

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES A TRAVÉS DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL EN CENTROAMÉRICA

Javier Llobet Rodríguez
Catedrático de la Universidad de Costa Rica

1. EL DEBER ESTATAL DE PROTEGER A LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES

El Derecho de la doctrina de la situación irregular, que imperó hasta la instauración de un nuevo paradigma por la Convención de Derechos del Niño de 1989, se caracterizaba por su carácter meramente tutelar, es decir protector de los niños y adolescentes. Lo anterior por supuesto desde un punto de vista teórico, ya que con frecuencia se llegaban a cometer las peores arbitrariedades. El nuevo paradigma del Derecho de la Niñez y la Adolescencia, parte de la consideración del niño y adolescente como un sujeto de derecho y no como un mero objeto de tutela. Sin embargo, no se abandona el deber estatal de protección de los menores de edad, aunque ahora para otorgarles derechos adicionales y no para restringir los derechos que se conceden a los adultos, como sucedía bajo la doctrina de la situación irregular.

La Convención de Derechos del Niño, lo mismo que las leyes y Códigos de la infancia y adolescencia centroamericanos parten de que la garantía de los derechos del niño y del adolescente se da prioritariamente en el ámbito familiar¹. Son los padres los que tienen en primer lugar el deber de cuidado y educación de sus hijos². Se parte de que los padres en principio son los mejor indicados para defender los derechos de sus hijos y para saber qué es lo que más los beneficia. Se considera para ello una presunción de que los padres actúan con base en el amor y el altruismo³. Así el papel que desempeña el Estado en la vida familiar y en la socialización de los niños y adolescentes es actuando en particular cuando el desarrollo de los deberes de los padres no se cumple, olvidándose los padres del carácter instrumental que tienen sus derechos, en cuanto deben actuar en defensa del interés superior del niño o adolescente⁴. Sobre el papel primordial que desempeña la familia dijo la Corte Interamericana de

1 Véase por ejemplo: Art. 4 de la Ley de Guatemala; Art. 7 del Código de Costa Rica; Art. 6 del Código de Nicaragua; Art. 83 del Código de Honduras.

2 Sobre ello: Aláez Corral (2003), p. 64, quien dice: *"En este régimen especial de protección tiene una especial participación la familia, como grupo social dentro del cual se desenvuelve durante los primeros años de edad el libre desarrollo de la personalidad del individuo y, con ello, el ejercicio actual, pero sobre todo potencial, de todos los derechos y libertades que la Constitución le reconoce"*.

3 Cf. Grosmann (2004), p. 47.

4 Sobre ello: Grosmann (2004), p. 48.

Derechos Humanos en su opinión consultiva del 28 de agosto de 2002 sobre la condición jurídica y derechos del niño dijo:

“66. En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar (...)”.

Indicó además:

“71. El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño (...)”.

Se reconoce que la protección de los derechos del niño y del adolescente no corresponde solamente a la familia, sino también al Estado y a la comunidad a la que pertenece⁵. Con respecto a la obligación estatal de protección de los niños dijo la Corte Interamericana en la opinión consultiva de 28 de agosto de 2002:

“78. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con

la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño (...)”. Sobre las obligaciones estatales de protección de la infancia y la adolescencia agregó la Corte:

“80. En cuanto a las condiciones de cuidado de los niños, el derecho a la vida que se consagra en el artículo 4 de la Convención Americana, no sólo comporta las prohibiciones que en ese precepto se establecen, sino la obligación de proveer de medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas (...)”.

81. El pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado (artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles. La Conferencia Internacional sobre Población y el

5 Véase: N° 62 de la opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, dada por la Corte Interamericana. En este sentido se dijo en una investigación uruguaya que la carta de ciudadanía de los niños, reconocida en la Convención de Derechos del Niño, “(...) tiene como reverso la obligación de los adultos, expresada en la tríada Estado, Comunidad y Familia, de crear las condiciones para que esos derechos sean ejercidos. Estas condiciones implican reacciones proactivas de generación de políticas públicas que garanticen los derechos económicos, sociales y culturales, así como reconocer y eliminar las restricciones para el ejercicio de los derechos civiles y políticos”. Pedrowicz (Coordinadora de la investigación) (2004), p. 11.

Desarrollo (El Cairo, 1994) resaltó que todos los Estados y todas las familias deberían dar la máxima prioridad posible a la infancia. El niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su bienestar y al más alto nivel posible de salud y a la educación. [...] (principio 11).

82. En igual sentido, la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) puntualizó que *deben reforzarse los mecanismos y programas nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños, en particular las niñas, los niños abandonados, los niños de la calle y los niños explotados económica y sexualmente, incluidos los utilizados en la pornografía y la prostitución infantil o la venta de órganos, los niños víctimas de enfermedades, en particular el SIDA, los niños refugiados y desplazados, los niños detenidos, los niños en situaciones de conflicto armado y los niños víctimas del hambre y la sequía o de otras calamidades*".

Enfatizó la Corte:

"91. (...) El Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño".

En cuanto al papel del Estado es de gran importancia su obligación de intervención frente a familias disfuncionales, ello con base en el interés superior del niño, en particular en casos de abandono, de maltrato doméstico, abuso sexual y cualquier forma

de explotación de los niños y adolescentes. Igualmente debe intervenir el Estado para que los padres no vayan a impedir el desarrollo de las potencialidades del niño, por ejemplo que pongan obstáculos para su educación.

Por otro lado, el Estado tiene la obligación de garantizar condiciones de vida dignas para los niños y adolescentes, en particular la garantía de la educación, la salud, la alimentación y la vivienda. Se ha dicho desde esta perspectiva que no solamente la familia es responsable de la garantía de las condiciones necesarias para el desarrollo de las potencialidades del niño y del adolescente, sino el Estado tiene una corresponsabilidad, lo mismo que la Sociedad, de modo que debe dotarse al niño y al adolescente de las condiciones básicas necesarias para satisfacer sus necesidades⁶.

Con respecto a ello en la V Reunión Ministerial sobre Niñez y Política Social en las Américas, realizada en Kingston, Jamaica, del 9 al 13 de octubre de 2000 se aprobó una resolución denominada "El consenso de Kingston", en la que se reconoció que a pesar de los progresos logrados en los últimos años, la inversión social en materia de la niñez y la adolescencia sigue siendo insuficiente. Se asumió en dicha reunión los siguientes compromisos:

"1. Hacer todo esfuerzo necesario para que los niños, niñas, y adolescentes tengan oportunidades para desarrollar plenamente

6 Así: Pedernera (1997), p. 215. Véase también: Polakiewics (2004), p. 79, quien resalta los cambios que han ocurrido en la familia en los últimos tiempos, de modo que muchas de las funciones que le habían sido delegadas por el Estado, han dejado de ser exclusivas de ella. Agrega refiriéndose al abandono de la infancia como una vulneración de los derechos humanos: "La cuestión deja de pertenecer a la esfera de cumplimiento o incumplimiento de los responsables primarios del niño de sus deberes, para comprometer al Estado y a la comunidad, no ya en forma subsidiaria sino de modo directo, por la omisión de implementación de las acciones necesarias para evitar la violación de un derecho humano".

sus capacidades físicas, mentales, espirituales, morales y sociales y garantizar y promover el respeto por los derechos humanos.

- 2. Desarrollar e implementar políticas y acciones integrales encaminadas a atacar los ciclos inter-generacionales de pobreza, erradicar la exclusión, la discriminación y la violación de los derechos humanos.*
- 3. Promover acciones y mecanismos para maximizar la participación de los niños, niñas, y adolescentes en la toma de decisiones en todos aquellos asuntos que les afectan directa e indirectamente.*
- 4. Apoyar la creación de mecanismos que faciliten la participación de la sociedad civil en todos aquellos asuntos que afecten a los niños, niñas y adolescentes.*
- 5. Promover acciones para eliminar la discriminación y la exclusión de los grupos étnicos, los grupos religiosos, minorías lingüísticas y otras minorías y de las poblaciones indígenas, y para fortalecer las diversas identidades culturales.*
- 6. Garantizar la protección de los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de abuso, incluyendo las lesiones, violencia, trato negligente, abuso sexual, explotación comercial, venta y tráfico, trabajo forzado, y el reclutamiento forzado u obligatorio para conflictos armados. Además, concebir para el efecto estrategias de apoyo combinadas, incluyendo reformas institucionales y legales, difusión de información, promoción del conocimiento de los derechos, formación de grupos de*

apoyo comunitarios y apoyo a mejores prácticas de crianza, con particular énfasis en el rol del padre.

- 7. Asegurar la protección de los niños, niñas y adolescentes de toda forma de discriminación y castigo. Asimismo, apoyar e implementar políticas, planes y programas para promover su igualdad y respeto.*
- 8. Asegurar que cada niño, niña, y adolescente en conflicto con la ley sea tratado de acuerdo a las garantías procesales, observando los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos legales nacionales e internacionales de protección a la niñez. Igualmente, tomar medidas según se necesiten para suministrar capacitación en derechos humanos y en administración de la justicia para la niñez y adolescencia, a todos aquellos relacionados con niños, niñas, y adolescentes en conflicto con la ley.*
- 9. Asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes con capacidades diferentes, incluyendo aquellos con discapacidades, a recibir servicios adecuados, la atención y la educación conforme a sus características. Así mismo, crear los mecanismos para apoyar a sus familias y/o a quienes les atienden y su integración plena a la sociedad.*
- 10. Promover una alianza entre los gobiernos y la sociedad civil para apoyar a los niños, niñas y adolescentes para desarrollar valores que fomenten los derechos humanos y la igualdad, la paz, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y las relaciones equitativas de género.*

11. *Continuar el progreso hacia el acceso universal a los servicios integrales de salud, incluyendo la prevención efectiva, la atención temprana, el tratamiento y las estrategias de rehabilitación. Aumentar el conocimiento de niños, niñas, y adolescentes sobre salud sexual y reproductora, con especial énfasis en las enfermedades de transmisión sexual y el VIH/SIDA.*

12. *Avanzar hacia la universalización de una educación inicial, primaria y básica de alta calidad en un ambiente que promueva el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, estimule el respeto de los derechos humanos y los prepare para una vida responsable en la sociedad.*

13. *Incrementar los recursos, de acuerdo con su disponibilidad, para el pleno desarrollo y cuidado infantil temprano para asegurar mejores resultados de aprendizaje, reducir las desigualdades y garantizar el cumplimiento de los derechos humanos. Emprender acciones conjuntas con la sociedad civil y las familias para proveer salud, nutrición y educación adecuadas.*

14. *Diseñar y ejecutar programas enfocados a crear oportunidades para los niños, niñas, adolescentes, y adultos que no han recibido los beneficios de la educación formal o que se han retirado de la escuela. Se debe dar especial atención a los adolescentes en desventaja, tales como los que sufren alguna discapacidad, los afectados por el VIH/SIDA, las madres adolescentes y aquellos en conflicto con la ley.*

22. *Responder a los desafíos inesperados que surgirán y que este consenso no ha considerado.*

En todos esos casos, las decisiones que se tomen se basarán en los principios de la no-discriminación, el interés superior del niño, la máxima supervivencia y desarrollo y la participación de la niñez y la adolescencia”.

Se trata en definitiva de una reafirmación de los compromisos asumidos por los diversos Estados al ratificar la Convención de Derechos del Niño.

En Latinoamérica debe ser citada la declaración de Panamá, adoptada por los Jefes de Estado y de Gobierno de 21 países iberoamericanos en la ciudad de Panamá los días 17 y 18 de noviembre de 2000.

Se menciona entre otros aspectos:

“8. Reconocemos la importancia fundamental de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en nuestras sociedades y el papel rector y normativo del Estado en el diseño y ejecución de políticas sociales en beneficio de ellos y como garante de sus derechos y reiteramos nuestro compromiso en construir las bases para el desarrollo pleno de sus potencialidades y de su integración social, ante las oportunidades y retos que ofrece el mundo globalizado hoy”.

Se admite en la declaración:

“(…) La pobreza y extrema pobreza, la desigual distribución del ingreso, la exclusión social y la violencia intrafamiliar, son las principales causas de que los niños niñas y adolescentes ingresen prematuramente al mercado laboral, permanezcan en las calles, sean objeto de explotación económica o sexual, migren, infrinjan la ley y estén expuestos a situaciones de riesgo (...)”.

En la declaración se hace una extensa enumeración de acciones tendientes a lograr la equidad y la justicia social, lo mismo que con respecto a la prevención de la delincuencia, tanto de la cometida en contra de los niños y adolescentes, como de la llevada a cabo por ellos⁷.

2. EL GASTO SOCIAL ESTATAL EN LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN CENTROAMÉRICA

Como una forma de combatir la pobreza y los problemas que ella implica para el desarrollo de una vida digna por parte de todos los que la sufren y en particular los niños y los adolescentes, tiene gran importancia lo que se ha denominado el gasto social, el que implica el ofrecimiento de bienes y servicios, por ejemplo la educación básica y los servicios de salud, lo mismo que suministrando transferencias monetarias para que las familias adquieran bienes y servicios en beneficio de los niños y los adolescentes⁸. Debe resaltarse que gran parte del gasto social no se dirige directamente a los niños y a los adolescentes, sino en

general a la totalidad de la población, pero en la medida en que benefician la situación de la familia llega a actuar también a favor de los niños y adolescentes⁹.

Debe tenerse en cuenta que se reconoce que existe una relación estrecha entre el gasto social y el grado de desarrollo humano, entendiéndose por éste *“un proceso mediante el cual se amplían las oportunidades de los individuos, entre estas, las más importantes son una vida prolongada y saludable, acceso a la educación y disfrute de un nivel de vida decente”*¹⁰. Se dice que los países con un menor desarrollo humano son aquellos países que invierten menos en gasto público social¹¹. Se señala que en Centroamérica el gasto público social sigue siendo insuficiente¹², lo que se refleja en los índices de pobreza centroamericanos. En un estudio entre 17 países latinoamericanos realizado en 1998-1999 el promedio regional fue de 540 dólares per cápita. Panamá y Costa Rica aparecieron entre los países con un mayor gasto social, siendo en el primero de dichos países de 644 y en el segundo de 622, mientras los demás

7 Cf. Declaración de Panamá: “Unidos por la niñez y la adolescencia, base de la justicia y la equidad en el nuevo milenio”. En: www.iin.org.uy/declaracion-de-panama.htm.

8 Así: UNICEF (2004), p. 115.

9 Dice Marta Polakiewicz: “Creemos que la mejor prevención es la que está destinada a sostener a la familia, a través de políticas sociales que disminuyan el desempleo, la marginalidad, la carencia y el desamparo en el que viven fracciones significativas de la sociedad”. Agrega: “Los derechos de la infancia no nacen de obligaciones sujetas a condición suspensiva; las familias con necesidades básicas insatisfechas, los índices de mortalidad infantil por causas evitables y todos los indicadores de pobreza estructural que forman parte de las estadísticas invocadas, aun desde el discurso oficial, deberán despojarse del tono demagógico que las tiñe e interpretarse, entonces como una mora por parte de los obligados directos respecto del cumplimiento de las obligaciones formalmente asumidas”. Polakiewicz (2004), pp. 80-81. Más adelante señala: “Es necesario comprender el carácter imprescindible y esencial de las políticas que hagan posible a las familias acceder a condiciones de vida dignas, que les permitan cumplir con su función de crianza. De lo contrario, sólo nos restará buscar soluciones tardías a problemas como la explotación infantil, los niños de la calle, el tráfico de niños, el consumo de drogas, la prostitución y tantos otros flagelos que día a día están cada vez más presentes en nuestra realidad cotidiana” (p. 100).

10 PNUD (2003), p. 34.

11 PNUD (2003), pp. 48 y 74.

12 PNUD (2003), p. 70.

13 PNUD (2003), p. 71.

países centroamericanos no alcanzaron los 100 dólares en 1997 y ocupan los últimos cuatro lugares entre los 17 países considerados. Así Guatemala apareció con un gasto de 107, El Salvador de 82, Honduras de 57 y Nicaragua de 57¹³. El promedio regional alcanzó 187 dólares, lo que es considerado como sumamente bajo dentro del contexto latinoamericano¹⁴.

Sin embargo, en lo relativo a Costa Rica debe resaltarse que desgraciadamente se ha producido una disminución del gasto social durante los dos últimos años, según se expresó en el Informe del Estado de la Nación de 2004¹⁵. Lo increíble es que según denuncia de la Contraloría General de la República, no obstante las múltiples necesidades existentes en materia social, las instituciones encargadas de programas sociales mostraron un superávit de 17,500 millones¹⁶.

El porcentaje del gasto social representó en Centroamérica el 10.7% del producto interno bruto, suma también muy baja¹⁷. En 1998-1999 el porcentaje de Panamá fue del 19.4%, de Costa Rica 16.8%, de Nicaragua 12.7%, de Honduras 7.4%, de Guatemala 6.2% y de El Salvador 4.3%.¹⁸

En lo relativo al gasto social, se señala que la educación tiene la mayor importancia en el gasto

social en Guatemala, Honduras y Nicaragua. Guatemala gastó 40 dólares per cápita en educación, 22 en salud, 16 en seguridad social y 30 en vivienda, agua, saneamiento y otros. Honduras gastó 32 en educación, 16 en salud y nutrición y 10 en vivienda, agua, saneamiento y otros. Nicaragua gastó 26 en educación, 20 en salud y nutrición y 12 en vivienda, agua, saneamiento y otros. En Costa Rica la mayor relevancia lo tiene la seguridad social, salud y nutrición. Así gastó en educación 163 dólares, en salud y nutrición 181, en seguridad social 216 y en vivienda, agua, saneamiento y otros 63. En Panamá resalta la salud y la nutrición. Gastó 198 en educación, 223 en salud y nutrición, 179 en seguridad social y 42 en vivienda, agua, saneamiento y otros. En lo relativo a la seguridad social se dice que no hay gasto en Honduras y Nicaragua, siendo muy bajo en Guatemala¹⁹.

Debe resaltarse lo bajo del gasto en salud en Centroamérica, resultando que menos de una cuarta parte de los centroamericanos están protegidos por un seguro social, siendo la mitad de los beneficiarios de Costa Rica y Panamá. En dichos países respectivamente están cubiertos el 60% y el 70% de la población, mientras que en países como El Salvador, Honduras y Guatemala el porcentaje es de menos del 15%. En Nicaragua es inferior al 10%.²⁰

14 PNUD (2003), p. 71.

15 Informe de la Nación (2005), p. 75.

16 Informe de la Nación (2005), p. 75.

17 PNUD (2003), p. 71.

18 PNUD (2003), p. 72.

19 PNUD (2003), p. 71.

20 PNUD (2003), p. 73.

3. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE COMO DERECHOS EXIGIBLES

La posición tradicional, imperante en un pasado, destacaba el menor grado de protección que reciben los derechos económicos, sociales y culturales, que los derechos civiles y políticos.

Ello se veía de la comparación entre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados ambos en el ámbito de la ONU en 1966. Así el artículo 2 inciso 2) del primero de ellos dice:

“Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

Por su parte el artículo 2 inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, incluso en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

La Convención de Derechos del Niño se caracteriza por haber contemplado tanto derechos civiles y políticos, como derechos económicos, sociales y culturales. Se señala en el artículo 4:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

La concepción tradicional de los derechos económicos, sociales y culturales le asignaba un carácter meramente programático a dichas

disposiciones, de modo que se consideraban como meras directivas, que eran ajenas a un derecho subjetivo, siendo en definitiva principios meramente políticos, abandonados para su reconocimiento a la discrecionalidad del legislador²¹. Otra posición, no muy distante a ésta, califica los derechos económicos, sociales y culturales como normas de principio, que el legislador está obligado a desarrollarlas, pero que sirven a configurar la estructura del Estado y a la interpretación de las normas jurídicas²². Ninguna de estas posiciones llega a reconocer un instrumento jurídico por el que se pudiera, por ejemplo, obligar al legislador a adoptar determinadas normas²³.

La tendencia actual es a reconocer la interdependencia que existe entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, de modo que estos últimos tienen relevancia para hacer efectivos los primeros, estando todos relacionados con la garantía del principio de dignidad

de la persona humana. En este sentido la Declaración de Teherán de 1968, proclamada por la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos de la ONU dijo:

*“Como los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social”*²⁴.

Sobre ello indica Carlos Villán Durán con acierto: *“En cuanto a la indivisibilidad, es otro principio de interpretación y de realización de los derechos humanos, pues no cabe establecer una separación entre las diversas categorías de derechos, toda vez que ‘el ser humano los necesita todos’ para conseguir su realización personal y social en dignidad.*

21 Sobre esta posición: Baldasarre (2001), p. 30. Critica Martín Prats: “No es entonces por un tema de reconocimiento constitucional que los Derechos Humanos encuentran dificultades para ser protegidos o amparados sino que la no aplicación o mala interpretación de ciertos preceptos ha llevado a menoscabar en ocasiones la dignidad humana. En muchas ocasiones invocando razones de hecho de índole política, económicas o sociales se han justificado incumplimientos en las obligaciones constitucionales (...). La definición de muchas de las normas constitucionales que amparan derechos como programáticas ha dado lugar a que al no existir normas legales que la instrumenten sean dejadas como meros ideales a cumplir pero siempre y cuando las circunstancias lo permitan. De esa manera derechos fundamentales no son respetados en su integralidad y se justifica la actitud omisiva del Estado en tal sentido”. Prats (1997), p. 51. Señala más adelante que a los derechos económicos, sociales y culturales las políticas oficiales los conducen: “(...) a su consideración como meros principios programáticos y por tanto muchas veces postergables”. Sin embargo, luego en forma confusa señala: “Estos Derechos que si bien es cierto no pueden ser directamente exigibles por los particulares al existir una ausencia de vías o recursos procesales y legales correspondientes, igual obligan a los Estados, quienes no deben eludir la responsabilidad alegando la falta de recursos materiales”. Prats (1997), p. 64.

22 Acerca de esta concepción: Baldasarre (2001), pp. 30-31.

23 Cf. Baldasarre (2001), p. 31.

24 En: Pacheco (1987), p. 187. Es conocida, sin embargo, la crítica realizada por Ernst Forsthoff a la compatibilidad entre el Estado de Derecho y el Estado Social, indicando que no son compatibles en el plano constitucional, teniendo prioridad los principios de una constitución liberal, relacionados con el Estado de Derecho. Señala que debe dársele prioridad a éste, de modo que el Estado Social puede abrirse paso solamente en la medida en que sea compatible con el Estado de Derecho. Indica que cualquier intento de fusionar el Estado de Derecho con el Estado Social está destinado al fracaso. Cf. Forsthoff (1986), pp. 43-67 (se trata de un artículo publicado originalmente en Alemania en 1961), pp. 43-67; Forsthoff (1986a), pp. 70-106.

*De ahí que la extrema pobreza constituya una negación de los derechos humanos más elementales, pues genera una exclusión social que impide el acceso al disfrute de los derechos que son básicos para asegurar la subsistencia humana en dignidad, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo*²⁵. Agrega más adelante: *“Forzoso es concluir que el disfrute de las libertades individuales debe ir acompañado del disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Dicho en términos más gráficos; de poco le sirve al ser humano tener reconocido el derecho de asociación si no dispone de recursos para cubrir sus necesidades básicas de subsistencia que le permitan ejercer simultáneamente sus derechos a la alimentación, salud, educación y vivienda”*²⁶.

La diferenciación entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales no es fácil de hacer²⁷, existiendo derechos de muy difícil clasificación, por ejemplo el derecho de propiedad, libertad de enseñanza y la libertad de trabajo²⁸. Por otro lado, ya no puede admitirse la diferenciación que se hacía tradicionalmente entre ellos, en cuanto se indicaba que frente a los primeros

el Estado desempeña primordialmente una función pasiva, de no interferir violentándolos, mientras que en los segundos la obligación del Estado es principalmente positiva, de hacer, brindando prestaciones a los administrados²⁹. Así hoy día se ha indicado que con relación a los derechos civiles y políticos la obligación del Estado es también la de evitar violaciones a los derechos por parte de los mismos particulares, lo mismo que en caso de que se den, debe realizar una tutela judicial, de modo que, por ejemplo, con respecto a los hechos delictivos tiene el deber de llevar a cabo una investigación seria y eficiente³⁰. Igualmente con respecto a los hechos delictivos debe tener una legislación que respete el debido proceso y debe dotarse de los medios económicos a la Administración de Justicia, de modo que cumpla adecuadamente su función³¹.

Se tiende hoy a defender la juridicidad de los derechos económicos, sociales y culturales³². Se dice así por Ferrajoli que ninguna mayoría puede dejar de decidir las medidas necesarias para que a una persona le sea asegurada la subsistencia y la supervivencia. Indica así que son vitales el derecho a la vivienda, al trabajo, a la enseñanza y similares³³.

25 Villán Durán (2002), pp. 93-94.

26 Villán Durán (2002), p. 95. Sobre ello véase también: Gros Espiell (1988), pp. 324-325; Cançado Trindade (2006), pp. 95-144.

27 Cf. Gros Espiell (1988), p. 326.

28 Cf. Gros Espiell (1988), p. 330.

29 Tradicionalmente se ha dicho que los derechos civiles y políticos, llamados derechos humanos de la primera generación, implican un deber de abstención del Estado, que desempeña una función primordialmente pasiva, aunque existe también el deber del Estado de proteger estos derechos frente a terceras personas. Además debe garantizarse que los derechos se puedan ejercer sin discriminación. Por su parte, en los derechos económicos, sociales y culturales el Estado tiene primordialmente una obligación de hacer, de brindar los medios materiales que garanticen la asistencia económica, social, sanitaria, cultural, etc. Cf. Gros Espiell (1988), pp. 328-332.

30 Con respecto a ello: Abramovich/Courtis (2004), p. 31.

31 Cf. Hutter (2003), p. 70.

32 Cf. Ferrajoli (1995), pp. 860-866.

33 Cf. Ferrajoli (1995), pp. 865-866.

Debe llegarse a adoptar la concepción del enfoque de derechos con respecto a los derechos de los niños y los adolescentes. Sobre dicha concepción: Esta concepción implica: 1) la acción es obligatoria, 2) las personas gozan de derechos establecidos, 3) La gente pobre tiene derecho a la ayuda como sujeto de derechos, 4) todas las personas tienen el mismo derecho a la plena realización de su potencial: se les debe ayudar para que lo logren, 5) las personas con quienes se realiza el trabajo de desarrollo son participantes activos por derecho, 6) los derechos son universales e inalienables, no se les puede diluir ni negar, 7) se deben cambiar eficazmente las estructuras de poder que obstaculizan el progreso en el cumplimiento de los derechos humanos, 8) los agentes de desarrollo deben empoderar a los sujetos de derechos para que reclamen sus derechos y participen en forma activa en la toma pública de decisiones y 9) los derechos son invisibles e interdependientes, aunque en cualquier situación se requiera priorizar desde un aspecto práctico³⁴.

Tanto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, como el Comité de Derechos del Niño de la ONU, admiten la juridicidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Se ha dicho por el primero de ellos que el Estado al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adquiere una serie de obligaciones que se dividen en “estratos”, debiendo: a) respetar, b) proteger, c) promover y d) hacer efectivo cada uno de los derechos.

Así se requiere en primer lugar que el Estado adopte las medidas legislativas y de otro carácter (administrativas, judiciales, políticas, económicas, sociales, educacionales), que sean necesarias para el pleno goce de los derechos contemplados en el Pacto. Se dice por el Comité que conforme al Pacto debe lograrse en forma progresiva la plena efectividad de los derechos, pero que ello en ocasiones ha sido mal interpretado, ya que no se trata que deben hacerse efectivos los derechos del Pacto, sólo una vez que un Estado haya alcanzado un nivel de desarrollo económico, sino *“al contrario, el deber en cuestión obliga a todos los Estados Partes, independientemente de cuál sea su nivel de riqueza nacional, a avanzar de inmediato y lo más rápidamente posible hacia la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”*. Agrega: *“La interpretación de esta cláusula nunca debe conducir a pensar que permite a los Estados aplazar indefinidamente sus esfuerzos para asegurar el goce de los derechos proclamados en el Pacto”*³⁵. Indica que aunque ciertos derechos deben prestarse para hacerse efectivos a una obligación progresiva, otros, por ejemplo la prohibición de discriminación, deben cumplirse inmediatamente³⁶. Señala además el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que la mención de que debe tratarse de hacerse efectivos los derechos hasta el máximo de los recursos de que se disponga, ha llevado con frecuencia para justificar la falta de disfrute de los derechos³⁷.

34 Esta enumeración es tomada de: Save the Children (2005), p. 31.

35 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, s.f.

36 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, s.f. Sobre la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad: Abramovich/Courtis (2004), p. 92-116.

37 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, s.f.

Sin embargo, indica- este requisito obliga a los Estados a garantizar al menos el mínimo de los derechos de subsistencia para todos, independientemente del desarrollo económico de un país determinado³⁸.

El Comité de Derechos del Niño de la ONU ha asumido lo indicado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de dicha organización³⁹. Ha señalado que cuando un Estado ratifica la Convención de Derechos del Niño adquiere la obligación de aplicarla⁴⁰, debiendo traducir en realidad los derechos humanos de los niños. Ha enfatizado que el Estado debe reconocer el derecho a invocar ante los tribunales no solamente los derechos civiles y políticos, sino también los derechos económicos, sociales y culturales⁴¹. Ha agregado: *“Para que los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones. Esta exigencia está implícita en la Convención, y se hace referencia a ella sistemáticamente en los otros seis principales instrumentos internacionales*

relativos a los derechos humanos. La situación especial y dependiente de los niños les crea dificultades reales cuando los niños quieren interponer recursos por la violación de sus derechos. Por consiguiente, los Estados deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños. Ello debería incluir el suministro de información adaptada a las necesidades del niño, el asesoramiento, la promoción, incluido el apoyo a la autopromoción, y el acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole necesaria. Cuando se comprueba que se han violado los derechos, debería existir una reparación apropiada, incluyendo una indemnización, y, cuando sea necesario, la adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración, según lo dispuesto en el artículo 39”. Indica a continuación: *“El Comité subraya que los derechos económicos, sociales y culturales,*

38 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, s.f. Con respecto a lo indicado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales comenta Víctor Bazán: *“La observación general No. 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (ONU) – en adelante, también, Comité de DESC – pone de manifiesto que la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos ‘grupos’ de derechos (refiriéndose a la DESC y a los civiles y políticos) son indivisibles e interdependientes, al tiempo que ‘reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad’*. Bazán (2005), p. 550. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, dado el 26 de febrero de 1999, dijo: *“35. La Comisión reconoce que el deber del Estado en este contexto es el de avanzar hacia la protección cabal de conformidad con sus posibilidades. De esta manera, la Convención de Derechos del Niño establece que las medidas que debe adoptar el Estado para garantizar la nutrición y la vivienda son las posibles ‘de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios’*. De la misma manera en relación con los derechos económicos y sociales en general, la Convención Americana compromete a los Estados a adoptar medidas *‘para lograr progresivamente la plena efectividad’* de dichos derechos. 36. Sin embargo, la naturaleza del deber del Estado reseñada en el párrafo anterior no implica que no exista obligación concreta. De hecho, dado que los niños deben gozar de una especial protección requerida por su condición de menor, el deber de garantizarles un nivel de vida adecuado debe ser una prioridad entre los programas del Estado y el gasto público (...)”. Cf. Relatoría de la niñez CIDH/OEA (2002), p. 205.

39 Comité de Derechos del Niño (2003), p. 3.

40 Comité de Derechos del Niño (2003), p. 2.

41 Comité de Derechos del Niño (2003), p. 3.

*así como los derechos civiles y políticos, deben poder invocarse ante los tribunales. Es esencial que en la legislación nacional se establezcan derechos lo suficientemente concretos como para que los recursos por su infracción sean efectivos*⁴².

Debe reconocerse que la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales da un cierto margen de apreciación a los Estados sobre la forma de implementarlos, ello a través de las diversas políticas económicas y sociales, debiendo así reflejar una razonabilidad⁴³. Este margen es propio del sistema democrático⁴⁴. Es decir con respecto a los medios para la garantía de dichos derechos, se permite con frecuencia un ámbito discrecional, aunque está reglado el fin al que debe dirigirse la política estatal, esto es a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁵, de modo que, como se dijo antes, se llegue a garantizar un nivel esencial de los derechos⁴⁶, debiéndose llegar en forma progresiva a la plena efectividad de

los derechos reconocidos⁴⁷. Se agrega a ello que el principio del interés superior del niño lleva a la prioridad que deben tener para el Estado los programas para la protección de la niñez y la adolescencia, de modo que incluso podría llegarse a discutir la insuficiencia del presupuesto nacional destinado a ello⁴⁸. El Comité de Derechos del Niño de la ONU ha llegado a indicar que debe existir una “visibilidad de los niños en los presupuestos”. Ha dicho que: *“Ningún Estado puede decir si para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales está adoptando medidas ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’, como lo dispone el artículo 4, a menos que pueda determinar la proporción de los presupuestos nacionales y de otros presupuestos que se destinan al sector social y, dentro de éste, a los niños, tanto directa como indirectamente*⁴⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al dar la opinión consultiva del 28 de agosto de 2002 sobre la condición y derechos

42 Comité de Derechos del Niño (2003), p. 9.

43 Dicen Víctor Abramovich y Christian Courtis: *“Cabe destacar que el examen judicial no necesariamente debe centrarse sobre la conducta concreta que debe exigírsele al Estado. Cuando el Estado asume una vía de acción en el cumplimiento de la obligación de adoptar medidas de satisfacción de un derecho social, el Poder Judicial puede analizar también la elección efectuada por el Estado a partir de nociones tales como la razonabilidad, o bien de carácter adecuado o apropiado, que tampoco son ajenas a la tradición de control judicial de actos de los poderes políticos. Los jueces no sustituyen a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública diseñada para la satisfacción del derecho, sino que examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr esa satisfacción. Aunque el margen que tiene el Estado para adoptar decisiones es amplio, aspectos tales como la exclusión de ciertos grupos que requieren especial protección, la notoria deficiencia de la cobertura de las necesidades mínimas definidas por el contenido del derecho o el empeoramiento de las condiciones de goce de un derecho son pasibles de control judicial en términos de razonabilidad o de estándares similares”*. Abramovich/Courtis (2004), p. 126.

44 Señala, sin embargo, con razón el Comité de Derechos del Niño: *“El Comité, subrayando que las políticas económicas no son nunca neutrales en sus consecuencias sobre los derechos del niño, expresa su profunda preocupación por los frecuentes efectos negativos que tienen sobre los niños los programas de ajuste estructural y la transición a una economía de mercado”*. Comité de Derechos del Niño (2003), pp. 15-16.

45 Cf. Gialdino (2002), p. 143.

46 Cf. Gialdino (2002), p. 136.

47 Cf. Gialdino (2002), p. 135.

48 Comité de Derechos del Niño (2003), p. 3.

49 Comité de Derechos del Niño (2003), p. 15.

de los niños partió de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales del niño, recogiendo los criterios arriba indicados. Allí hizo mención a la obligación estatal de realizar todas las medidas para la plena vigencia de los derechos de los niños (No. 91), señalando que el Estado para la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales debe realizar el mayor esfuerzo, ello “*de manera constante y deliberada*”, “*evitando retrocesos y demoras injustificadas*” y “*asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles*” (Nº 81).

La redacción de los Códigos y leyes de la niñez y la adolescencia en Centroamérica, debe llevar a considerar que regulan deberes estatales de protección, que implican a su vez derechos de los niños y adolescentes. Esto se aprecia, por ejemplo, en el artículo 4 de la Ley de Guatemala, que hace mención al deber del Estado de proteger a la familia, para que pueda cumplir con la garantía de los derechos de los niños, las niñas y los y las adolescentes. Se agrega a ello el artículo 6, que indica que el Estado debe tutelar la niñez y la adolescencia, estando obligado a desarrollar políticas públicas en ese sentido, asignándose fondos públicos específicos para ello. Además el artículo 76 regula la obligación estatal de intervenir ante cualquier violación o amenaza de los derechos de los niños y adolescentes. El artículo 6 del Código de Honduras establece la obligación estatal de desarrollar una política social de protección de la niñez y la adolescencia, garantizándole sus derechos. Ello debe llevar a considerar que se trata de derechos que pueden ser exigidos ante los tribunales.

En lo relativo a la exigibilidad por vía judicial de los derechos económicos, sociales y

culturales de los niños y los adolescentes debe destacarse lo indicado en el Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, que señala en su artículo 4:

“Políticas estatales

Será obligación general del Estado adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad.

En la formulación y ejecución de políticas, el acceso a los servicios públicos y su prestación se mantendrá siempre presente el interés superior de estas personas. Toda acción u omisión contraria a este principio constituye un acto discriminatorio que viola los derechos fundamentales de esta población.

De conformidad con el régimen de protección especial que la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, este Código y leyes conexas garantizan a las personas menores de edad, el Estado no podrá alegar limitaciones presupuestarias para desatender las obligaciones aquí establecidas” (el subrayado no es del original).

Se establece, por otro lado, obligaciones concretas estatales con respecto en particular a la educación y salud. Así con respecto a la primera se dice en el artículo 59:

“Derecho a la enseñanza gratuita y obligatoria

La educación preescolar, la educación general básica y la educación diversificada serán gratuitas, obligatorias y costeadas por el Estado.

El acceso a la enseñanza obligatoria y gratuita será un derecho fundamental. La falta de acciones gubernamentales para facilitarlo y garantizarlo constituirá una violación del Derecho e importará responsabilidad de la autoridad competente”.

Por su parte en lo relativo a la salud se dispone por el artículo 41:

“Derecho a la atención médica

Las personas menores de edad gozarán de atención médica directa y gratuita por parte del Estado.

Los centros o servicios públicos de prevención y atención de la salud quedarán obligados a prestar, en forma inmediata, el servicio que esa población requiera sin discriminación de raza, género, condición social ni nacionalidad. No podrá aducirse ausencia de sus representantes legales, carencia de documentos de identidad, falta de cupo ni otra circunstancia”.

Se prevé también una ayuda estatal a los niños y adolescentes cuando los padres no pueden suministrarles alimentos. Se establece en el artículo 38:

“Subsidio supletorio

Si el obligado preferente se ausentare, presentare incapacidad temporal o imposibilidad de hecho para cumplir con el deber de brindar alimentos a una persona menor de edad

o una embarazada, el Estado le brindará supletoriamente los alimentos por medio de la incorporación de estas familias a procesos de promoción social y desarrollo humano, mediante programas interinstitucionales en los que, de acuerdo con su situación particular, intervendrán el Instituto Mixto de Ayuda Social, el Patronato Nacional de la Infancia, la Caja Costarricense de Seguro Social, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Salud o cualquier otro necesario para garantizar un tratamiento integral a la familia con el apoyo de las redes de la sociedad civil organizada, establecidas para tal fin. Las embarazadas tendrán derecho al subsidio únicamente durante el período prenatal y de lactancia. Cuando los alimentos son reclamados en sede judicial y se constate que ocurre alguna de esas circunstancias, el juez gestionará el subsidio ante el Instituto Mixto de Ayuda Social”.

Referencias similares a la protección en particular de la atención médica en centros hospitalarios, lo mismo que el derecho a la educación básica, se encuentran en los diversos países centroamericanos⁵⁰.

4. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DEL NIÑO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

⁵⁰ Arts. 41 (atención hospitalaria) y 43 (educación básica) del Código de Nicaragua; Arts. 22 (atención hospitalaria) y 36 (educación básica) del Código de Honduras; Art. 37 (educación básica) de la Ley de Guatemala. El artículo 28 de la Ley de Guatemala establece que queda garantizada la atención médica de los niños y adolescentes en el sistema público de salud; Arts. 353-364 del Código de Familia de El Salvador.

puede hacer referencia a instrumentos internacionales suscritos fuera del ámbito americano, pero con respecto a los cuales los Estados americanos forman parte⁵¹. En gran parte la opinión consultiva del 28 de agosto de 2002 es consecuencia de ello, realizándose un desarrollo principalmente de la Convención de Derechos del Niño⁵². Sin embargo de gran relevancia es que la Corte Interamericana ha admitido que puede acudir a la Convención de Derechos del Niño para llenar de contenido el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dice:

“Derecho del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Sobre ello debe destacarse lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los deberes de protección del Estado con respecto a la niñez y la adolescencia, evitando que se produzca la marginación social que lleva a muchos niños a vivir en la calle. Dijo así en la sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Caso de los “Niños de la Calle”), dictada en contra de Guatemala:

“191. A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una

práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los ‘niños de la calle’, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el ‘pleno y armonioso desarrollo de su personalidad’, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”.

Se reiteró luego en dicha resolución además la obligación estatal de garantizar las condiciones mínimas de existencia a los niños, ello como consecuencia del principio de dignidad de la persona humana. Para ello se hizo mención a los artículos 2, 3, 6, 20, 27 y 37 de la Convención de Derechos del Niño, en cuanto establecen la prohibición de discriminación (Art. 2), el deber de protección y cuidado de los niños (Art. 3), el derecho a la vida, la supervivencia y al desarrollo del niño (Art. 6), al deber estatal de protección y asistencia de los niños privados de su medio familiar (Art. 20), la obligación estatal de garantizar un nivel de vida adecuado a los niños para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y la obligación estatal de prestar asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la

51 Véase: Corte Interamericana, opinión consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983 (No. 21). Sobre las opiniones consultivas. Lobet Rodríguez (2005), pp. 442-447, 469-479.

52 Una crítica a dicha resolución en: Beloff (2004), pp. 79-191.

nutrición, el vestuario y la vivienda (Art. 27), la prohibición de la tortura y detenciones arbitrarias, unido al trato digno que se le debe dar a los menores privados de libertad (Art. 37). Se señaló a continuación:

“196. Las normas transcritas permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las ‘medidas de protección’ a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación (...).”

La resolución de la Corte Interamericana tiene una especial importancia, ya que no solamente declaró la responsabilidad del Estado por la tortura y muerte de los menores de edad que fueron privados arbitrariamente de su libertad por fuerzas de la policía, sino además hizo referencia a que el estado en desamparo en que se encontraban las víctimas, por estar en situación de riesgo, implicó un incumplimiento de los derechos económicos y sociales de ellas, al impedírseles una mínimas condiciones de vida digna y el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad (Nº 191).

Sobre la importancia de dicha resolución se ha dicho: *“El fallo marca el inicio de una protección más efectiva e integral en materia de niñez, no solo desde el aspecto jurídico, sino también en*

las facetas social, política y económica. Desde el punto de vista jurídico, por otro lado, establece nuevos parámetros para determinar la violación de violación de diversos artículos de la CADH; por otro lado, interpreta el artículo 19 de la CADH con la Convención Internacional de Derechos del Niño de las Naciones Unidas. En la sentencia de fondo, la Corte resolvió que el Estado guatemalteco había violado las obligaciones derivadas del artículo 19 de la CADH en perjuicio de tres adolescentes menores de edad, lo que expande su jurisdicción (aunque sólo para menores de edad) a los casos sobre violaciones de derechos económicos, sociales y culturales, los cuales son ignorados e irrespetados. De este modo, la violación al artículo 19 de la CADH puede establecerse mediante la evidencia que demuestre la situación de precariedad y riesgo de los niños de la calle junto con la falta de medidas para subsanarla. Así la Corte reconoció que ‘Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus iuris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y alcance de la disposición general definida en el artículo 19 de la CADH’⁵³.

En la sentencia del 26 de mayo de 2001, referente a las reparaciones del caso de los “Niños de la calle”, la Corte Interamericana reiteró la necesidad de prevenir hechos como los resueltos. Indicó allí:

“(...) Esta Corte considera que Guatemala debe implementar en su derecho interno, de

53 Krsticevic/Nuño (Responsables del informe), 2003, p. 26. Sobre la protección otorgada por la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana a los derechos económicos, sociales y culturales: Bazán (2005), pp. 576-577. Con respecto a la posibilidad de reclamar ante la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana la violación de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de Estados que incluso no hayan ratificado el Protocolo de San Salvador, aunque sí lo hayan firmado: Bazán (2005), pp. 574-575, 582.

acuerdo al artículo 2 de la Convención, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias con el objeto de adecuar la normativa guatemalteca al artículo 19 de la Convención, para prevenir que se den en el futuro hechos como los examinados. Pese a lo dicho, la Corte no está en posición de afirmar cuáles deben ser dichas medidas y si, en particular deben consistir, como lo solicitan los representantes de los familiares de las víctimas y la Comisión, en derogar el Código de la Niñez de 1979 o en poner en vigencia el Código de la Niñez y la Juventud aprobado por el Congreso de la República de Guatemala en 1996 y el Plan de Acción a Favor de Niños, Niñas y Jóvenes de la Calle de 1997”.

Debe anotarse que Mary Beloff ha criticado fuertemente lo resuelto por la Corte Interamericana con respecto al artículo 19 de la Convención Americana, estimando que perdió la oportunidad de determinar las medidas especiales de protección que el Estado de Guatemala. Señaló que en definitiva la Corte partió de una concepción tutelar, ya superada con la Convención de Derechos del Niño. Dijo que la Corte no aprovechó la oportunidad para criticar las medidas de protección contempladas tradicionalmente en

Latinoamérica, de lo que era una expresión el Código de la Niñez guatemalteco de 1979, que llevaban a que niños pobres e imputados de delitos fueran tratados de igual manera⁵⁴.

Dicha crítica es exagerada, siendo consecuencia de la pretensión de Mary Beloff de que la Corte Interamericana desautorizara el sistema de la justicia juvenil conforme a la doctrina de la situación irregular que existía en ese momento en Guatemala, lo que no era propiamente lo que se discutía en el caso concreto. De todas maneras la Corte Interamericana poco tiempo después, en la opinión consultiva del 28 de agosto de 2002, referente a la condición jurídica y derechos del niño, se pronunció expresamente en contra del sistema tutelar propio de la situación irregular⁵⁵. Debe agregarse que pretensiones como las que se habían sostenido por las víctimas y por la Comisión Interamericana, de que se obligara a Guatemala a derogar el Código de 1979 o a poner en vigencia el Código aprobado en 1996, son peticiones concretas con respecto a las medidas a tomar, que en principio no corresponde a la Corte disponerlas, debido al ámbito de apreciación que debe concederse a los Estados para cumplir con las prescripciones de la Convención. Lo anterior máxime que en el caso concreto no estaba propiamente en discusión la justicia juvenil de

54 Beloff (2000), pp. 395-416.

55 Dijo la Corte: “108. Esto conduce a considerar la hipótesis de que los menores de edad –niños, en el sentido de la Convención respectiva- incurran en conductas ilícitas. La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado. Esta Corte ha señalado que el principio de legalidad penal ‘implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales’. Esta garantía, contemplada en el artículo 9 de la Convención Americana, debe ser otorgada a los niños”. Mary Beloff, sin embargo, ha criticado fuertemente lo que indicó la Corte Interamericana con respecto a la justicia penal juvenil, considerando que en la misma se encuentran resabios de la concepción tutelar. Cf. Beloff (2004), pp. 131-142.

Guatemala. La crítica de Mary Beloff la lleva en definitiva a no reconocer el avance que supuso el reconocimiento del deber estatal de proteger los derechos económicos, sociales y culturales de los niños y adolescentes, tal y como se indicó arriba, que abrió la posibilidad de reclamar ante ella violaciones de derechos económicos, sociales y culturales de los niños, ampliando con ello el ámbito de su jurisdicción, tradicionalmente limitada a los derechos individuales y políticos.

Con posterioridad la Corte Interamericana en la sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Caso “Instituto de reeducación del menor” vs. Paraguay) reiteró la obligación estatal de tutelar los derechos económicos, sociales y culturales de los menores de edad, como consecuencia del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, interpretando el mismo en relación con la Convención de Derechos del Niño y el Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (Nº 148). Señaló:

“149. En el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños”.

La obligación estatal de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de los niños, como parte de las obligaciones contraídas al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, ha sido sostenida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo en el quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, dado el 6 de abril de 2001 señaló:

“17. El derecho del niño a medidas especiales de protección exige que el Estado tome medidas para evitar que los menores sean objeto de violaciones y para responder con la debida diligencia a cualesquiera violaciones que tengan derecho que tengan lugar a pesar de tales medidas. El deber de prevenir se extiende a los derechos civiles y políticos, al igual que a los de orden económicos, social y cultural, según se requiera”⁵⁶.

5. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES POR LA JURISDICCIÓN NACIONAL

El reconocimiento de la Corte Interamericana de la judicialidad ante ella de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños y adolescentes, ello como consecuencia de lo establecido en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe llevar también a reconocer dicha judicialidad en los diversos países latinoamericanos. En efecto en general un principio del que parten los instrumentos internacionales

56 Cf. Relatoría de la niñez CIDH/OEA (2002), p. 242.

sobre derechos humanos es la aplicación prioritaria que debe hacerse de los mismos por la jurisdicción interna, de modo que los mecanismos de control de la violación de dichos instrumentos establecidos por la Comunidad Internacional, operan solamente con un carácter subsidiario⁵⁷.

Sobre la prioridad de la aplicación interna la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo en la sentencia del 29 de julio de 1988, relativa al caso Velásquez Rodríguez:

"61. La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta 'coadyuvante o complementaria' de la interna (Convención Americana, Preámbulo)".

Ello lleva a que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general se establezca la necesidad de que se hayan agotado los recursos internos, esto antes de acudir a un órgano internacional de protección de los derechos humanos⁵⁸.

Así la CADH, lo mismo que otros instrumentos internacionales de derechos humanos, debe

ser aplicada en primer término por los órganos internos del Estado, dentro de los cuales tienen un papel relevante los órganos jurisdiccionales del mismo, especialmente cuando ha ocurrido una violación de los derechos humanos. Sobre ello es importante lo indicado por Juan Méndez:

*"Una obligación internacional puede cumplirse de varias maneras y por vía de diversos poderes del Estado. Al derecho internacional le es indiferente que esa obligación se cumpla por vía administrativa, judicial o del Poder Legislativo, de la misma manera que la división de poderes sería inoponible a la comunidad como causal de incumplimiento de una obligación solemnemente contraída por ella (...). Sin embargo, ante un incumplimiento, ya sea total o parcial, es a la justicia a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en derecho interno el Poder Judicial es garante final de los derechos de las personas, como porque es el estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno"*⁵⁹.

Esto se refleja en el Art. 46 inciso 1 a) de la CADH, que dispone que para que una petición o comunicación sea admitida por la Comisión se requiere: *"que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme*

57 En ese sentido la Declaración de la ONU sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentalmente universalmente reconocidos indica en su artículo 3: *"El derecho interno, en cuanto concuerda con la Carta de las Naciones Unidas y otras obligaciones internacionales del Estado en la esfera de los derechos humanos y las libertades fundamentales, es el marco jurídico en el cual se deben materializar y ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales y en el cual deben llevarse a cabo todas las actividades a que se hace referencia en la presente Declaración para la promoción, protección y realización efectiva de esos derechos y libertades"*. Sobre la prioridad que debe tener la aplicación en la jurisdicción interna de los tratados internacionales relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales: Abramovich/Courtis (2004), pp. 75-76.

58 Sobre el agotamiento de los recursos internos: Navia, 1993, pp. 62-66; Piza, Rodolfo/Trejos, G. 1989, pp. 267-280.

59 Méndez, 1998, p. 532. Véase también: Abregú, 1998, p. 10. Sobre la complicidad de los poderes judiciales latinoamericanos con respecto a la tortura y las desapariciones forzadas durante la vigencia de la llamada Doctrina de la Seguridad Nacional: Zaffaroni, 2001, pp. 47-64.

a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

Por su parte el inciso 2) del Art. 46 de la CADH indica que las disposiciones del inciso 1 no se aplicarán cuando:

“a) No exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”⁶⁰.

De acuerdo con lo anterior, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha admitido la judicialidad de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños establecidos en la Convención de Derechos del Niño, ello a partir de la interpretación del artículo

19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe llegarse también a admitir dicha judicialidad en la jurisdicción interna, lo que no es sino una consecuencia del agotamiento de la vía interna, como previo a acudir ante la Comisión y la Corte Interamericana.

Es importante anotar que muchos de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños son discutidos a diario en la jurisdicción ordinaria, primordialmente la de familia o bien la relativa a la niñez y la adolescencia. Se resuelven asuntos allí relacionados con el derecho a la familia, medidas de protección a menores de edad⁶¹ y a mantener contacto con los padres que estén separados del niño, el derecho de guardia y crianza, el derecho a saber quiénes son los padres, la adopción de los niños, igualmente se llegan a discutir problemas de abandono, explotación económica, abusos sexuales y violencia doméstica, lo mismo que asuntos en que se discute el suministro de drogas a los

60 Véase: Corte Interamericana, opinión consultiva OC-11 del 10 de agosto de 1990, correspondiente a las excepciones al agotamiento de los recursos internos.

61 Por ejemplo en el voto 7388-2000 del 22 de agosto de 2000 dijo la Sala Constitucional costarricense se resolvió con respecto a un asunto en que se siguió un proceso especial de protección en sede administrativa, confiriéndose abrigo temporal a un menor recién nacido, tomando en cuenta que se presumía que la madre habría sido objeto de incesto por su progenitor, con quien habitaba, en un hogar en el que el padre ejerce el control casi absoluto en el núcleo familiar. Con base en ello se negó en vía administrativa la posibilidad de entregarle el niño a la madre. Se dijo por la Sala: *“Estima la Sala que lleva razón la recurrente en cuanto a que su hijo tiene derecho a estar con ella y recibir su atención y sus cuidados. Es claro que la medida de protección que impugna la accionante, es perjudicial no sólo para el hijo de la recurrente, a quien se le está separando de su madre biológica con todas las consecuencias negativas que ello conlleva, sino que también perjudica a la amparada, a la cual se le está negando el derecho de permanecer con su hijo. Además, si el Patronato Nacional de la Infancia consideró que el hijo de la recurrente estaba en una situación de riesgo, debió haber tomado en cuenta que al ser la recurrente una menor de edad y al presumirse que es víctima de incesto por parte de su padre, también está en riesgo su integridad física y emocional. Es evidente que la medida de protección tomada por parte de la Oficina del Oeste del PANI, no responde a las necesidades reales de los menores involucrados, sea la recurrente y su hijo recién nacido. Es un derecho de los menores permanecer en familia y si como en este caso, se determina que el hogar de la recurrente no es el idóneo ni para ella ni para su hijo, debe adoptarse una medida por medio de la cual puedan permanecer juntos, se brinde protección a ambos y se capacite a la recurrente para que pueda dar a su hijo la atención y los cuidados que necesita”.*

menores de edad⁶². Además en la jurisdicción penal se discuten muchos de estos problemas, lo mismo que problemas de sustracción de menores⁶³ y de traslado ilegítimo de los mismos a otros países⁶⁴. Se agrega a ello que en la jurisdicción nacional se resuelven también aspectos relacionados con el derecho

a la educación y la salud, por ejemplo en la jurisdicción constitucional costarricense se ha discutido con mucha frecuencia disposiciones tomadas en las escuelas y colegios con respecto a los estudiantes, por ejemplo reclamos de adecuaciones curriculares⁶⁵, de sanciones disciplinarias⁶⁶, el rechazo de

62 En el voto 10499-2004 del 29 de septiembre de 2004 de la Sala Constitucional costarricense se discutió la procedencia de diversas medidas de investigación que se realizaron para determinar si los miembros de una secta suministraban droga a menores de edad, lo que implicó realizarles una serie de exámenes médicos a los menores de edad que se consideraba que estaban en situación de riesgo, luego del allanamiento del lugar en que habitaban los miembros de la secta. Se dijo: “*Concluye la Sala que las libertades y derechos garantizados por medio del Recurso de Hábeas Corpus no han sufrido lesión alguna ni amenaza ilegítima proveniente de las autoridades públicas accionadas. En efecto, con los elementos probatorios con que se cuenta en la especie estima la Sala que por el contrario, la intervención de esas autoridades en lo que atañe concretamente al menor amparado, fue efectuada en tutela de su interés superior por su minoridad y en ningún momento fue arbitrariamente detenido, como se acusa, sino solamente rescatado de una situación de riesgo social en que se encontraba, dentro de una propiedad y rodeado mayoritariamente por mayores de edad que no son sus responsables, quienes son investigados por existir en su contra indicios de que lo inducían –a él y a otros menores de edad– al consumo de una droga prohibida y eventualmente dañina para la salud, como lo es la marihuana*”.

63 Véase por ejemplo: Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, voto 17-F-97 del 15 de enero de 1997; 388-F-97 del 12 de mayo de 1997.

64 Véase por ejemplo: Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, voto 465-F-98 del primero de julio de 1998; voto 662-2002 del 29 de agosto de 2002.

65 Por ejemplo en el voto 3320-2002 del 9 de abril de 2002 de la Sala Constitucional costarricense se dijo: “*Entiende esta Sala la necesidad y conveniencia de establecer un calendario de actividades programadas por el Ministerio de Educación en esta materia, para lograr una adecuada organización administrativa y de los recursos humanos y técnicos requeridos. Sin embargo, tal calendarización no debe excluir la valoración de circunstancias o casos especiales como el del amparado, que en fecha cercana a la realización de las pruebas de bachillerato, encontró una posibilidad para mejorar las condiciones en que efectuaría tales pruebas. El menor recibió el apoyo de una institución especializada en deficiencias visuales -Fundación Hellen Keller-, que ofreció un tutor que le asistiera en los exámenes. Sin embargo, vio truncada la posibilidad de aprovechar este recurso, por una disposición administrativa inflexible, que debe ceder ante el interés superior del menor. Debe aclararse que el objeto de las adecuaciones curriculares es hacer efectivo un derecho que consagran las leyes y los tratados internacionales, a contar en el proceso educativo con recursos que técnicamente se hayan recomendado para garantizar su desempeño en igualdad de condiciones que los demás estudiantes, tomando en cuenta la discapacidad o deficiencia del menor*”. Véase además voto 17529-05 de la Sala Constitucional que se refirió a la adecuación curricular necesaria para un examen. En el voto 16637-06 de la Sala Constitucional se ordenó al Director del Instituto Superior de San José y Presidente de Apoyo Institucional de ese centro, que tome las medidas de su competencia para que se gestione lo que sea necesario para que el amparado se le aseguren las lecciones de apoyo para el cumplimiento de la adecuación curricular significativa en las materias debidamente aprobadas por las autoridades competentes.

66 Se ha dicho, por ejemplo, por la Sala Constitucional costarricense que en la aplicación de las sanciones disciplinarias debe seguirse el debido proceso, incurriéndose en una actuación ilegítima al expulsarse a un estudiante sin que hubiera finalizado el período escolar y sin que se le hubiera remitido a otro servicio educativo apto para sus condiciones personales (Voto 1246-96). Consúltese ello en: Fallas Vega/Linkimer Bedoya/Ramírez Altamirano (2005), pp. 581-582. Sobre la necesidad de respetar el debido proceso para la imposición de sanciones disciplinarias por un centro educativo: Sala Constitucional, votos 9203-06, 9866-06, 10950-06, 11443-06 y 15207-06.

la admisión a una escuela o colegio⁶⁷ y la continuidad en un centro educativo privado a pesar del no pago de las mensualidades⁶⁸. Se ha exigido al Estado que nombre docentes para los grados cuarto, quinto y sexto, ello en una escuela que gran parte del año ha estado cerrada por falta de docentes⁶⁹. Uno de los votos de mayor relevancia, en cuanto consagró el derecho a una educación inclusiva de las personas con una discapacidad, es el 4904-06 de la Sala Constitucional. Alegó el recurrente que en el Colegio privado se ha negado la admisión a los menores amparados por el sólo hecho de

ser portadores de Síndrome de Down, lo cual es un acto discriminatorio y violatorio del derecho a la educación. Indicó que a los menores no se les aplicaron exámenes de admisión con las adecuaciones respectivas y fueron rechazados por no contar esa escuela con un curriculum adecuado ni con personal calificado, lo que considera el recurrente contrario a lo dispuesto en la ley número 7600 de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Se declaró con lugar el recurso. Se ordenó al Director General del Colegio recurrido, permitir el ingreso del menor amparado al proceso de educación

67 Sobre ello véase, por ejemplo, el voto 735-99 de la Sala Constitucional costarricense, que establece que pueden fijarse límites a la admisión en un centro educativo de acuerdo al cupo disponible al momento de la solicitud, lo que en definitiva persigue una adecuada calidad de la enseñanza. Consúltese ello en: Fallas Vega/Linkimer Bedoya/Ramírez Altamirano (2005), p. 584.

68 Ha dicho, por ejemplo, la Sala Constitucional costarricense que los colegios privados no están obligados a brindar el servicio educativo cuando los padres no han cumplido con la contraprestación pecuniaria, sin embargo, la suspensión de servicios educativos de manera alguna puede ser intempestiva ni arbitraria, y en todo caso debe el centro – tomando en cuenta la naturaleza de la actividad que desarrolla- garantizar al educando que pueda continuar con su formación educativa en otro centro educativo, público o privado (Votos 904-99 y 4096-96). Sin embargo, se dijo en el voto 15118-06 en un asunto en que al estudiante no se le permitió seguir en el centro privado en el tercer cuatrimestre del año por falta de pago, que la enseñanza privada no es gratuita y no está prescrito que así lo sea. Por ende, para que los estudiantes disfruten del derecho a la educación, sus padres o representantes deben someterse al pago del costo que supone la enseñanza privada, o bien, optar por la enseñanza pública, que sí es gratuita y costeadada por el Estado. Se ha señalado que la retención de los certificados de aprovechamiento hasta que se cancelen las mensualidades debidas, es ilegítima (Voto 58-99). Consúltese ello en: Fallas Vega/Linkimer Bedoya/Ramírez Altamirano (2005), p. 581.

69 Voto 17383-06. Reclamó el recurrente, en su condición de Presidente de la Junta de educación de la Escuela (...), que a los niños de cuarto, quinto y sexto grado de la Escuela (...) se les ha violentado su derecho a la educación por cuanto, el Ministerio de Educación Pública no ha dispuesto las medidas necesarias para resolver la falta de nombramiento de profesor, y la escuela ha permanecido la mayor parte del tiempo cerrada durante el presente año lectivo. Se declaró con lugar el recurso. Se ordenó al Director General de Personal del Ministerio de Educación Pública, en caso que no lo hubiere ya hecho, nombre el personal docente necesario para que imparta lecciones a los niños de IV, V y VI grado de la Escuela (...). Se ordenó asimismo al Ministro de Educación Pública girar las instrucciones pertinentes a efectos de determinar, junto con los docentes encargados del proceso de recuperación, si los estudiantes de VI grado de la Escuela (...) no se encontraran suficientemente preparados para la prueba nacional de sexto grado en el referido centro educativo, y si fuera el caso, suspender la aplicación de dicha prueba hasta que se les preparara debidamente. Véase también: Sala Constitucional, voto 12760-06, en el que se declaró con lugar el recurso por la falta de nombramiento de un docente de francés. Puede consultarse además voto 8386-06 de la Sala Constitucional, que se refirió a la falta de nombramiento de docente en la educación preescolar.

de ese Colegio, para quien debe establecer una adecuación curricular conforme a sus condiciones personales. Se dispuso que el señor Ministro de Educación Pública debe proceder a reglamentar debidamente, en un plazo de hasta cuatro meses, contado a partir de la notificación de esta resolución, las condiciones de ingreso y

permanencia de personas con discapacidad en los centros de enseñanzas públicos y privados, de manera que se garantice su acceso a la Educación de conformidad a los parámetros internacionales y nacionales fijados al efecto⁷⁰. Además son frecuentes los reclamos en relacionados con protección de la vida y salud de

70 La Sala Constitucional en el voto 7205-06 declaró con lugar un recurso de amparo en que se había negado la matrícula a una menor de edad con discapacidad por falta de docentes. Alegó la recurrente que su hija tiene discapacidad auditiva, viven en Ciudad Colón y cuando fue a matricular a la menor en séptimo año y a solicitar que se le suministrara su educación con un tutor según lo dispone la ley 7600, le dijeron que en esa región no había código abierto para ello, que fuera a matricularla en el Colegio México donde hay otra niña sorda recibiendo clases. Que no tiene los medios ni motivos para enviar a la amparada de Ciudad Colón a San José para estudiar, y exponerla así a otros peligros. Se consideró por la Sala que en el caso de la menor amparada, se ha dado una violación del derecho a la educación y a la igualdad. Se ordenó al Ministro de Educación Pública, a la Directora Regional de Enseñanza de Puriscal, y a la Directora del Liceo (...) de Ciudad Colón, proveer lo necesario, en el marco de sus competencias, para que la menor amparada, reciba, de inmediato, la educación que necesita en un centro de estudios cercano a su lugar de residencia. Es importante también el voto 6169-06 de la Sala Constitucional en el que se declaró con lugar un amparo en que se reclamaba que se había limitado el ingreso de un menor de edad a un centro educativo. Alegaron los recurrentes que solicitaron matrícula para su hijo que tiene capacidades especiales, en la Escuela (...). Agregaron que iniciado el curso lectivo, el Director de esa escuela les indicó que el menor quedaba sin matrícula bajo el argumento de que no se siguió el proceso de integración. La Sala estimó demostrado que ese centro de enseñanza no ha propiciado el acceso del menor a la educación en condiciones de igualdad y que más bien, le ha limitado su derecho a educarse en ese centro educativo y a desarrollarse con otros niños en igualdad de condiciones dentro de un proceso educativo al que tiene todo el derecho de integrarse pues lejos de facilitar ese acceso, más bien le ha puesto diferentes trabas y pretextos para hacer más difícil su situación y la de sus padres, cuando precisamente por tratarse de un menor con discapacidad, se debió de haberle dado un trato diferente en aras de favorecer su integración al sistema educativo formal. Sobre el acceso a la educación de personas con discapacidad véase además: Sala Constitucional, voto 3544-06.

menores de edad⁷¹ y contra de los servicios de la seguridad social⁷², en particular puede resaltarse el no suministro de determinados

medicamentos a los pacientes, por ejemplo los enfermos de hepatitis C⁷³, del SIDA⁷⁴ o los de cáncer⁷⁵, o bien la práctica de determinado

71 En el voto 2658-2002 del 15 de marzo de 2002 de la Sala Constitucional costarricense, por ejemplo, se dijo: *“Debe indicarse, en primer lugar, que distinto a lo que alega el recurrente, en el presente caso no se está en presencia de un acto administrativo final que se haya dictado en un procedimiento en que no se haya dado participación a las partes interesadas, sino que, por el contrario, la resolución que cuestiona el petente -y que motiva la interposición de este amparo- es justamente el acto inicial del correspondiente procedimiento administrativo. Procedimiento que se inició ante la existencia de denuncias graves y concretas, en el sentido de que en el ‘Gran Circo Mundial’ laboraba un niño menor de quince años -en contravención a lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico-, con el agravante que sus labores implicaban un grave riesgo para su vida. Ante tal denuncia, la Oficina Local del Sur del Patronato Nacional de la Infancia -como se les notificó expresamente a las partes- resolvió iniciar el procedimiento especial de protección en sede administrativa, previsto por artículo 128 y siguientes del Código de la Niñez y de la Adolescencia, a fin de resguardar -en especial- el derecho fundamental a la vida y a la salud del menor; y, como medida cautelar y mientras se profundizaba la investigación, se dispuso el cese inmediato de las labores denunciadas en el caso del menor. De lo antes indicado se desprende que, al momento de plantearse el recurso, la autoridad recurrida ha actuado dentro del ámbito de su competencia, al tenerse por probado la existencia de una amenaza a la vida del menor y con el único interés de tutelar sus derechos fundamentales, en concordancia con lo previsto por los artículos 21, 51 y 55 de la Constitución Política”*. En el voto 10659-2001 del 19 de octubre de 2001 de la Sala Constitucional costarricense se rechazó un recurso a favor de un menor de doce años que reclamaba el derecho a participar en las competencias de juegos nacionales, ello a pesar de la prohibición que se dispuso en los mismos tomaran parte menores de doce años. La Sala Constitucional declaró sin lugar el recurso, tomando en cuenta que las autoridades señalaron que la decisión la habían tomado con base en estudios médicos que recomiendan que a nivel competitivo no participen los menores de doce años, no siendo consecuencia propiamente de un recorte presupuestario. Dentro del Derecho Comparado ha sido común que se haya admitido el reclamo de violaciones al derecho a la salud, por ejemplo, por no brindarse la atención adecuada para una enfermedad. Sobre ello: Abramovich/Courtis (2004), p. 137, quienes indican: *“Los tribunales han sido particularmente sensibles a los reclamos judiciales cuando se pone en juego la salud de personas vulnerables tales como niños, mujeres embarazadas o víctimas de graves accidentes o enfermedades. En muchos de esos casos, las necesidades de tutela urgente- y las características de las acciones judiciales que se emplean para reclamar la protección judicial- postergan a aquellas objeciones basadas sobre la mayor exigencia probatoria y técnica de la cuestión”*.

72 Por ejemplo en el voto 8173-2002 del 23 de agosto de 2002 dijo la Sala Constitucional costarricense: *“En el caso concreto la Sala considera que la actuación de la autoridad recurrida no viola los derechos fundamentales del amparado, en tanto se tiene por acreditado -según el recurrido en su informe bajo juramento- que la exigencia formulada por la autoridad recurrida en el sentido de que se actualizara el carné de filiación del menor, en modo alguno condicionó la prestación de los servicios de salud, razón por la cual se debe declarar sin lugar el recurso de amparo. En efecto, aunque el recurrente no había actualizado dicho carné, lo cierto es que el amparado recibió la atención médica que requería por parte del Dr. R. G., quien determinó que no necesitaba en forma inmediata la realización de la prueba Holter, sino que podía practicársele en otra oportunidad de acuerdo con su evolución. Por ello, tampoco es pertinente el reclamo planteado por el recurrente en cuanto al funcionamiento del equipo utilizado para esa prueba, teniendo en cuenta -en todo caso- que la autoridad recurrida está realizando los trámites pertinentes para adquirir -mediante la Compra Directa N°490-02- el equipo médico en cuestión, que podrá ser usado por el amparado en el caso de que así lo necesite”*.

73 Véase: Sala Constitucional de Costa Rica, voto 12769 del 12 de noviembre de 2004, que acogió un reclamo a favor de un mayor de edad.

74 La Sala Constitucional costarricense, en asuntos en general relacionados con mayores de edad, pero aplicables también a menores de edad, ha resaltado la obligación de suministrar a los pacientes de SIDA la terapia de combinación de antirretrovirales, apropiada a la condición clínica (Voto 250-98). Fallas Vega/Linkimer Bedoya/Ramírez Altamirano (2005), p. 127.

75 Sobre ello existen numerosas resoluciones de la Sala Constitucional costarricense, en general relacionadas con mayores de edad, que han afirmado el derecho a que a los enfermos de cáncer se les suministren los medicamentos necesarios para aliviar el dolor, teniendo derecho a una muerte sin dolor. Véase por ejemplo voto 3785-2004 del 16 de abril de 2004.

tratamiento⁷⁶. Es importante mencionar el voto 8377-2003 del 8 de agosto de 2003, dispuesto por la Sala Constitucional costarricense, que trató un caso de una menor de edad, cuyo tratamiento la Caja Costarricense de Seguro Social se negó a costear, que padecía una enfermedad de Gaucher tipo 1, que “es la más común de un grupo conocido como enfermedades por depósito lisosomal que se caracterizan por la acumulación de ciertas grasas o carbohidratos en compartimentos celulares conocidos como lisosomas”. Se dijo por la Sala:

“Los representantes de la Caja Costarricense de Seguro Social aducen que las resoluciones de este Tribunal que la han obligado a suministrar tratamiento para diversas patologías, como el SIDA, la Esclerosis Lateral Amiotrófica y Esclerosis Múltiple se alejan de criterios científico-técnicos y amenazan la equidad, universalidad solidaridad y accesibilidad del sistema de seguridad social. Lo anterior porque la atención de un grupo de pacientes enfermos con estas patologías tiene

un costo muy elevado, que es prácticamente imposible de sufragar para un país en vías de desarrollo, sin desatender a otros sectores vulnerables, que debe cubrir obligatoriamente en acatamiento a las políticas institucionales. Este Tribunal es consciente de que los recursos económicos del sistema de seguridad social son escasos, sin embargo considera que el desafío principal que la Caja Costarricense de Seguro Social enfrenta en esta etapa de su desarrollo institucional, en el que se han logrado para Costa Rica estándares de calidad de vida y salud comparables a los de los países desarrollados, radica en optimizar el manejo de los recursos disponibles, disminuir costos administrativos, para que los recursos del sistema de seguro de salud sean invertidos eficientemente. La Sala aprecia que el medicamento prescrito a la amparada es ciertamente muy oneroso, sin embargo, en atención a las características excepcionales de la enfermedad que sufre, que es letal y dado que se ha descartado que sus padres tengan la posibilidad de colaborar en la adquisición de los medicamentos mediante estudios de

76 La Sala Constitucional costarricense en el voto 8341-2001 del 17 de agosto de 2001 resolvió: “Básicamente el aquí recurrente alega que su hijo no fue tratado debidamente en el Hospital de Niños por su padecimiento de cáncer en la sangre, indicando que el Dr. C. de Medicina tres de ese nosocomio, simplemente le indicó que no se le atendería, no se le harían transfusiones de sangre y que mejor se le llevara para la casa. Otra situación se desprende de lo informado bajo la fe de juramento por parte del Director del Hospital accionado, al indicar que efectivamente el niño fue diagnosticado con Leucemia Linfocítica Aguda desde el mes de abril del año 2000, por lo que se intentaron dos tratamientos curativos, el primero que no mostró ningún resultado pasándose a la quimioterapia, mas la enfermedad avanzó en el cuerpo del menor. Debido a que en el mes de marzo anterior el niño reingresó al hospital en donde se le practico examen de médula encontrándose con que el 90% estaba invadido por células malignas, lo que derivó que por criterio médico se dispusiera detener los tratamientos curativos y pasarlo a la atención paliativa, especial para pacientes en estado terminal. Todo lo cual le fue debidamente explicado a los padres del menor y contando con su anuencia ha sido atendido por un equipo interdisciplinario especialista en estos casos paliativos, incluso aplicándole un medicamento llamado ‘Fentanyl’, el que tiene como fin el controlar el dolor con muy buenos resultados. Además, se ha indicado que efectivamente en el mes de marzo pasado el niño fue atendido en el hospital ante una recaída, pero parece que el conflicto que se plantea en el amparo, lo es propiamente por la no realización de las transfusiones de sangre, de las cuales de forma técnica los médicos indican que no se le aplicarán debido a que consideran que ello equivale a una agresión, debido al estado del paciente y que del mismo no se obtendrá resultado curativo alguno”.

trabajo social, con fundamento en los artículos 21 y 173 de la Constitución Política y 24 y 26 de la Convención de los Derechos del Niño procede declarar con lugar el recurso”.

Pueden ocurrir también otros casos en que se afecta una colectividad de niños y adolescentes, lo que ha llevado a Gilbert Armijo a hablar de la “Tutela constitucional del interés difuso” de la niñez y la adolescencia⁷⁷. Así indica él que algunos de los derechos establecidos en el Código de la Niñez y la Adolescencia costarricense: “(...) *están concebidos para ser reclamados sólo individualmente. En otros casos, tal y como ocurre con la salud y la educación, es factible distinguir una dimensión colectiva y una perspectiva individual que es característica del interés difuso*”⁷⁸. Agrega: “*Es comprensible que se le imponga al Estado la obligación de adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de estos derechos. Su incumplimiento es sancionado como un acto discriminatorio, que viola los derechos fundamentales de esta población*”. Indica además: “*No desconocemos que la mayoría de las constituciones o convenios internacionales sobre la protección de los niños, convierten en operativos una serie de derechos (salud, cultura, medio ambiente, etc.), que en sí mismos no son intereses difusos. Es decir, el texto de derechos humanos, o la Constitución, en nuestro caso, no reconoce intereses difusos, sino derechos que pueden*

originar dichos intereses. Se trata de derechos derivados que pueden ser individuales o de naturaleza social, que es por donde se define el interés difuso. Es así que podemos hablar de interés difuso en cuanto la legitimación está inicialmente indeterminada”⁷⁹.

Se refiere en definitiva él a cuando se toman determinadas disposiciones por el poder legislativo o el Poder Ejecutivo que afectan en general por ejemplo el derecho a la educación o a la salud de los niños y adolescentes. Realmente no debe afirmarse, de acuerdo con mi criterio, la existencia de un “interés difuso”, terminología que corresponde a los derechos de la tercera generación, como el derecho a un medio ambiente sano, sino debe seguirse hablando de un derecho económico, social o cultural, o sea lo que se ha conocido como derechos de la segunda generación. Así como no puede hablarse de intereses difusos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales de la totalidad de la población, tampoco puede hacerse mención a intereses difusos con relación a los derechos económicos, sociales y culturales de los niños. La discusión mía con Gilbert Armijo aparentemente es meramente terminológica, puesto que él reconoce que hay derechos económicos, sociales y culturales que son reclamables individualmente, mientras hay otros que pueden ser reclamados por una colectividad de niños y adolescentes. En eso comparto el criterio externado por él. La diferencia con respecto a la posición de Gilbert

⁷⁷ Armijo (1998).

⁷⁸ Armijo (1998), p. 95.

⁷⁹ Armijo (1998), p. 98.

Armijo es que él prefiere la tutela de ello como del interés difuso, ello partiendo desde el punto de vista procesal de la legitimación para presentar el reclamo, mientras mi criterio parte de la naturaleza del derecho, admitiendo la legitimación para reclamarlo como interés colectivo. Así admito que puedan accionarse judicialmente a favor de los diversos niños o adolescentes perjudicados por la medida, que pueden ser en definitiva la totalidad de dichos niños y adolescentes. Se ha señalado al respecto por la doctrina como un ejemplo, el reclamo en contra de la escasa asignación presupuestaria a la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia⁸⁰.

El reclamo en defensa de los derechos de la niñez y la adolescencia, ya sea catalogándolos como interés difuso o bien como colectivo, ha sido admitido por la Sala Constitucional costarricense en diversas resoluciones⁸¹, estimando, por ejemplo, que debe dotarse de contenido presupuestario a la garantía que debe dar el Estado de los derechos de la niñez y la adolescencia. El voto que en su momento causó más polémica en Costa Rica fue el relativo a la obligación del curso lectivo de doscientos días conforme al Convenio Centroamericano de Unificación de la Educación Básica del 22 de junio de 1962, que fue dispuesto por resolución 11515-02 del 6 de diciembre de 2002. En dicho voto

se ordenó a la Ministra de Educación a que procediera “(...) a realizar las actuaciones necesarias, incluidas las relacionadas con las modificaciones presupuestarias, a efecto de restablecer el ciclo lectivo en doscientos días (...)”. Se dijo para ello que:

“El Derecho a la Educación, en sus tres vertientes -derecho a educar, derecho a elegir los educadores y derecho a aprender-, no puede, al igual que cualquier otro derecho fundamental o humano, estar sujeto a restricciones, limitaciones o condicionamientos de índole presupuestario”.

Se agregó:

“La Ministra de Educación, con el aval del Consejo de Gobierno, justifica la reducción del ciclo lectivo de 200 a 174 días y, por consiguiente, la inobservancia del Convenio Centroamericano sobre Unificación Básica de la Educación y el retorno a los términos del artículo 176 de la Ley de Carrera Docente, en razones de orden presupuestario como lo son el acusado déficit fiscal y las restricciones impuestas por el Ministerio de Hacienda a los anteproyectos de presupuesto. Esos argumentos meramente crematísticos no tienen la virtud de enervar la aplicación y respeto del Derecho a la Educación en su manifestación específica de los educandos a aprender, dado que, éste es

80 Así: Polakiewicz (2004), p. 102, la que dice: “En el aspecto puntual de los derechos económicos-sociales y culturales de la infancia, a pesar de la reserva que implica que el Estado se comprometa ‘hasta el máximo de los recursos de que dispone’ (art. 4, Convención de Derechos del Niño), entendemos que los ciudadanos tienen la facultad de controlar la asignación de recursos y, consecuentemente, de pedir la declaración de inconstitucionalidad del presupuesto, que es una ley, si la distribución implica una asignación de recursos insuficiente para la protección de las familias y de la infancia”.

81 La Sala Constitucional costarricense no se ha complicado al respecto y ha admitido la legitimación para presentar el reclamo, indicando que el mismo es admisible ya sea como defensa de un interés difuso o bien colectivo. Véase por ejemplo: voto 3825-2001 del 11 de mayo de 2001.

un derecho que se encuentra consagrado en el texto constitucional y que, por ende, debe ser respetado y fortalecido y no cercenado”.

Se dijo además con respecto a la protección progresiva al derecho a la educación, como derecho económico social cultural:

“Ciertamente, el ciclo lectivo no es una cuestión meramente cuantitativa sino, también, cualitativa, por lo que, resulta lógico y razonable que al ampliarse el lapso en que los educandos están sometidos a los procesos educativos mejore la calidad y la consistencia de su formación. Nótese, adicionalmente, que a tenor del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por la Ley N° 4534 del 23 de febrero de 1970), los estados deben adoptar medidas internas para ‘(...) lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (...)’, razón por la cual los poderes públicos deben mantener en sus políticas de mejoramiento cuantitativo y cualitativo del sistema educacional una tónica que revele un ritmo progresivo o, por lo menos, sostenido y no adoptar políticas y realizar actuaciones que lejos de implicar un progreso supongan un retroceso”.

Este criterio ha sido reiterado en diversas resoluciones de la Sala Constitucional costarricense, por ejemplo por el voto 11598 del 11 de diciembre de 2002, en el que se agregó la relación que tiene otorgar los recursos presupuestarios a la educación con el cumplimiento del derecho a la educación, establecido en la Convención de Derechos del Niño y en el Código de la Niñez y Adolescencia costarricense. Se dijo:

“III.- El derecho a la educación analizado en la sentencia citada, ha sido contemplado

además en los Convenios Internacionales y Leyes que también hacen parte del Derecho de la Constitución, como la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño y el Código de la Niñez y la Adolescencia. La Convención sobre los Derechos del niño, aprobada por Ley 7184 del 18 de julio de 1990, tutela a todo ser humano menor de dieciocho años de edad –artículo 1- y consagra el principio que debe regir todas las actuaciones de las autoridades públicas y los particulares, al señalar, en su artículo 3.1 que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Por su parte el artículo 4 obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención, entre los cuales está el derecho de educación (...).”

Indicó:

“La falta de inclusión en el ‘Proyecto de Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario para el Ejercicio Económico del 2003’ monto requerido para cumplir el ‘Convenio Centroamericano sobre Unificación Básica de la Educación’, en cuanto establece que el curso lectivo debe ser de doscientos días, es inconstitucional además porque obstaculiza el cumplimiento efectivo del derecho a la educación consagrado en la Constitución Política, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”.

Se dijo en el voto 2743-2003 del 3 de abril de 2003 por la Sala Constitucional que la utilización de fondos asignados a programas

sociales relacionados con el apoyo a la educación, para financiar que se mantengan los doscientos días lectivos al año, es contrario a la Constitución Política, ello con base en la progresividad que debe darse en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Se indicó:

“Precisamente estarían siendo usados fondos ya presupuestados para la cobertura de programas sociales, en el pago del incentivo por los doscientos días de clases. Además de ser opuesta a lo ordenado en la referida resolución, la rebaja consultada es contraria al Derecho de la Constitución. Ello es así por cuanto estaría disminuyendo las posibilidades reales del Ministerio de Educación Pública de atender sus obligaciones en campos tan sensibles como los cubiertos por las partidas en cuestión, elementos todos del derecho a la educación, entendido no solo como el derecho de la persona (y el correlativo deber del Estado de prestar el servicio, sino además de hacerlo en forma integral, eficaz, de forma que sea verdaderamente accesible a toda la población una educación de calidad, que forme ciudadanos dotados de un adecuado bagaje cultural y de las herramientas necesarias para hacer frente a un cada vez más competitivo mercado laboral (...). Lo cierto es que desde el momento en que dichos fondos fueron asignados a los programas sociales mencionados, según solicitud expresa del Ministerio de Educación Pública presentada el once de octubre de dos mil dos (cfr. folios 76, 120 y 132 del expediente legislativo), debido a la necesidad (externada por el propio Ministerio) de reforzar tales programas, dichos recursos pasaron a estar vinculados a un fin ineludible: permitir el mejoramiento del servicio público educativo que presta el Estado a sus habitantes, por medio del mejoramiento de su infraestructura;

la compra de más materiales didácticos e insumos para los comedores escolares; la ampliación de los programas de becas, que permiten a los estudiantes de escasos recursos acceder al derecho reconocido por los artículos 50, 77 y 78 de la Constitución Política; así como el mejoramiento y actualización del programa de informática educativa. En atención a la regla de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, reconocida en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado costarricense se encuentra obligado a elaborar y ejecutar políticas tendientes a lograr progresivamente la plena efectividad del derecho fundamental a la educación. A la luz del Derecho de la Constitución, solo son tolerables los progresos (y excepcionalmente el sostenimiento) en la prestación del servicio de educación pública, y no su regresión”.

Se dijo también por la Sala Constitucional costarricense en el voto 3825-2001 del 11 de mayo de 2001, que era contraria a la Constitución la negativa del Ministro de Hacienda de girar fondos asignados por vía de un impuesto cuya recaudación tiene un destino específico a diversas instituciones de ayuda social, entre ellas algunas relacionadas con la niñez y la adolescencia, no admitiéndose la argumentación del Ministro de que los compromisos estatales son múltiples y los recursos limitados. Señaló:

“El Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor, los Patronatos Escolares, las Juntas Administrativas de Institutos Técnicos, el Instituto de Alcoholismo y Farmacodependencia, el Consejo Nacional de Rehabilitación, el Instituto Mixto de Ayuda Social, el Patronato Nacional de la Infancia, el Fondo para la Niñez y la Adolescencia,

Fundación Mundo de Oportunidades, la Fundación Ayúdanos para Ayudar y el Fondo de Pensiones del Régimen no contributivo de la Caja Costarricense de Seguro Social cumplen funciones que posibilitan el cumplimiento, por parte del Estado, de los derechos a la vida, a la salud, a la educación, a la protección del menor, los ancianos y la familia, etc. todos ellos expresa o implícitamente reconocidos en nuestra Constitución Política. La dotación de recursos prevista por la Ley 7972, desarrollada en la Ley de Presupuesto para el ejercicio económico de 2000, no hace sino posibilitar el cumplimiento de las obligaciones públicas que conlleva la existencia (y el inexorable deber de satisfacción) de los mencionados derechos fundamentales, al permitirle a las instituciones en cuestión llevar a cabo los programas respectivos. Al negarse el Poder Ejecutivo, debido a la decisión del Ministro de Hacienda, a girar los fondos presupuestados de conformidad con la Ley número 7972, en forma refleja está lesionando (o al menos poniendo en un inminente riesgo de lesión) los derechos fundamentales prestacionales citados”.

En sentido similar, pero específicamente con respecto a los recursos que se le deben dar al Patronato Nacional de la Infancia para la atención de los menores de edad, debe destacarse el voto 2075-2001 del 16 de marzo de 2001, que ante un recurso de amparo presentado por Casa Alianza dijo:

“III.- Alegan los recurrentes que el Patronato Nacional de la Infancia no está recibiendo los fondos que anualmente le corresponden de

conformidad con las leyes especiales que se han encargado de asignarle un porcentaje específico de determinados ingresos que percibe el Fisco. Por su parte, el Ministro de Hacienda al rendir su informe, aduce que este tipo de leyes que establecen rentas con destino específico le imprimen una rigidez inconveniente al presupuesto de la República, toda vez que la Constitución otorga competencia al Poder Ejecutivo para distribuir los ingresos de conformidad con las necesidades imperantes en el ejercicio económico respectivo, de manera que se debe contar con la flexibilidad suficiente como para distribuir los recursos de modo que puedan satisfacerse en la medida de lo posible la totalidad de las necesidades de la colectividad. Con base en ese razonamiento, estima el titular de Hacienda que hasta la fecha se han venido asignando al PANI los recursos necesarios para que esa institución desarrolle sus funciones. No obstante, los datos objetivos revelan que cada vez más se dificulta brindar atención y apoyo a la gran cantidad de menores que se encuentran en estado de abandono y riesgo social, situación que lamentablemente suele desembocar en problemas de delincuencia, drogadicción y prostitución. De cara a esta realidad, es evidente que la dotación de recursos en la medida que lo prevén las leyes sobre la materia permitiría a esa institución desarrollar una serie de programas y actividades que brinden soluciones efectivas para los niños y adolescentes del país, y en esa medida las pretensiones de los recurrentes merecen ser acogidas por parte del Tribunal (...)”⁸².

82 En el mismo sentido véase también: Sala Constitucional, votos 2547-2001 del 3 de abril de 2001; 2794-2003 del 8 de abril de 2003, 8471-2003 del 13 de agosto de 2003 y 13760-2004 del primero de diciembre de 2004.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense, sin embargo, desgraciadamente no ha sido uniforme sobre ello. Así en el voto 2794-2003 del 8 de abril de 2003 se declaró con lugar un recurso de amparo en contra del Ministro de Hacienda por no girar los fondos correspondientes a un impuesto específico al Patronato Nacional de la Infancia y otras instituciones. Sin embargo, en el voto 4848-2002 del 22 de mayo de 2002, lo mismo que en algún voto adicional⁸³, sostuvo un criterio diverso, considerando que no podían admitirse los impuestos con destinos específicos de fondos, ya que se dijo que rompen con el principio del equilibrio presupuestario, de modo que ha rechazado reclamos posteriores que se han presentado para que se giren los fondos correspondientes a dichos impuestos a instituciones como el Patronato Nacional de la Infancia.

Dentro de los votos relevantes en Costa Rica con respecto a los menores de edad está la declaratoria de inconstitucionalidad de las limitaciones de que los menores de edad extranjeros en el sistema educativo fueran becados, ello como consecuencia de un recurso presentado por el defensor de los habitantes. Se dijo en el voto 7806-2003 del 30 de julio de 2003:

“La Sala estima que el derecho al acceso al fondo de becas únicamente para costarricenses constituye una medida discriminatoria en perjuicio de toda persona extranjera, ya sea menor o mayor de edad porque el otorgamiento de becas si bien no es per se un derecho fundamental, en el conjunto de otros apoyos integra el derecho a

la educación y éste no es privativo únicamente para costarricenses. El Estado no puede hacer nugatorio este derecho a aquellas personas que no tienen los medios económicos para poder obtenerlo basados únicamente en razones de nacionalidad, al igual que no lo podría hacerlo basado en razones similares, como de raza, sexo, etc. En este sentido, la nacionalidad se convierte en una condición ilegítima de exclusión de la adjudicación de becas. Con las normas cuestionadas se está negando irrazonablemente a los extranjeros de bajos recursos económicos el acceso a la educación, por cuanto el Estado dispone, en virtud del principio de solidaridad social, de mecanismos para facilitar la prosecución de estudios, los que no pueden ser utilizados discriminatoriamente.

El derecho a la educación, por pertenecer a los llamados derechos sociales, requiere para su plena vigencia de la capacidad del Estado para garantizarlo. No obstante, es imposible pretender que el Estado lo garantice más allá de su capacidad real para financiarlo. El Estado se encuentra obligado en garantizar el acceso a la educación, sin que ello implique en modo alguno, que se encuentre en la obligación de becar a todos los habitantes, sino en el que sea factible su ingreso y permanencia a los centros educativos públicos, conforme a las posibilidades de cupo, rendimiento académico y no establecer limitaciones sobre las condiciones personales del alumno que lo priven del sistema educativo en general. De tal forma que no resulta válido que se limite irracionalmente a los extranjeros, pues en aplicación del principio de solidaridad social, el acceso a las aulas de los diferentes

83 Véase también: Sala Constitucional, voto 2370-2003 del 21 de marzo de 2003.

*centros educativos, de una población de bajos recursos, es general y la implementación del sistema de becas es importante para el desarrollo de la educación nacional, por lo que no debe de haber diversidad de trato basada en criterios como el de nacionalidad”*⁸⁴.

Este voto tiene como antecedente el voto 8857-98 de la Sala Constitucional del 15 de diciembre de 1998, que consideró inconstitucional la exclusión de los niños extranjeros, con independencia de su status migratorio, como beneficiarios del bono para la educación básica⁸⁵.

6. CONCLUSIONES

La Convención de Derechos del Niño y la legislación ordinaria que la desarrolla a nivel centroamericano establece no solamente derechos civiles a favor de los niños y adolescentes, que lleva al reconocimiento de su carácter de sujetos de derecho y a la admisión de las garantías propias que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional habían establecido para todos los seres humanos, aunque se les negaba a los niños y adolescentes. Se une a ello la regulación de derechos económicos, sociales y culturales de los niños y adolescentes,

que deben ser reconocidos como verdaderos derechos, de modo que pueden ser incluso reclamados judicialmente, ante la jurisdicción nacional, e incluso acudirse en caso de no ser reconocidos, una vez agotados los recursos internos a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A pesar de ello no puede dejar de reconocerse la diferencia que siempre existe entre teoría y práctica, entre legislación y realidad, en Latinoamérica y en particular en Centroamérica, en donde se es muy dado a reconocer normativamente los diversos derechos, pero a que la práctica refleje una violación de facto de los mismos. Ello se refleja en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, puesto que a pesar de que deben ser reconocidos como derechos e incluso en la práctica debe ello llevar al compromiso estatal en su garantía y a poder accionar judicialmente reclamándolos, los indicadores sociales revelan un incumplimiento, como se expresa en las bajas cantidades de gasto público social en Centroamérica.

Abramovich, Víctor/Courtis, Christian (2004). Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta.

Aláez Corral, Benito (2003). Minoría de edad y derechos fundamentales. Madrid, Tecnos.

84 Véase también: Sala Constitucional de Costa Rica, voto 10821 del 26-9-2003. Una de las formas en que tradicionalmente se ha logrado que la jurisdicción, dentro del Derecho Comparado, haya admitido la tutela de derechos económicos, sociales y culturales, ha sido a través del reclamo de la violación al derecho de igualdad. En este sentido señalan Víctor Abramovich y Christian Courtis: “*Cuando un determinado derecho social ha sido reconocido a determinadas personas o grupos en una determinada medida, sí es factible realizar juicios de comparación entre la situación de los beneficiados y la de quienes aún no lo son, controlando la legalidad y razonabilidad del factor de diferenciación utilizado por el Estado al proveer, garantizar o promover selectivamente los intereses tutelados por el derecho*”. Abramovich/ Courtis (2004), p. 169. En la resolución indicada de la Sala Constitucional costarricense lo que se discutía en definitiva era la violación al derecho de igualdad de los niños inmigrantes, ello comparándolo con los niños costarricenses.

85 Sobre este voto: Martínez, María Elena (2000), pp. 366-374.

7. BIBLIOGRAFÍA

Abregú, Martín (1998). La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción. En: Abregú, M./Courtis, C. (Editores). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 3-31.

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

Baldasarre, Antonio (2001). Los derechos sociales (Traducción: Santiago Perea Latorre). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Bazán, Víctor (2005). Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005 (Uruguay), T. II, pp. 547-583.

Beloff, Mary (2000). Los derechos del niño en el sistema interamericano de protección de derechos humanos cuando un caso no es "el caso". Comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros (caso de los "Niños de la calle". En: ¿Más derecho? (Argentina), I, pp. 395-416.

Cançado Trindade, Antônio (2006). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (s.f). Folleto informativo N° 16 (Rev. 1).

Comité de Derechos del Niño (2003). Observación General No. 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44.

Estado de la Nación (2005). Estado de la Nación en desarrollo humano sostenible. Un análisis amplio y objetivo sobre la Costa Rica que tenemos a partir de los indicadores actuales (2004). Informe 11. San José, Estado de la Nación.

Ferrajoli, Luigi (1995). Derecho y razón (Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez y otros). Madrid, Trotta.

Forsthoft, Ernst (1986). Problemas constitucionales del Estado Social. En: Abendroth/Forsthoft/Doehring. El Estado Social. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 43-67.

Forsthoft, Ernst (1986a). Concepto y esencia del Estado Social de Derecho. En: Abendroth/Forsthoft/Doehring. El Estado Social. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 69-106.

Gialdino, Rolando (2002). Judicialidad de los Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales. En: Derechos Humanos en situación de crisis en Uruguay. Montevideo, Konrad Adenauer-Stiftung y otros, pp. 121-155.

Grosman, Cecilia (2004). El interés superior del niño. En: Grosman (Directora). Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad. Buenos Aires, Editorial Universidad, pp. 23-75.

Hutter, Franz-Josef (2003). No rights. Menschenrechte als Fundament einer funktionierenden Weltordnung. Berlín, Aufbau Taschenbuch Verlag.

Krsticevic/Nuño (Responsables del informe) (2003). Construyendo los derechos del niño en las Américas. Lima, CEJIL/Save the Children.

Martínez, María Elena (2000). Comentario académico. En: *Iudicium et Vita* (Costa Rica), No. 7, diciembre de 2000, pp. 366-374.

Méndez, Juan (1998). Derecho a la verdad frente a las graves violaciones de los derechos humanos. En: Abregú, Martín/Courtis, Christian (Editores). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 517-540.

Navia, N. (1993). Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos. Bogotá, Temis.

Pedemera, Luis (1997). "Las penas" de la infancia. El Uruguay de los 90: entre políticas sociales y políticas criminales. Instituto de Estudios Legales y Sociales de Uruguay, pp. 39-116.

Pedrowicz (Coordinadora de la investigación) (2004). Discriminación y Derechos Humanos en Uruguay. La voz de las niñas, niños y adolescentes. Montevideo, Comité de los derechos del niño/Save the Children.

Piza Rocafort, Rodolfo/Trejos Salas, Gerardo (1989). Derecho Internacional de los derechos Humanos. La Convención Americana. San José, Juricentro.

PNUD (2003). Segundo informe sobre desarrollo humano en Centroamérica y Panamá 2003. San José.

Polakiewics (2004). Infancia abandonada como una violación de sus derechos humanos personalísimos: el papel del Estado. En: Grosman (Directora). Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad. Buenos Aires, Editorial Universidad, pp. 77-104.

Prats, Martín (1997). Estado, control social y políticas sociales: enfoque desde los derechos humanos. En: El Uruguay de los 90: entre políticas sociales y políticas criminales. Instituto de Estudios Legales y Sociales de Uruguay, pp. 39-116.

Save the Children (2005). Programación de los derechos del niño. Lima.

Stiglitz, Joseph (2005). Los felices 90. La semilla de la destrucción (Traductores: Victoria Gordo del Rey/Moisés Ramírez). Madrid, Punto de Lectura.

UNICEF (2004). IV Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia. San José, UNICEF y otros.

Villán Durán, Carlos (2002). Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Madrid, Trotta.

Villapondo, Waldo (2000). De los derechos humanos al Derecho Internacional Penal. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2001). Los aportes y desarrollos del poder judicial en la lucha contra la impunidad. En: Méndez/Abregú/Mariezcurrena (Editores) Verdad y justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone. San José, IIDH, pp. 47-64.

www.iin.org.uy/declaracion de panama.htm.

