

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN
DE DERECHOS DEL NIÑO Y SU APLICACIÓN
EN EL DERECHO GUATEMALTECO**

EDWIN RODOLFO RODRÍGUEZ MEYER

GUATEMALA, JULIO DE 2013

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN
DE DERECHOS DEL NIÑO Y SU APLICACIÓN
EN EL DERECHO GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EDWIN RODOLFO RODRÍGUEZ MEYER

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio 2013.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Victor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIO: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

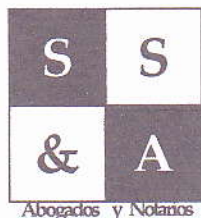
Primera Fase:

PRESIDENTE: Lic. Emilio Gutierrez
VOCAL: Lic. Pablo Andrés Bonilla Hernandez
SECRETARIO: Lic. Jose Dolores Bor Sequen

Segunda Fase:

PRESIDENTE: Lic. Obdulio Rosales Dávila
VOCAL: Lic. Jorge Eduardo Aviles Salazar
SECRETARIO: Lic. Leonel Armando Lopez Mayorga

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de la Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



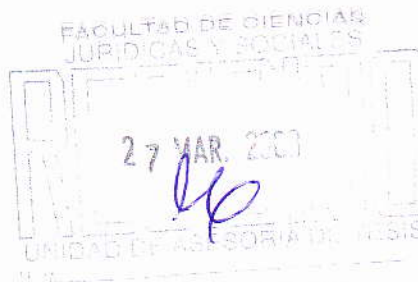
Sánchez, Sánchez & Asociados

ABOGADOS Y NOTARIOS



Ciudad de Guatemala, 29 de febrero de 2008.

**LICENCIADO
MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SU DESPACHO.-**



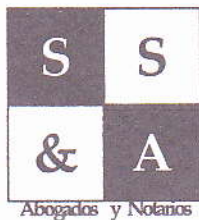
Licenciado Castillo Lutín:

En cumplimiento de la resolución de esa Unidad de fecha 21 de septiembre del 2007, por la cual se me otorga el nombramiento como ASESOR del trabajo de tesis del bachiller, EDWIN RODOLFO RODRÍGUEZ MEYER, carné 200030770 intitulado: "**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO GUATEMALTECO**", procedí a analizarlo, asesorando para el efecto al estudiante en las cuestiones que se estimaron convenientes.

Para el efecto me permito informar a usted lo siguiente: a) Que el trabajo de tesis que asesoré se encuentra elaborado conforme a la perspectiva doctrinaria adecuada y moderna de los textos legales relacionados con la disciplina; b) que el contenido del trabajo referido se desarrolló en cuatro capítulos, comprendiendo aspectos importantes del tema, en los cuales, el autor logró analizar y demostrar exitosamente la incompatibilidad que existe entre el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño y el Derecho Procesal Civil, dejando en claro la brusca contradicción que existe entre estos cuerpos legales proponiendo soluciones para el problema aportando un valioso y profundo contenido científico.

Asimismo, realicé las recomendaciones del caso, así como las correcciones atinentes y necesarias, como la modificación del título con el objetivo de concretizarlo más, que fueron observadas y cumplidas fehacientemente por el sustentante del presente trabajo de tesis.

En mi opinión, la tesis, efectivamente cumple con los requisitos del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y para el efecto hago costar que:



Sánchez, Sánchez & Asociados

ABOGADOS Y NOTARIOS



- a) El contenido científico y técnico contribuye enormemente a la modernización del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala;
- b) En cuanto a la metodología utilizada, en su desarrollo se observó la aplicación científica de los métodos deductivo e inductivo, así como también, el método analítico y sintético;
- c) En lo concerniente a las técnicas de investigación, el sustentante aplicó las técnicas de investigación documental y la bibliográfica, las cuales fueron correctas tanto para la recopilación de información como para la interpretación de la misma;
- d) Para el efecto, la redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión, de tal forma que sea comprensible al lector;
- e) El estudiante expone y brinda aportaciones jurídicas valiosas, así como propuestas concretas, reflexiones sociales importantes y sobre todo se cumplió con el fin de informar acerca de una normativa jurídica que se ha tornado ineficaz; de lo expuesto deriva que es invaluable la contribución científica que el sustentante realiza en la tesis;
- f) En cuanto a las conclusiones y recomendaciones creo que son concretas, oportunas y atinentes, ya que plantean los conflictos encontrados en el desarrollo de la investigación y se proponen soluciones viables para los mismos;
- g) Por último, el trabajo se basa en la recopilación de autores nacionales y extranjeros adecuados al tema por lo que la investigación se sustenta de una bibliografía acertada, reciente y acorde para cada uno de los temas desarrollados en el contenido.

Por lo anteriormente señalado y por haberse cumplido con todos los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público referido, emito **DICTAMEN FAVORABLE** en el sentido que resulta pertinente aprobar la investigación desarrollada por el bachiller EDWIN RODOLFO RODRÍGUEZ MEYER, en cuanto a la fase de asesoría del presente trabajo de tesis, para que pase a la fase de revisión.

Atentamente,

Lic. Helio Guillermo Sánchez Ávila
Abogado y Notario
Col. 1696



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, uno de abril de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) NAPOLEÓN GILBERTO OROZCO MONZÓN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante EDWIN RODOLFO RODRÍGUEZ MEYER, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO GUATEMALTECO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/silh



LIC. NAPOLEÓN GILBERTO OROZCO MONZÓN
ABOGADO Y NOTARIO
5ª. Avenida 10-68 zona 1 Of.302 piso 3
Edif. Helvetia, Guatemala, C.A.
TEL.22324664



Guatemala, 09 de abril de 2008.-

SEÑOR
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
LICENCIADO MARCO TULIO CASTILLO LUTIN
SU DESPACHO.-

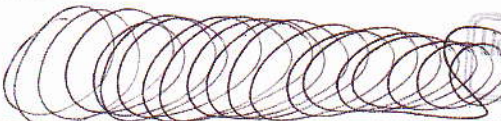
SEÑOR:

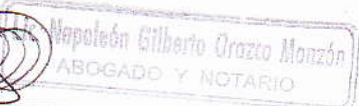
De la manera más atenta me permito comunicarle que he cumplido con la función de Revisor de Tesis del estudiante EDWIN RODOLFO RODRIGUEZ MEYER, intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO GUATEMALTECO", el cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece la normativa de esta facultad, y emito el dictamen siguiente:

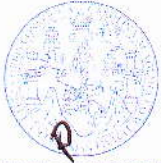
- I. Considero que el tema investigado por el estudiante Edwin Rodolfo Rodriguez Meyer, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, por lo que puede llegarse a la conclusión de que el mismo, no solo reúne los requisitos exigidos por la normativa correspondiente, sino además, se presenta con una temática de especial importancia para facilitar la participación del niño o la niña en el proceso judicial, tomar en cuenta su opinión conforme su edad y madurez. Y concluye que la interpretación judicial es la mejor herramienta con la que cuenta el juez, y que tiene la obligación de proteger la Constitución Política de la República y ser garante de la Convención sobre los Derechos del Niño.-
- II. La bibliografía empleada por el estudiante Rodriguez Meyer, fue la adecuada al tema elaborado y sus conclusiones resultan congruentes con su contenido y las recomendaciones son consecuencia del análisis jurídico de la investigación realizada, habiendo empleado en su investigación los métodos históricos, deductivos e inductivo y con relación a las técnicas, ficheros, fichas de trabajo, etc., haciendo aportaciones valiosas y propuestas concretas para su realización.-
- III. En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en los Artículos 31 y 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis considerando conveniente la impresión de mismo para que pueda ser discutido en el correspondiente examen público.

Sin más que agradecer la consideración a mi persona, al encomendarme tan honroso trabajo de Revisor, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi alta muestra de estima.-

Sin otro particular, me suscribo muy cordialmente.-

F) 
LIC. NAPOLEÓN GILBERTO OROZCO MONZÓN
COL. 2661





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

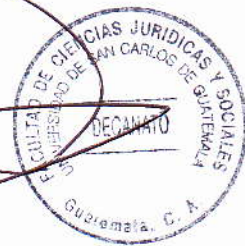
Guatemala, trece de mayo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante EDWIN RODOLFO RODRÍGUEZ MEYER, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO GUATEMALTECO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

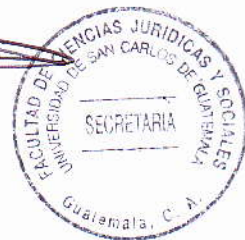
CMCM/sllh.

effe

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]



170579 Rev.



DEDICATORIA

A DIOS:

Quien dispuso que este momento fuera posible.

A MIS PADRES:

Edwin Horacio Rodríguez Flores y Frieda Elizabeth Meyer de Rodríguez, por darme el regalo más grande: la vida; por su apoyo y paciencia.

A ambos, gracias; este triunfo es por ustedes y para ustedes; los quiero.

A MIS HERMANOS:

Pablo Antonio Rodríguez Meyer y Daniel Omar Rodríguez Meyer, por haber podido compartir mi vida con ustedes; los quiero.

A MI ABUELA:

A la persona más detallista que he conocido; que Dios la tenga en el cielo; gracias por quererme; yo sé que está aquí. Siempre te llevo en mi corazón, jamás te olvido.

Fuiste la mujer que más he querido en este mundo; gracias por los veintitrés años más felices de mi vida. Gran parte de lo que soy te lo debo y esto también es por ti y para ti.

A MIS TÍOS Y PRIMOS:

No hay cosa más importante en este mundo que la familia; a todos los quiero.



A MIS AMIGOS Y AMIGAS::

Le doy gracias a Dios por haberlos conocido.

A TODAS LAS PERSONAS QUE
CONTRIBUYERON A MI FORMACIÓN:

En especial al pueblo de Guatemala, por pagar mi educación superior. Gracias.

A MIS AMIGOS DE LA UNIVERSIDAD:

Luis, Sánchez, Kati, Chín, Verónica



A TODOS LOS QUE DESEARON QUE
ESTE MOMENTO FUERA POSIBLE Y
TAMBIÉN A LOS QUE NO LO DESEARON

Gracias.

A TODOS LOS QUE ESTÁN AQUÍ Y
TAMBIÉN A LOS QUE NO ESTÁN:

Gracias.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La Convención sobre los Derechos del Niño.....	1
1.1. Definiciones.....	8
1.2. Concepto de niño.....	8
1.3. Definición legal.....	10
1.4. Leyes que regulan el problema a tratar.....	10
1.5. Análisis jurídico del Artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño.....	13

CAPÍTULO II

2. Doctrina legal y opinión de la Corte de Constitucionalidad en materia de derechos de la niñez.....	19
2.1. Tratamiento jurídico de los menores de edad, según la diferencia de edades y el principio de igualdad.....	20
2.2. Obligación de hacer efectivo el Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.....	21
2.3. Sobre la valoración jurídica de los niños en un proceso judicial, como requisito constitucional para asegurar su bienestar supremo.....	26

CAPÍTULO III

3. Interpretación judicial y los derechos de la niñez.....	33
--	----

3.1.	La Carta Magna, un instrumento abierto, actual y guía en la defensa de los derechos de la niñez.....	42
3.2.	El carácter sustancial de los derechos humanos de la niñez y el papel del juez.....	44
3.3.	Antigua interpretación formalista del derecho.....	47
3.4.	Hacia una nueva hermenéutica que garantiza la vigencia de los derechos humanos de la niñez.....	50
3.5.	El juez como garante de los derechos de la niñez y su actitud activa en la aplicación de la convención sobre los derechos del niño.....	53
3.5.1.	La convención sobre los derechos del niño un derecho tutelar.....	60
3.5.2.	Límite y extensión del interés superior del niño y la niña.....	63
3.5.3.	Qué se entiende por interés.....	65
3.5.4.	El interés superior del niño y la niña la aplicación como cláusula general.....	66
3.5.5.	Presupuestos reales y jurídicos del interés superior del niño y la niña.....	70
3.5.6.	El interés superior del niño como un derecho preeminente.....	72

CAPÍTULO IV

4.	El derecho de opinión del niño que establece el Artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y su importancia.....	77
4.1.	El derecho de opinión como garantía del ejercicio del derecho de autodeterminación y desarrollo de la personalidad del niño y la niña.....	78
4.2.	Límites y alcances del derecho de opinión del niño.....	81

4.2.2. Valor de la opinión del niño.....	82
4.2.3. Consecuencias del derecho de opinión y sus límites sustanciales.....	84
4.2.4. Límites procesales de la opinión del niño y la niña y la incompatibilidad entre el Código Procesal Civil y Mercantil y la Convención sobre Derechos del Niño.....	87
4.3. La opinión y la audiencia judicial del niño como garantías Procesales, según la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.....	92
4.3.1. El derecho de información como requisito esencial para la participación.....	93
4.3.2. La forma y el lugar adecuado para que el niño declare.....	94
4.4. La Corte de Constitucionalidad y el derecho de opinión del niño.....	96
4.5. Entrevistas.....	98
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES.....	107
BIBLIOGRAFÍA.....	109



INTRODUCCIÓN

El tema de esta tesis surge, porque el ordenamiento jurídico es contradictorio con el Convenio sobre los Derechos del Niño, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; con el Código Procesal Civil y Mercantil, con respecto a que el menor de edad puede o no presentar declaración en juicio civil; lo que se pretende en esta investigación es demostrar la contradicción existente y darle solución a este problema, para evitar que se violen los derechos de los niños.

Por lo general, la postura tomada por los jueces, quienes están encargados de llevar el curso del proceso, es de aplicar la norma ordinaria, sin tomar en cuenta los tratados ratificados y aprobados por Guatemala, afectando la Constitución Política de la República de Guatemala en cuanto a la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno y no aplicándose la jerarquía de las normas, la supremacía de la Constitución sobre cualquier ley o tratados; salvo los tratados o convenciones referente a derechos humanos, que prevalecen arriba del derecho interno y de cómo debe de interpretarse la ley, de acuerdo, primero con los conceptos constitucionales; luego, por las leyes ordinarias, ya que debe haber una correcta aplicación judicial de conformidad con la Constitución, a la Convención de los Derechos del Niño, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Ley del Organismo Judicial y el Código Procesal Civil y Mercantil, en todos los procesos donde se afecten los intereses de la niñez.

En el capítulo primero se trata el origen de la convención sobre derechos del niño, cómo fue evolucionando con el tiempo, qué es un niño o entre qué edad comprende o se toma como tal; en el capítulo segundo se aborda la doctrina legal y opinión de la Corte de Constitucionalidad en materia de derechos humanos de la niñez, el trato jurídico que se debe tener a los niños, la obligación de hacer efectivo el Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y la valoración jurídica de los niños en



procesos judiciales; el capítulo tercero contiene la interpretación judicial de los derechos humanos de la niñez, la defensa de los derechos del niño, el papel del juez dentro de los procesos de menores como garante de los derechos de la niñez; en el capítulo cuarto se desarrolla el derecho de opinión del niño y la niña, límites y alcances del derecho de opinión, valoración, consecuencias, límites procesales, la audiencia judicial del niño, la forma y el lugar adecuado para que el niño declare y la Corte de Constitucionalidad y el derecho de opinión del niño y la niña.

El objetivo de la investigación es establecer que el artículo 12 de la convención sobre derechos del niño debe ser aplicado para que el niño sea escuchado en un juicio de familia; y el juez cree y establezca las condiciones más apropiadas para tomar en cuenta su declaración judicial, con transparencia y rectitud, para que traiga como lógica consecuencia la confianza y credibilidad al momento de resolver.

La hipótesis planteada es, el derecho de opinión del niño y la niña dentro de un proceso judicial crea y establece las condiciones más adecuadas para que puedan desarrollar plenamente su personalidad; la cual fue comprobada en el capítulo cuarto a través de doctrina, información legal, e interpretación de la Corte de Constitucionalidad, Opinión de jurisconsultos, aplicación legal de las normas, sentencia y entrevistas a los licenciados en psicología que expresaron su criterio con respecto al desarrollo de la madurez para alcanzar el desarrollo pleno de su personalidad. Los métodos utilizados en este trabajo son: el analítico, sintético, inductivo, deductivo y científico; y las técnicas de investigación documental, investigación bibliográfica, entrevistas y análisis de contenido.

Sirva a los estudiantes del derecho esta investigación ya que en ella se establece la incompatibilidad que existe entre el artículo 12 de la convención de derecho del niño y el artículo 132 del código procesal civil y mercantil con respecto a la edad para poder declarar en juicio de familia.



CAPÍTULO I

1. Origen de la Convención sobre los Derechos del Niño

“Es en Francia, en 1770, donde aparece el término *droits fondamentaux* con el movimiento político y cultural que se plasma en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Actualmente se advierte un tendencia a reservar tal denominación, derechos fundamentales, para designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones internacionales¹”.

La protección jurídica de los derechos humanos surge a finales del siglo XVIII, con las revoluciones francesas y americana. Dentro de su proceso de evolución histórica se encuentran en la etapa de especificación o concreción en relación con el titular del derecho o su contenido temático. Es el paso del hombre genérico, comprendido en la mayoría de declaraciones e instrumentos internacionales, a un ser humano específico, con especificidades propias que exige una especial protección jurídica.

En el siglo XX la declaración de Ginebra de 1924, las Naciones Unidas, ya desde su conformación original como sociedad de las naciones, aprobó, el 26 de septiembre de 1924, la Declaración de los Derechos del Niño, conocida como Declaración de Ginebra. Ésta tenía como objetivo constituirse en la base de una futura normativa internacional de carácter vinculante, hecho que fue frustrado al desmoronarse esta organización

¹ Pérez. Luñoz. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Pág. 31.



durante el trágico inicio y desarrollo de la segunda guerra mundial de 1939 a 1945.

Esta primera declaración, que fue adoptada el 24 de septiembre de 1924, es parte del desarrollo del Tratado de Versalles que en su preámbulo ya preveía la protección de las personas menores de edad.

Luego en 1959, concluida la guerra se establecen nuevamente la vigencia a la Declaración de Ginebra, la labore de darle forma y vida a esos derechos se encomendó a recién creada comisión de derechos humanos, la que preparó el primer proyecto de declaración, en 1947 y 1948, que fue aprobada, en 10 de diciembre de 1948, como la declaración universal de los derechos humanos dando paso a la declaración de los derechos del niño consta de diez principios, los siete primeros recogen los derechos esenciales relacionados con la no discriminación, la protección especial de la niñez, derecho a un nombre y nacionalidad, derecho a gozar los beneficios de la seguridad social, el tratamiento especial de los niños con impedimentos físicos o mentales y el derechos a vivir en una familia y a recibir educación; el resto de principios establecen las medidas de protección a la niñez, entre ellos el derecho a protección y socorro preferencial.

En 16 de diciembre de 1966 se realizan dos pactos internacionales en materia de derechos individuales y económicos sociales, en los que, por primera vez, se regula específicamente el caso de quienes no tienen la mayoría de edad.

El desarrollo de un marco internacional para dar cumplimiento a la declaración universal de los derechos humanos de 1948, ha tenido un avance sustancial en 1990



con la entrada en vigencia de la convención sobre los derechos del niño. Esta norma supera con creces las anteriores especificaciones sobre el reconocimiento, ejercicio y goce de los derechos humanos de los niños y adolescentes, sumándose a los preexistentes instrumentos de derechos humanos. En el hemisferio americano, la convención complementa adecuadamente los desarrollos legislativos regionales en materia de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así fue formándose el Convenio de los Derechos del Niño que fue el punto de partida y no el de llegada, a partir del 19 de julio de 2003, fecha en que inició su vigencia aunque aun no su correcta aplicación por parte de los jueces que deben orientarse hacia una adecuada interpretación de la ley, una que de cabida a los principios constitucionales, a los contenidos en la convención y a la realidad de cada situación que se pretende regular, resolver o redefinir, pues a través de las resoluciones judiciales se influye en la creación de una nueva forma de ver, pensar y concebir a las niñas, niños y adolescentes.

Toda la evolución que fueron teniendo los derechos humanos desde su inicio hasta la fecha con su aceptación en los diversos países y sus mejoras con el pasar del tiempo con el cual se logró su aceptación y poco a poco su aplicación; con estas mejoras fueron surgiendo los derechos humanos de la niñez, para luego convertirse en un conjunto de derechos mínimos para los niños llamado: Convención sobre los derechos humanos de la niñez en el cual se encuentra un diversidad de derechos que gozan por ser personas que deben ser tratadas como lo que son, seres humanos.

“Con el reconocimiento de los derechos específicos de la niñez, los niños pasan de ser objetos de tutela a ser sujetos de derecho, se les reconoce su dignidad humana y, como consecuencia, la capacidad de ser responsables de sus propios actos. Se supera así el paradigma etiológico de concebir a los niños y adolescentes como; menos personas, menos capaces, menos inteligentes, y con menos derechos que los adultos; en este sentido, el niño pasa de ser objeto de atención a ser sujeto activo, capacitado para su autodefensa²”.

El desarrollo de un marco internacional para dar cumplimiento a la declaración universal de los derechos humanos de 1948, ha tenido un avance sustancial en 1990 con la entrada en vigencia de la convención sobre los derechos del niño. Esta norma supera con creces las anteriores especificaciones sobre el reconocimiento, ejercicio y goce de los derechos humanos de los niños y adolescentes, sumándose a los preexistentes instrumentos de derechos humanos. En el hemisferio americano, la convención completa adecuadamente los desarrollos legislativos regionales en materia de derechos humanos, como es el caso de la convención americana de derechos humanos.

En el proceso de especificación de los derechos humanos, la concepción tradicional de la niñez, que concedía al niño un status de objeto de protección, de paso a una concepción moderna y actual, que concibe al niño como una persona autónoma y sujeta de derechos. Esta nueva concepción de la niñez es producto, también, del quebrantamiento del modelo jerárquico de la familia y de la revalorización del ser

² Gómez de la Torre, Berdugo. **La convención de los derechos del niño, hacia el siglo XXI**. Pág. 16.



humano y de ciertas etapas de su vida, sobre todo de las más decisivas en la definición de su identidad y personalidad futura, como la niñez y la adolescencia.

El tratamiento jurídico del niño y la niña como simples objetos de regulación fue producto de la limitación jurídica al ejercicio de su autonomía, que promovieron la filantropía y el humanismo de principios siglo XX, al propiciar el reconocimiento del menor de edad como un incapaz, digno únicamente de protección y tutela, por ser inmaduro para el ejercicio de sus derechos.

Esa concepción, influenciada por el desarrollo de la ciencias naturales, negó la autonomía individual del niño, provocó buenos frutos en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, pero no en el ejercicio de los derechos civiles, garantías procesales y, en general, los denominados "derechos de autonomías". Por eso, uno de los retos que se plantean los ordenamientos jurídicos modernos es el de buscar fórmulas capaces de conjugar la natural inmadurez del niño y la niña con el ejercicio de sus derechos y con la protección de sus garantías individuales.

En ese sentido, la Constitución de 1985 recoge una concepción actual y moderna del niño y de la niña, a quienes les otorga el status jurídico de sujetos de derecho con capacidad propia para ejercerlos; a esa normativa debe sumársele la contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño. Ambos instrumentos conciben al niño y a la niña como sujetos activos, participativos y creativos, capaces de interactuar con su medio personal y social, de participar en la búsqueda de la satisfacción de sus



necesidades y las de los demás e inclusive de asumir una responsabilidad especial por sus actos.

Con la aprobación de la ley de protección integral de la niñez y adolescencia, podemos afirmar que se inspira en la doctrina de la protección integral y desarrolla los derechos de la convención sobre los derechos del niño. Con la convención de derechos de la niñez se inaugura una forma nueva de entender la relación entre el mundo adulto y los niños. Esta relación se conoce, en el texto latinoamericano, como modelo de la protección integral.

La Constitución Política de Guatemala ha abierto el orden jurídico interno a la legislación internacional, lo que ha facilitado ampliamente la aplicación de la convención sobre derechos humanos del niño, mucho antes de la adecuación legislativa de 2003, al entrar en vigencia la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. La convención establece claramente la diferencia entre la niñez que sufre de amenazas o violaciones a sus derechos humanos. Sin embargo, debe resaltarse que el control jurídico sobre el cumplimiento de la convención se fortalece con los mecanismos regionales de control de derechos humanos, pues a través de éstos los niños y las niñas pueden denunciar y demandar una protección jurídica más efectiva frente a las violaciones y amenazas a sus derechos.

“Para el cumplimiento de los derechos humanos del niño existen instituciones encargadas de velar por los derechos de la niñez y adolescencia entre los que encontramos la comisión nacional de la niñez y adolescencia, integrada por



representantes del Estado y de organizaciones no gubernamentales que trabajan con la niñez y la adolescencia; la defensoría de la niñez y la adolescencia a través del Procurador de los derechos humanos que es la persona a quien el Estado de Guatemala le ha encomendado la tarea de defender los derechos humanos, investigar y denunciar cuando se dañen los intereses de las personas y denunciar toda denuncia que le llegue; la unidad de protección a la adolescencia trabajadora dependencia del Ministerio de Trabajo y Previsión Social; unidad especializada de la niñez y la adolescencia dependencia de la Policía Nacional Civil encargado de respetar las leyes con respecto a la niñez y la adolescencia, proteger y dar atención especial a los niños, niñas y adolescentes, prevenir los delitos contra los niños.

Como se logra que las instituciones anteriores logren el cumplimiento de sus funciones; a través de las políticas de protección integral que son un conjunto de acciones que plantea la comisión nacional y las comisiones municipales de la niñez y adolescencia, para garantizar que los niños, niñas y adolescentes gocen de sus derechos y libertades.

¿Qué son las políticas? Es la forma como un Estado y la sociedad proponen que se trabaje algo estableciendo las áreas y dando lineamientos y reglas claras, a partir de un política definida, se plantean grandes acciones; y en el caso de la niñez y la adolescencia, las acciones propuestas deben encaminarse a garantizar el cumplimiento de sus derechos³.

Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala. **Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Versión Didáctica**. Guatemala, 2004. Págs. 34 y 35.

1.1. Definiciones

1.2. Concepto de niño

En el diccionario de Manuel Ossorio se define como, “el ser humano durante la niñez que comprende el período de la vida humana desde el nacimiento hasta los siete años cumplidos, en que se sitúa genéricamente el comienzo del raciocinio. En lo civil implica plena incapacidad de obrar, y en lo penal, total inimputabilidad⁴”.

También se entiende como niños y niñas, según lo que establece la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en su Artículo 2, a las personas que oscilan entre los cero y trece años de edad; como adolescentes, aquellos que se encuentran entre los trece y dieciocho años de edad; y por jóvenes, se entiende a las personas que oscilan entre los dieciocho años y los veintiuno años de edad.

El concepto o lo que entendemos de menores no quiere decir menos capacitado que un adulto, lleva implícita una carga ideológica de minusvalía, parece que hablar de menores nos referimos a una población que vale menos y que tiene menos derechos o capacidades que el adulto. El Diccionario de la Real Academia Española define a menor como algo que es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad. El sistema de pensamiento colectivo, en el cual se refleja la forma de pensar, sentir y

⁴ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 6-16.



actuar de una sociedad determinada. Así, el lenguaje nunca es imparcial; con él siempre transmitimos, aunque inconscientemente, una determinada ideología.

Una ideología que muchos, la mayoría, rechazamos en teoría pero que en la práctica cotidiana, fomentamos.

El concepto menor está sometido, al igual que la totalidad del lenguaje humano, a un proceso de significación selectivo, en el que deben tenerse en consideración las causas ambientales de la utilización de la expresión, los efectos de su audición y los efectos que el hablante espera o pretende que tenga sobre el oyente. Parece que cuando nos dirigimos a una persona como menor esperamos o pretendemos que ella se piense en un nivel menor al del mayor y se entiende que su nivel de capacidad o participación social es menor que el de aquel que se dice llamar mayor.

A mi criterio por lo que se debe de entender que el término menor; como se le designa al niño o niña es erróneo por lo que debe de utilizarse el de niño adolescente y joven según su edad no siendo por esto menos capas que un adulto y tampoco que tiene menos derechos que los adultos o mayores por el simple hecho de su edad si no debe de respetársele los derechos que las leyes le otorgan no habiendo más limitación para este que no poder expresarse por su corta edad o padecer de incapacidad para poder exteriorizarse por el mismo.

En mi opinión niño o niña es aquel ser humano que piensa, siente razona, entiende, capaz en cierto grado de muchos derechos los cuales puede ejercerlos por el mismo,

adaptados en sus palabras atendiendo a su edad o forma de entenderlo, no menos capaz que un adulto siendo este un hombre pequeño que pide un poco de respeto a sus derechos.

1.3. Definición legal

En la convención sobre los derechos del niño lo define en su Artículo 1; para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Y en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; para los efectos de esta ley se considera niño o niña, a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad.

Por lo que los juristas y las personas vinculadas al Organismo Judicial tienen un papel fundamental en modificar, desde la práctica, los conceptos errados respecto a la niñez y la adolescencia, así como en la adecuada aplicación de los instrumentos internacionales de protección a los derechos de la niñez y adolescencia.

1.4. Leyes que regulan el problema a tratar

En la presente investigación se pudo establecer la contradicción que existe por la prohibición de declarar que tienen los menores de edad, tiene una sustentación constitucional por la cual se violan una serie de derechos individuales.

La convención sobre los derechos del niño como tratado internacional aceptado y ratificado por Guatemala que establece en su Artículo 12 que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño, con tal fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

La Constitución de la República de Guatemala protege a los ciudadanos estableciendo una serie de derechos individuales que se violan al aplicar el Artículo 132 del Código Procesal Civil y Mercantil como el de libertad e igualdad Artículo 2 por prohibición que se hace de no poder declarar personalmente a los menores de dieciséis años si no por su representante legal, norma que debe ser reformada por entrar en incompatibilidad con la convención sobre los derechos del niño y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

El Decreto Número 27-2003 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que establece una serie de derechos como el de tutelaridad, a la vida, igualdad, integridad, libertad, goce y ejercicio de sus derechos, identidad, respeto, dignidad, petición, etc.; y en su Artículo 116 es clara la norma al establecer en la sección de derechos y garantías fundamentales en el proceso de la niñez como una de sus garantías procesales en su inciso a) ser escuchados en su idioma en todas las etapas del



proceso y que su opinión y versiones sean tomadas en cuenta y consideradas en la resolución que dicte el juzgador, debiendo en su caso, estar presente un intérprete.

El Decreto Ley Número 107 Código Civil y Mercantil; en el cual se encuentran las normas adjetivas con las cuales se va a desarrollar el proceso en el cual se encuentran contenidas una serie de preceptos en los cuales establece derechos y prohibiciones. En dicho cuerpo legal establece en su Artículo número 132, declaración de testigos, las partes están obligadas a absolver personalmente las posiciones cuando así lo exija el que las articula, o cuando el apoderado ignore los hechos. Por los menores de edad prestaran declaración sus representantes legales. Sin embargo si se trata de mayores de dieciséis años, el articulante podrá pedir que la diligencia se practique con el menor en presencia de su representante legal.

Esta obvia incompatibilidad del Código Procesal Civil y Mercantil con la convención de los derechos del niño en su Artículo 12 y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en su Artículo 116 numeral a, leyes protegidas por la Constitución de la Republica de Guatemala. El encargado de impartir justicia que es el juez debe de observar esta incompatibilidad y de aplicar correctamente las normas legales para no incurrir en errores de aplicación de las normas que lo lleven a una sentencia errónea o injusta. En la cual el principal perjudicado directa o indirectamente siempre va a ser el niño o la niña por lo que puede desviarse y desvirtuarse o adulterar el proceso por la falta de expresión del titular del derecho.

La integración de cuerpos legales por parte de los abogados y de los juzgadores es indispensable y tiene un papel fundamental, ya que de la forma en la que unifiquen las leyes, podrán pedir una pretensión con lugar o la aplicación o resolución de una sentencia acertada por parte de los jueces en la cual se lleva a cabo un examen mental sobre las diferentes normas que se aplican a cada caso determinado en el cual se decide el presente y futuro de un niño o niña en la cual depende de que el abogado solicite lo correcto y que el juez resuelva lo correcto.

En síntesis, se debe de otorgar al niño y a la niña un reconocimiento jurídico de sujeto de derecho con un status privilegiado que implica, lógicamente, un tratamiento jurídico especial en todos los ámbitos de validez material del derecho, trato que se debe dirigir a todos los niños y niñas por igual. Se debe dirigir a una justa regulación jurídica de las relaciones del niño y la niña con el Estado, a través de los encargados de impartir justicia en el país de la forma de ver y tratar a la niñez, principalmente en el ámbito judicial.

1.5. Análisis jurídico del Artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño

La convención de los derechos del niño es un tratado internacional aceptado y ratificado por Guatemala el cual se incorporó a la Constitución Política de la República, a través de la aprobación por el Congreso de la República, del Decreto 27-90, en donde pasa a ampliarse los “derechos constitucionales” que el juez en toda resolución debe vigilar y proteger; situación que muy pocas veces observamos con efectividad de parte de nuestro sistema judicial por falta de actualización hacia los jueces.



Al incorporarse este tratado a nuestro ordenamiento jurídico , los legisladores no observaron las incompatibilidades que se ocasionaron creando una serie de contradicciones entre leyes, como en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia por lo que existe incompatibilidad con el Artículo 12 de la convención sobre los derechos del niño, que garantizan que al niño que este en condiciones de formarse un juicio propio tiene derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño; y el Artículo 116 inciso a, de la Ley Integral de la Niñez y Adolescencia que establece como garantías procesales al niño a ser escuchado en su idioma en todas las etapas del proceso y que su opinión y versiones sean tomadas en cuenta y consideradas en la resolución que dicte el juez; con el Artículo 132 del Código Procesal Civil y Mercantil estableciendo que por los menores de edad prestarán declaración sus representantes legales.

Sin embargo si se trata de mayores de dieciséis años, el articulante podrá pedir que la diligencia se practique con el menor en presencia de su representante legal. Creando duda al juzgador entre que aplicar la ley ordinaria o un tratado internacional entre que prevalece o como debe de integrar ordenadamente las leyes en un caso concreto donde se esta afectando intereses de un menor de edad.

La notable incompatibilidad que existe entre el Artículo 12 de la convención de los derechos del niño y el Artículo 132 es bruscamente obvia por lo que se esta, en necesidad de reformar el artículo que data su vigencia de julio del año mil novecientos sesenta y cuatro; que a mi opinión la disposición del Código Procesal civil y Mercantil

es muy rigurosa, porque niños desde siete años o menos en adelante hablan perfectamente y pueden expresarse en un estrado y opinar sobre algún asunto que le este afectando directa o indirectamente.

Se debe tener en cuenta las consecuencia que puede tener la mala aplicación o la falta de aplicación de la convención por la repercusión que puede llegar a tener en un proceso; dependiendo de quien sea el que preste la declaración en juicio, violándose una serie de derechos procesales teniendo una clara incidencia en la decisión que llegue a tomar el juez al momento de deliberar desvirtuándose el proceso por el daño o lesión que sufre este, por la mala aplicación de las normas por parte del juez.

Por lo cual debemos empezar entendiendo desde cuando o en que momento, un menor de edad tiene la capacidad de poder darse a entender o poderse expresar en un estrado o cuando tiene la capacidad psicológica, la madurez para poder explicar con sus propias palabras lo que el presencio o le ocurrió por lo que para una mejor ubicación debemos diferenciar entre un niño, adolescente y adulto como lo hace la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y que no lo diferencia la legislación civil en su parte sustantiva, por lo que solo establece quienes son capaces, incapaces y quienes tiene capacidad relativa para algunos asuntos por lo que lo hará a través de su representante legal que regularmente es quien ejerce sobre el la patria potestad o la tutela en muchos casos su propio agresor. Será un niño menos capaz que un adulto para declarar; por su puesto que depende y de que, de la madurez o del estado y de la capacidad del niño o la niña para poder expresarse por lo que se puede llegar a determinar mediante el examen psico-social que realice un facultativo en la materia

antes de que este realice su declaración quien va a determinar si es capaz o esta preparado para poder expresarse, efectivamente puede por su edad o no hacerlo.

Se debe de facilitar la participación del niño o la niña en el proceso judicial, escuchar su opinión y tomarla en cuenta en función de su edad y madurez en todas la fases del proceso adecuando salas especiales o instalaciones adecuadas para que el niño o la niña no se sientan intimidados por el lugar y puedan expresarse sin temor.

La poca aplicación del Artículo 12 de la convención, en el derecho guatemalteco viola una serie de derechos de defensa del menor así como una norma superior constitucional que establece en su Artículo 46 preeminencia del derechos internacional se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptadas y ratificadas por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno; y su falta de aplicación viola derechos constitucionales; además repercute bruscamente en el proceso ya que al declarar la persona que ejerce sobre el menor la patria potestad desvirtúa el proceso porque no es lo mismo que se exprese la persona que sufrió en carne y hueso el problema que otra persona en su representación.

El Artículo 12 de la convención sobre los derechos del niño establece concretamente 1º. Que los estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresa su opinión libremente en todos lo asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño; 2º. Con tal fin, se dará en particular al niño



oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño.

Sin duda que la falta de algún medio de prueba puede llegar a cambiar la resolución de un juez máxime, si esta viene del principal afectado, porque quien mejor que el propio afectado o el testigo mas cercano al problema, para prestar su versión de lo sucedido para que el juez pueda formularse la decisión más correcta para el bienestar del niño o de la niña.

El rol del juez, como encargado de impartir justicia sobre todo el derecho de opinión que establece el Artículo 12 de la convención, garantizar el ejercicio del derecho de autodeterminación y desarrollo de la personalidad del niño y la niña, no cabe duda que su papel es fundamental pues será quien, con una correcta aplicación de la convención llegará a una sentencia más justa.





CAPÍTULO II

2. Doctrina legal y opinión de la Corte de Constitucionalidad en materia derechos de la niñez

La Corte de Constitucionalidad en diversas sentencias y opiniones consultivas se ha pronunciado favorablemente por el respeto y consideración de los derechos de la niñez. En ese sentido, al existir más de tres fallos contestes sobre este tema se sienta “doctrina legal” que los tribunales de justicia del país deben respetar, de conformidad con lo establecido en el Artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, principalmente en lo relativo al respeto de los derechos, principios y garantías establecidos en la convención sobre los derechos del niño.

Respeto que puede hacerse efectivo a través de una adecuada valoración judicial de cada caso concreto, reflejada en la argumentación de los autos y sentencias que resuelvan asuntos de los autos y sentencias que resuelvan asuntos que afecten, directa o indirectamente, los derechos de los niños y las niñas.

En la práctica judicial el reconocimiento efectivo de los derechos de la niñez implica el respeto de su diferencia (oncológica y social) frente al adulto. Por eso, un principio base para el desarrollo y respeto de sus derechos sustantivos y procesales lo constituye el principio de igualdad, pues sólo su materialización, a través de un trato normativo y judicial, garantiza una igualdad real y efectiva del niño, la niña, el



adolescente y el adulto. En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado en diversas sentencias y opiniones consultivas al indicar que lo relacionada en materia de niños debe de aplicarse lo establecido en la convención sobre derechos del niño y la Ley integral de la niñez y adolescencia.

2.1. Tratamiento jurídico de los menores de edad según la diferencia de edades y el principio de igualdad

Principio introducido en recién aprobada Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, al establecer diversos grupos erarios para la aplicación de la ley. La edad de las personas es elemento sustancial para el ejercicio de sus derechos y el acreditamiento de capacidad y responsabilidad. Los comentaristas reconocen la existencia de diversos sistemas regulatorios, que comprenden desde fórmulas simples que trazan una edad básica fundamental, que una vez alcanzada atribuye independencia jurídica a la persona, con capacidad plena para obligarse y para adquirir derechos. Otros sistemas, siguiendo la tradición jurídica, contemplan una pluralidad de edades con diferente connotación jurídica para cada una, atribuyendo a distinta capacidades específicas según lo diferentes estadios vitales.

La fórmula más usual en los regímenes modernos, como el guatemalteco, consiste en la fijación de edad básica en la que se alcanza la mayoría de edad, que los separa de los menores, que tienen limitaciones conforme son más jóvenes, al punto de que durante la infancia solamente son titulares de derechos y beneficios pero de ninguna obligación.

La separación entre mayores y menores de edad implica tantas limitaciones como beneficios anteriores y posteriores; es perfectamente coherente con el orden jurídico o restricción de la capacidad de obrar, según la trascendencia del acto a realizarse. El sistema constitucional guatemalteco admite el pluralismo de edades, puesto que aparte de reconocer los derechos ciudadanos a los mayores de dieciocho años de edad (Artículo 147), establece también edades especiales para el ejercicio de determinados derechos, particularmente los de orden político para el acceso a determinados cargos. Al resolver la ley acerca de las limitaciones a los derechos individuales debe observar una estricta coherencia con los enunciados constitucionales, de manera que, en principio solamente será admisibles aquellas limitaciones estrictamente razonables y únicamente en relación con el interés de la sociedad, como toda ley general (ejemplo la ley de armas y municiones) es obvio que no es posible hacer una regulación individualizada ni tiene el Estado medios ni recursos suficientes para aplicarla, por lo que, dentro de las presunciones que se extraen de la reglas de la experiencia, podría pensarse en introducir algunas excepciones que tiendan a templar el rigor de la generalización.

2.2. Obligación de hacer efectivo el Artículo 12 de la convención sobre los derechos del niño

En apelación de sentencia de amparo, expediente 1042-97, la Corte de Constitucionalidad, el ocho de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, se pronunció sobre este tema al confirmar una sentencia de amparo que revocó la sentencia de un Tribunal de Familia por no haber tomado en cuenta el deseo y



voluntad de los niños y las niñas involucradas en un juicio oral de guarda y custodia y fijación de pensión alimenticia. En ese caso, al resolver, la Cámara de Amparo de la Corte Suprema de Justicia, consideró: En el presente caso luego de ser escuchados los niños cuya guarda y custodia se discute, no se tomó en cuenta el mencionado interés superior, antes bien en el razonamiento de fondo la autoridad impugnada lo supedita a un mero formalismo jurídico cuando dice: que si bien los cuatro menores y indicados manifestaron ante este tribunal su deseo de vivir al lado de la madre, manteniendo relaciones con el padre y que del informe socioeconómico se desprende la misma actitud en ellos y que la madre les proporciona todo lo necesario para su cuidado y alimentación, no se dan las causas justificativas que permitan variar el acuerdo de voluntades plasmado en el convenio voluntario de divorcio, ya que esa sola manifestación de voluntad no es suficiente para acoger la pretensión; con lo que se consuma la violación a que la postulante se refiere.

El juez tiene recursos e instrumentos interpretativos, ente ellos atender a la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada, ponderar la equidad en la aplicación, acudir a los principios generales del derecho, y como establece el Artículo 51 de la Ley del Organismo Judicial, éste en ejercicio de la soberanía delegada por el pueblo, imparte justicia conforme la Constitución Política de la República de Guatemala y las normas del ordenamiento jurídico del país.

Hay que entender, por consiguiente, el significado que en la función de justicia cumplen los valores superiores, ciertamente, son la base de los contenidos materiales del ordenamiento que se construyen en una interpretación unitaria, de acuerdo a su



contexto, como establece nuestra ley, y tomando muy en cuenta el principio de la supremacía constitucional y de la jerarquías normativa, según el cual los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y a la convención de los derechos del niño, tienen preeminencia sobre las normas de derecho interno.

Por las consideraciones anteriores, esta cámara estima que el amparo deviene procedente y en ese sentido deberá ser resuelto, haciéndose el pronunciamiento respectivo en cuanto a las costas y multas a imponer, por estimar que la autoridad impugnada actuó con evidente buena fe. Y resolvió otorgando el amparo solicitado por xxxxx, en nombre propio y en representación de sus menores hijos a, b, c, en contra de la Sala de la Corte de Apelaciones de Familia, en consecuencia, deja en suspenso en cuanto a los reclamantes, la sentencia de fecha catorce de enero de mil novecientos noventa y siete dictada por la autoridad impugnada, en el expediente oral de guarda y custodia fijación de pensión alimenticia número cuatrocientos cuarenta y tres guión noventa y seis, restablece la situación jurídica afectada, fijada en el término de cinco días, a partir de recibir la ejecutoria de este fallo, para que la autoridad impugnada dicte la resolución que en derecho corresponde. Bajo apercibimiento de imponer multa de doscientos quetzales a cada uno de los magistrados, en caso de desobediencia; exonera a la autoridad impugnada, del pago de costas procesales, por la razón considerada.

En sentencia, de la apelación del amparo, la Corte de Constitucionalita consideró y resolvió:



a) Que el amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura su imperio cuando la violación hubiere ocurrido. Procede esta garantía constitucional cuando con la sentencia reclamada no se hizo suficiente razonamiento respecto a instituciones esenciales contenidos en un tratado o convención internacional sobre derechos humanos atinentes al caso.

b). En el presente caso, la postulante reclama en contra de la sentencia de catorce de enero del mil novecientos noventa y siete de la sala de la Corte de Apelaciones de Familia, que confirmó la dictada por el Juez quinto de Familia que declaró sin lugar la demanda de fijación de pensión alimenticia a favor de sus menores hijos, ordenando que quedaran bajo guarda y custodia de su padre.

Estima violados sus derechos porque no se tomo en cuenta la manifestación de voluntad de los menores, ni su interés y bienestar. Del estudio de los antecedentes se aprecia los siguientes: 1º. Que los menores a,b,c, viven actualmente al lado de su madre xxxx. 2º. De acuerdo a los informes socioeconómicos viven en condiciones adecuadas y orientados en sus estudios, manifestándole a la trabajadora social su deseo de permanecer al lado de la madre y poder comunicarse con su padre. 3º. Ante los magistrados de la sala respectiva los niños manifestaron su deseo de continuar viviendo con su madre y relacionarse con su padre. 4º. La sala de familia confirmó la sentencia de primer grado con el argumento preferente de que, la sola voluntad de los niños no era suficiente para variar su guarda y custodia dispuesta en las bases del divorcio.



De conformidad con los Artículo 9 incisos 1, 2, 12 de la convención sobre los derechos del niño, los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad, salvo casos de reserva judicial, al ser necesario por el interés superior del niño; respetarán su derecho, según la conveniencia del caso concreto estar separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, y le garantizarán el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus afirmaciones en función de su edad y madurez.

Las normas referidas como se aprecia, otorgan a la declaración de voluntad del niño, de acuerdo a su edad y a su interés y bienestar supremos, un valor preponderante para decidir judicialmente asuntos que le afecten y le conciernan. Tal convención fue aprobada y ratificada por Guatemala, por lo que en materia de derechos del niño. Es ley de la república y debe ser aplicada, sin embargo, en la sentencia emitida por la autoridad reclamada, no aparece en los razonamientos que los elementos de opinión de los niños e interés y bienestar supremo hayan sido valorados y tomados en cuenta, como se ordena en la citada convención. Antes bien, se aprecia que no fueron tomados en cuenta con la intensidad regulada, esta situación vulnera el debido proceso y derechos del niño presentados por la postulante, por lo que debe otorgarse el amparo promovido y habiendo resuelto en tal sentido el tribunal a que debe confirmarse la sentencia apelada.

Leyes aplicables, Artículos citados y 46, 265, 268, y 272 inciso c de la Constitución Política de la república; 7, 8 10, 42, 46, 56, 57, 60, 61, 63, 64, 66, 67, 163 inciso c, 185,



y 186 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 9 inciso 1, 2, 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 17 del Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad. Por lo tanto: la Corte de Constitucionalidad con base en lo considerado y leyes citadas resuelve I) confirma la sentencia apelada. II) Notifíquese y con certificación de lo resuelto devuélvase los antecedentes.

2.3. Sobre la valoración jurídica de la situación real de los niños y las niñas en un proceso judicial como requisito constitucional para asegurar su bienestar supremo

En apelación de sentencia de amparo, expediente no. 49-99, la Corte de Constitucionalidad, el seis de abril de mil novecientos noventa y nueve, consideró y resolvió: Estima esta corte que el acto denunciado como agravante debe analizarse, en primer término, conforme normativa especial realizada con los menores, debido a que, como se ha resumido en el apartado anterior y se ha planteado en el amparo el punto focal del debate es, primordialmente, la situación del niño, cuyos derechos e intereses deben ser evaluados en relación con los otros sujetos del caso.

a) El código de menores, contenido en el Decreto 78-79, del Congreso de la República, (que podrá aquí denominarse simplemente "el código") dispone en su Artículo 1º. Su aplicabilidad tanto a los menores como a sus padres, tutores o encargados. En el Artículo 5º. Define como menores en situación irregular a los que se hallen en abandono o peligro. El Artículo 19, en cuanto dispone las facultades de los jueces de menores, en el apartado 3 les encomienda promover la investigación en los casos de

abandono. En el Artículo 34 se prescribe que los menores serán puestos en depósito únicamente si ello es indispensable dadas las circunstancias del hecho y las condiciones personales de los mismos. En el artículo 36, que se refiere a cuestiones procesales, ordena la averiguación de las condiciones de vida, costumbres y situación socioeconómica del menor, de sus padres, de las personas con quienes convive o que con él se relacionen de manera constante. En el Artículo 48, lo que debe considerarse como menores en peligro; los hijos de padres viciosos o inmorales o de prostitutas y los que estuvieren en lugares a que se refiere el numeral 1 y los que por cualquier motivo se pongan en peligro de adoptar un conducta irregular o viciosa. El Artículo 49 del código de menores prescribe en su segundo párrafo que el juez de menores mandará hacer la averiguación correspondiente por medio de un trabajador social, oirá al denunciante, al menor, a sus padres o a las personas que lo tengan a su cargo y dictará las medidas que el código establece.

b) En cuanto a la convención sobre los derechos del niño, ratificada por Guatemala el veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y uno y aplicable con rango superior a las leyes ordinarias, en virtud de lo previsto en el Artículo 46 de la constitución, son relevantes para el caso, los preceptos siguientes: Artículo 3.1. que dispone en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño. En el Artículo 3.2 los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. El Artículo 5 que ordena

respetar los derechos y los deberes de los padres o, en su caso de tutores u otras personas encargadas legalmente del niño. El Artículo 7 que garantiza el derecho del niño a conocer a sus padres y ser cuidadosos por ellos. El Artículo 9.1 que dispone que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Y en el Artículo 9.2 que garantiza que en todos procedimientos entablados de conformidad con el párrafo primero se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. El Artículo 20.1 que prevé que los niños temporal o permanente privados de su medio familiar, o cuando el interés superior exija que permanezcan en ese medio, tendrá derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

Esta Corte en su sentencia en el expediente 1042-92 hizo aplicación de la convención al estimar que, en ese caso, la autoridad no hizo valoración ni tomó en cuenta el interés y bienestar supremo del menor de edad, como lo manda dicho instrumento y por ello otorgó amparo.

En el expediente del amparo se presentó la madre natural del niño, por medio del memorial con firma autenticado notarialmente, exponiendo, entre otra cosas que entregó voluntariamente a su hijo a la ahora amparista, que el señor que el señor BBBBB propietario y administrador del bar la cabaña dos, ubicado en el barrio el Golfo de Guastatoya, lugar en donde laboré con evidente mala fe, engaño y mentiras compareció al Registro Civil de Chiquimulilla en donde alteró el estado civil de mi

menor hijo, pues ahora aparece como su padre, extremo alejado totalmente de la realidad, pues el padre natural y biológico es otro, lo cual se ha de probar mediante las pruebas genéticas que en el juicio ordinario de nulidad se deberán practicar; que respecto del niño demostró el supuesto padre interés, menos haberle proporcionado ayuda alguna; pidió personarse en el proceso de amparo como tercera interesada y que se declara con lugar el amparo interpuesto por la señora AAA.

En escrito posterior, también con firma autenticada notarialmente, la madre del menor se presentó indicando lo contrario, esto es, que el padre natural y biológico de mi hijo es el señor BBB persona que económicamente me ha ayudado a su sostenimiento, correspondiéndose por lo tanto el derecho inalienable de poderlo tener en su poder y pidió que se declare sin lugar el amparo. En forma parecida a la anterior se manifestó en acta notarial presentada por el tercero interesado señor BBB. Este presentó como prueba documentos públicos consistentes en constancia extendida por el inspector de saneamiento ambiental del Hospital Nacional de Guastatoya, relativa a que CCC la madre del niño se ha presentado a practicarse los exámenes de profilaxis sexual con una frecuencia de ocho días de intervalo, y certificación de partida de nacimiento del mencionado menor.

La lectura de los antecedentes que informan el proceso de amparo, y lo actuado en éste, ha permitido revelar que en cuanto la pretensión de BBB de que se le entregara el menor aludido, el tribunal reclamado dio trámite a la solicitud, ordenó ratificarla y, luego, practicar reconocimiento judicial en el Registro Civil correspondiente, sin que haya notificado a la depositaria judicial del niño. Tampoco consta en el auto que



emitió, cancelando el depósito que haya hecho motivación o razonamiento valorativo y estimatorio de los hechos y las pruebas, en particular del informe de la trabajadora social por lo que no puede saberse si la autoridad judicial tuvo en cuenta diversos factores socioeconómicos, físicos y morales, que permitan determinar si el niño ha estado en situación de abandono, descuido, maltrato o ambiente deletéreo impropio para su formación futura, tanto educativa como de salud. Las vacilaciones y cambios de intención de la madre en cuanto a quien dejar a cargo de su hijo y el hecho de dedicarse a una actividad que la ley presume inadecuada para los menores o la permanencia de éstos en lugares señalados como inconvenientes, (Artículo 48 apartado 3 del código de menores), son indicativos de una inestabilidad que podría ser dañina al menor y que debe ser analizada por la jurisdicción competente en la materia. Esto queda corroborado con el oficio de quince de junio del año próximo pasado de la trabajadora social del juzgado de primera instancia de El Progreso indicando que el menor (cuando lo tenía la madre en el bar la cabaña) se encontraba enfermo por hongos en su piel debido a que se mantiene en el suelo y no cuenta con el cuidado necesario. Siendo principal la consideración de las condiciones personales del menor, el acto reclamado fue emitido sin que conste que el tribunal las haya valorado o estimado en razón directa de su bienestar, que conforme lo preceptuado en la convención, debe ocupar atención preeminente, como se deduce de lo establecido en los Artículos 3.1, 9.1, 20.1, que resaltan el interés superior del niño. Desde luego, la primacía del interés del niño no se descarta los derechos de los padres a que sin voluntad sus hijos se separen del hogar, pues ello lo garantiza el Código Civil (Artículos 260, 261) y el código de menores en su Artículo 9.1 aunque éste prevé casos de excepción que, precisamente, quedan bajo el control judicial competente.



El tribunal responsable fue omiso en cuanto a promover la investigación en caso de evidente abandono del menor, puesto que esta situación se extrae de las diferentes manifestaciones de la madre y de lo informado al servicio social, por lo que cometió infracción en relación a que, para resolver la cancelación del depósito del niño, no consta que haya agotado y valorado la investigación a que se refieren los Artículo 19 apartado 3, Artículo 36 apartado 1 inciso d y Artículo 49 del códigos de menores.

Por otra parte, también se infringió el derecho de defensa del citado menor, en cuanto estando vigente el depósito de su persona en manos de la ahora amparista, era obligado escuchar a ésta respecto de la gestión hecha para cancelarlo, pues así resulta según los artículos presentados y 1º. Esta consideración también es extensiva en cuanto a los derechos propios de la interposición del amparo para ser oída en el expediente quien tiene legitimación sustentada en lo dispuesto en los Artículos 3.2, 55, y 9.2. de la convención, y por consiguiente, por sus evidente interés en el caso, debe quedar comprendida en la protección que estable el Artículo 12 de la constitución.

En conclusión, con el acto reclamado, se violaron los derechos del menor AAA en cuanto a ser objeto de atención preeminente en el expediente relacionado, y su debida defensa que, por las razones anotadas precedentemente, esta también representada en la persona de su depósito judicial. Asimismo, se violó el derecho de defensa y un debido proceso del amparista, por lo que debe otorgarse el amparo solicitado, revocándose la sentencia apelada, pero sin condena en costas a la autoridad por



estimarse la buena fe de su actuación. En la parte resolutive se precisarán términos del amparo.

Todas las resoluciones emitidas por la Corte de Constitucionalidad presentadas anteriormente fallan a favor o en dirección de los derechos del niño, reparando o indicándoles a los jueces la mala interpretación o aplicación que han tenido y que deben repararse ese daño y que deben tomar en cuenta los tratados internacionales y una ley, a vigente y positiva.



CAPÍTULO III

3. Interpretación judicial y los derechos humanos de la niñez

Debemos empezar por entender que es la interpretación según el diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales de Manuel Ossorio; “Es acción y efecto de interpretar, de explicar o de declarar el sentido de una cosa, principalmente el de los textos faltos de claridad.

La interpretación de la ley recibe varias denominaciones teniendo en cuenta su procedencia. Es auténtica cuando se deriva del pensamiento de los legisladores, expuesto de los debates parlamentarios que la racionaron; es usual cuando consta en la jurisprudencia de los tribunales, sentada para aplicar la norma a cada caso concreto, y que tiene especial importancia en aquellos países en que las sentencia de los tribunales de casación obligan a los tribunales inferiores a su absoluto acatamiento; doctrinaria cuando proviene de los escritos y comentarios de los jurisperitos, siempre discrepante entre sí y sin otra valor que el de la fuerza convincente del razonamiento; y jurisprudencia cuando proviene de varios fallos reiterados por un tribunal superior de forma conteste en un mismo sentido a casos análogos⁵;

Jurídicamente tiene importancia la interpretación dada a la ley por la jurisprudencia y por la doctrina, así como la que se hace de los actos jurídicos, ya que en ocasiones sucede que el sentido literal de los conceptos resulta dubitativo o no coincide con la

⁵ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias políticas, jurídicas y sociales**. Pág. 531.

que se presume haber sido la verdadera no concuerdan las instituciones o no encuadra el presupuesto con el hecho que genero el proceso por lo que se debe buscar lo que más se le acerque o con la que este más acorde según el caso en concreto.

Para Eduardo García Maynez interpretar: “es desentrañar el sentido de una expresión para descubrir lo que significan. Es descubrir el sentido que encierra. La ley aparece como una forma de expresión, tal expresión suele ser el conjunto de signos escritos sobre el papel, que forman los artículos de los códigos⁶”. Lo que se interpreta no es la materialidad de los signos, sino el sentido de los mismos, su significación.

Según la Ley del Organismo Judicial que es la ley que armoniza las disposiciones fundamentales de organización y funcionamiento del organismo judicial con el ordenamiento constitucional vigente, dando mayor eficacia y funcionalidad a la administración de justicia, constituyendo un cuerpo legal técnico, que viene siendo una de las herramientas esenciales de los juzgadores; que establece en su Artículo 10. Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras; a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales.

El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma se podrán aclarar, ateniendo el orden siguiente:

- a) A la finalidad y al espíritu de la misma;
- b) A la historia fidedigna de su institución;

⁶ García Maynez, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 325.



- c) A la disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas.
- d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

También a de atenderse el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial para una buena interpretación de la ley, estableciendo este como fuente del derecho: la ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia la complementará.

La Costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Por jurisprudencia (doctrina legal) en el diccionario de Manuel Osorio "es ciencia del derecho, en términos más concretos y corrientes, se entiende por la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción, esta formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del poder judicial en casación sobre una materia determinada⁷".

La definición de jurisprudencia es un conjunto de soluciones dadas por ciertos tribunales, requiriéndose dos al menos idénticas sustancialmente sobre una cuestión controvertida para que exista doctrina legal o jurisprudencial emanada del tribunal supremo.

Entiendo por jurisprudencia a la reiteración de fallos en una misma dirección, de manera conteste sobre casos análogos aplicados por un tribunal superior que llegan a convertirse en doctrina legal para las demás por llegar a una misma conclusión todos los casos resueltos anteriormente.

⁷ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 552.



Según el Artículo 621 último párrafo del Código Procesal Civil y Mercantil se entiende por doctrina legal la reiteración de fallos de casación pronunciados en un mismo sentido, en casos similares, no interrumpidos por otro en contrario y que hayan obtenido el voto favorable de cuatro magistrados por los menos.

Debe tenerse en cuenta la jerarquía de las normas como establece la Ley del Organismo Judicial en su Artículo 9, supremacía de la constitución y jerarquía normativa. Los tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República de Guatemala, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno.

Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos.

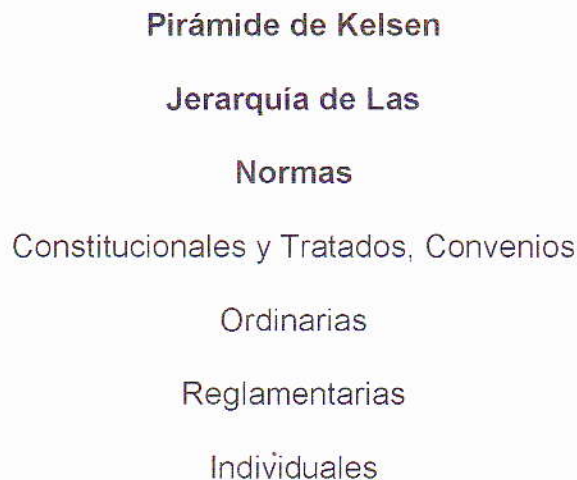
Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior.

La Ley del Organismo Judicial establece la forma en la que se debe de interpretar los convenios y tratados internacionales sin lastimar la Constitución Política de la República de Guatemala integrándose con armonía uno con el otro pudiendo aplicar los convenios sin entrar en una incompatibilidad.

“Entre las teorías modernas sobre la interpretación de la ley, una de las más originales es, sin duda la de Hans Kelsen. Dicha teoría se encuentra estrechamente ligada a la del orden jerárquico normativo, las leyes ordinarias se encuentran condicionadas por la constitución, y las reglamentarias por las ordinarias, entre éstas y las individualizadas existe una relación del mismo tipo. Toda norma de grado superior determina, en

cierto modo, a la de rango inferior. En todo acto de aplicación o de delegación hay que admitir un margen de libertad, en cuya ausencia ningún precepto normativo podrá cumplirse.

La norma que ha de aplicarse es un marco que encierra diversas posibilidades, por lo cual la decisión en que una de éstas es elegida; constituye un acto jurídico enteramente valido. Es pues, erróneo creer que la ley tiene siempre un sentido único y, por tanto que solo puede autorizar una interpretación. Decía Hans Kelsen que el intérprete no pone únicamente en juego su inteligencia, sino, sobre todo, su voluntad. Y, al ponerla en juego, elige, entre varias posibilidades, una de las soluciones que el precepto ofrece, en relación con el caso singular⁸.



En el libro de introducción al estudio del derecho de Santiago López Aguilar “la jerarquía de las normas jurídicas está determinada por la importancia que cada una tiene con relación a las demás normas jurídicas. Esta importancia está sujeta a

⁸ Garcías Maynez, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. Págs. 351 a la 353.

aspectos de tipo formal en cuanto a su creación, a contenido general y especial, al desarrollo y aplicación elementos que debemos tomar en cuenta en el tratamiento del tema.

Atendiendo la jerarquía de las normas encontramos en primer lugar a las leyes constitucionales, que reciben este nombre porque son elaboradas por la Asamblea Nacional Constituyente, desarrollando principios constitucionales; luego a las ordinarias que son las que su creación principal esta encomendada al órgano permanente u ordinario de la legislación, que puede ser unicameral y bicameral; para nuestro caso esta encomendada al Congreso de la República, siguiendo por las normas jurídicas reglamentarias; tienen como objetivo fundamental fijar los mecanismos más adecuados para la aplicación de las leyes ordinarias; y por último a las normas jurídicas individualizadas son de aplicación particular, es decir se aplican a personas determinadas, que hablando en términos procesales diríamos partes, entre las cuales tenemos las sentencias, convenios de trabajo, contratos etc⁹.

Con respecto a la jerarquía de la constitución y los tratados y convenios según la Corte de Constitucionalidad atendiendo al Artículo 46, se pronuncia al respecto: esta corte estima conveniente definir su posición al respecto.

Para ello parte del principio armónico, en el significado de que cada parte debe determinarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser

⁹ López Aguilar, Santiago. **Introducción al estudio del derecho**. Tomo I. Edición Limitada. Págs. 107. 115 y 116.



considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto.

En primer término, el hecho de que la constitución haya establecido es supremacía sobre el derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de propia constitución, y este ingreso se daría no por vía de su Artículo 46, sino en consonancia con el Artículo 2, de la convención por la del primer párrafo del Artículo 44 constitucional. El Artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si entraren en contradicción con la carta magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el refrendo popular, según sea el caso tienen facultad reformadora de la constitución. (Artículo 44 párrafo tercero, 175 párrafo primero, 204, 277, 278, 279, 280, y 281, de la Constitución Política). Por otro lado la pretensión de preeminencia sobre la Constitución tendría sentido si la norma convencional entrase en contravención con la primera, puesto que la compatibilidad no ofrece problemas a la luz de lo establecido en el Artículo 44 constitucional, pero resulta que el poder público



guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la constitución, por lo que no podría concurrir al perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que la contravenga.

“Gaceta no. 18, expediente no. 280-90, página no. 99, sentencia 19-10-90”

“Los tratados y convenciones, la constitución le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, lo único que hace es establecer que en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional prevalecerían estas últimas; pero ello no significa, como se dijo, que las mismas puedan utilizarse como parámetro de constitucionalidad. Por consiguiente, en lo referente a este punto debe declararse que no se da la violación a ninguna norma de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Gaceta no. 43, expediente no 43, expediente no. 131-95, página no.47, sentencia 12-03-97”.

Por todo lo anteriormente expuesto el juez debe tener una interpretación atendiendo a una serie de directrices que establecen las leyes, la jurisprudencia, la costumbre y en dados casos aplicables la doctrina; utilizando un orden lógico, según la jerarquía de las normas aplicadas a un caso concreto que guían o sirven al juzgador para llevarlo en una dirección que será una sentencia acertada la cual beneficiara al niño o niña sujeto del proceso.



No cabe duda de que la interpretación judicial es una de las principales herramientas con que cuenta el juez para aplicar y garantizar los derechos de la niñez y la adolescencia.

Por esto, resulta necesario hacer algunas consideraciones previas sobre este tema. Si por algo se caracteriza el derecho es por su carácter dinámico y actual, esta afirmación puede parecer contradictoria cuando el juez debe su actuación a leyes ordinarias de viejo cuño que están en general, aún vigentes en nuestro país; además está recordar que la legislación penal, civil mercantil y laboral son anteriores a la constitución que data de mil novecientos ochenta y cinco y previas a la ratificación de diversos tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de la niñez, como la convención sobre los derechos del niño de mil novecientos noventa, pero precisamente es situación es la que permite al juez asumir el carácter dinámico y crítico que la actual constitución le otorga.

La legislación ordinaria únicamente ofrece el punto de partida, pues el punto máximo de expresión normativa lo encontrará el juez siempre en la constitución política de la república, esta viene actualizar toda la legislación ordinaria y por si esto fuera poco, la constitución garantiza su propia actualización al establecer, en el Artículo 44, que los derechos y garantías que otorga “no excluyen otros” que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona, están dados, básicamente, por los convenios internacionales que, en materia de derechos humanos ha ratificado el Estado de Guatemala. En consecuencia, en el país tenemos la garantía constitucional de la actualización de nuestros derechos conforme lo establece el

avance jurídico, lo que establezca en los tratados internacionales universalmente creados, reconocidos y aprobados por Guatemala. Ahora bien, la única manera de hacer efectivos esos derechos es a través de su correcta aplicación por parte del poder judicial delegado a los jueces que son los encargados de analizar, interpretar, aplicar, para juzgar; y luego dictar sentencia.

3.1. La carta magna: un instrumento abierto, actual y guía en la defensa de los derechos de la niñez

La constitución de mil novecientos ochenta y cinco establece la apertura del ordenamiento jurídico guatemalteco al derecho internacional en materia de derechos humanos de la niñez, lo que permite una constante y dinámica actualización de los derechos de los niños y las niñas; en los Artículos 44 y 46 de la constitución; se establece una conexión o recepción de los derechos humanos en el derecho interno que permite su constante actualización. Esta apertura de la constitución a un orden cultural y valorativo externo tiene sus orígenes en el propio modelo del estado constitucional; debe recordarse que aunque los primeros textos decimonónicos no contaban con una referencia expresa de la apertura constitucional, todo el sistema de valores que estos contenían provenía de una fuente externa, que algunos autores fijan en el derecho natural. En ese sentido, se puede decir que la constitución se fundamenta filosóficamente en una sociedad abierta, dinámica y actual.

Esta nueva regulación constitucional exige un cambio de paradigma en cuanto a la concepción del derecho en general y, principalmente, de su aplicación, que se traduce



en una nueva forma de estudiar, analizar e interpretar las leyes en general. El paso de una sociedad cerrada víctima del autoritarismo de más de tres décadas de guerra a una sociedad abierta, democrática y participativa, implica un esfuerzo personal para quienes aplican el derecho. Este esfuerzo inicia por dejar en el pasado las concepciones formalistas y decimonónicas de a interpretación de la ley y dar paso a un derecho más cercano a la realidad social que se pretende regular; un derecho que se actualiza por si mismo y que logra acercarse a los fines para los cuales fue creado, es decir, un derecho que permite remover los obstáculos que pueden lograr una convivencia pacífica y que favorece la posibilidad de optar por un desarrollo integral.

En ese contexto, se puede afirmar que la constitución recoge un orden constitucional abierto, no solo al propio ordenamiento jurídico escrito y vigente, sino también al derecho natural (preámbulo), al derecho internacional (Artículos 44, 46, 149, 150 y 151) y a los sistemas culturales y jurídicos de los pueblos indígenas (Artículos 57, 58 y 66), entre otros. Esto permite afirmar, que las normas insertadas en la constitución contienen algo más que una solemne expresión lingüística protegida, por lo general, por la rigidez constitucional. Ese algo más consiste en un plus que permite una interpretación evolutiva adecuada a la realidad socio-política con que convive y una constante actualización por las modificaciones expresas o tácitas que la misma legitima, por ejemplo, con la constante incorporación de otros derechos a la normativa constitucional, a través de la ratificación y aceptación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Ahora, cabe preguntarse ¿Cuál es el rol del juez ante una constitución abierta y en constante actualización? No cabe duda de que su papel es fundamental, pues será quien, con una adecuada interpretación y aplicación de la ley, hará efectivo dicho reajuste de los “otros derecho”. De ahí que, de la actuación del juez depende, en última instancia, la real y efectiva actualización de los derechos de los niños y las niñas, y de la población en general.

Por esto, la sujeción a la constitución a la constitución y la ley, que para los jueces establecen los Artículos 154 y 203, contiene una intensidad que va más allá de una aceptación judicial pasiva de la constitución, pues se traduce en una sujeción activa, en una actuación judicial que activamente vela por la real y efectiva vigencia y actualización de los derechos humanos de la población del país. Estaría demás decir que una actuación pasiva, además de ser ilegal, sólo fomentaría la existencia formal de la constitución, sujeta más a los poderes fácticos de la sociedad que a su propio contenido sustancial.

3.2. El carácter sustancial de los derechos humanos de la niñez y el papel del juez

La constante actualización de los derechos de la niñez a través de la ratificación y aceptación de los tratado internacionales en materia de derechos humanos de la niñez va más allá del simple acto formal de incorporación de “otros derechos” al ordenamiento jurídico, puesto que, al adquirir esos otros derechos el rango de normas constitucionales, automáticamente pasan a cuestionar la vigencia y validez de toda la normativa ordinaria guatemalteca. El paradigma del nuevo estado constitucional



exige, a la interpretación judicial, un doble cuestionamiento sobre la vigencia y validez de las leyes, reglamentos y demás disposiciones, que no es otra cosa, como señala Ferrajoli, “que un doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo el fenómeno normativo: la vigencia y validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la racionalidad formal y la racionalidad material¹⁰”.

La nueva concepción sobre la validez constitucional de las leyes que establece la actual constitución en el Artículo 44, otorga un papel fundamental a los jueces, pues además de fortalecer la vigencia judicial. En ese contexto, los jueces y las juezas adquieren una función de garantes de los derechos humanos de la niñez, en sus relaciones con el estado y los particulares.

Un nuevo rol judicial que viene a quebrar al antiguo concepto de sujeción a la letra de la ley por parte del juez, cualquiera que fuera su significado y, por consiguiente, rompe con el caduco y antiguo método de interpretación legal lógico-deductivo. Ahora, el juez esta vinculado a la ley sólo y en cuanto, ésta es sustancialmente coherente con las normas constitucionales. Por esto, el Artículo 44 deja atrás el dogma del formalismo y crea, como nuevo paradigma, el dogma de la vigencia sustancial y material de las leyes y de las resoluciones judiciales.

En consecuencia, la aplicación de las leyes ordinarias deja de ser una simple revisión de premisas, y se convierte en un juicio constitucional de la ley ordinaria al caso

¹⁰ Ferrajoli. **Derechos y Garantías, La ley del más débil.** Pág. 22.

concreto. Por tanto, los casos sólo pueden ser resueltos a través de la lógica argumentativa, pues ésta permite dar a conocer el contenido de las valoraciones constitucionales sobre su resolución. “De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, al igual que la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos; aquellos compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por la constitución¹¹”.

Esta nueva forma de interpretar la ley fue la que motivó a los constituyentes, de 1985, a establecer, en el Artículo 10 de las disposiciones transitorias y finales de la constitución política, la necesidad de aprobar una nueva ley que orientara la aplicación e interpretación de todo el ordenamiento jurídico guatemalteco.

Esta, es la actual Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República, que derogó la contenida en el Decreto 1762 del Congreso de la República, y que viene a dotar a los jueces de un nuevo modelo de interpretación judicial acorde con la constitución y actualizador de de la evolución de los derechos humanos, tal y como se establece en la exposición de motivos de la propia Ley del Organismo Judicial, en su preámbulo y como se regula en los Artículos 1, 8, 9 y 10.

Al establecer la Ley del Organismo Judicial como principio general, que toda interpretación judicial debe observar el principio de la supremacía de la constitución y de jerarquía normativa, y que toda norma debe interpretarse de acuerdo con las

¹¹ Ferrajoli. Ob. Cit. Pág. 26.

disposiciones constitucionales, se exige al juez la obligación de criticar constitucionalmente el contenido de las normas que aplica y a dudar el legislador ordinario, no debe aplicar aquellas normas que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la propia constitución garantiza, (Artículo 44).

3.3. Antigua interpretación formalista del derecho

“La labor hermenéutica del jurista ha sido sometida a una revisión en los últimos años, como consecuencia del fracaso del formalismo jurídico para regular la realidad social que se le presenta en casos concretos. Hoy por hoy, se puede afirmar que el mito de la certeza del derecho y el formalismo jurídico parece descansar, más bien, en razones ideológicas que en exigencias funcionales derivadas de procesos reales de aplicación del derecho¹²”. Sin duda el método lógico-deductivo, heredado de la escuela exegética francesa y de la escuela de los glosadores y comentaristas, fue útil para la legitimación de cualquier derecho, pues con su clásica vocación voluntarista, en ningún momento puso en duda la validez sustancial de las normas jurídicas, sino que se limitó a resolver los casos con base en el juego matemático de las premisas mayores y menores.

El método lógico deductivo fue identificado dentro del contexto de la semántica-voluntarista, pues se limitó a repetir y legitimar la voluntad del legislador sin poner en duda el contenido de las normas. Aún dentro del contexto de la lógica sistemática éste método no tiene validez, ya que la interpretación será siempre eminentemente

¹² García. Calvo. **Los fundamentos del método jurídico, una revisión crítica.** Pág. 12.

voluntarista. En ese sentido, una interpretación que sea límite a la literalidad y sistemática de la ley (conforme a su texto y su contexto) siempre debe rechazarse, pues no es más que una versión refinada de la semántica voluntarista. El sistema lógico-deductivo fue útil para excluir la necesidad de acudir a recursos extralegales en el momento de interpretar la ley y, por esto, siempre fue y es cómodo para legitimar lo escrito. Este sistema privilegia la racionalidad formal y devalúa la sustancial, pues no permite ninguna valoración del contenido de la ley.

“Un conocido precursor de esa forma de interpretación fue Hans Kelsen, quien bajo la excusa de la seguridad jurídica, propuso una teoría del derecho basada en su justificación externa que parte de la dinámica de la creación y aprobación formal de la ley. Esa teoría vino a fortalecer la semántica voluntarista, pues privilegió la forma sobre el contenido. A pesar de que la propuesta de Hans Kelsen superó la ficción ideológica del método deductivo con una nueva perspectiva, y que, por lo menos puso en duda la validez formal de la norma, su proposición sólo dio lugar a una nueva manera de legitimar cualquier norma jurídica aunque expresamente fuera injusta.

La teoría de Kelsen proporcionó una doble legitimación de cualquier orden jurídico, por una parte externa, al considerar suficiente el juicio de validez formal de la ley; y por otra parte, interna, pues al utilizar el método lógico-deductivo los casos concretos fueron resueltos a partir del juego lógico de las premisas, sin poner en duda el contenido de la norma aplicada. El propio Kelsen era consciente de esto cuando afirmó que: una norma puede tener un contenido absurdo, o cuando reiteró que: cualquier contenido puede ser derecho. La teoría de Kelsen, cómoda para la legitimación de cualquier sistema jurídico, tuvo una buena acogida en los gobiernos autoritarios de Latino América, y fue producida en las facultades de derecho durante varias décadas.



Su influencia en el pensamiento jurídico guatemalteco aún es notoria pues, en la práctica, propone un método de fácil aplicación¹³.

Un autor contemporáneo de Hans Kelsen pone de manifiesto la insuficiencia del método lógico-deductivo para la interpretación de la ley, argumenta que éste deja espacios abiertos al ejercicio de la discreción judicial que van en contra del principio de certeza jurídica y de la única solución del caso, que propone el formalismo jurídico.

Este autor fue el jurista Herbert L. Hart, quien ha sido calificado como el máximo exponente de la teoría del derecho de la posguerra. Este no es el lugar adecuado para desarrollar o analizar su propuesta teórica pero si es importante mencionarla, pues pone en duda el método formalista en la aplicación del derecho y su solución única de casos, y deja en claro que en toda interpretación judicial siempre existen espacios de no derecho, que son utilizados dentro de lo formalmente establecidos con base a criterio no jurídicos.

“En definitiva, las teorías positivistas de la interpretación judicial han revelado, con toda su crudeza, que desde el momento en que las decisiones judiciales han sido adoptadas de acuerdo con las reglas formalmente establecidas por el orden jurídico, aunque no sean material ni sustancialmente válidas y ciertas, son legales e incontestables. Es decir, lo que les interesa es dotar de una apariencia jurídica que refuerce políticamente una decisión¹⁴”.

¹³ García Maynez, Eduardo. **Teoría general del derecho y del estado**. Págs. 320 a 345.

¹⁴ García, Calvo. **Los fundamentos del método jurídico**. Pág. 146.

La aplicación positivista del derecho, basada única y exclusivamente en un método de silogismos lógico-deductivo, ha dado lugar a una interpretación judicial formalista, a-histórica y lejana de la realidad que pretende regular, y únicamente es útil para: a) evitar la materialización del derecho, es decir, dejar espacios para que la realidad material ingrese en la interpretación y aplicación judicial de la ley; y, b) para legitimar cualquier legislación, sin cuestionar su validez constitucional, es decir, sustancial. Por lo que debe aplicarse de manera que no deje vacíos atendiendo a que se quiere de la sentencia o a donde va dirigida, de la forma en que va aplicarse el derecho a un asunto determinado, por lo que el juez debe utilizar el método adecuado para llegar a una conclusión acertada lo que producirá una correcta interpretación y una sentencia justa.

3.4. Hacia una nueva hermenéutica que garantiza la vigencia de los derechos humanos de la niñez

Manuel Ossorio en el diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales se entiende por hermenéutica: “ciencia que interpreta los textos escritos y fija su verdadero sentido utilizado frecuentemente con la interpretación jurídica¹⁵”.

Ante el fracaso del formalismo jurídico la nueva hermenéutica jurídica, que parte de las propuestas del jurista italiano Betti y del filósofo alemán Gadamer, “propone integrar, al método de interpretación judicial, la realidad del contexto en donde se aplica la ley y la propia subjetividad de quien la aplica; se genera así un espacio para la materialización

¹⁵ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 475.

del derecho. Lo que pretende la nueva hermenéutica jurídica es que el método deje de tener una vocación formalista y sea útil para mediar entre la realidad y la aplicación del derecho, es decir, permitir que la dimensión objetiva y subjetiva ingresen a la decisión jurídica a través de la argumentación racional¹⁶.

La nueva hermenéutica jurídica tiene un origen constitucional, pues el actual modelo del estado social y democrático de derecho, que la Constitución Política de la República propone, exige dar el paso de lo general a lo particular, de lo abstracto a lo concreto, del método lógico-deductivo formalista a un método lógico-argumentativo que, sin perder el norte de la norma jurídica, indague sobre la realidad que pretende regular y a la cual se debe.

Esto implica que se debe aceptar que detrás de toda decisión jurídica, siempre habrá una decisión humana y no una operación mecánica y, como tal, dicha decisión no puede ser ajena a la vida social y política en que se toma. Por esto, los fundamentos últimos de la decisión están llenos de valoraciones que, deben ser: en primer lugar, reconocidas; y, en segundo orientadas por el modelo de estado vigente. Ello obliga a los jueces a señalar cuáles son los valores que guían sus decisiones, y estos no pueden ser otros que los plasmados en la propia Constitución Política de la República, como expresión máxima del ideal del orden social al que, como sociedad democrática, aspiramos.

¹⁶ Citados por Justo Solórzano. **Los derechos humanos de la niñez y su aplicación judicial**. Pág. 76.

En otras palabras, Arthur Kaufman señala: “la comprensión del significado no es un proceso meramente receptivo, puesto que es siempre también y ante todo una auto comprensión del sujeto cognoscente (el juez que opina que él infiere la decisión sólo de la ley no también de su persona, en determinada forma caracterizada, sufre un extravío y en verdad funesto, pues permanece, inconsciente, dependiendo de si mismo). Sólo cuando el comprendedor se aproxima al texto con una pre-comprensión o pre-judicio estará en condiciones de abordarlo; sólo cuando él con toda tradición que porta-entra en el horizonte de la comprensión puede fundamentar argumentativamente lo que ya había anticipado como resultado provisional¹⁷”. La hermenéutica no es teoría de la argumentación, pero ella exige ésta.

Lo único que proporcionará objetividad a la decisión jurídica será, entonces, la racionalidad argumentativa. Argumentación que sólo puede basarse en las expectativas políticas, sociales y económicas de la mayoría, es decir, las fijadas en la constitución política. En ese contexto, la decisión jurídica sólo podrá descansar en un método interpretativo basado en la racionalidad argumentativa constitucional.

Ahora bien, el acuerdo valorativo constitucional como referencia de toda decisión jurídica e interpretación judicial es necesario pero no suficiente, pues a él debe sumarse y adherirse el sistema de valores universales aceptado y acordado a través de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de la niñez, pues ambos (constitución y los convenios), no sólo condicionan las formas jurídicas, sino

¹⁷ Kaufman, Arthur. *Filosofía del derecho*. Ob. Cit. Pág. 101.

que, principalmente, proporcionan el contenido sustancial de las resoluciones judiciales y, como tales, constituyen una fuente para la dogmática jurídica en general.

En ese sentido, es indispensable que los jueces profundicen en el método argumentativo constitucional, pues sólo éste es capaz, según la constitución vigente, de legitimar una decisión jurídica. Por eso, es conveniente que toda argumentación descansa en una estructura lógica, dado que ésta permitirá ejercer un control sobre la racionalización de la propia argumentación.

Como se analizará, la lógica-argumentativa constitucional, es una premisa indispensable para el aseguramiento de los derechos constitucionales de la niñez, pues es la única que permite ingresar valoraciones convencionales en las decisiones jurídicas que afecten sus derechos.

3.5. El juez como garante de los derechos de la niñez y su actitud activa en la aplicación de la convención sobre los derechos del niño

Según del diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales de Manuel Ossorio garante “es quien da una garantía¹⁸”.

En el contexto de la nueva hermenéutica constitucional y de la constante actualización de los derechos humanos de la niñez, el juez asume el rol de garante de los derechos de los niños y las niñas. Al incorporarse la convención sobre los derechos del niño a la normativa constitucional, a través de la aprobación por el Congreso de la República a través del Decreto 27-90, su contenido pasa a ampliar la gama de “los otros derechos

¹⁸ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 453.



constitucionales” que el juez, en toda resolución judicial, debe vigilar y proteger. En ese sentido, los derechos de la niñez constituyen por sí mismos derechos de carácter constitucional y como tales su observancia judicial deviene privilegiada.

Ahora bien, los derechos de la niñez no pueden limitarse a los que se encuentran regulados en los convenios internacionales y leyes ordinarias, como la ley de protección integral de la niñez y adolescencia, sino que, deben ampliarse a los que se encuentran plasmados en declaraciones, recomendaciones, reglas mínimas, directrices, etc. Pues todos ellos constituyen, también, manifestaciones positivas de juridicidad que pueden orientar la interpretación judicial. Hay que destacar que en esta línea argumentativa se ha expresado la Corte de Constitucionalidad, al indicar que: De manera inmediata en los casos concretos debe invocarse la legislación especial que regula determinada materia pero esto no excluye, sino estimula, que su orientación interpretativa se sustente en valores, principios y normas atinentes de superior jerarquía. De manera que para decidir sobre casos en los que se afecten los derechos de la niñez, ya sea directa o indirectamente, el juez debe acudir a los enunciados de la Constitución y también a los de la declaración de los derechos del niño, del veinte de noviembre del año de mil novecientos cincuenta y nueve, y la convención sobre los derechos del niño del veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, ambas de la asamblea general de las naciones unidas (expediente 787-2000).

En esa sentencia, la Corte de Constitucionalidad da un gran paso en materia de la interpretación judicial de los derechos de la niñez, pues va más allá de un concepto formal positivo puesto que reconoce un valor jurídico positivo a la propia declaración de

los derechos del niño y asume, así, una tesis positiva en cuanto al valor jurídico de las declaraciones de derechos de los humanos, en particular, de los derechos del niño.

No cabe duda de que, en esta sentencia, la Corte de Constitucionalidad, asume un criterio material de interpretación judicial, del cual se puede desprender que toda disposición sobre los derechos fundamentales y humanos de la niñez contenida en el texto constitucional, ya sea en su articulado o en su preámbulo, o en una declaración independiente de igual rango, constituye una manifestación positiva de juridicidad.

Así pues, el juez cuenta con una amplia gama de declaraciones independientes que pueden serle de utilidad para orientar su interpretación judicial en la resolución de casos concretos, aún cuando éstas no tengan la calidad de convenios o pactos, sino de simples declaraciones, tal y como lo hizo la Corte de Constitucionalidad en la sentencia citada. Al respecto el juez puede, entonces, auxiliarse de: la declaración sobre los derechos del niño de Ginebra de 1924, la declaración universal de derechos humanos de 1948, la declaración de los derechos del niño de 1959, la declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado de 1974, las reglas mínimas de las naciones unidas para la administración de justicia de personas menores de edad de 1985.

Además, la declaración de las naciones unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación de hogares de guarda, en los ámbitos nacional e internacional de 1986, la declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño de



1990, las directrices de las naciones unidas para la prevención de la delincuencia juvenil de 1990, la reglas de las naciones unidas para la protección de menores privados de libertad de 1990, la declaración de Estocolmo contra la explotación sexual infantil con fines comerciales.

A nivel regional el juez puede auxiliarse de: La declaración americana de los derechos y deberes del hombre de 1948, la convención americana sobre derechos humanos (pacto de San José), el protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (protocolo de San Salvador), la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (convención de Belém do Pará), la convención interamericana sobre desaparición forzosa de personas y la declaración de Panamá: unidos por la niñez y la adolescencia, base de la justicia y equidad en el nuevo milenio. Otro punto que debe resaltarse, es la necesidad de que el juez tenga en cuenta que la reserva introducida en el Artículo 41 de la convención sobre los derechos del niño permite considerarla como una versión amplia y corregida de todos los derechos humanos en general, pues esa cláusula posibilita que prevalezcan todas las normas nacionales e internacionales anteriores o posteriores a la convención, aplicables en un estado parte que sean más favorables al niño. La inclusión de ese artículo busca que al aplicar la convención se abarque, además de la legislación nacional, todo el derecho internacional. En ese sentido, el comité de los derechos del niño invita a los Estados



Una vez fijados los derechos, principios y garantías que el juez puede y debe aplicar en materia de niñez, procede plantear la pregunta, ¿cuál es la actitud que la convención de los derechos del niño y la propia constitución exige al juez con respecto a los derechos de la niñez? Dejamos claro, en los párrafos anteriores, que el juez es, por sí mismo, un garante de los derechos de la niñez, pero ahora cabe resolver la cuestión planteada sobre cuál y cómo debe ser su actitud frente a estos derechos.

Al establecer la Constitución, el Artículo 51, que el Estado protegerá la salud física, mental y moral de las personas menores de edad y les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación, seguridad, y previsión social, el Estado está asumiendo un rol activo en cuanto a su intervención en la vida de la niñez. Rol que, como podemos leer en esta norma, promueve las condiciones requeridas para que el desarrollo de la personalidad del niño y de la niña se realice en la forma más libre y adecuada posible. Es decir, el Estado se compromete a tener un rol activo orientado a asegurarles a las niñas y los niños el pleno disfrute de sus derechos constitucionales. En ese artículo, más que en ningún otro, se refleja la superación del carácter negativo de los derechos humanos, pues estos dejan de ser considerados como un límite para el propio Estado y pasan a ser instrumentos de control de la actividad positiva de los órganos del estado y sus funcionarios; actividad positiva que debe estar orientada a posibilitar la participación de los niños y las niñas en la toma de las decisiones que les afecten, así como a posibilitar el pleno disfrute de sus derechos.

Es ese contexto, al ser los jueces y juezas funcionarios, funcionarios responsables de la potestad de juzgar y promover la ejecución de los juzgado (Artículo 203), a ellos y

ellas también se extiende el compromiso de asumir una actitud activa y positiva en relación con las funciones que desempeñan en la administración de justicia, relacionadas con los derechos de la niñez. La intención del constituyente al establecer una norma específica para la niñez, era establecer una discriminación positiva para este grupo de población en virtud de su situación positiva para este grupo de población, en virtud de su situación de vulnerabilidad real en la sociedad. Discriminación positiva que implica, para el Organismo Judicial, el compromiso constitucional e asumir una actitud activa y positiva en cuanto al respeto y desarrollo de los derechos de la niñez. Ese compromiso y obligación constitucional debe plasmarse en la actividad judicial (procesal y sustantiva) tanto de jueces como de auxiliares judiciales, pues ellos son los que protegen la salud física, mental y moral de las personas menores de edad al garantizar el respeto de sus derechos; además, son los que pueden hacer realidad el principio de seguridad jurídica.

Por su parte, la convención sobre los derechos del niño exige también de los jueces una actitud activa en relación con el respeto, garantía y desarrollo de los derechos que ella establece, al indicar, en el Artículo 2, que los estados partes respetarán los derechos enunciados en dicha convención; que asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción y que tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación. En consecuencia, los tribunales de justicia del estado, como Estado parte, para evitar la discriminación de la niñez, según el Artículo 3, de la convención de derechos del niño, deben asumir una actitud activa y positiva en el respeto y garantía de los derechos humanos específicos de la niñez.



En esa línea argumentativa se ha pronunciado el comité de los derechos del niño de las Naciones Unidas, y ha subrayado, constantemente, la necesidad de una actitud activa en la aplicación de la convención, lo cual resalta en su primer informe inicial: El comité destaca que el principio de no discriminación, previsto en el Artículo 2 de la convención, debe aplicarse energéticamente, y que debería adoptarse una actitud más activa para eliminar la discriminación contra determinados grupos de la infancia, muy en particular en las niñas. Por otra parte, las Naciones Unidas, en un boletín de derechos humanos afirma que, en términos de derecho internacional, la obligación de respetar exige que los Estados partes se abstengan de realizar cualquier acción que pudiese violar cualquiera de los derechos del niño reconocidos en la convención; porque la obligación de garantizar va más allá del simple respeto ya que implica la obligación positiva, por parte del Estado, de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir a las personas disfrutar de los derechos pertinentes y ejercerlos.

“En síntesis, por exigencia constitucional que emana de los Artículos 44, 46, 51, 203, y 204 y en cumplimiento del principio de responsabilidad e intervención activa de los poderes públicos en la realización efectiva de los derechos y el bienestar de la niñez, los jueces deben asumir una actitud activa en relación con la defensa de los derechos de la niñez, adoptando de oficio las medidas que sean necesarias para permitir que los niños y las niñas disfruten plenamente de los derechos reconocidos en la constitución y demás tratados internacionales en materia de derechos humanos y los específicos de la niñez, establecido principalmente en la convención sobre los derechos del niño¹⁹”.

¹⁹ Manual de Aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño. Ob. Cit. Pág. 22.



En mi opinión el juez tiene la obligación de proteger la constitución y como tal velar, que en sus resoluciones se aplique la carta magna atendiendo la forma que esta emana, tratando siempre de proteger los derechos y obligaciones que establece con los niños y las niñas en su tan crucial función que desempeñan.

3.5.1. La convención sobre los derechos del niño un derecho tutelar

Al afirmar la preeminencia del principio del interés superior del niño, el comité de los derechos de los niños, en diferentes informes, expresó que éste es el principio rector guía en la aplicación de la convención.

El derecho, como producto social, tiene por objetivo lograr una convivencia pacífica, racional y digna; para lograrlo ha establecido un conjunto de normas encaminadas a la resolución de los conflictos sociales, que se expresan como conflictos, de intereses entre particulares o entre éstos y el estado. Para resolver tales conflictos el sistema jurídico contempla una serie de reglas que, en la mayoría de ocasiones, se perciben como demasiado formales y dogmáticas en relación con la carga emotiva que el conflicto arrastra consigo. Regularmente el derecho se limita a tomar en consideración, únicamente, la racionalidad y voluntad de los partícipes del conflicto. Ello resulta insuficiente para la resolución de determinados casos, especialmente aquellos en los que se involucra a niños y niñas, pues en éstos la carga emotiva es más fuerte y las consecuencias son vitales y determinantes. Para la niña o el niño, el conflicto de intereses representa no sólo una cuestión jurídica, sino, en primera instancia, un problema emotivo: representado por miedos, confusiones, frustraciones,



etc., sentimiento que la lógica formal del derecho no alcanza o cubre, por estos se afirma que, en estos casos, existe un interés adicional que debe conocerse y resolverse: el interés del niño o niña.

Esta situación no presenta ninguna novedad para los jueces y abogados, pero en el caso de los derechos del niño conviene insistir en ello, pues los efectos que una decisión jurídica puede tener sobre la vida del niño siempre van más allá de la resolución jurídica del caso. El solo contacto del niño o niña con la administración de justicia puede generarle perjuicios que, desde un punto de vista psicológico, son difíciles de superar, además de la experiencia negativa o positiva que puede adquirir sobre los conceptos de libertad, participación, responsabilidad o justicia, como consecuencia de su primera relación con algún organismo estatal.

Por esto, es conveniente insistir en el drama humano que para un niño o niña implica su relación con gente que, además de ser extraña, tomará decisiones que afectarán sustancialmente su entorno físico y emotivo, y que marcarán su futuro. Esta realidad le plantea al juez un nuevo interés, que va más allá de los intereses de las partes, pues es un interés superior a los intereses en juego, ya sean estos públicos o privados. Al entrar en vigencia la convención de derechos del niño, este interés pasa, de ser una preocupación personal del juez, o de las partes, a ser un principio general de observancia obligatoria.

Así, el interés superior del niño, establecido en el Artículo 3 de la convención, exige que en toda resolución judicial, en que se resuelva un caso que afecte los derechos de

los niños, se tome en cuenta su interés superior. Esto implica, para el juez, una nueva exigencia legal, pues además de la motivación judicial sobre la resolución del conflicto de intereses que se le plantean, éste tiene que hacer constar, en la resolución, la argumentación relativa al cómo en ese caso concreto se tomó en cuenta el interés superior del niño. El interés superior del niño se plantea entonces, como un nuevo principio jurídico que será de observancia y aplicación obligatoria en todos los casos que afecten a niños y niñas individual o colectivamente considerados directa o indirectamente.

Ante esta nueva exigencia legal es conveniente preguntarse: ¿en la resolución de qué caso judicial no se afectan los derechos de la niñez? o, como lo cuestiona Baratta, “¿cuáles serían los asuntos que no afectan a la niñez? ¿en todos los asuntos judiciales sobre los que intervienen jueces, se afectan los derechos de la niñez, de manera directa o indirecta?”. La respuesta es clara: debe aceptarse que, efectivamente, en la mayoría de decisiones que jueces adoptan, siempre se verá afectada la niñez, pues aún cuando ésta no sea parte directa del proceso judicial, indirectamente sufre las consecuencias²⁰. La discusión de un caso civil, laboral, familia etc., siempre repercute sobre las niñas y los niños aunque de diversas maneras. En ese sentido, el interés superior del niño viene a constituirse en un principio jurídico universal. Por consiguiente, el interés superior del niño como principio jurídico, debe considerarse y respetarse no sólo cuando pueda serle directamente perjudicial, sino también en aquellos casos en los que se discutan intereses exclusivos de los adultos, ya que, en ellos, de forma directa, resultan afectados los intereses de la niñez.

²⁰ Baratta, Alessandro. **Infancia y democracia**. Pág. 53.



La ley le otorga a los niños y a las niñas un derecho tutelar, que el juez debe tener muy presente siempre al momento de interpretar y aplicar las leyes a las que estos afectan, porque este derecho trata de compensar la desigualdad con la que cuenta el niño o la niña ante un adulto por su falta de madurez, experiencia etc.

3.5.2. Límite y extensión del interés superior del niño y la niña

Sobre la extensión del interés superior del niño debe recordarse como en el Artículo 3 de la convención; establece que este principio consiste en tener una consideración primordial en todas las medidas concernientes a la niñez. El concepto: todas las medidas incluyen todo tipo de acción u omisión intencional o imprudente que afecte a

a) su ámbito de aplicación supera la esfera de acción del Estado, para incluir a los organismos privados; b) que se refiere a todo tipo de medidas concernientes a los niños y las niñas²¹”.

“Es importante establecer el límite del principio del interés superior, pues su fuente no puede partir de lo que, para el adulto, es el interés superior del niño o la niña, sino de lo que, para el niño o la niña, significa dicho interés. En razón de que, normalmente la persona que decide sobre una cuestión que afecta a un niño o niña en ningún caso puede operar aislada de sus propias convicciones y prejuicios generados por su experiencia de vida. Por ello, la propia convención ha fijado los parámetros y criterios dentro de los y criterios dentro de los cuales dicho interés debe hacerse efectivo.

Así, ha plasmado directamente como principios jurídicos que deben ser tomados en cuenta: al derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, el desarrollo y la supervivencia y el respeto de la opinión. Es por esto que el comité de los derechos del niño ha subrayado que este principio debe aplicarse junto con los otros principios generales cada vez que la convención no establezca una norma específica²²”.

En ese sentido, es conveniente señalar que la determinación del interés superior del niño debe hacerse en función del corto, mediano y largo plazo, y debe corresponder al espíritu de la convención en su totalidad y, en concreto, al énfasis que ésta pone en el niño y la niña como individuo, con opiniones y sentimientos propios, como persona con pleno derechos, a la vez como beneficiaria de protecciones especiales. Eekelaar,

²¹ Manual de aplicación de la convención de derechos del niño. Ob. Cit. Pág. 40.

²² Manual de aplicación de la convención de derechos del niño. Ob. Cit. Pág. 40.

especialista en derecho de familia, “sostiene que la determinación de lo que se entiende por interés superior del niño debe combinar elementos objetivos y subjetivos, pues en la medida en que el niño contribuya al resultado de la decisión así podrá demostrarse que ésta se ha tomado en aras de su interés superior²³”. Por esto, los niños deben tener el máximo de oportunidades posibles para crear y perseguirse las metas de vida que ellos mismos han elegido.

El principio de interés superior del niño exige una neutralidad inicial respecto de los estereotipos sociales, judiciales y legales que se generan alrededor de la protección del niño. Estereotipos producto de concepciones sociales, no siempre racionales y, por lo regular, sobre generalizantes, como el estereotipo social que afirma que los niños son mejor educados con el uso de la fuerza física que sin ella, o el que los niños de corta edad son mejor cuidados por la madre que por el padre, o que es mejor que el hijo tenga una filiación matrimonial que una no matrimonial.

3.5.3. Que se entiende por interés

Más que dar una definición del interés superior del niño debemos constatar lo que entendemos por este concepto y jurídicamente qué constituye, pues una mala comprensión del término puede dar lugar a un mal uso, además de abuso en su utilización. El interés, como categoría jurídica, es un concepto fundamental en la consideración instrumental del derecho, se entiende como un medio para la satisfacción de los fines esenciales de la persona. Dicho término se lo debemos a Ihering, para quien el interés en sentido subjetivo designa el sentimiento que se tiene

²³ Citado Por Justo Solórzano. **Los derechos humanos de la niñez y su aplicación judicial**. Pág. 92.

de las condiciones de la vida. El interés comprende tanto bienes materiales como espirituales, es decir, todos aquellos que para la persona son valiosos. Por tanto, la categoría jurídica de interés alcanza desde los bienes y valores relevantes para la persona, hasta sus aspiraciones como ser humano, del tipo que sena: materiales o ideales tanto en el ámbito individual como en el social.

“En consecuencia, el concepto de interés fundamental jurídicamente protegible, alcanza los sentimientos de diversa índole que participan de manera importante en la vida de la persona, en tanto contribuyen a su felicidad y a su bienestar, a cuya satisfacción y fines, está llamado el derecho como un instrumento convocado a servir a los intereses de las personas. En el caso de los niños o niñas, tiene especial importancia el interés constituido por sus bienes y valores no racionales, es decir sus sentimientos, afectos, aspiraciones e impulsos, puesto que son parte de su vida y satisfacen sus necesidades vitales; en virtud de que ellos y ellas aún no están en la capacidad de defenderlos y hacerlos valer²⁴”.

En ese sentido, el interés jurídico superior del niño comprende tanto los aspectos materiales o espirituales relevantes para la satisfacción de las necesidades presentes y futuras del niño y la niña, e incluyen todos sus requerimientos vitales, así como los bienes y valores no racionales (sentimientos, afectos etc.)

3.5.4. El interés superior del niño y la niña: la aplicación como cláusula general

La amplitud del concepto jurídico “interés superior del niño”, recogida en una cláusula general de la convención sobre los derechos del niño Artículo 3 se hace necesario en

²⁴ Hernández, Rivero. **El interés del menor**. Ob. Cit. Págs. 55 y 56.



razón de que se refiere a una realidad difícil de delimitar con exactitud, pero que es fácilmente delimitable al momento de ser aplicado en un caso concreto.

Es por esto que su determinación implica para el juez una doble labor: por una parte, la de establecer, en el caso concreto, en qué ha de materializarse, manifestarse y contratarse ese interés superior del niño. Todo esto, claro está, dentro del contexto valorativo de la constitución y la convención, entendidos ambos como una totalidad. Por esto, la labor del juez tiene que ir más allá de la simple lógica-deductiva y pasar a una lógica-argumentativa, cuyo fundamento será dado por los datos y circunstancias el hecho concreto que se le presenta. No cabe duda que la regulación del principio del interés superior del niño, como cláusula general, ofrece ventajas, pues permite incorporar una serie de derechos y expectativas, tanto materiales como espirituales del niño o niña, en cualquier situación que se le presente al juez.

Sin embargo, presenta también algunos inconvenientes, pues se corre el riesgo de que el juez reemplace los criterios jurídicos, establecidos en la convención, por criterios individuales, que siempre serán inciertos e imprecisos. En ese sentido, algunos autores critican el riesgo e la indeterminación del principio, pues afirman que existe la posibilidad de justificar resultados contradictorios en un caso concreto, fundamentándolo siempre en el interés superior del niño.

Se afirma que tanto la indeterminación como el escepticismo sobre el escepticismo sobre el principio del interés superior tienen su origen, principalmente, en la posibilidad de que la persona que decida adopte puntos de vista distintos a los establecidos en la



propia convención, como por ejemplo criterios valorativos influenciados por la cultura y opuestos al bienestar del niño.

Tal es el caso de la custodia de los niños, ya que en estas situaciones es posible que al otorgárseles más valor a los criterios o convicciones culturales, de la persona que decide, se tomen decisiones que contradigan el bienestar del niño; por ejemplo, en las sociedades latinoamericanas existe la convicción social de que el niño estará mejor protegido con la madre que con el padre, contrariamente a lo que sucede en algunos países africanos, en donde la convicción social otorga un gran valor a la paternidad y por esto es común pensar que el niño estaría mejor con el padre. En ambos casos, si la persona que tiene que decidir otorga más valor al criterio cultural tendrá la decisión tomada, aún cuando ésta contradiga el interés superior del niño; en cambio, si aplica los criterios jurídicos de la convención se verá obligada a indagar los presupuestos fácticos del caso y podría llegar a una solución distinta.

Similar situación se presenta en relación con la educación del niño, cuando se utiliza la fuerza física o castigos severos en base a convicciones religiosas o tradicionales, o cuando se trata de costumbres más graves como la circuncisión femenina, que puede incluir desde la extirpación del clítoris de la niña hasta una intervención más dramática en la que, además del clítoris, se extirpan los labios menores y mayores. La circuncisión es una costumbre local de diversos países, la mayoría africanos, que tiene la significación social de la integración de la adolescente en la vida social adulta. En la mayoría de casos con base en ese argumento y fundándose en el interés superior del niño se ha alegado que dicha práctica es legal, pues de lo contrario provocaría la

discriminación social de la niña. No obstante, el hecho de que dicha práctica genere graves riesgos para la salud de la niña, además del sufrimiento físico y emocional, tanto a corto, mediano como largo plazo, es suficiente para concluir que esa práctica tradicional es contraria al interés jurídico superior de la niña, según lo establecido en la convención.

Lo mismo podría argumentarse para los matrimonios infantiles, en los que se pone en riesgo incluso la salud de la niña por su corta edad; o los matrimonios concertados que impiden el ejercicio de la libertad y autonomía de la niña; y la situación del trabajo infantil, o la negativa para que los niños o las niñas asistan a la escuela, o la dureza de la educación en los países asiáticos, como el Japón. Es claro que si la persona que decide otorga más valor a las convicciones sociales o tradicionales, regularmente no racionales siempre obtendrá una solución conforme con lo que ella cree que es el interés superior del niño, pero será acorde únicamente con el interés social e, incluso, en algunos casos económicos como cuando se justifica el trabajo infantil por causa de la pobreza, que es contrario al interés jurídico superior del niño que manda la convención. No cabe duda que si se otorga más valor a la convicción cultural, social o a los estereotipos legales y judiciales, la decisión que se adopte puede ser contraria al interés jurídico superior del niño o la niña. Es por ello que se propone la utilización de los criterios valorativos contenidos en la convención, pues ésta proporciona un marco ético que puede dotar, al principio del interés superior del niño, de un significado mucho más claro y determinado.



Por esto, aunque existe el riesgo de que el juez incorpore convicciones y experiencias personales como criterios para establecer el interés superior, dicha situación puede ser corregida a través del control jurídico que se establece en la propia legislación (recursos), sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en las que puede incurrir por dictar una resolución judicial fuera del marco de la convención. En ese sentido, debe resaltarse que lo que siempre favorecerá una aplicación adecuada de este principio será la apropiada



Una vez realizada esa labor, el juez o la jueza, contará con argumentos fácticos y jurídicos que le permitirán realizar una elección racional sobre la medida más adecuada para el niño o niña y dictar una resolución judicial conforme a derecho. Solo una valoración sobre los hechos y las normas que protegen a la niñez le permitirá establecer una correcta valoración en un caso concreto, cuál es el interés superior del niño o la niña que debe, por obligación a la constitución, prevalece.

La elección racional presupone que el juez o la jueza evaluarán, con la información fáctica obtenida, cuál son las opciones que tienen, cuáles son las probabilidades de los resultados. Todas estas opciones deberá valorarlas desde el contexto de los criterios que la convención en su conjunto establece, pues, sólo dentro de ese contexto es posible reducir al máximo la subjetividad de quien toma la decisión. Los criterios de la convención objetivizan la argumentación y dan parámetros validos para la aplicación del interés superior. La convención proporciona un amplio marco ético que puede dotar de un contenido mucho más claro y determinado, al principio del interés superior.

Es ese sentido, en diversas sentencias, la Corte de Constitucionalidad, ha establecido que la falta de motivación o razonamiento valorativo y estimativo de los hechos y las pruebas en un caso de la niñez, implica violación a los principios del interés superior del niño, debido proceso y derecho de defensa: En los casos de los de la niñez el juzgador debe siempre agotar la investigación posteriormente valorarla en razón directa con el bienestar del niño o niña. Así mismo, señala la Corte que: la autoridad judicial debe de tener en cuenta los diversos factores socioeconómicos, físicos y morales que permitan determinar la verdadera situación de un niño o niña antes de

resolver su caso, pues estos, conforme lo preceptuado en la convención, deben ocupar atención preeminente, como se deduce de lo establecido en los Artículos 3.1, 9.1, 20.1, que resaltan el interés superior del niño. Por esto conviene insistir en que la información personal circunstancial del caso concreto y de sus protagonistas es absolutamente determinante cuando se discuten derechos de la niñez, pues recuérdese que, al ser el interés superior del niño un derecho regulado en una cláusula general, la única manera de fijar sus alcances y límites, así como de interpretarlo, es a partir de la presentación fáctica del problema conflictivo. Sobre la información fáctica el juez realizará el juicio de valor y solo con base en ella y los criterios jurídicos adecuados podrá realizar la operación mental de la toma de decisión. Por tanto, como señala Rivero Hernández, “debe subrayarse cuán importante es que se le ofrezca al juez, por quien o quienes estén legitimados y con las garantías procesales pertinentes, todos los presupuestos y datos del caso y cuantos elementos de juicio puedan influir de forma relevante en la decisión por tomar²⁵”.

3.5.6. El interés superior del niño y la niña como un derecho preeminente

Toda decisión judicial relativa al interés superior del niño debe tener presente que se refiere al interés del niño no como objeto de derecho, sino como sujeto de derecho. Es decir, el interés superior del niño constituye un derecho del niño, un interés que es protegido y garantizado por la ley, se trata de un derecho único de inteligencia, ejercicio o concreción variable, según la situación de que se trate, o en conflicto con otros derechos o intereses.

²⁵ Hernández, Rivero. **El interés del menor**. Ob. Cit. Págs. 55 y 56.



Por esto, cuando concurra un conflicto de intereses en el que se involucre el interés de la niñez, por principio constitucional debe prevalecer el del niño o la niña, pues para la ley ese interés tiene más valor que otro interés o tipo de intereses. De ahí que, el interés superior del niño o niña se traduce siempre en un criterio judicial de valoración positiva de los derechos de la persona menor de edad. En este sentido se ha pronunciado la Corte de Constitucionalidad al indicar que: ya se ha expresado en fallos anteriores de esta corte que conforme a la convención sobre los derechos del niño en la jurisdicción de menores resulta primordial atender el interés superior de la niñez, que supedita los derechos que puedan alegar instituciones o personas adultas al deber de procurar mayor beneficio que para los menores pueda obtenerse.

Al ser el interés superior del niño un derecho, éste sólo puede ser aplicado desde la perspectiva propia del niño o la niña, como persona autónoma que enfrenta un problema en un momento y lugar determinados, y no desde la perspectiva del adulto, pues por buenas que parezcan sus intenciones, esto sólo favorece el ingreso de las convicciones y prejuicios personales de quien toma la decisión.

“El interés superior del niño y la niña debe entenderse, entonces, como una garantía que se orienta a asegurar el ejercicio y disfrute de los derechos de la niñez. Por esto, en ningún caso, su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos reconocidos por la Constitución Política de la República, tratados y convenciones en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y principalmente en la convención sobre los derechos del niño.



En consecuencia, su aplicación siempre velará por la ampliación y eficacia de sus derechos, y su no aplicación implicará, como repetidamente ha señalado la Corte de Constitucionalidad, violación a los principios del debido proceso, derechos de defensa y del propio principio de interés superior del niño, y se podrá recurrir dicha resolución y las responsabilidades civiles y penales en que el juzgador o la autoridad pueda incurrir. Por tanto, las interpretaciones de aquellos que constituye el interés superior del niño no pueden, en ningún caso, modificar, reemplazar, anular, menoscabar, limitar ni tergiversar cualquier derecho garantizado por otros artículos de la misma convención²⁶.

El Artículo 3 de la convención de derechos del niño, expresamente establece que en todas las medidas que tomen los tribunales concernientes a los niños y las niñas, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño, por ello la Corte de Constitucionalidad ha asumido que el incumplimiento de esa norma es violatorio de los derechos constitucionales de defensa, debido proceso, opinión del niño y la niña y del principio de interés superior. Por esto, la observancia del mismo y su aplicación privilegiada sobre otros derechos, deviene obligatoria en los tribunales de justicia, cuyos titulares, para evitar cuestiones de inconstitucionalidad, deben dejar constancia de los argumentos que indican ¿cómo? Y ¿Por qué? Se tomó en cuenta ese artículo, el cual constituye el primer fundamento legal de toda resolución en la que se afecten los derechos de la niñez, se de; de forma directa o indirecta, por acción u omisión de forma dolosa o imprudente, etc.

²⁶ Manual de Aplicación de la Convención de Derechos del Niño. Ob. Cit. Pág. 37.



En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad ha señalado que: al ser la convención sobre los derechos del niño aprobada y ratificada por Guatemala, en todo caso relativo a los derechos humanos de la niñez debe de ser aplicada, y en los casos en donde no aparezca en los razonamientos que el elemento de su interés y bienestar supremo hayan sido valorados y tomados en cuenta, como se orden en la citada convención, se vulnera el principio del debido proceso y los derechos de los niños.

En consecuencia, el principio del interés superior del niño también es útil para cuestionar la validez constitucional de cualquier decisión judicial, tal y como lo ha señalado la Corte de Constitucionalidad en diferentes sentencias, pues su no observancia implica una violación constitucional a los principios del debido proceso, derecho de defensa, derecho de opinión e interés superior del niño. A partir de esta perspectiva, los derechos de la niñez pueden cuestionar constitucionalmente cualquier decisión judicial, siempre que se compruebe su afectación o amenaza.





CAPÍTULO IV

4. El derecho de opinión del niño y la niña que establece el Artículo 12 de la convención de los derechos del niño y su importancia

“Como se expresó anteriormente los niños y las niñas ha pasado de ser considerados un objeto del derecho, al cual debía tutelarse y protegerse desde la perspectiva del adulto, a ser sujeto de derecho que, como tales, participan activamente en la toma de decisiones que les afectan. Dicho en otras palabras, pasan de ser un objeto de decisiones ajenas, donde otros decidían todo lo concerniente a él o ella, a ser sujetos de derechos donde se establece que no hagan otros, lo que él o ella, puede decidir o hacer por sí y para sí. Se trata de potenciar y hacer realidad la regla básica de la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida²⁷ⁿ.”

El derecho a la autodeterminación del niño y la niña ha sido catalogado, por algunos autores, como un derecho subjetivo de carácter sustantivo que le garantiza al niño y la niña el derecho a realizar elecciones sobre su propia vida y a que esas decisiones sea tenidas en cuenta. En esos sentido, el derecho de autodeterminación, siempre nos remite a un derecho previo, instrumental y complementario, generalmente definido como un derecho o garantía procesal: el derecho del niño y la niña a ser oídos en todos los asuntos que les atañen.

²⁷ Hernández, Rivero. **El interés del menor**. Ob. Cit. Pág. 113.

El niño o niña debe ser tomado en cuenta a su edad madurez y factores emocionales, psicológicos según el estado en que se encuentre al momento de presentarse ese momento crucial para su vida o que va a marcarla para el resto de su vida los juzgadores no deben regarle que este se exprese en un estrado adecuado o acondicionado para que no se sienta intimidado, que se le prepare antes de la audiencia para que pueda prestar su opinión sin ningún tipo de miedo o coacción. Dándole al niño o niña un derecho inherente a el que de no ser así se pierde al mejor testigo dejando que otra persona hable por el, restándole su capacidad, vedándole sus derechos y no dejándole que este desarrolle plenamente su madurez.

4.1. El derecho de opinión como garantía del ejercicio del derecho de autodeterminación y desarrollo de la personalidad del niño y la niña

La participación activa del niño y la niña en el proceso de su propio desarrollo es un derecho esencial que no debe negársele, dado que el desarrollo de la personalidad humana implica la posibilidad de la realización personal. “La protección jurídica del niño y la niña se orienta a que ellos adquieran conciencia de sí mismos, de sus actos, de sus decisiones y, principalmente, de los derechos que, al ir avanzando en el proceso de crecimiento y maduración, pasarán a administrar directa y personalmente al llegar a su mayoría de edad. En consecuencia, su protagonismo en el desarrollo de su propia personalidad es un derecho indispensable y que no puede negársele²⁸”.

²⁸ Hernández, Rivero, **El interés del menor**. Ob. Cit. Pág. 113.



Esta línea de pensamiento es la que reflejan la Constitución Política de la República y la convención sobre los derechos del niño, pues garantizan el derecho del niño y la niña a expresar libremente su opinión y a que ésta sea tomada debidamente en cuenta; igualmente garantizan que su educación estará encaminada a desarrollar su personalidad, sus aptitudes y su capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades.

En ese sentido, el derecho de opinión participa y forma parte del proceso de formación del niño y la niña pues al escucharles y tomar en cuenta su voluntad, se favorece su educación orientada a la libertad, la que persigue habilitarlos para que puedan hacer uso de ella concientemente y con autocontrol de su voluntad, y les ayudará a llegar a ser personas adultas, autónomas y responsables. De lo que se trata, entonces, es de fortalecer la autonomía del niño y la niña, creando las condiciones para que puedan participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

Debemos reconocer que al hablar de niñez nos referimos a un grupo social heterogéneo en sí mismo, donde encontramos diversas realidades, según los grupos erarios y cualidades personales, socioeconómicas y culturales de cada uno, que abarcan desde la infancia, pasan por la adolescencia hasta llegar a la juventud. Por esto, la ley no puede fijar diferencias drásticas de tratamiento jurídico en lo relativo a tomar en cuenta o no la opinión del niño o niña, pues la dignidad humana y el derecho de expresarse lo tienen tanto, los niños y las niñas pequeñas, como los más grandes.

Tomar en serio el respeto del desarrollo de la personalidad del niño y la niña implica asumir que su opinión, no sólo consta de la racionalidad que adquiere en las diferentes

etapas de su desarrollo e interacción social, sino también, y principalmente, de sus sentimientos por lo que se le debe de dar el valor que tiene la convicción necesaria de lo que el expresa, de lo que siente, de lo que vive para saber realmente el daño que este a sufrido para saber que es lo mejor para el o ella.

En ese contexto, el derecho de opinión implica no sólo escuchar al niño y niña, sino que va más allá, pues aunque no pueda manifestarse oralmente y con racionalidad si puede expresarse subjetivamente. El niño y la niña siempre tienen algo que decir y debe tomarse en cuenta. Sus sentimientos en el presente y para el futuro tienen un valor que no puede dejar de ser escuchado para el bienestar de su persona.

Puede decirse, incluso, que respetarlos y tomarlos en consideración a efectos de su interés es mucho más importante, y necesario, que lo poco que él pueda expresar, ante todo en las edades más tempranas pero no por eso dejan de ser personas con derechos por lo cual se deben respetar por el simple echo de ser niño o niña, un ser humano.

En ese sentido, con Baratta, “debe decirse que el principio incorporado en el Artículo 12 tiene vigencia como principio general de la convención y se refiere, no solamente a la expresión verbal y las opiniones expresas, sino también a todos los signos y manifestaciones de experiencias intelectuales, emotivas o espirituales y a sus necesidades en las distintas edades y situaciones²⁹”.

El reconocimiento del niño y la niña como sujetos de derechos implica principalmente la protección del desarrollo de su personalidad, y como parte de ésta, según se

²⁹ Baratta, Alessandro. **Infancia y democracia**. Ob. Cit. Pág. 55.

mencionó, debe favorecerse su participación activa en su propio desarrollo, a través de la forma en consideración de su expresión, que no se limita a la racionalidad objetivamente manifestada por él, sino que comprende, además todo lo relacionado con su subjetividad, es decir: sus sentimiento.

En consecuencia, la mejor manera de proteger el desarrollo de la personalidad del niño es favorecer su autonomía respetar su opinión, escucharlo, valorarlo, pero sobre todo entenderlo, pues ésta es la que le otorgará, progresivamente, seguridad y autoafirmación que consolidará su personalidad.

4.2. Límites y alcances del derecho de opinión del niño y la niña

El alcance y límite del derecho de opinión del niño debe medirse en cuanto al titular del asunto que es el niño; ¿en base a que? primero a su edad, segundo a su estado psíquico, tercero a su madurez, porque todos los factores anteriores determinan o influyen en que pueda o como pueda expresarse el niño en un estrado, ya que no debe haber límites externos sobre, los únicos límites que deben haber son los que el propio niño presenta en función a su edad ya que un niño demasiado pequeño no va poder expresarse en su totalidad en un estrado por lo que ocasiona una limitación a su derecho de opinión; el estado psíquico que pueda presentar el niño ya que un niño con alguna clase de trauma no va a poder expresarse por los mismos temores que le ocasiona recordar los hechos o por el trauma que le genera o el daño que e simple hecho de recordarse le produce; en cuanto a su madurez mide el estado de capacidad

en la que se encuentra el niño ya que si el niño no entiende que hace en el estrado o porque esta ahí no va a poder opinar de una forma objetiva.

4.2.1. Valor de la opinión del niño y la niña

Favorecer la autonomía ética del niño y la niña no significa que se les trasfiere todo el poder de decisión o que se delegue en ellos totalmente. Las interrogantes sobre este tema son múltiples, desde la real capacidad del niño y la niña para expresarse, la influencia que en ellos ejercen determinadas situaciones o personas, su edad, falsas expectativas o promesas, sentimientos de culpabilidad, inexperiencia, etc.

No se trata, como señala Eekelaar, “de arrancar la decisión al niño, si no de crear y establecer el entorno y las condiciones más propicias para que éste pueda desarrollar su personalidad en transformación y por ese conducto, con su propia participación, modelar los resultados ulteriores³⁰”. Como señala el comité de los derechos del niño, “al referirse al Artículo 12 de la convención de los derechos del niño, éste no da al niño el derecho a la autodeterminación, pero sí el de participación activa en la toma de decisiones; y al hacer insistencia en la evolución de las facultades del niño, mencionado en los Artículo 5 y 14, subraya la necesidad de respetar esa evolución en la toma de decisiones³¹”.

Crear las condiciones para la participación activa de niñas y niños en el desarrollo de su personalidad conlleva, siempre, la obligación de escucharlos, valorarlos, pero sobre

³⁰ Citado por Rivero Hernández. **El interés del menor**. Ob. Cit. Pág. 126.

³¹ Manual de Aplicación de la Convención de Derechos del Niño. Ob. Cit. Pág. 151.

todo entenderlos, pues su opinión siempre será elemento imprescindible para quien deba decidir, quien mejor testigo que la persona que vivió o esta viviendo en carne propia el problema.

Como señala Rivero, "es mejor escuchar al niño y a la niña que permitir la ajena manipulación, desde fuera y por quien sea, con una pretendida superioridad de criterio aséptica buena voluntad³²". Es preferible ayudar al niño y la niña a que desarrollen su propia valoración de intereses y una razonable perspectiva de lo que les conviene, que restringirles o excluirlos de la posibilidad de participación.

De lo que se trata, entonces, es de conocer cuál es la expresión objetiva y subjetiva del niño y de la niña es decidir que cree, el que opina, que siente en relación con determinado acontecimiento de su vida que de manera directa o indirecta lo afecta y cambiará su vida y luego considerarlo para decidir lo que más interesa para su bienestar. Por esto, para comprender su opinión no es suficiente sólo con escucharle, lo cual siempre es necesario, sino que, además resulta indispensable conocer cuál es el contexto psicológico y social en que dicha opinión se genera, de ahí la importancia de la intervención de especialistas.

Debe conocerse todos los aspectos que afectan al niño antes de que este sea el centro de atención en un estrado, el punto a donde todos observan y ponen atención porque de no ser así, podría entrar en un estado que no le deje expresarse correctamente sobre lo que tiene que decir por lo que se debe crear un ambiente en el que se sienta cómodo, no intimidado o coaccionado para que pueda expresarse libre y correctamente sobre lo que siente, opina.

³² Hernández. Rivero. **El interés del menor**. Ob. Cit. Pág. 126.



4.2.2. Consecuencias del derecho de opinión y sus límites sustanciales

La convención sobre los derechos del niño recoge el derecho de opinión en su Artículo 12, estableciendo, por una parte, que los Estados garantizarán al niño y la niña, que está en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez; y por otra parte, que con tal fin, se dará la oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En ese derecho se reconocen par el niño y la niña, dos derechos fundamentales que favorecen el desarrollo de su personalidad: el derecho a expresar sus juicios libremente y, por último, el derecho a que sus juicios sean tomados en cuenta en el momento de tomar decisiones que directa o indirectamente le puedan afectar. Por esto, resulta inconcebible toda negativa a permitirle su participación activa en el proceso de la toma de decisiones que le afecten a corto, mediano o largo plazo.

“Debe destacarse que nunca se había reconocido, jurídicamente, de forma tan expresa, como lo hace la convención, el derecho de opinión de las personas menores de edad, pues es en este instrumento, donde por primera vez, se asegura la participación en el marco de las relaciones del niño y la niña con el Estado y con los particulares. En ese sentido, el comité de los derechos del niño ha acogido con satisfacción las distintas medidas adoptadas por los estados partes en esta materia,

por ejemplo: para que se reconozca el derecho del niño a ser escuchado y a que se tenga en cuenta sus opiniones en los procedimientos judiciales y administrativos que le conciernen. Tomar nota de las diversas iniciativa destinada a informar al niño de sus derechos y a alentarle a expresar sus opiniones por vía de de consejos especiales establecidos en las escuelas y la comunidad local³³.

“La propuesta inicial de redacción del Artículo 12 de la convención limitaba el derecho de expresar la opinión del niño y la niña a determinados asuntos, como el matrimonio, educación, recreo, tratamiento médico, etc. Pero, en discusión, la mayoría de delegaciones expresaron que los asuntos sobre los cuales el niño y la niña debían expresar su opinión no podrían limitarse y por esto se dejó como cláusula abierta el término de todos los asuntos.

Lo anterior incluye, como se expone en el manual de preparación de informes sobre derechos humanos de 1998 de las Naciones Unidas, todas las cuestiones, estén o no previstas en la convención, siempre que tengan un interés particular para el niño y la niña o puedan afectar sus vidas³⁴.

Por tanto, el derecho de opinión debe hacerse efectivo en todos los asuntos que afecten a la niñez. En ese sentido, la obligación de los jueces, al asegurar la aplicación de este derecho no admite limitación alguna, pues no existe ningún sector de decisiones sobre la niñez que pueda ser exclusivo o reservado a nadie y donde no tenga cabida la opinión del niño o la niña.

³³ Manual de Aplicación de la Convención de Derechos del Niño. Ob. Cit. Pág. 154.

³⁴ Manual de Aplicación de la Convención de Derechos del Niño. Ob. Cit. Pág. 156.

En consecuencia, el alcance de este derecho es amplio y general, incluye desde los asuntos familiares, comunitarios, educativos, regionales e incluso nacionales, hasta las internacionales, en los que se vean afectados los derechos de la niñez.

Por esto, el juez tiene que ser exigente al momento de aplicar este derecho, pues no se trata solamente de escuchar y tomar en cuenta la opinión de un niño o niña en el momento de resolver un caso concreto, sino que, también, implica la garantía de que en todo tipo de decisiones tomadas en cualquier materia que afecten los derechos de la niñez, el juez evaluará y valorará en qué medida los niños y niñas han sido escuchados de forma adecuada y cómo su opinión ha sido tomada debidamente en cuenta.

A los jueces y juezas, como garantes de los derechos de la niñez, corresponde velar por la efectiva puesta en práctica de este derecho, para ello, deben ser exigentes, creadores e imaginativos, pues son mucho los casos que cotidianamente conocen en los que, de forma indirecta, resultan violentados los derechos de la niñez y, a pesar de ello, los niños y las niñas sean un factor importante en todas las decisiones que se tomen en relación con su situación y dejar claro que no es posible poner en práctica ninguna decisión sin la previa consulta de los niños y las niñas involucrados en ella.

Hoy pueden parecer exageradas este tipo de exigencias, pero no cabe duda de que sólo su puesta en práctica garantizará una efectiva relación democrática entre la niñez y los adultos, pues como señala Baratta, "el derecho de opinión conlleva también la

obligación del adulto a aprender de los niños, es decir, de penetrar cuanto sea posible al interior de la perspectiva de la niñez, para poder medir, objetivamente, a través de ellos, sus propias opiniones y actitudes, y esta dispuesto a modificarlas³⁵.

4.2.3. Límites procesales de la opinión del niño o la niña y la incompatibilidad ente el código procesal civil y mercantil y la convención sobre derechos del niño

Las leyes procesales establecen las formas en que las partes de un proceso judicial podrán participar y presentar su declaración. Por lo regular, se expresa que la declaración de parte deberá hacerse personalmente y que, por los menos en materia civil, por las personas menores de edad prestará la declaración su representante legal. Esto parece ser contradictorio con el derecho de opinión que estipula la convención de derechos del niño, pues si consideramos que el niño es afectado (directa o indirectamente), en un proceso judicial, debe ser éste quién personalmente preste su declaración o mejor dicho, de su opinión. En mi opinión nadie será mejor testigo que el propio afectado, por lo que el niño debe expresarse y no se le debe de impedir su derecho de opinión en ningún asunto donde este se vea afectado; porque donde queda el principio procesal de igualdad, guardado en un libro lleno de artículos, que no cumplen, su fin, que es de aplicar lo que en ellos establecen.

Sin embargo, parece ser que esa reserva legal se realiza, en parte, con el objeto de que los intereses de la persona menor de edad sean correctamente protegidos por su representante legal, pues el niño, por su poca experiencia, aún no cuenta con los

³⁵ Baratta, Alessandro. **Infancia y democracia**. Ob. Cit. Pág. 53.



conocimientos necesarios para defenderse y, en algunos casos, su declaración formal, a solicitud de la otra parte, podría provocar más perjuicio que beneficio.

Debe considerarse que, en materia civil, la incomparecencia a la citación de declaración de parte, sin causa justa, la negativa contestar o las respuestas evasivas o inconducentes, harán presumir los hechos demandados como ciertos. No obstante, debe resaltarse que el niño y la niña, tienen el derecho de expresar su opinión en juicio, aún cuando no haya sido solicitado por su representante legal o por la otra parte, pues

No obstante, aunque la norma nacional exija que se haga a través de un representante legal, siempre permanece la obligación de transmitir la opinión del niño obedeciendo un orden de aplicación de las normas.

En el mismo sentido se pronuncia el comité de los derechos del niño al indicar que: la expresión en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional (del segundo párrafo del Artículo 12 de la convención sobre derechos del niño.), debe interpretarse, junto con la obligación del Estado de adoptar las medidas legislativas adecuadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la convención, en el sentido de incluir los procedimientos que permitan el desarrollo de este artículo, y no como una manera de permitir soluciones inadecuadas en la regulación del derecho procesal, que impidan el desarrollo del derecho de opinión del niño y la niña.

“por esa razón, el comité de los derechos del niño, recomienda que en la aplicación judicial de la convención prevalezca la incorporación de sus principios generales, especialmente de las disposiciones del Artículo 12, concernientes a los derechos del niño y la niña a expresar su opinión y a que ésta se tenga debidamente en cuenta.

Asimismo, recomienda que los Estados partes examinen la posibilidad de establecer otros mecanismos para facilitar la participación de los niños y las niñas en las decisiones que los afectan, como, por ejemplo, facilitar al niño y la niña el acceso a la debida información acerca de las distintas posibilidades y la consecuencias que se derivan de cada una de ellas³⁷”.

³⁷ Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ob. Cit. Pág. 158.

La obligación de escuchar al niño y la niña y tomar debidamente en cuenta su opinión debe hacerse a través de otros mecanismos que faciliten su participación en las decisiones que les afecten. Para ello, el juez, debe ser creativo, debe buscar el medio idóneo para escucharle, garantizar que dicha manifestación solo podrá utilizarse para favorecerle y en su interés y no a favor de una de las partes.

Como señala Edna Rodríguez, “cuando se trata de escuchar a un niño o niña porque la decisión judicial que se va a producir puede afectarle de una y otra manera, esa escucha debe hacerse, en atención primordial al derecho que tiene ese niño y esa niña, por esto debe idearse la manera de hacerlo, no dentro de una diligencia judicial de prueba que va a producir determinados resultados procesales y que, en la ley civil, de familia exige prestar juramento de decir la verdad, lo que sería una carga procesal en contra del niño o de la niña que sirve a otros intereses y no a los de él o de ella. (Interés superior)³⁸”:

En ese contexto, el Artículo 12 de la convención de los derechos del niño, no fija una edad mínima para poder ejercer el derecho del niño y la niña, a expresarse libremente. Por lo que debe adecuarse a que este ya tenga un desarrollo en el cual pueda expresarse sin dificultad y se pueda entender correctamente lo que el quiere expresar. A partir de la nueva concepción del niño y la niña como sujetos plenos de derecho, ambos dejan de ser considerados como seres humanos pasivos y asumen el rol de sujetos activos. Como tales, su expresión no puede limitarse a una edad específica, pues el niño y la niña tienen la misma capacidad subjetiva que los adultos para poder ofrecer una declaración sobre algo que les afecte, o un testimonio sobre un hecho que

³⁸ Citada por Justo Solórzano. **Los derechos humanos de la niñez y su aplicación judicial**. Págs. 117 y 118.

les conste. Es claro que el juez deberá valorar su declaración en relación con su edad y madurez, pero esto puede hacerlo, sólo posteriormente a que ellos presten su declaración o derecho de opinión.

“En consecuencia, el derecho del niño y la niña a expresarse libremente no puede limitarse por su edad, ante todo cuando se trata de dar su opinión sobre cuestiones que le puedan afectar, como por ejemplo asuntos familiares. La obligación que nace e la convención sobre los derechos del niño pretende garantizar que el niño y la niña serán escuchados que su opinión será valorada y tomada en cuenta con base en los criterios de su edad y madurez. En este sentido, debe afirmarse que la edad, por su misma, no es un criterio único que permita descartar la declaración de un niño, pues a ésta debe sumarse el de la madurez, introducido por el concepto de la evolución de las facultades del niño. La conexión entre los párrafos primero y segundo del Artículo 12 de la convención en la expresión capaz de formarse un juicio, indican que los más pequeños deben tener oficialmente el derecho a ser escuchados³⁹”.

La Convención de Derechos del Niño fortalece la tesis de que el niño y la niña son portadores de una palabra que debe ser tenida como información válida; en ese sentido, deja atrás las antiguas creencias sobre: a) la escasa credibilidad que se le otorgaba a las palabras del niño y la niña; b) la falta de objetividad de la palabra del niño y la niña, basada en el fundamento de que su decisión puede estar influida, no solo por la edad sino por terceros y c) la creencia de que el niño y la niña carecen de la experiencia necesaria para realizar juicios racionales sobre sus intereses, etc.

³⁹ Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ob. Cit. Pág. 156.

En ese contexto, los jueces son los responsables de que el interés superior del niño y la niña no sea un concepto pasivo y vacío, sino un mecanismo que fortalezca el derecho de autodeterminación de la niñez, que garantice el desarrollo de su personalidad, y que les haga sentir que su palabra tiene un significado que es, puede y debe ser tomado en cuenta.

4.3. La opinión y la audiencia judicial del niño y la niña como garantías procesales según la ley de protección integral de la niñez y adolescencia

El derecho del niño y la niña a expresar su opinión debe hacerse efectivo en el marco de una audiencia judicial y ésta, de acuerdo con su interés superior, debe cumplir con ciertos requisitos. La garantía de audiencia judicial es uno de los mecanismos que permite al juez reconocer al niño y la niña como persona humana, capacitada para participar e influir en los procesos de toma de decisiones que corresponda a sus vidas, puesto que, no hay mejor fuente que el propio niño y niña para poder conocer qué es lo que les conviene para el desarrollo de su propia personalidad y fortalecimiento de su autonomía que ayudaran a su formación como persona que es.

La audiencia judicial, entendida como figura jurídico-procesal, permite, en parte, cumplir con esa exigencia de la convención, pues no se trata sólo de oír, sino de escuchar y tener en cuenta una opinión objetiva del niño en determinado asunto que le afecta directa o indirectamente.

Al niño debe de garantizársele que en la audiencia sea escuchado y entenderlo, es decir que pueda ejercer su derecho de opinión; además de que su opinión sea tomada

en cuenta por el juez en su tan importante función judicial que desempeña. Según lo establece el Artículo 116 inciso a, de la Ley Integral de la Niñez y Adolescencia como garantías procesales ser escuchado en su idioma en todas las etapas del proceso y que su opinión y versiones sean tomadas en cuenta y considerada en la resolución que dicte el juzgado, debiendo en su caso, estar presente un intérprete.

4.3.1. El derecho de información como requisito esencial para la participación

Materializar el derecho del niño y la niña a ser oídos no solo significa preguntarle su opinión. Como señala Bernuz Beneitez, “es preciso poner en relación este derecho con otros igualmente importantes, pues el derecho de opinión presupone el previo derecho a ser informado de sus derechos, de las circunstancias en que se encuentra, de las decisiones pues puedan ser acordadas, así como el derecho a que se le resuelva sus dudas legales⁴⁰”. Todo esto, de una forma acorde con su edad y de una manera en que el niño y la niña puedan formarse una opinión.

El niño y la niña siempre deberán ser informados, de forma clara y adecuada, de los alcances jurídicos de la audiencia judicial. Debe indicárseles cuales son los antecedentes y probables consecuencias del caso concreto. Se les deberá facilitar el acceso a toda la información del caso así como de las posibles opciones y las consecuencias de cada una de ellas, de la forma más comprensible para su edad y madurez. El Artículo 13 de la convención de derecho del niño le garantiza al niño y la niña la libertad y su derecho a la información, principalmente con respecto a los

⁴⁰ Citado por Justo Solórzano. **Los derechos humanos de la niñez y su aplicación judicial**. Pág. 128.

distintos escenarios de toma de decisiones en los que él y ella pueden expresar su opinión, y además, el Artículo 12 de la convención establece un derecho para poder decidir libremente sobre el ejercicio de este derecho, los niños y las niñas deben estar previamente informados de las consecuencias, límites, opiniones, alternativas, etc. Que genera la audiencia judicial.

La información previa que pueda otorgársele al niño o niña sobre el ejercicio de su derecho de opinión, permitirá, que comprenda las razones de la medida que el juez adoptará, así como las causas por las que el juez se aleja o toma en cuenta su razonamiento. Todo esto resulta educativo y, en consecuencia, toda actitud contraria, es decidir, mantenerle alejado de los mecanismos de información, sólo consigue alimentar la angustia que supone estar frente a un órgano jurisdiccional, que no obstante ser ajeno y extraño a su vida tomará decisiones que le afectarán.

4.3.2. La forma y el lugar adecuado para que el niño declare

La opinión del niño debe ser escuchada y recibida en un ambiente que no le intimide, en virtud de que el ambiente institucional no es el más adecuado debe procurarse construir un ambiente físico y humano agradable para él. La audiencia no debe ser realizada, hasta que no se logre un ambiente de confianza y seguridad no puede iniciarse la entrevista, solo esto garantizará que esta no sea una experiencia traumática y negativa para el niño. El juez debe tener presente que las reacciones, actitudes, expresiones faciales, lenguaje corporal y otros aspectos no verbales de la persona que pregunta, influenciarán la entrevista. Además como señala Bill France, "debe

recordarse que pedirles a los niños o niñas que testifiquen en un juzgado no es algo fácil, pues implica no sólo compartir detalles íntimos frente a un grupo de extraños sino también, en algunos casos, frente al agresor⁴¹”.

En lugar de hablar del hecho de forma natural, el niño se siente amenazado, pues solamente se le permite contestar lo que se le pregunta. El niño debe sentirse en un lugar confiable, agradable que no muestre ningún tipo de hostilidad por lo que se debe de adecuar un ambiente cómodo para el; donde se sienta tranquilo para poder expresarse de la mejor manera en el estrado y no cause efectos negativos la audiencia. El juez debe vigilar el lenguaje utilizado en la audiencia; que no sea amenazante para el niño, éste debe ser apropiado y claro, sin dar lugar a sentimientos de culpabilidad en el niño. Se deben evitar las preguntas dirigidas o sugestivas, en cambio deben ser sencillas, directas, comprensibles y claras. El niño debe saber que tiene el derecho de pedir que le repitan o aclaren las preguntas, así como de expresar lo que él siente y piensa libremente. El juez, ante todo, debe tener presente que el interés superior es el del niño y la niña, no el de las partes o el formalismo.

En ese sentido, debe resaltarse que, al aplicar la convención, el juez, debe ser creativo, tal y como sucede con distintos jueces de sentencia del país, quienes para recibir la declaración en el debate se bajan del estrado y se sientan al mismo nivel del niño, además establecen previamente a las entrevistas, una relación de confianza.

⁴¹ Citado por Justo Solórzano. **Los derechos humanos de la niñez y su aplicación judicial**. Pág. 129.

La forma de la audiencia no puede ir orientada por el modelo del interrogatorio, sino que debe procurarse el intercambio de impresiones y argumentos y buscarse un debate razonable acerca de la cuestión que se le consulta al niño o niña, de tal suerte que éste sienta que participa del diálogo y que no solamente es objeto de recopilación de información. De lo que se trata, entonces, es de dictar las medidas administrativas, judiciales y de cualquier tipo que eviten la victimización secundaria del niño o niña.

4.4. La corte de constitucionalidad y el derecho de opinión del niño y la niña

La Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado en diversas sentencias a favor de la consideración de la opinión del niño y la niña en todos los asuntos donde se vean afectados. Ha manifestado que la voluntad de los niños y las niñas tiene un valor preponderante para decidir judicialmente cuestiones que les afectan y les conciernan, tal y como lo establece la convención sobre los derechos del niño.

Además ha dictaminado la Corte de Constitucionalidad, que cuando no consta el razonamiento de que la opinión del niño o la niña ha sido escuchada y debidamente valorada, con la intensidad que exige la convención se genera una violación al debido proceso y a los derechos humanos de la niñez. En síntesis, tal y como sucede con el interés superior del niño y la niña, la no valoración judicial de su opinión, puede cuestionar la validez constitucional de cualquier decisión judicial. En ese sentido se ha pronunciado la Corte de Constitucionalidad, al referirse a los Artículos 9 inciso 1 y 2, y 12 de la convención sobre los derechos del niño, al indicar, en un sentencia de



amparo, que: tales normas, otorgan a la declaración de voluntad del niño, de acuerdo a su edad y a su interés y bienestar supremo, un valor preponderante para decidir judicialmente asuntos que le afecten y le conciernan.

Tal convención fue aprobada y ratificada por Guatemala, por lo que en materia de derechos del niño es ley de la república y debe ser aplicada. Sin embargo en la sentencia emitida refiriéndose a la sentencia impugnada por la autoridad reclamada, no aparece en los razonamientos que los elementos en cuenta, como se ordena en la citada convención. Antes bien, se aprecia que no fueron tomados en cuenta con la intensidad regulada.

Esta situación vulnera el debido proceso y derechos del niño representados por la postulante, por lo que debe otorgarse el amparo promovido.



4.5. Entrevistas

La licenciada en Psicología Gloria Marina García de Monterroso Colegiada número 667 responde las siguientes preguntas.

¿Usted como profesional a que edad cree que un niño es capaz de expresarse o contar un suceso que lo afecta? Depende de la escolaridad que esta haya cursado pero para mí de los seis años en adelante.

¿Usted cree que si a un niño no se le deja hablar o expresarse se le afecta o retrasa el desarrollo de su personalidad? Si, es como una fruta que se corta antes de tiempo va a madurar pero a la fuerza, y no naturalmente, va a tardar más.

¿En que afecta a un niño reprimir o no dejarlo hablar? Lo marca, le afecta su personalidad se le condiciona a una forma de ser, se le vuelve cohibido, temeroso, aislado.

¿Usted recomendaría la preparación del niño para declarar en un juicio donde resulte afectado el niño? Si creo que es adecuado, para que lo tome como normal, como decir a el que no le va a pasar nada que diga lo que sabe.

¿Usted cree que un niño es apto para expresarse en un juicio donde resulte afectado? Si siempre y cuando no sea en una sala abierta donde se encuentren muchas personas que no conoce porque se intimidaría.

¿Qué factores pueden afectar la declaración de un niño? Amenazas, coacción, factor psicológico y emocional, máxime si es en contra de los padres o algún familiar.

¿En base a que factores se deben tomar en cuenta la opinión del niño? Depende de que le haya sucedido, con quien viva, el parentesco, máxime de su desarrollo físico, mental, escolaridad.

¿EL no dejar expresarse al niño retrasa su madurez o la afecta? Si, por su puesto porque se le cortan ciclos de su vida.

¿Qué condiciones o que se debe adecuar en un estrado Juzgado) para que un niño pueda expresarse sin sentirse incomodo o intimidado? Sin personas que el no conozca, no debe estar presente la persona quien lo agredió, o lo afecto.

¿Dejar expresarse al niño ayuda a su independencia como persona? Si lo hace más independiente, más seguro de si mismo, autosuficiente.

¿La opinión del niño o dejarlo expresarse ayuda a desarrollar plenamente su personalidad? Si, porque se le esta dando responsabilidad, esta actuando por si mismo, no se le cortan etapas de su vida, las esta viviendo.



El licenciado en Psicología Héctor Rodolfo Villagran Castillo Colegiado número 2880 responde las siguientes preguntas.

¿Usted como profesional a que edad cree que un niño es capaz de expresarse o contar un suceso que lo afecta? A los siete años aproximadamente dependiendo su medio ambiente.

¿Usted cree que si a un niño no se le deja hablar o expresarse se le afecta o retrasa el desarrollo de su personalidad? Si ya que se le reprime y se le condiciona a un modo de no hablar; no hables yo voy hablar.

¿En qué afecta a un niño reprimir o no dejarlo hablar? Se le reprime la libertad de expresarse, lo golpea en su ser como persona.

¿Usted recomendaría la preparación del niño para declarar en un juicio donde resulte afectado el niño? Si, haría que el niño sepa que es lo que va a pasar y no se sienta confundido.

¿Usted cree que un niño es apto para expresarse en un juicio donde resulte afectado? Si, creando todas las condiciones y preparándolo.

¿Qué factores pueden afectar la declaración de un niño? Un nuevo ambiente, la forma de interrogarlo, quien sea quien le pregunte que no se encuentre la persona que lo afecto.

¿En base a que factores se deben tomar en cuenta la opinión del niño? Entorno social madurez emocional, ambiente social, su estado físico (que no este enfermo).

¿El no dejar expresarse al niño retrasa su madurez o la afecta? Si le afecta lo señala para toda su vida.

¿Qué condiciones o que se debe adecuar en un estrado Juzgado) para que un niño pueda expresarse sin sentirse incomodo o intimidado? Un ambiente favorable, que estén presente los padres si no son afectados con el o alguien con que tenga confianza para que se sienta seguro, que no hallen demasiadas personas que no conozca, que se le explique que es lo que va a pasar, la función de las personas en el tribunal.

¿Dejar expresarse al niño ayuda a su independecia como persona? Si porque aprende a ser responsable a tomar decisiones.

¿La opinión del niño o dejarlo expresarse ayuda a desarrollar plenamente su personalidad? Si se realiza como persona lo que le permite una madurez completa en el futuro.





CONCLUSIONES

1. El Artículo 132 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que los menores de dieciséis años de edad no pueden prestar declaración en juicio, por lo que la prestarán sus representantes legales, lo que es incompatible con el Artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño porque le niega a los menores de edad el derecho de opinión en juicio.
2. Los juzgados de Guatemala no tiene salas adecuadas para que el niño o niña preste su declaración (derecho de opinión), por lo que el niño o la niña a la hora de llegar a prestar su declaración no se va a sentir en un lugar cómodo, seguro y confiable, lo que va a afectar la forma de expresarse claramente o en su totalidad.
3. En los juzgados de Guatemala no se les deja declarar a los menores de dieciséis años edad, con lo que se le viola su derecho de opinión que establece la Convención de Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, ni se le prepara al niño o niña para antes de la audiencia, para que pueda decir sin miedo y con confianza lo que le ocurre.
4. La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es un derecho tutelar del niño, que le proporciona una protección jurídica preferente que pretende



compensar la desigualdad en que se encuentran el niño o la niña frente a un adulto, por motivo de la edad, falta de experiencia, patria potestad, miedo.

5. Al violar el derecho de opinión del niño o la niña, se le afecta el desarrollo de su personalidad, ya que el reconocimiento del niño y la niña como sujetos de derecho implica, principalmente, la protección del desarrollo de su personalidad, y como parte de ésta, debe favorecer su participación en su propio desarrollo, al considerar su opinión.



RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República debe reformar el párrafo quinto del Artículo 132 del Código Procesal Civil y Mercantil, porque es el ente encargado de la función legislativa, por ser incompatible con el Artículo 12 de la convención sobre los derechos del niño, para que puedan prestar declaración en juicio de familia los menores de dieciséis años.
2. El Organismo Judicial en los juzgados de familia debe adecuar salas especiales o instalaciones porque no son adecuadas para que el niño o la niña se sienta cómodo, para que exprese o preste su declaración u opinión sin sentirse intimidado.
3. Los juzgados de familia tienen que contar con un psicólogo para determinar si el niño menor de dieciséis años esta en capacidad de poder declarar, porque es necesario prepararlo para que pueda expresarse bien en la audiencia.
4. Los jueces de familia y abogados deben aplicar la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia sobre cualquier otra ley, porque es un derecho tutelar de los niños, a través de una correcta interpretación de las normas, para que se compense la desigualdad entre los adultos y los niños.
5. Los jueces de familia deben proteger el desarrollo de la personalidad del niño al favorecer su autonomía con el derecho de opinión, porque ésta le otorgará,



progresivamente seguridad y autoafirmación para que pueda desarrollar a plenitud su personalidad.



BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires, Argentina, 1980.

Corte de Constitucionalidad. **Constitución Política de la República de Guatemala y su Interpretación por la Corte de Constitucionalidad**. (s.e.) Guatemala, 2004.

Fundación Tomas Moro. **Diccionario jurídico Espasa**. Editorial Espasa, Calpe S. A. Madrid, 2007.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. Editorial Porrúa S.A. México, Distrito Federal, 1972.

LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho Tomo I**. Guatemala, 1995.

Manual de aplicación de la convención sobre los derechos del niño. (s.e.) (s.E.) Ginebra, Suiza, 2001.

Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala. **Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, versión didáctica**. (s.e.) Guatemala, 2004.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Editorial Heliasta SRL. Argentina, 2000.

SIERRA GONZÁLEZ, José Arturo. **Derecho constitucional guatemalteco**. Corte de Constitucionalidad. Guatemala, (s.e) (s.E.). C. A. abril del 2000.

SOLÓRZANO, Justo. **Los derechos humanos de la niñez y su aplicación judicial**. Organismo Judicial y UNICEF. (s.e.) (s.E.). Impreso en Artgrafic. Guatemala, julio de 2004.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Introducción al estudio del derecho teoría general del derecho primera parte**. Editorial Universitaria. Guatemala C. A. 1991.



Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea nacional Constituyente, 1986.

Convención Sobre los Derechos del Niño. UNICEF, Ginebra 1924

Convención Americana de Derechos Humanos, Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 1945

Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, de Guatemala, 2003, Decreto Número 27-2003. Del Congreso de la República de Guatemala.

Código Procesal Civil Y Mercantil, de Guatemala, 1964, Decreto Ley 107

Ley del Organismo Judicial de Guatemala, 1989, Decreto número 2-89 Del Congreso de la República de Guatemala.

Código Civil de Guatemala, 1963, Decreto Ley Número 106.