos fijados en los Convenios se vio en la necesidad de tramitar las solicitudes mediante un proceso especial, el cual cumplía con los plazos y el proceso de urgencia señalado en los Convenios.

Los plazos señalados en las Convenciones se pueden resumir de la siguiente manera: seis semanas para la resolución judicial artículo 11 de la Convención de la Haya, ocho días hábiles para presentar oposición a la solicitud artículo 12 de la Convención Interamericana. Cuarenta y cinco días naturales para ejecutar la resolución que ordena restitución, artículo 12 de la Convención Interamericana.

Si se observan con apego los plazos señalados en las convenciones, claramente en el primer proceso de restitución no se cumplieron los plazos estipulados.

El primer caso de restitución presentado en el Juzgado, tardó bastante más de los plazos que señala el Convenio, por lo que la apelación por parte del requirente se basó en la nulidad de los fallos debido al tiempo en que se duró en resolver. Al respecto el Tribunal resuelve y explica que es normal que en un inicio el Juzgado tarde en la aplicación del Convenio, y mientras no se incumpla el debido proceso es comprensible el atraso, cuestión que ha sucedido en los demás países a la hora de aplicar ambos Convenios de sustracción y restitución, por lo que aunque la situación no es deseable no provoca nulidad de lo resuelto. Al respecto señala el Tribunal:

Analizados los motivos de disconformidad del recurrente observa esta integración del Tribunal que el señor C. P. no cuestiona el marco legal dentro del cual la señora jueza de primera instancia fundamenta su fallo, así como tampoco alega violación al DEBIDO PROCESO. A nivel procesal limita su cuestionamiento a que el procedimiento se extendió por un “largo” periodo de tiempo, lo que considera sin lugar a dudas favoreció el debilitamiento de la relación paterno filial. Culpa al Estado costarricense por no contar con los mecanismos adecuados para dar cumplimiento al proceso de Restitución Internacional dentro del “corto” periodo de tiempo señalado en el marco normativo internacional específico del tema. Respecto a este último alegato considera esta integración del Tribunal que es lamentable pero a la vez comprensible que un Estado tarde algún tiempo en la aplicación de instrumentos internacionales, que aunque no son tan recientes, lo cierto es que son de muy poca aplicación en el país, de ahí que se requiere un proceso de ajuste en dicha aplicación que lógicamente conlleva un periodo de tiempo mayor al previsto a nivel legal, pero ello no solo sucede en Costa Rica sino también en Colombia y demás países con nuestra misma raíz y cultura jurídica y socioeconómica. Así entonces aunque es lamentable dicha tardanza ello no constituye de manera alguna “nulidad”, pues además no se viola el DEBIDO PROCESO ya que los intervinientes en todo momento estuvieron debidamente representados y se les dio audiencia de cada etapa procesal, tal como en derecho correspondía.²⁰⁰

²⁰⁰ TRIBUNAL DE FAMILIA. Voto número 851-06. Expediente número 03-000211-673-FA. Solicitud de restitución de la menor S.A.CT

En vista de los problemas de atraso presentados en el primer caso de solicitud de restitución en el Juzgado, por ser ésta tramitada como un proceso abreviado, se decidió entonces que los casos de restitución debían de ser tramitados por un proceso especial. En vista de lo anterior el Juzgado ha seguido conociendo los casos de restitución, con la pequeña diferencia que ahora se tramitan en un proceso conocido como proceso especial de aplicación de Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Es importante señalar como parte del presente análisis que los demás procesos estudiados en el Juzgado para su análisis, fueron resueltos con mucho más urgencia que con el primer caso. El primer caso conocido por el Juzgado enfrentó casi todos los problemas que se han mencionado en el presente análisis, mientras que los demás han sido resueltos sin ningún inconveniente. Incluso se puede hacer referencia a uno de los expedientes estudiados por parte de las suscritas en el que se tramitó la solicitud en cinco meses, lo que deja ver el cambio en los plazos debido a la resolución del proceso mediante un proceso especial que decidió el Juzgado aplicar para cumplir con las estipulaciones internacionales señaladas por los Convenios.

Además de la tramitación de los casos mediante un procedimiento especial, se debe mencionar que se observó que el Juzgado intenta conciliar ante todo, para resolver con mayor urgencia el caso así mismo tanto para la conciliación como para el proceso en general el Juzgado se caracteriza por seguir “informalismo procesal” el cual permite una mayor flexibilidad al Juzgado para que los casos de restitución sean resueltos con mucho más agilidad que los demás.

A manera de conclusión se puede señalar que de acuerdo a lo observado en los expedientes del Juzgado de Niñez y Adolescencia, no existen medidas específicas para la implementación del trámite expedito, que se establece en el Convenios de la Haya. Sin embargo en vista de los retrasos en la primer solicitud de restitución internacional conocida en el Juzgado, este replantea el tipo de proceso para tramitar la aplicación del tratado. Anteriormente se señaló que en un inicio la solicitud de restitución fue tramitada mediante un proceso abreviado, el cual provocó grandes retrasos para la resolución, por lo que se decidió aplicar los Convenios mediante un proceso especial sumarísimo, que es mucho más ágil. Debido al cambio en el tipo de proceso mediante el cual se tramita la solicitud de restitución se han podido reducir en el Juzgado los plazos

de dos años a doce semanas aproximadamente. No se debe de dejar de mencionar que a pesar del gran reajuste que ha implementado el Juzgado para la tramitación de las solicitudes, no cuenta éste con cronogramas ni sistemas estructurales especiales para dichos fines.

Consideramos que el cambio en el proceso que realizó el Juzgado, va de acuerdo al perfil del Juez que debe de regir en materia de niñez y adolescencia específicamente, por cuanto, interpreta la ley y los Convenios para que se logren sus deposiciones a partir de la parte dispositiva. La tarea del Juzgado para crear un nuevo proceso para la aplicación del Convenios sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores debe de ser resaltada ya que es el ideal para que se de una correcta aplicación de la normativa tanto nacional como internacional. Además no debemos de dejar de lado los méritos que tiene el Juzgado con la adecuación del procesos especial para la aplicación del Convenio, ya que éste es muy similar a la Ley modelo que se presentó en el pasado mes de Septiembre en la segunda conferencia de expertos para la discusión de los Convenios de la Haya y la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores.

A pesar de todo lo anterior siempre existen aspectos que se pueden mejorar para lograr una perfección en la aplicación de la Ley. Es importante señalar entonces que el proceso que se aplica en la actualidad debe de ser definido tanto doctrinalmente como mediante cronogramas y estructuras que permitan un mayor conocimiento a demás personas que en un futuro se verán en la necesidad de aplicar el nuevo proceso. Por su parte debemos mencionar además que si bien es cierto el proceso se ha modificado de tal manera que el tiempo de resolución de ha reducido en más de la mitad se puede mejorar el plazo con dos situaciones que a continuación recomendamos: a) Que la Autoridad Central colabore con la presentación completa de la solicitud de aplicación del Convenio. b) Que se implemente la oralidad en el proceso para que el Juez logre reducir el tiempo de tramitación de los procesos.

Cabe señalar que para la última recomendación para la agilización del proceso es necesario que se impulse la reforma procesal del derecho de familia, para que se integre en un inicio el proceso especial para la aplicación de los Convenios y éstos sean impregnados de la oralidad que se pretende con dicha reforma.

4. *El interés superior de la persona menor de edad y los Convenios de Sustracción y Restitución.*

Otra de las dificultades que se ha presentando en el Juzgado a la hora de la aplicación de los convenios es la necesidad de que quienes resuelven, tengan presente en todo momento que en nuestro ordenamiento jurídico prevalecen los derechos de las personas menores de edad sobre cualquier otro derecho. En nuestro ordenamiento jurídico existe una protección especial para los niños, niñas y adolescentes, esto por cuanto desde hace ya algunos años se ratificó en nuestro país la CDN, de tal modo que la protección integral de la persona menor de edad en nuestro país debe de ser de principal interés para los operadores jurídicos.

A continuación se puede observar como el Juzgado de Niñez y Adolescencia resuelve al respecto:

El análisis de la sustracción de personas menores de edad ha sido considerado en el ámbito del derecho internacional específicamente mediante dos instrumentos: el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (llamada en adelante Convención de la Haya) , suscrito en 1980 y adherido en 1998 por Costa Rica, y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores (llamada en adelante Convención Interamericana), suscrita por el país en 1997 y ratificada en 2001. Teniendo como antecedente normativo en nuestro país el artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) ratificada por Costa Rica en 1990, el cual se refiere a los traslados y retenciones ilícitos de personas menores de edad. Ciertamente la promulgación del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, pueden ubicarse dentro del desarrollo de la protección de los derechos de los niños y las niñas, los que durante las últimas décadas se han reconocido y desarrollado con fuerza creciente. Desarrollo donde la CDN continúa ocupando un lugar privilegiado que posiciona el principio del interés superior de la persona

menor de edad establecido en el artículo 3 de la citada Convención como fundamento básico de la interpretación legal (...) ²⁰¹

Se observa, como el Juzgado tiene claro que si bien es cierto ambas Convenciones regulan la materia de manera más específica, es la CDN en nuestro caso la que sigue teniendo un lugar privilegiado en nuestro ordenamiento, por lo que a la hora de la aplicación de las convenciones debe de observarse siempre el interés superior de la persona menor de edad y su desarrollo integral.

En Costa Rica se debe de tener presente en todo momento que en nuestro cuerpo normativo, las personas menores de edad son personas con derechos, que en razón de su edad disfrutan de una mayor protección la cual se plasma hoy en el reconocido principio del interés superior de la persona menor de edad(...) se impone como fundamento básico en la apreciación, valoración y resolución de los asuntos en que hay de por medio personas menores de edad y funciona como eje transversal para toda disposición o resolución judicial(...)la decisión judicial que al respecto se tome , deberá hacerse bajo la dirección de este principio que se impone como el elemento mas significativo para decidir la ejecución o no de la restitución. ²⁰²

En nuestro ordenamiento puede entonces encontrarse contradicciones a la hora de la aplicación de las Convenciones y la CDN ya que corresponden a concepciones diferentes en donde las Convenciones hacen referencia al apoyo incondicional de la autoridad parental y la CDN responde a una visión integral del niño, niña dejando de lado la interpretación adulto céntrica.

Sin embargo, en el caso particular de Costa Rica, lo que prevalece es la interpretación a la luz de la Convención de los derechos de los niños y las

²⁰¹ Juzgado de Niñez y Adolescencia. Sentencia número 247-2007. Expediente número 07-000049-673-NA. Solicitud de restitución de la menor B.A.H.T.

²⁰² Juzgado de Niñez y Adolescencia. Sentencia número 262-2006. Expediente número 06-000234-673-NA. Solicitud de restitución de la menor S.A.S.S.

*niñas. Frente a la interpretación adulto céntrica, donde se protegen los derechos de los padres, sobretudo en países que no han suscrito la CDN, para el caso costarricense prevalece la interpretación en función del principio del interés superior de la persona menor de edad y cuando haya confrontación entre los derechos de estos y los derechos de custodia o guarda de los padres.*²⁰³

Ahora bien de acuerdo a lo que se señaló anteriormente el Juzgado a la hora de aplicar los Convenios ha tenido claro que prevalece el interés superior de la persona menor de edad, frente a la visión adulto céntrica de las Convenciones, lo que no deja de ser un problema. A pesar de que el Juzgado tenga clara la normativa aplicable, se complica la aplicación de los Convenios y la negociación con el país requirente cuando se enfrentan las disposiciones de las convenciones y el interés superior de la persona menor de edad.

De acuerdo a lo explicado por la Licda. Yerma Campos, si bien es cierto algunos países tienen una interpretación leal diferente de las Convenciones por el hecho de que no han suscrito la CDN, estos han sido comprensibles con los países que ya suscribieron la CDN, por que entienden que es deber de nuestro ordenamiento jurídico de sobreponer el interés superior de la persona menor de edad frente a los derechos de custodia de los progenitores.

Además cabe señalar que los países que no han suscrito la CDN ven la Convenciones de restitución y sustracción como un problema de competencia por lo que la resolución de la restitución es mucho más rápida y fácil en comparación con nuestro país.

En criterio de las suscritas se considera que el problema de el choque entre las convenciones y la CDN, es más que todo a nivel interno a la hora de la aplicación por cuanto se debe de tener cuidado con lo que se vaya a resolver, para no transgredir las disposiciones tanto de los Convenios como de la CDN. En relación con otros países el conflicto no ha llegado a ser mayor, debido a que la gran mayoría de países ya suscribieron la CDN y los que no la han ratificado se han mostrado comprensibles con la resolución de nuestro país a la luz del interés superior de la persona menor de edad.

²⁰³ Ibidem

5. Imposibilidad de localización de la persona menor de edad.

En cuanto a la localización de la persona menor de edad cabe señalar que dentro de los expedientes observados, no se presentó esta dificultad, sin embargo se considera oportuno de mencionar, ya que la imposibilidad de localización del niño, niña puede provocar retrasos en sede administrativa, lo que provoca que la solicitud judicial sea presentada en forma tardía existiendo mayor dificultad para el juez a la hora de resolver ya que de antemano a la resolución existe la posibilidad que el niño, niña se haya integrado en el nuevo ambiente por lo que el juez se ve limitado a observar solamente la integración del niño, niña provocada por su retención o bien traslado de su país de residencia habitual.

En la medida que la solicitud sea presentada lo antes posible al juez, éste puede observar con mayor detenimiento y flexibilidad la situación de la persona menor de edad en nuestro país. Mientras que de lo contrario se ve en la necesidad de observar la integración del niño, niña al medio ambiente al que fue trasladado o bien retenido.

En el caso de Costa Rica es importante hacer hincapié en que la localización de la persona menor de edad a pesar de que no es competencia del Juzgado, puede provocar retrasos en la resolución de la restitución, provocando de esta manera deficiencia en la aplicación del Convenio. En nuestro país el Organismo de Investigación Judicial no puede tomar parte en la localización del niño, niña, pues la sustracción internacional como se ha mencionado anteriormente no constituye un delito en nuestro ordenamiento. Debe quedar claro el hecho de que no significa que la sustracción internacional de personas menores de edad no se encuentra contemplada como delito, lo que sucede es que no se toma como delito cuando el sujeto activo de la sustracción es uno de los progenitores. El PANI ha trabajado con la oficina que tiene la INTERPOL en Costa Rica para lograr la pronta localización de la persona menor de edad y de esta manera cumplir con lo dispuesto en los Convenios.

6. Representación de los padres en el extranjero.

El Juzgado una vez más se enfrentó con un problema a la hora de definir quien tendría la representación de los padres en el extranjero, si bien es cierto el PANI tiene la obligación de representar los intereses del requirente, así como velar por el buen

cumplimiento de los Convenios, debe de presentarse otra persona a representar al progenitor o al requirente de la restitución. Asimismo se presentó el problema de quien cubriría los costos problemas surgidos por no haber Costa Rica hecho reserva de los artículos 24,26,42 del Convenio de la Haya y 31 de la Convención Interamericana.

Debido al problema que se presentó en un inicio para la representación de los padres en el extranjero, el Juzgado en un principio considero que la representación la debía asumir el PANI, pero luego de que tanto el PANI como el Juzgado discutieran al respecto se decidió consultar a la Dirección Ejecutiva de la Corte Suprema de Justicia, si existía la posibilidad de que se utilizaran a los curadores de la lista que maneja el Poder Judicial. En vista de que el Estado Costarricense no realizó la reserva necesaria para evitar cubrir dicha asistencia, la Dirección Ejecutiva de la Corte Suprema de Justicia aceptó brindar dicha asistencia jurídica a los padres y madres que necesitaran ser representados en territorio costarricense.

Señala la Licda. Yerma al respecto: “con la tramitación del primer caso a nivel judicial surgió la duda de quien debería brindar la asistencia jurídica al padre o madre que se encontraba fuera del país. Después de varias conversaciones con la Autoridad Central, y de investigar en distintas instituciones se logró que fuera el Poder Judicial quien proporcionara dicha asistencia, lo anterior mediante el nombramiento de un profesional en derecho de la lista de curadores procesales que maneja el Poder Judicial.”²⁰⁴

Con respecto al problema que se presentó en el Juzgado y al hecho de que el Estado debe de cubrir los gastos de representación de los padres y madres extranjeras, consideramos que es un aspecto relevante a tomarse en cuenta a la hora de la aprobación y ratificación de un Tratado Internacional. No es un secreto que nuestro país no se encuentra en posibilidades económicas favorables como para cubrir gastos que se pueden evitar con la reserva de algunos artículos de las Convenciones. Si bien es cierto nuestro país ya no se encuentra dentro del tiempo que se permite para realizar cambios al Convenio, cabe señalar que nosotras consideramos que lo anterior puede constituir un punto a negociar a la hora de la restitución por parte de la Autoridad Central ya que podría acordar con la otra Autoridad ayuda al respecto, pero como un asunto de cooperación internacional, en cada caso en particular, explicándoles que si no es posible dicha cooperación el Estado costarricense asumiría dichos gastos.

²⁰⁴ Estos datos se obtuvieron en entrevista realizada el 22 de Octubre del 2007 a la Licda Yerma Campos, en el Juzgado de Niñez y Adolescencia de l Primer Circuito Judicial de San José

Casos de Restitución Internacional de personas menores de edad conocidos en el Juzgado de Niñez y Adolescencia.

De conformidad con lo que se señaló en páginas anteriores, se reitera en el hecho de que en el Juzgado de Niñez y Adolescencia, son pocos los casos que se han tramitado en relación con las convenciones de Sustracción y Restitución Internacional de personas menores de edad. De acuerdo a lo que nos señaló la Licda. Yerma Campos, son máximo 12 o 13 los casos que se han conocido en el Juzgado.²⁰⁵

El primer caso de restitución que se conoció en el Juzgado se empezó tramitando en el año dos mil tres y su resolución no fue sino hasta el año 2006, se observó que en este primer caso conocido por el Juzgado de Niñez y Adolescencia se presentaron diversas dificultades que a la fecha en su mayoría han sido superadas.

El análisis que se realizó en el Juzgado de Niñez y Adolescencia parte de cinco expedientes brindados a las suscritas para realizar el estudio, sin embargo cabe señalar que se utilizaron algunos otros votos relevantes para llegar a conclusiones acerca de las dificultades que se presentan en el Juzgado para la aplicación de los Convenios.

Ahora bien como observaciones generales de los expedientes brindados se pueden tener las siguientes:

1. En los cinco expedientes siempre el Juzgado resolvió a la luz del interés superior de la persona menor de edad intentando dejar de lado la interpretación adulto céntrica que se puede observar en los Convenios, esto sin perder la perspectiva de la obligación por parte del Juzgado de aplicar las demás disposiciones de los Convenios.
2. Cuatro de los casos brindados a las suscritas fueron conocidos mediante el proceso sumarísimo especial. Solamente uno de los casos fue conocido como abreviado.
3. En cuatro de los casos la resolución fue rápida con excepción del primer caso tramitado, que tal y como de dijo anteriormente por haber sido este tramitado como un abreviado se tardó más que los plazos deseables para la resolución de la

²⁰⁵ Estos datos se obtuvieron en entrevista realizada el 7 de agosto del 2007, a la Licda. Yerma Campos, en el Juzgado de Niñez y Adolescencia de l Primer Circuito Judicial de San José.

restitución. En los demás casos, por el contrario, fueron resueltos con rapidez, sin dejar de lado la observancia del debido proceso.

4. En su mayoría, las solicitudes de restitución fueron rechazadas, de acuerdo con diferentes fundamentos se declaró sin lugar la restitución de las personas menores de edad. Solamente en uno de los casos que se llegó a acuerdo conciliatorio se dio efectivamente la restitución. Cabe señalar que en otros dos casos el fallo de primera instancia aceptó la restitución de la persona menor de edad, pero en uno de estos se revocó la sentencia y se negó la restitución de la persona menor de edad; el otro caso en el que se aceptó la restitución se encuentra pendiente de resolución de apelación en segunda instancia.
5. Otra de las observaciones generales es que, por lo general, en materia de aplicación de tratados, el Juzgado procura que solamente resuelva una persona para que los criterios, a la hora de resolver en cada caso, sean similares y de esta manera evitar contradicciones.
6. Se observó, además, como criterio personal, que la forma en que resuelve el Juzgado de Niñez y Adolescencia es similar a la manera en que lo hace el Tribunal, es decir, las apelaciones, tanto en el Juzgado de Niñez y Adolescencia como en el Tribunal, aplican para la resolución los mismos criterios, por cuanto las suscritas consideramos que el nivel de conocimiento y comprensión tanto en el Juzgado como en el Tribunal es muy similar. Cabe aclarar que lo anterior es con el fin de hacer alusión al hecho de que las personas encargadas de aplicar los Convenios se han esforzado por tener un buen conocimiento de éstos, así como una buena comunicación entre quienes los aplican, para perfeccionar y evitar las contradicciones, así como los errores en la resolución de los casos.

CONCLUSIONES

El tratamiento a favor de la protección de las personas menores de edad data del último siglo, es decir, a pesar de que estos siempre han existido, es hasta hace poco que se da un reconocimiento de ellos, en razón de su especificidad.

El reconocimiento de los niños, las niñas y adolescentes se ha dado a raíz de la importancia que se les ha prestado a los Derechos Humanos. Quienes conocen del tema reconocen que la protección para este sector de la sociedad ha sido difícil, ya que se ha tenido que modificar por completo la visión que se ha tenido desde hace muchos años.

El recorrido para lo que se conoce hoy en día como la protección integral de los niños, las niñas y adolescentes parte del reconocimiento de éstos como objetos de protección para pasar en nuestros tiempos a ser sujetos de protección.

La protección de los derechos de la infancia solo se puede lograr, si se elimina y supera por completo la concepción de que las personas menores de edad se protegen en razón de ser sujetos débiles e inferiores a las personas adultas. La niñez merece protección en razón de que todas las personas menores de edad deben ser consideradas como sujetos de derechos y no por lástima ni compasión.

Se puede, además, concluir que parte del respeto de los derechos de este sector de la sociedad parte del reconocimiento por parte del Estado de las diferentes actividades de la sociedad, al tomar en cuenta su opinión mediante los medios adecuados para su participación.

En cuanto a las doctrinas que son la base para el desarrollo de esta investigación, podemos concluir que si bien la Doctrina de la Situación Irregular en nuestros días debe estar completamente superada, no se debe dejar de lado que provoca, en un inicio, la atención para este sector vulnerable de la sociedad. Entonces, a pesar de que esta doctrina provoca una división en la infancia, pone en el foco de atención a la población infanto-juvenil.

Con la Doctrina de la Protección Integral, se logra una de las mayores metas en relación con los derechos de las personas menores de edad: romper con la Doctrina de la Situación Irregular y lograr el reconocimiento y la protección de los derechos de ese grupo específico de personas.

Con la aplicación de esta doctrina, se da un giro total en la legislación existente en relación con la materia, por lo que se obliga a los países a realizar reformas en la

normativa vigente, lo que tomó bastante tiempo y hasta en nuestros días tenemos que estar trabajando en el tema.

La Declaración de los Derechos del niño está basada en cuatro principios fundamentales: la persona menor de edad como sujeto de derechos, el interés superior de la persona menor de edad, su prioridad absoluta y su participación.

Se supone que la Doctrina de la Protección Integral debe imperar en la resolución de los casos, sin embargo, no debe olvidarse que la Doctrina de la Situación Irregular se encuentra adherida a nuestras mentes por lo que, a pesar de los esfuerzos por parte de muchos, su erradicación o bien superación se logrará con el pasar de los años. La educación y capacitación adecuadas por parte del Estado, así como demás organismos e instituciones comprometidos con la niñez, son factores fundamentales para la superación de los conceptos que plasmó esta doctrina en los diferentes ordenamientos jurídicos.

En cuanto al interés superior de la persona menor de edad, se puede concluir que éste se tomaba como una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples consideraciones y, peor aún, no sólo de carácter jurídico, sino también de carácter social, lo que debilitaba la tutela efectiva de los derechos, permitiendo un amplio margen de discrecionalidad de la autoridad e impidiendo una interpretación uniforme.

Después de la Convención de los Derechos del Niño, las personas menores de edad dejaron de ser objetos sociales deseables y pasaron a ser un principio garantista, en donde se obliga a la autoridad a armonizar con la concepción de Derechos Humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder, superando el paternalismo típico que ha caracterizado el tema relativo a la niñez y adolescencia. Así, debe abandonarse por completo cualquier interpretación paternalista. Además, se concluye que el interés superior de la persona menor de edad puede ser visto como un límite u orientación de soluciones, ya que mediante su interpretación se construye una decisión que protege efectivamente los derechos amenazados o vulnerados de las personas menores de edad.

Se concluye, además, que la normativa tanto del Derecho Internacional Público como del Derecho Internacional Privado se ha centrado, en el último siglo, en la protección a la niñez. Ambas ramas del Derecho Internacional han logrado que evolucione el concepto hacia la protección de las personas menores de edad, con el fin de que sean consideradas como sujetos de derechos de la sociedad. El Derecho Internacional Público ha desarrollado la normativa general de protección para las

personas menores de edad, mientras que el Privado ha procurado unificar las normas que protegen a los niños, las niñas y adolescentes.

En la medida de que se logre integrar la normativa internacional en el ordenamiento jurídico interno, en el caso que nos ocupa, el Estado costarricense se evita incurrir eventualmente en responsabilidad internacional, debido a las diferentes obligaciones que ha adquirido a partir de la ratificación de una amplia gama de tratados y convenciones internacionales en la materia.

Por su parte, acerca de la legislación nacional en materia de niñez y adolescencia, se puede considerar como amplia, sin embargo, con ella no está asegurada la debida protección de la niñez. Si bien debemos estar orgullosos de la normativa nacional respecto a la materia, no es suficiente, ya que se está dejando de aplicar o, bien, no se conoce a cabalidad la interpretación que debe realizarse de ella. Existe, además, en el país, una gran necesidad de capacitar a los diferentes funcionarios y personas que tratan la materia.

El Juzgado de Niñez y Adolescencia surge a raíz de la necesidad de que existan instancias judiciales que conozcan específicamente esta materia. A pesar de que con la creación del Juzgado se amplían los horizontes en nuestro país, no es suficiente el esfuerzo del Estado, ya que éste debe proporcionar dicha especialización a todo el país.

No nos podemos conformar con un solo Juzgado de Niñez y Adolescencia que tiene competencia únicamente para la provincia de San José.

De acuerdo con lo estudiado y observado acerca del Convenio sobre Adopción Internacional y la aplicación en el Juzgado, se puede concluir lo siguiente:

El origen de la adopción se remota a tiempos antiguos y tiene su desarrollo en el Derecho Romano, como parte del Derecho de Familia. Empezó siendo un contrato con objetivos económicos, políticos y con el fin de continuar la familia. Poco a poco, fue evolucionando y aparecieron las características con las que contamos en nuestros días, como el rompimiento completamente del vínculo parental, el carácter de irrevocabilidad, la obligación alimentaria entre las partes, entre otras.

En el nivel nacional, dentro de esa evolución, uno de los momentos más importantes se da con la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, la cual incluye dos principios fundamentales en cuanto la adopción internacional: el del interés superior y el de la subsidiariedad.

En 1995, Costa Rica ratifica el Convenio con lo que, en consecuencia, se modifica la legislación relacionada con la materia.

Por su parte, concluimos que el término adecuado para la figura de la adopción y el que tomamos como base para realizar nuestro trabajo es el que ve a dicha figura como una institución jurídica de integración y protección familiar, de orden público e interés social, para la cual se constituye un proceso jurídico y psicosocial, mediante el cual el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos, en calidad de hijo o hija.

En Costa Rica se encuentran dos tipos de sistemas de adopción: el primero es basado en una naturaleza contractual, en el cual se permite la entrega directa como una potestad materno-paterna y se desconocen ciertos procesos psicológicos previos y posteriores a la adopción. En este sistema no se reconocen los derechos de la nacionalidad e identidad, por lo que se le da prioridad a la adopción nacional, dejando la internacional únicamente de manera excepcional. En este caso, el sistema viene a justificar la adopción como un acto de carácter caritativo y doctrinalmente viene a ser ubicado en el Derecho de Familia.

El segundo sistema ve la adopción como un hecho psicosocial y jurídico, de forma que tiene como punto de partida el principio del interés superior de la persona menor de edad, en tanto el derecho que tiene éste a la mejor familia posible. En ese sistema se toman en cuenta las acciones de una entidad central que garantice los procesos psicosociales, de selección, preparación y evaluación de la situación completa y se toma como prioridad la adopción nacional. Por su parte, se deja la internacional como excepción. Finalmente, se conceptualiza la adopción como un derecho y, doctrinalmente hablando, ubica la institución en el Derecho de Personas Menores de Edad.

Los efectos de la adopción vienen a ser que entre adoptante y adoptado se establecen los mismos vínculos jurídicos que unen a los padres con los hijos e hijas consanguíneos, de manera que el adoptado se desvincula total y absolutamente de su familia consanguínea por lo que no goza de obligaciones ni derechos por razón del parentesco con sus ascendientes o colaterales consanguíneos, aunque conserve los impedimentos matrimoniales en relación con la familia consanguínea, al igual que los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso, cuando el adoptado sea hijo o hija del cónyuge del adoptante.

Otro de los efectos de la adopción es que, en relación con el término y la suspensión de la patria potestad, para la adopción regirá lo estipulado en el Código de Familia. Por último, la adopción es irrevocable, esto es, no se puede revertir.

En cuanto a los tipos de adopciones, se pueden dividir dependiendo del número de personas que la realicen, de manera que pueden ser conjuntas o individuales. Si tomamos en cuenta si el adoptado va a ser trasladado del territorio donde se encuentra puede ser nacional o internacional y, dependiendo del proceso, puede ser directa o por medio del PANI.

La adopción internacional debe tenerse como una solución para brindar una familia a un niño o niña en condición de adaptabilidad psico-socio-legal y cuando la autoridad central haya dado por agotada la ubicación en familia idónea con residencia habitual en el país. Se concibe también como otro medio para cuidar al niño o niña, pero únicamente cuando no puedan ser ubicados en una familia en el país de origen, es decir, es de carácter subsidiario.

Sin embargo concluimos que cuando se presenta al Juzgado una adopción directa, donde la autonomía de la voluntad debe valorarse frente al interés superior de la persona menor de edad, el Juez debe solicitar al PANI un informe a cerca de la adoptabilidad de la persona menor de edad. Si bien concluimos que dicho informe no requiere ser vinculante para la decisión del Juez, éste puede ayudar a que se eviten las adopciones directas en donde se encuentra de por medio algún tipo de dinero.

Además, concluimos que uno de los requisitos fundamentales es que esta adopción garantice que la persona menor de edad adoptada tenga salvaguardias y normas equivalentes en relación con el país de origen; asimismo, debe darse mediante acuerdos bilaterales o multilaterales y por medio de las autoridades competentes.

El Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional viene a recalcar los dos principios fundamentales que anteriormente positivizó la Convención los Derechos del Niño, que vienen a ser el principio de subsidiaridad y el del interés superior de la persona menor de edad. El objetivo primordial de la Convención es organizar y ordenar la cooperación entre los Estados parte que se encuentran participando en procedimientos de adopción internacional, siempre tomando en cuenta los principios supramencionados.

El PANI es el ente encargado, por precepto constitucional, de la protección de la niñez y la adolescencia, así mismo, viene a ser la autoridad central en relación con la materia; por consiguiente, como una de sus funciones tiene el derecho de interponer su oposición en litigios relacionados con el tema.

El principal problema encontrado en nuestro país en relación con las adopciones internacionales de entrega directa es la discrepancia que existe entre la autoridad central

y el Juzgado, ya que para el PANI no se está aplicando el principio de subsidiaridad. El Juzgado parte señala que, por medio de la autonomía de la voluntad, se goza del derecho de dar en adopción directa a la persona menor de edad.

En todos los expedientes estudiados por las suscritas para realizar el trabajo se ve cómo el PANI se opone a todas las adopciones estudiadas por el hecho de ser de tipo directo. El argumento con el que cuenta el Patronato es que el principio de subsidiaridad desprendible del Convenio establece como presupuesto la necesidad de que se agoten primero las posibilidades de ubicar a las personas menores de edad en familias nacionales, como condición previa antes de recurrir a las extranjeras. Se dice que el Convenio le atribuye a una Autoridad Central, en nuestro país el Consejo Nacional de Adopciones, la función ineludible de controlar todas las adopciones internacionales que se vayan a tramitar internamente, llámense promocionadas por el PANI o privadas por entrega directa, pues en ningún artículo se hace ninguna distinción para su aplicación con menores de edad bajo custodia del PANI o los que son dados directamente por sus padres.

Por otro lado, la posición del Juzgado viene a ser que en la vía administrativa se da el estado de adoptabilidad por medio del órgano encargado, pero únicamente en los casos en que los niños y las niñas estén institucionalizados, no en el caso de personas menores de edad que hayan sido DIRECTAMENTE entregados por sus progenitores a los adoptantes. Únicamente el juez tiene la potestad de valorar y decidir bajo el interés superior de la persona menor de edad si, en los casos que se someten a su conocimiento, los padres tienen justificación válida para el desprendimiento de su hijo.

La función exclusiva encargada a la autoridad judicial es comprobar los requisitos que la ley exige y velar por que se cumplan en la especie los principios que rigen la materia, por ende, la entrega directa por parte de los progenitores está expresamente prevista y no ordena en modo alguno la intervención estatal para la constitución de este acto voluntario propio de los progenitores en ejercicio de la autoridad parental, por lo que únicamente al juzgador que tramita la adopción le compete valorar las razones aducidas en ese desprendimiento, tomando siempre el principio rector, esto es, el interés superior de la persona menor de edad.

La función del Juzgado no es corroborar que se haya cumplido el principio de subsidiariedad; eso corresponde a una fase previa, la administrativa, pero en el caso de las adopciones internacionales directas no se da, porque sería prácticamente imposible, ya que el PANI no tiene conocimiento alguno del niño que se pretende adoptar hasta que el asunto llega a sede judicial. En consecuencia, el Juzgado no podría constituirse

como órgano con funciones que no le son propias y que, por lo demás, atentarían con el derecho de accionar que se obtiene del artículo 41 de la Constitución Política.

Consideramos que el choque que existe entre el PANI y el Juzgado se da porque éste aplica la ley y en la medida de que la ley siga como está y no pueda cambiarse por la vía de la interpretación, se aplica lo que dispone el ordenamiento jurídico. Consideramos, a manera de conclusión, que debe buscarse una medida que integre ambas posiciones.

Otro de los problemas encontrados es que el supuesto seguimiento que debería darse tras la adopción internacional tampoco se da como debería ser.

El mayor problema encontrado en relación con este tema es la adopción internacional directa que es regulada de una manera muy abierta, lo que puede dejar espacios para que se den beneficios económicos entre las partes. Por lo anterior, debe encontrarse un ente fiscalizador que evite que este dinero medie como parte de la adopción, pensando siempre en el interés superior de la persona menor de edad y el beneficio que conlleva encontrar la mejor familia para su desarrollo.

Otro problema relacionado con la misma figura que se logró observar es que el PANI pretende que todas las personas menores de edad sean colocadas por la institución para asegurarse de que se haga de la mejor forma, eliminándose la adopción directa pero, en vista de la falta de recursos y el retraso para la resolución en vía administrativa, es imposible de realizar. Reconocemos que sería la mejor opción pero en la realidad no se está logrando y miles de personas menores de edad siguen viviendo en albergues en condiciones pésimas, mientras podrían estar en un hogar con condiciones mucho mejores.

En cuanto al estudio realizado y a las observaciones en el Juzgado de Niñez y Adolescencia, se puede concluir lo siguiente acerca de los Aspectos Civiles del Convenio de la Haya en materia de Sustracción Internacional de personas menores de edad:

La sustracción internacional consiste en el traslado o, bien, la retención ilícita de un menor de edad. La ilicitud de la retención o el traslado radica principalmente en el hecho de que se produce como un acto de violación o abuso de los derechos que ejercían de manera separada o conjunta los progenitores de las personas menores de edad o, bien, sus guardadores así como cualquier institución antes de ocurrir el hecho, lo

anterior, de conformidad con la ley del país de residencia habitual de la persona menor de edad.

A raíz de la investigación se puede concluir que generalmente la acción es cometida por uno de los padres, por cuanto una vez que se da la separación o divorcio de la pareja, uno de ellos se enfrenta con el temor de separación del lado de su hijo, hija, entonces, ésta se produce principalmente por razones de índole afectiva, con el fin de mantener a la persona menor de edad a su lado.

El fin de trasladar a la persona menor de edad no es con propósito o mediante algún medio ilícito, ya que nos estaríamos enfrentando con otro tipo de figura. Tampoco se trata de un secuestro, ya que en este se priva de libertad a la persona menor de edad con el fin de obtener alguna remuneración, lo que no sucede con la sustracción. Se diferencia, además, la figura de la sustracción internacional de persona menor de edad o incapaz, pues este último no puede ser cometido por uno de los padres.

Debe quedar claro, entonces, como conclusión de la presente investigación que en ningún momento se presenta en la sustracción algún otro fin que no sea afectivo, a pesar de que la retención o el traslado de la persona menor de edad se realicen mediante un acto ilícito.

Con la expansión de la regulación relativa a la protección de los derechos humanos, incluidos en estos los de la niñez y la adolescencia, se empiezan a regular las figuras de la sustracción y su respectivo efecto civil, por ejemplo, la restitución de la persona menor de edad a su país de residencia habitual.

Hoy en día contamos con instrumentos especializados en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad, tanto en el nivel nacional como internacional. Sin embargo, la sola promulgación de normas no es suficiente para combatir el problema, ya que éste requiere de compromiso en el ámbito interno y externo, para lograr una efectiva aplicación de las medidas que corresponden a la materia.

La aplicación de ambos tratados en el Juzgado ha sido un arduo trabajo para los operadores judiciales, ya que deben velar por el cumplimiento del Tratado, bajo lo que dispone la Doctrina de la Protección Integral. Para no violar lo que dispone esta doctrina, el Estado costarricense ha tenido que integrar las disposiciones del Tratado junto con la doctrina que impera en nuestro ordenamiento jurídico para la protección de las menores de edad.

El problema de la aplicación de los tratados en el Juzgado de Niñez y Adolescencia radica en que este tiene una trayectoria corta en la resolución de los casos y su jurisprudencia es poca, por lo que al tomar decisiones para su aplicación, se está prácticamente innovando en la materia.

Así como todo trabajo requiere de experiencia, se hace visible en el Juzgado que en este se hace novedosa la aplicación de los tratados, por lo que la resolución de los casos se encuentra en manos de pocas personas, de forma que la capacitación y el compromiso de estos debe ser aún mayor para evitar una mala aplicación.

La falta de capacitación de personal para la aplicación de los tratados puede provocar eventualmente que el Juzgado incurra en algún tipo de error, que provoque la desprotección de la niñez.

A pesar de que es poco el personal capacitado en la materia, quienes han luchado por la actualización profesional y el estudio de la normativa internacional, han logrado que Costa Rica sea uno de los pocos países que presenta, en el nivel internacional, menores problemas en cuanto a la aplicación de los dos convenios analizados en el presente trabajo final de investigación.

Para aplicar el Convenio relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, se ha tenido que realizar una ardua labor, a fin de plasmar la parte dispositiva de los Convenios en las procesales, que corresponde a la labor creativa del juez.

Todos los casos relativos a la sustracción internacional y la restitución de la persona menor de edad, deben ser resueltos bajo la Doctrina de la Protección Integral, ya que la principal decisión es con respecto al interés superior de la persona menor de edad.

En el caso de que el Juzgado no tome en cuenta el interés superior de la persona menor de edad, estaría pasando por alto la principal normativa relativa a los niños, las niñas y adolescentes en nuestro país. Los operadores judiciales tienen claro -al menos los que se encuentran en el Juzgado de Niñez y Adolescencia- que se debe aplicar el Tratado de Restitución Internacional de Menores y el de los Aspectos Civiles de la Sustracción, siempre y cuando el interés de la persona menor de edad sea superior a los intereses de los progenitores, esto, sin ignorar lo que piensen estos últimos al respecto.

En cuanto al cumplimiento del Tratado en el Juzgado, puede decirse que se ha luchado por que se cumplan a cabalidad las disposiciones que se acordaron en La Haya,

sin embargo, en un principio, el Juzgado se enfrentó a diversos problemas que en un momento impidieron la aplicación real y efectiva del tratado.

Uno de los principales problemas con los que se enfrentó el Juzgado fue con respecto a los plazos y la forma mediante la cual se tramita el caso. Los plazos que se establecen en el Tratado son cortos, lo que se le dificultó al Juzgado en un inicio. Con la creación de un proceso especial de resolución para los casos relativos a la restitución internacional de las personas menores de edad, se han reducido los plazos a tal punto de que en un inicio se duraba alrededor de dos años y con la última actualización que se hizo en el Juzgado, las resoluciones están tardando aproximadamente tres meses.

Entonces, a pesar de que se ha logrado un avance significativo en cuanto al cumplimiento de los trámites, se incurre aún en incumplimiento de lo que dispone el Tratado. Consideramos que una de las razones por las cuales el Juzgado se retrasa más es debido al incumplimiento por parte de las autoridades centrales en cuanto a la presentación completa de la solicitud de restitución

Además, se concluye que el tipo de proceso si bien es reducido en un máximo por ciento, se podría agilizar aún más con la reforma procesal de la rama del Derecho de Familia, por cuanto se propondría un proceso completamente oral, lo que disminuye el tiempo de resolución.

Por último, con respecto a los plazos que se manejan en el Juzgado, concluimos que el proceso formulado es semejante a lo dispuesto en la última reunión de expertos, en donde se propone una ley modelo, con el fin de solucionar los problemas que en general se están generando en los estados que aplican el Tratado.

Lo anterior comprueba que el juez debe interpretar los convenios y crear lo necesario para su cumplimiento. En el nivel interno, el Juzgado debe perfeccionar los mecanismos para la resolución de los casos, para que de esta manera sean varias las personas que conozcan acerca del tema y no se arriesgue una resolución contraria al interés superior de la persona menor de edad y las disposiciones de los convenios.

Así mismo, se concluye que a pesar de que la labor del Juzgado ha sido en general positiva en cuanto a la aplicación de los Tratados, debe estar cumpliendo con la implementación de diferentes programas de capacitación y guías de aplicación de acuerdo con las experiencias que han surgido luego de la interpretación creativa que se ha tenido por parte de los jueces que lo integran.

Con respecto a la hipótesis, debemos de señalar las siguientes conclusiones:

En la hipótesis que se plantea al principio de la investigación se pretende demostrar que los jueces deben ir más allá de lo que se establece en la legislación nacional, pero además se comprueba, con el estudio de los casos del Juzgado, que deben ir más allá de lo que se establece en el ámbito nacional. Más bien, el Juzgado, así como todos los operadores judiciales, requiere velar por que se dé una adecuada integración así como correlación de las normas. Lo anterior, con el fin de que la normativa nacional sea ampliada con la norma internacional, siempre de una manera más favorable para la niñez.

A pesar de que en términos generales el Juzgado ha cumplido con la labor que se le ha encomendado, cabe señalar que la hipótesis de la investigación señalada en un inicio ha sido parcialmente comprobada, pues el Juzgado no constituye un aporte por parte del Estado Costarricense, por cuanto éste último se encuentra obligado a implementar y crear los mecanismos e instancias necesarios para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el plano internacional. Entonces, aunque el Juzgado contribuye a que se esté más cerca de la protección real y efectiva de la niñez, el Estado costarricense está obligado a esto y a más, ya que debe impulsar y facilitar la creación de esta jurisdicción especial, para de esta manera no se violente lo que dispone nuestra Constitución Política en el artículo 41.

De manera general y como producto de la presente investigación se concluye lo siguiente:

Es absolutamente necesario que en nuestro país se tome en cuenta la normativa internacional para la resolución de los casos; además, al resolver los casos, es absolutamente necesario que se difundan, en la población costarricense, las disposiciones de los convenios vigentes, para que de esta manera sea más recurrente su aplicación a solicitud de los habitantes.

La falta de comunicación y apoyo entre la autoridad central y el Juzgado de Niñez y Adolescencia da como resultado que se presenten problemas al aplicar los tratados.

Además, por la falta de coordinación entre ambas Instituciones, se dificulta el estudio de la aplicación de los tratados, tanto en el Juzgado como en la autoridad central.

Se concluye, por su parte, que esta autoridad, en algunas oportunidades, no respeta los límites que tienen los operadores judiciales para resolver los casos.

En cuanto al poder que tiene un Juez de familia, como en el Juzgado de Niñez y Adolescencia, cabe mencionar que debe utilizarse con mucho rigor y profesionalismo. Lo anterior, por cuanto las herramientas que poseen los jueces en esta materia son suficientes para que, lejos de estar cerca de la justicia, se cometan graves injusticias en el momento de la resolución de los casos.

En la investigación realizada se pudo observar cómo dichos poderes actualmente son utilizados con cautela en el Juzgado, debido a que en estos momentos quienes resuelven los casos que se presentan son personas comprometidas con el tema de la protección a la niñez.

RECOMENDACIONES.

En cuanto a la aplicación del Convenio sobre la Adopción y Cooperación Internacional, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Que se presente a la Asamblea Legislativa un nuevo proyecto de Ley para la reforma del inciso c) del artículo 109 y el artículo 113 del la Ley 5476, Código de Familia de Costa Rica. Proyecto de reforma de el Código de Familia y el Reglamento de Adopciones.

- Que el proyecto de Ley contenga las especificaciones del caso, con el fin de restringir la figura de la adopción directa, pero que no resulte un atraso para la cooperación con los demás países para la adopción internacional, en atención del interés superior de la persona menor de edad. La reforma del Código de Familia no debe prestarse para que se interprete que la declaración de adoptabilidad del PANI es un requisito obligatorio y, en segundo lugar, que el informe sobre la adoptabilidad y el principio de subsidiariedad que envía el PANI al Juzgado sea vinculante.

- En caso que se logre presentar un nuevo proyecto de reforma de Ley a la Asamblea Legislativa, el PANI, en lo interno de la institución, debe brindar capacitación y apoyo a todos los funcionarios y funcionarias, en cuanto al estudio de la adoptabilidad de la persona menor de edad. Con dicha capacitación se debe buscar que, una vez presentada al Juzgado una adopción directa y se realice la consulta al PANI, los fundamentos presentados al Juzgado a favor o en contra de la adopción sean de peso como para que el juez cuente con herramientas importantes para decidir acerca de la adopción internacional de la persona menor de edad. Con la anterior recomendación se pretende evitar que el PANI rinda al Juzgado un informe negativo e infundamentado.

Por último, se recomienda la posible descentralización del PANI, ya que en gran medida los problemas para la aplicación de los Tratados en el Juzgado de Niñez y Adolescencia obedecen a retrasos por parte del Patronato, ya sea como representante de la persona menor de edad o, bien, como autoridad central.

Ahora bien, adentrándonos en la aplicación del Tratado sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores se realizan las siguientes recomendaciones:

- Es importante realizar un estudio acerca de los principales conceptos que menciona la Convención, a saber: derecho de custodia, residencia habitual, derecho de visita, traslado ilícito, grave riesgo, situación intolerable, principios fundamentales en

materia de protección de los derechos humanos, etc., por cuanto si bien existe un informe explicativo de la Dra. Pérez Vera, es necesario definir los conceptos en el nivel interno. Se considera que desarrollar doctrinariamente los conceptos de acuerdo con nuestro Derecho interno facilitaría la comunicación de los jueces y la debida aplicación del Convenio.

Así mismo, se recomienda cumplir con la invitación por parte de La Haya en cuanto a la elaboración cronogramas y sistemas estructurales para que, de esta manera, se defina la forma en que se tramita el proceso en vía judicial, construyendo uno expedito que permita el cumplimiento de los plazos que establece el Convenio.

El Juzgado de Niñez y Adolescencia en la actualidad aplica el Convenio mediante un proceso especial, sin embargo, dicho proceso no se encuentra estructurado para eventualmente ser integrado en la reforma procesal de familia, lo que sería bastante positivo, ya que facilitaría su integración en la parte de aplicación de los Convenios en materia de niñez y adolescencia.

Se recomienda, además, seguir de cerca los avances en cuanto al proyecto de ley modelo que se está discutiendo en el Instituto Interamericano del Niño, por cuanto si en algún momento se logra que dicha ley modelo sea de obligatorio acatamiento para los países partes del Convenio, la adecuación con nuestro ordenamiento jurídico interno no sería de mayor trámite. Con lo anterior se evitaría una eventual modificación del proceso, por que la idea sería ir adecuándolo poco a poco e integrando los avances que actualmente aplica el Juzgado.

En lo referente al problema presentado en un inicio acerca de la posible doble representación de intereses, se considera apto estudiar y valorar la experiencia de otros países con respecto a las autoridades centrales. Tal y como se mencionó en el desarrollo de la investigación, en otros países la autoridad central para la aplicación del Convenio recae sobre un departamento especializado en niñez y adolescencia en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Se recomienda, entonces, valorar la posibilidad de que en nuestro país la autoridad central sea el Ministerio de Relaciones Exteriores, dentro del cual debe capacitarse al personal y crear una sección especializada en la materia.

En cuanto a los resultados generales de la investigación, se hace relevante realizar las siguientes recomendaciones:

- Impulsar la creación de nuevos Juzgados de Niñez y Adolescencia para expandir a todo el territorio nacional la especialidad de la materia.

- Desarrollar talleres de discusión entre la autoridad central y el Juzgado o eventuales Juzgados de Niñez y Adolescencia para que la comunicación entre estos sea más fluida y se puedan tomar decisiones conjuntas que permitan una mayor protección a las personas menores de edad.

- Desarrollar una red de apoyo más coordinada y eficaz entre la autoridad central, las instancias judiciales y demás instituciones del Estado que conozcan los casos de aplicación de los Tratados Internacionales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

- Capacitar al personal de la Corte Suprema de Justicia para las comunicaciones judiciales, de esta manera se puede lograr que existan jueces especialistas que logren una adecuada comunicación entre los estados.

- Mejorar la capacitación tanto al personal que labora en los Juzgados de Niñez y Adolescencia, Juzgados de Familia y en la Autoridad Central.

- Propiciar la discusión de votos relevantes en los Juzgados en donde impere el interés superior de la persona menor de edad, para poco a poco erradicar de las mentes de los operadores jurídicos la Doctrina de la Situación Irregular y que éstos logren actuar en todo momento bajo los límites que contiene la Doctrina de la Protección Integral

- Impulsar la reforma procesal familiar y trabajar por que se incorpore en ella la especialidad de la materia de niñez y adolescencia.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

-ALGARRA, José (1899) *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. México: Editorial Ignacio Escalante.

ARELLANO GARCÍA, Carlos (1989). *Derecho Internacional Privado*, 9 edición. México: Editorial Porrúa.

- ARIES, Philippe (1973). *El Niño y la vida familiar en el antiguo régimen. El Derecho a tener Derecho*. Tomo I. Capítulo II. Venezuela: Editorial La Primera Prueba, S.A.

-ARROYO VARGAS, Roxana (1994). *Algunos elementos para una reconceptualización de los Derechos Humanos de los niños, las niñas y los y las trabajadoras de la calle*. San José, Costa Rica: ILANUD.

- AUGUST, Ray (1995). “Public and Internacional Law Text: cases and readings”. Citado en *Derecho Internacional Público I*. San José, Costa Rica: Edición 2005.

- Derechos de los niños (compilación de convenios internacionales). Madrid, España: Editorial McGraw Hill, 1998.

- ESTÉVEZ, Carlos (1993). “Derechos Humanos, Globalización y Desarrollo”. En: *Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo en América Latina*. Bogotá – NOVIB: Editorial Presencia Limitada.

- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1995). “Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: modelos y tendencias”. En *Derecho a la infancia–adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Segunda edición. Colombia: Editorial Forum Pacís.

- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y otro. Citado por VICENTE SALAZAR, RODOLFO (1999). *Un vistazo a los antecedentes del Código de la Niñez y la adolescencia y la Ley de Justicia Penal Juvenil*. San José.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1992). *Infancia y Ciudadanía en América Latina. De la situación irregular a protección integral*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Córdoba.
- GARCÍA MENDEZ, Emilio (2001). "Las legislaciones infanto-juveniles en América Latina: modelos y tendencias". *Antología derechos de la niñez y la adolescencia*. Costa Rica: CONAMAJ. Escuela Judicial, UNICEF.
- GROSMAN, Cecilia (1998). *Los derechos del niño en la familia: discurso y realidad*, reimpresión de la primera edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.
- HABBA, Pedro (2005). *Axiología y Derecho*. Universidad de Costa Rica.
- JANA SÁENZ, Jaime (1987). *El derecho de los tratados y su régimen jurídico en Costa Rica*. San José: MIDEPLAN.
- JOSEPH WIGNAL, Guillermo (1971). *Costa Rica*. "Situación institucional para la protección de menores en déficit familiar." *Informe general sobre condiciones de la infancia, la juventud y la familia en Costa Rica*. San José, Costa Rica: Instituto de Investigaciones Sociales.
- KAMADA, Luis Ernesto (2003). *Restitución de menores*. República de Argentina: Ediciones Universidad Católica de Santiago del Estero.
- LECHNER Norbert (1977). "La crisis del Estado en América Latina". Citado por García Méndez, Emilio. *El derecho de "Menores" como derecho Mayor*. Caracas: El Cid Editor.
- MATA TOBAR, Víctor Hugo (1998). *Aplicabilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico de los Estados Centroamericanos*. San José, Costa Rica: CODEHUCA.

- MÁRQUEZ MATAMOROS, Arturo (2000). *Legislación Internacional sobre Derechos de los Niños: Aplicación y Obligatoriedad en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Ediciones Yala.

- O' DONNELL Daniel (2001). *La Convención sobre los derechos del niño, estructura y contenido, derechos de la niñez y la adolescencia* (antología). Costa Rica: CONAMAJ. Escuela Judicial, UNICEF.

- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2000). *Documentos básicos en materia de Derechos Humanos en el sistema interamericano*. Segunda edición. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA (1998). *Pasado, presente, futuro*, primera ed. San José, Costa Rica.

- RABANALES, Marvin (2001). *El nuevo derecho de la niñez*. Guatemala: Pronice.

- Red para la Infancia y la Adolescencia (2005). *Entre avances y retrocesos. Estudio de la situación de los Derechos Humanos de la niñez y la adolescencia en Centroamérica. 1998-2005*, primera edición. El Salvador: Talleres Gráficos UCA.

- SOROETA LICERAS, Juan (2003). “Los derechos del niño”, 2da edición. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Diles S.L.

- SCHWARZENBERGER, Georgs (1967). “Manual of Internacional Law”. Citado en *Derecho Internacional Público I*. San José Costa Rica: Edición 2005.

- TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique (2005). *Teoría General de la Niñez y la Adolescencia*, segunda edición. Santa Fe de Bogotá: Universidad de los Andes.

- THOMPSON, José (1986). “Fundamentos Histórico-Filosóficos de los Derechos Humanos”. En *Cuadernos de Estudio. Serie: Educación y Derechos Humanos. Temas introductorios*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericanos de Derechos Humanos.

- TREJOS SALAS, Gerardo Alberto (1999). *Derecho de Familia Costarricense*. Vol. 2. Costa Rica: Editorial Juricentro.

- UNICEF (2000). Ley de Justicia Penal Juvenil. *Lecciones aprendidas 11*. Costa Rica.

- VICENTE SALAZAR, Rodolfo (agosto del 2000). *Documento básico para la capacitación en el Código de la Niñez y la Adolescencia*. Patronato Nacional de la Infancia.

- VICENTE SALAZAR, Rodolfo (1999). *Un vistazo a los antecedentes del Código de la Niñez y la Adolescencia y a la Ley Penal Juvenil*. San José Costa Rica: Planchas y Suministros S.A.

ARTÍCULOS:

-BARATTA, Alessandro. “Infancia y Democracia”. En: *Compilación de Derechos Niños, Niñas y Adolescentes*. San José, Costa Rica: Patronato Nacional de la Infancia, 2005.

- CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. “Incorporación de los Convenios Internacionales al Derecho Interno. Resoluciones Judiciales”. En: *Revista Parlamentaria No. 1*. Vol. 2. San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa, agosto de 1994.

- CILLERO BRUÑOL, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires: Editorial Temis-Ediciones Desalma, 1999.

- GARCÍA MENDEZ Emilio. “La Convención Internacional de los Derechos de la Infancia: del menor como objeto de compasión–represión a la infancia–adolescencia como sujetos de derechos”. *Revista Foro Penal, No. 57*, julio de 1992.

- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Berloff, Mary (compiladores). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá y Argentina: Editorial Temis y Ediciones Desalma.

-GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Prehistoria e Historia del Control Socio-Penal de la Infancia: Política Jurídica y Derechos Humanos en América Latina*. En documento electrónico Pdf, 1994.

-HAGUE FORUM FOR JUDICIAL EXPERTISE ON PRIVATE INTERNACIONAL LAW. Citado por PÉREZ VERA, Elisa (2004). *Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de menores, de 25 de octubre de 1980*. El Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Informe explicativo y página de Bienvenida.

- JEAN BERNARD Marie. “Sistemas Nacionales de Protección de los Derechos Humanos”. En *Compilación de Derechos Niños, Niñas y Adolescentes*. San José, Costa Rica: Patronato Nacional de la Infancia, 2005.

- MAXERA, Rita. “La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: el caso de Costa Rica”. En *Compilación de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*. San José, Costa Rica: Patronato Nacional de la Infancia, 2005.

- MAXERA, Rita. “Comentario al Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica”. En: García Méndez, Emilio y Berloff, Mary (1999). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Tomo I, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires: Editorial Temis. Ediciones Desalma.

-MOLINA, José Luis. *Curso de Derecho Internacional Público I*. Apuntes de clase, 2005.

- ORTÍZ MARTÍN, Gonzalo. “Puntos de contacto entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público. Soberanía y orden público”. *Revista Judicial, No. 19*. Año V. Costa Rica, marzo de 1981.

- PIZA ROCAFORT, Rodolfo. "Notas relativas a las relaciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Costarricense". *Revista Judicial*, número 30, año IX. Costa Rica, setiembre de 1984.

- VICENTE SALAZAR, Rodolfo (2003). *Introducción a la Doctrina para la Protección Integral de los Niños*. Formato Electrónico.

TRABAJOS FINALES DE GRADUACIÓN:

-ANGULO FONSECA, Grethel Elena (2004). *Análisis de las medidas de protección: cuidado provisional en familias sustitutas y abrigo temporal en entidades públicas o privadas, dictadas por el Patronato Nacional de la Infancia y reguladas en el Código de la Niñez y Adolescencia*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.

-ALPÍZAR ROJAS, Jenny María; Garita Cousin, Franklin José y Peraza Burdof, Luis Alberto (1995). *El Patronato Nacional de la Infancia a la luz de la Convención de los Derechos del Niño*. Seminario de graduación para optar el grado de Licenciado en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

-CAMPOS, Yerma (2006). *Los tratados internacionales y la aplicación en el juzgado*. Tesis para optar al grado de Maestría. San José, Costa Rica: Universidad Nacional.

-CHACÓN MATA, Manuel Alfonso (1999). *Tutela y aplicabilidad de los derechos económicos sociales y culturales dentro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*. Universidad de Costa Rica. Trabajo Final de Graduación para optar al grado de Licenciado en Derecho.

-CHAMBERS RIVAS, Rose Mary; GRANADOS SOLERA, Vilma; HERZ LEAL, Giselle; LEAL VEGA, Luis; MURILLO MORA, Rocío; MURILLO SOLANO, German (1980). *El problema del niño abandonado en Costa Rica*. Seminario de graduación para optar al grado de Licenciado en Derecho. Costa Rica: Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho

-MONTERO SOTO, Karla (1998). *Código de la Niñez y Adolescencia: comentado y concordado*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.

-SOLANO BENAVIDES Oriana (2003). *Análisis de la normativa vigente en Costa Rica en materia de sustracción y restitución internacional de menores*. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

-SABORÍO JARQUÍN, Cinthya Verónica y LEITÓN UGALDE, Elizabeth (2002). *El cumplimiento de los derechos fundamentales establecidos en el Código de la niñez y la adolescencia de las personas menores de edad privados de libertad*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica. Tesis para optar al grado de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho.

-TREJOS ZAMORA, Ana María (2006). *Perspectiva de la Adopción Nacional e Internacional*, Heredia, Costa Rica, Universidad Nacional. Trabajo de Graduación de Maestría en Administración de Justicia.

-VILLEGAS ARCE Miguel Armando (1990). *Las obligaciones jurídicas establecidas al amparo de las convenciones de Derecho Internacional Privado de la Conferencia de la Haya*. Universidad de Costa Rica. Tesis para optar al grado de de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho.

-WU LIN Francisco (2000). *La responsabilidad internacional de los Estados en relación con los derechos de los menores*. Universidad de Costa Rica. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

ARTÍCULOS DE INTERNET

-ACCIÓN EDUCATIVA (2004). *De los Derechos Humanos a los Derechos de la Infancia*. Recuperado el 2 de febrero del 2007 de: http://www.ciudadesamigasdelainfancia.org/doc_download.php?id=9.

-ALZAMORA VALDEZ, Mario (1968). *Informe sobre el Documento del Grupo de Estudio Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*

*Relativa al establecimiento de Comisiones Regionales de Derechos Humanos.*_OEA/ser. L/ v/II.20.doc.

-BERLOFF, Mary (2004). *Protección Integral de Derechos del Niño vrs. Derechos de la Situación Irregular*. Recuperado el día ,tres de Julio del año 2007 de: www.pdhumanos.org/libreria/libro7/03%20F.pdf.

-CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). *Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios*. Recuperado el día, 15 de marzo del año 2007de:: www.iin.oea.org/cad_guia_de_estudio_modulo_2.htm - 26k.

-COSTA SARAIVA, Joao Batista (2004). *El Perfil del Juez en el Nuevo Derecho de la Infancia y la Adolescencia*. Recuperado el día 15 de Julio del año 2007, de: www.iin.oea.org/.../Cursoprojur2004/Guiaestudiomodulo4ProgramaSistemaJusticiaJuvenil.htm - 40k.

- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (1997-2006). 52° período de sesiones. *La promoción del derecho al desarrollo en el contexto del Decenio de las Naciones Unidas para la Erradicación de la Pobreza (1997-2006)*. Recuperado el día 29 mayo del año 2007 de: www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm - 76k.

- CUNNINGHAM, Hug (2005)“Los niños de los pobres”. *La imagen de la infancia desde el Siglo XVII*. Instituto Interamericano del niño. Recuperado el día 13 de marzo del año 2007 de: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Cursoprojur2004/Cad_Sist_Justicia_Juvenil_bibliografia.htm.

-GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1995). *La Convención Internacional de los Derechos del Niño y las Políticas Públicas*. Recuperado el 15 de mayo del 2007 de: http://www.iin.oea.org-Cursos_a_distancia-La_Convención_Internacional_E.García_Mendez.pdf.url.

- INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO (IIN). Organización de los Estados Americanos (OEA). *Programa Interamericano de Cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción Internacional de menores por uno de sus padres*. Recuperado el

24 de julio del 2007 de: <http://www.summit-americas.org/Quebec-Children/IIN-Programa%20interamericano.doc>

- INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO (IIN). Organización de los Estados Americanos (OEA). Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por Uno de sus Padres. *Propuesta de la Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores al Consejo Directivo del IIN*. Recuperado el 24 de julio del 2007 de: iii.oea.org/IIN/pdf/publicaciones/Sustracción.pdf Organización de Estados Americanos.

-KAMADA Luis Ernesto. *Restitución de menores* Recuperado el 25 de julio del 2007 de: <http://www.infanciayjuventud.com/anterior/academia/academ11.html>.

-MINNICELLI, Mercedes (agosto del 2003). *Seminario Infancia: derechos del niño y psicoanálisis*. Clase 3. Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina. Recuperado el 2 de marzo del 2007 de: <http://edupsi.com/infancia/>.

-ONU (2007). *Organización Internacional de las Naciones Unidas*. Recuperado el 22 febrero del 2007 de: www.un.org/spanish/geninfo/facq/hr2.htm.

- PÉREZ VERA, Elisa (agosto del 2000). *Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (25 de octubre de 1980)*. Uruguay. Recuperado el 27 de julio del 2007 de: <http://www.iin.oea.org/documentosReunionExpertos.htm> - 7k.

- VALLADARES VALLADARES, Jorge. *Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en las Américas. Reunión de expertos gubernamentales*. Recuperado el 27 de julio del 2007 de: http://www.iin.oea.org/informe_situación_sustracción_internacional_de_menores.pdf.

CONVENCIONES Y LEYES

-*Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Preámbulo del Pacto de San José.* Recuperado el 10 de febrero del 2007 de: <http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/normativa/Convención%20Americana%20sobre%20Derechos%20Humanos.doc>.

-*Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados.* Artículo 2. Viena, 1969. Recuperado el 20 de mayo del 2007 de: www.lexaustralis.com/derechotratados.htm - 127k.

-*Convención Internacional sobre los derechos del niño* Recuperado el 2 de junio del 2007 de: <http://www.me.gov.ar/derechos/convencion/compilacoconvencion.htm>.

-*Constitución Política de la República de Costa Rica: Artículo 51.* 7ma. edición. Costa Rica: Editorial Porvenir. 2000.

-CÓRDOBA ORTEGA, Jorge y otros (1996). *Constitución Política de la República de Costa Rica concordada y anotada con jurisprudencia de la Sala Constitucional: Artículo 51.* San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

-*Declaración de los derechos del niño.* Recuperado el 2 de junio del 2007 de: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/25_sp.htm.

-FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (2001). *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.*

-INSTITUTO INTERAMÉRICANO DE DERECHOS HUMANOS (1997). *Convención Americana sobre Derechos Humanos.* San José: Editorial del IIDH, pág. 20.

-*Ley número 7746 de la República de Costa Rica.* Aprobación del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

-*Ley número 7517 de la República de Costa Rica.* Aprobación del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

-*Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. (1966). Recuperado el 11 de junio del 2007 de: http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=263 - 50k.

- *Protocolo adicional facultativo de derechos económicos y sociales (Protocolo de San Salvador)*. Recuperado el 11 de junio del 2007 de: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos4.htm> - 88k.

-SEXTA CONFERENCIA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO AMERICANO. *Código de Bustamante*. La Habana, 1928.

DICCIONARIOS

-CABANELLAS, Guillermo (1998). *Diccionario Jurídico Elemental*. 13° edición. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

-CEBALLOS LÓPEZ (1995). *Diccionario de Organizaciones Económicas Internacionales*, 2da edición. Madrid: Instituto Español de Comercio Exterior.

-EZAINÉ CHAVEZ, Armando (1970). *Diccionario de Derecho Penal*. Segunda edición. Lima: Ediciones Jurídicas Lambayecanas.

RESOLUCIONES

-Juzgado de Niñez y Adolescencia. Sentencia número 247-2007. *Expediente número 07-000049-0673 NA*.

-Juzgado de Niñez y Adolescencia. Sentencia Primera Instancia número 262-06. Segunda Instancia 1944-06. *Expediente número 06-000324-673-NA*.

-Juzgado de Niñez y Adolescencia. Fallo de segunda instancia voto 851-06. *Expediente número 03-000211-673-NA*.

-Juzgado de Niñez y Adolescencia. Sentencia de Primera Instancia 240-2007.
Expediente número 07-000078-673-NA

- Juzgado de Niñez y Adolescencia. *Votos números 1076-99, 1213-99, 1277-99, 628-00, 1225-00, 1374-00, 158-01, 2089-04*, todos del Tribunal de Familia por parte del Juzgado de Niñez y Adolescencia

-Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Voto número 2313 de 16 horas 18 minutos del 9 de mayo de 1995. Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por R.A.B. C/ Art. 22 de la Ley orgánica del Colegio de Periodistas.*

-Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Voto número 3805 de 9 horas 30 de 28 de noviembre de 1992. Recurso de Habeas Corpus interpuesto por J.A.OM. C/ Juzgado de Instrucción de Hatillo.*

-Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Voto número 3125, de las 16 h del 20 de octubre de 1992.*

- Tribunal de Familia de San José *Voto Número 1076-99, a las nueve horas del veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y nueve.*

ENTREVISTAS

- Ana María Trejos Magistrada, Suplente de la Sala Primera, 28 de agosto del 2007. San José.

- Cristian Carvajal, Asesor Jurídico del Patronato Nacional de la Infancia. Instalaciones del Patronato Nacional de la Infancia, San José, 12 de junio del 2007.

- Fernando Quirós Madden, Abogado Departamento de Adopciones del Patronato Nacional de la Infancia, San José, 11 de agosto del 2007.

- Gretthel Angulo Fonseca, Asesora Jurídica del Patronato Nacional de la Infancia. Patronato Nacional de la Infancia, San José, 16 de octubre del 2007.

- Nidia Zúñiga, Defensora de los niños y las niñas en el nivel internacional. Instalaciones de Paniamor, Barrio Escalante, San José, el día 5 de Julio del año 2007.

- Rita Maxera, Asesora de la Asamblea Legislativa. Asamblea Legislativa, San José, 13 de mayo del 2007.

- Rodolfo Vicente Salazar, Consultor internacional de Save the Children, Save the Children, San José, 18 de agosto del 2007.

- Yerma Campos Calvo, Jueza del Juzgado de Niñez y Adolescencia, Poder Judicial del Primer Circuito de San José, 7 de agosto del 2007.