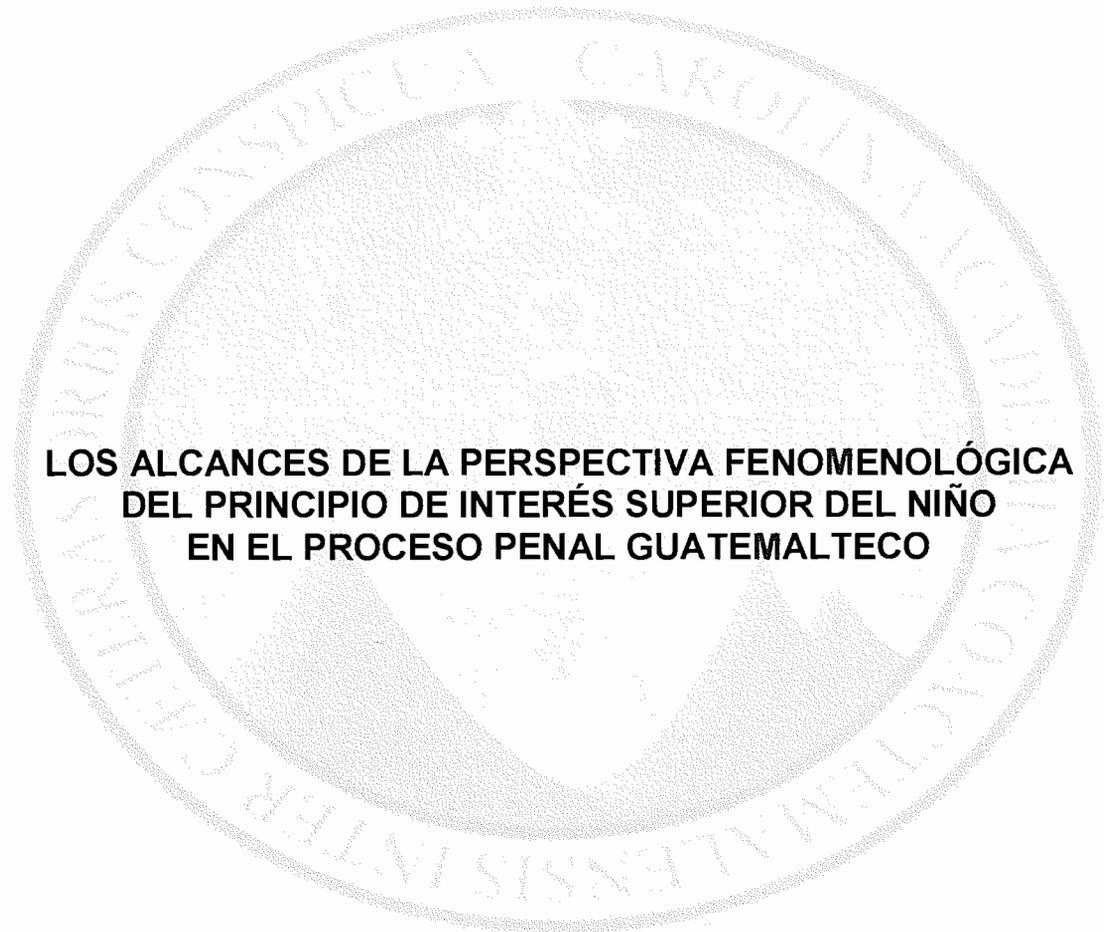


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**



**LOS ALCANCES DE LA PERSPECTIVA FENOMENOLÓGICA
DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO
EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO**

LICENCIADA

MABEL SAGRARIO GUTIÉRREZ DAVILA DE JÉREZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2015

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**LOS ALCANCES DE LA PERSPECTIVA FENOMENOLÓGICA
DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO
EN EL PROCESO PENAL 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 la Licenciada

MABEL SAGRARIO GUTIÉRREZ DAVILA DE JÉREZ

Previo a conferírsele el Grado Académico de

MAESTRA EN DERECHO PENAL

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2015

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

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V:	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
DIRECTOR:	MSo. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL:	Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL:	MSc. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE:	Dr. Jose Gustavo Girón Palles
SECRETARIA:	Dr. Augusto Eleazar López Rodríguez
VOCAL:	Dra. Gloria Edith Ochoa Zetino

RAZON: <El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada >. (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudio de Postgrado).



Ciudad de Guatemala, 17 de Septiembre de 2015

Maestro:
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez.
Director de la Escuela de Estudios de Post Grado.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Presente.

El Infrascrito maestro en Derecho Penal y tutor de Tesis de Maestría en Derecho Penal de la Licenciada Mabel Sagrario Gutiérrez Davila, a usted informa:

Que la Licenciada Mabel Sagrario Gutiérrez Davila el día 23 de Junio de 2015, se examinó del privado de Tesis de Maestría en Derecho Penal, titulada "LOS ALCANCES DE LA PERSPECTIVA FENOMENOLÓGICA DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO". Por lo que la terna examinadora procedió a evaluar a la sustentante, aprobando la misma por unanimidad el examen privado de tesis de maestría, aprobación que fue condicionada al cumplimiento de recomendaciones vertidas por la honorable terna examinadora, determinando que debía verificar el cumplimiento de las mismas.

Luego del análisis del trabajo de tesis se estableció que la Licenciada Mabel Sagrario Gutiérrez Dávila, incorporó las recomendaciones que se le hicieron, en virtud de lo cual emito dictamen favorable debiéndose continuar con el trámite correspondiente.

otro particular, me suscribo respetuosamente.



Licenciado
Saúl Zenteno Téllez
ABOGADO Y NOTARIO

Maestro Saúl Zenteno Telles



D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, seis de octubre de dos mil quince.-----

En vista de que la Licda. Mabel Sagrario Gutiérrez Dávila, aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal**, lo cual consta en el acta número 21-2015 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LOS ALCANCES DE LA PERSPECTIVA FENOMENOLÓGICA DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA



A Dios, mi creador, al Espíritu Santo mi Consolador y a Jesucristo mi inspiración mi Dios y Mi Señor a quien dedico mi vida

A mi amado esposo, Angel Jerez, por su amor, por su cariño y por impulsarme a perseguir mis sueños

A mis amados padres, Olga Yolanda Dávila de Gutiérrez y Carlos Humberto Gutiérrez Silva por su amor incondicional, sabiduría, por sus consejos y por ser los mejores

A mis hermanos, Giovanni Castro Dávila y Alejandro Gutiérrez Dávila, por ser mis mejores amigos, por ser un ejemplo de vida y por todo el apoyo que me han dado

A mis sobrinitos, Isaack, Abigail y Gabriel porque su amor mi inspira para seguir adelante

A mi abuelita, Isabel Rivera por sus cuidados y por amor

A mis tíos y tías, por su cariño y comprensión

A mis primos y primas, por amistad, por su apoyo y cariño

A mis cuñadas, Blanquí, Amalia, Sarita y Jojana por su cariño.

A mis docentes, por compartir su sabiduría en especial a los Doctores Rene Arturo Villegas Lara y Marco Vinicio Mejía Dávila

A mis amigas y amigos gracias por compartir momentos alegres y de aprendizaje

A Misión Internacional de Justicia, que Dios los Bendiga, gracias por creer en mí

A la Facultad de Derecho y la Escuela de Estudios de Postgrado de la Universidad de San Carlos, por los conocimientos adquiridos

A la Universidad de San Carlos de Guatemala, porque es un regalo de Dios para el pueblo de Guatemala

A los niños del mundo, por su sonrisa ¡Ánimo!

ÍNDICE



Página

INTRODUCCIÓN	i
---------------------------	----------

CAPÍTULO I

Evolución Histórica del Principio de interés superior del niño	1
1.1 Antecedentes históricos	1
1.1.1 El Código de Hammurabi	1
1.1.2 En la cultura espartana	3
1.1.3 En la cultura griega	4
1.1.4 En la cultura de la antigua Roma	6
1.1.5 El cristianismo	7
1.1.6 La revolución francesa	8
1.1.7 Declaración de Ginebra	10
1.1.8 Convención Americana sobre Derechos Humanos	13
1.1.9 Convención sobre Derechos del Niño	13
1.1.10 Organizaciones de carácter internacional que velan por la protección de los derechos del niño	18
1.1.11 Convención sobre los derechos del niño ratificada por Guatemala	19
1.1.12 Código de Menores	19
1.1.13 Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia	20
1.1.14 Surgimiento de la Ley Alba-Keneth	23
1.1.15 Protocolo de la declaración de los niños víctimas y niños Testigos	24
1.1.16 Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala	25
1.1.17 Ley de adopciones	25



CAPÍTULO II

El principio de interés superior del niño y su relación con otros de carácter constitucional y del proceso penal guatemalteco	27
2.1 Definición.....	27
2.1.1 Niña y/o niño	27
2.1.2 Principio	37
2.1.3 Interés	39
2.2 Características	39
2.3 Funciones	40
2.4 Objeto	40
2.5 Naturaleza del conflicto social en la niñez y la adolescencia ...	41
2.5.1 Características	41
2.6 Procesos relacionados con la niñez en la legislación Guatemalteca	44
2.6.1 El procedimiento común del proceso penal relacionado con víctimas niños, niñas y /o adolescentes	44
2.6.2 Proceso de niñez en la legislación guatemalteca	46
2.7 Relación con Principios, derechos y garantías de carácter Constitucional frente al principio de interés superior del niño	57
2.7.1 Principios generales	57
2.7.2 Principio de supremacía	59
2.7.3 Principio de funcionalidad	61
2.7.4 Principio de concentración	61
2.7.5 Principio de unidad	61
2.7.6 Principio de razonabilidad	62
2.7.7 Principio de estabilidad	62
2.7.8 Principio de efectividad	62
2.8 Principios que constan en la Constitución de carácter positiva	62
2.8.1 El derecho de defensa	62
2.8.2 Principio del debido proceso	74
2.8.2.1 Relación con otros Principios	74
2.8.3 Principio de <i>indubio pro reo</i>	81
2.8.4 Principio de no declaración contra parientes y en su contra	84
2.8.5 Derecho de petición	87



2.8.6 Derecho de seguridad	92
2.8.6.1 Seguridad social	92
2.8.6.2 Seguridad jurídica	92
2.8.6.3 Seguridad Personal	93
2.8.7 Principio de desarrollo integral de la persona	93
2.9 Relación de los principios de carácter procesal penal y el principio de interés superior del niño	94
2.9.1 Principio de legalidad	95
2.9.2 Principio de imperatividad	95
2.9.3 Juicio previo	96
2.9.4 Principio de preclusión	97
2.9.5 Principio de cosa juzgada	97
2.9.6 Principio de tutela judicial efectiva	98
2.10 Efectos del error en la aplicación del principio de Interés superior del niño	98
2.10.1 Riesgo social en el que se incurre como efecto del error en la aplicación del principio de interés superior del niño	100
2.11 Violación al principio del debido proceso y nulidad del acto	101
2.12 Efectos de la correcta aplicación del principio de interés superior del niño	104

CAPÍTULO III

3. Análisis de la problemática generada por la falta e incorrecta aplicación del principio de interés superior del niño en los procesos penales en Guatemala	107
3.1 Aplicación fenomenológica del principio de interés superior del niño por los jueces de Primera Instancia	107
3.1.1 Orden de aprensión	109
3.1.2 Auto de procesamiento o Falta de Mérito, auto de prisión preventiva o auto que otorga una medida sustitutiva	112
3.1.3 Auto de reforma o revocatoria del auto de procesamiento y auto que revisa las medidas sustitutivas	113
3.1.4 Auto que declara con lugar la práctica de diligencia	114
3.1.5 Auto de sobreseimiento, clausura provisional o de apertura a juicio	114
3.1.6 Auto que otorga medidas desjudicializadoras	116
3.1.7 Auto que otorga procedimiento abreviado	123



3.2 Aplicación fenomenológico del principio de Interés Superior del niño en los jueces de sentencia de primera instancia	124
3.3 Aplicación fenomenológica del principio de interés superior del niño en los agentes fiscales del departamento de Guatemala....	125
3.4 Aplicación fenomenológica del principio de interés superior del niño por los agentes de la Policía Nacional Civil del departamento de Guatemala	127
3.5 Aplicación fenomenológica del principio de Interés Superior del NNiño por los funcionarios que laboran en la de la unidad de la niñez de PGN	128
3.6 Análisis del enfoque fenomenológico del principio de interés superior del niño por los abogados defensores	129
3.7 Análisis de sentencias	130

CAPÍTULO IV

4. Aplicación Estrategia del principio de Interés Superior del niño	153
4.1 Propuesta de una Metodología Ponderativa para solución de Casos	153
4.2 Alcances fenomenológicos derivados de la correcta aplicación del principio de interés superior del niño	168
CONCLUSIONES	175
BIBLIOGRAFÍA	177
ANEXOS	188



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo fundamental responder a los problemas que se generan de la no aplicación del principio de interés superior del niño, o bien de la aplicación incorrecta del mismo, considerando los siguientes los problemas: ¿la no aplicación del principio de interés superior del niño, incurre en una vulneración a la tutela judicial efectiva dentro del proceso penal?, ¿la aplicación incorrecta del principio de interés superior del niño, hace que se incurra en un error en la fundamentación de las sentencias, y en consecuencia en la anulación del acto procesal?. Para darle solución a los problemas antes planteados, se expondrá el surgimiento histórico del principio de interés superior del niño, los procesos penales en que intervienen niños, niñas y adolescentes, su definición y en seguida se analizará y explicará el marco legal y doctrinario de los institutos jurídicos antes indicados, sus características, principios, elementos, incidencias, efectos, etc.

Posteriormente, dentro del presente trabajo de tesis se analiza sentencias sobre casos concretos, con el fin de evidenciar la problemática consistente en procesos penales que no cumplen con la finalidad del Artículo 5 del Código Procesal Penal referente a la tutela judicial efectiva, pretendida por ambas partes del proceso (sindicado, víctima y agraviado), derivada de la incorrecta interpretación y aplicación del principio de interés superior del niño en relación con los demás principios y garantías constitucionales y procesales inherentes al proceso penal, situación que repercute en sentencias que adolecen de vicios sustanciales y procesales, razón por la cual han sido objeto de revocación por parte de los órganos jurisdiccionales de mayor jerarquía.

Se expondrá en las sentencias que se analizaron, porque los operadores de justicia no aplican o aplican incorrectamente el principio de interés superior del niño, las cuales se derivan por el desconocimiento de dicho principio, y por la colisión que se da entre este y otros de carácter procesal y constitucional, así como la probable contradicción que se



genera en determinados casos; a este respecto se expone una propuesta jurídica y científica para solucionar el problema antes descrito, consistente en el desarrollo del método ponderativo por medio de sus máximas de proporcionalidad, necesidad y adecuación; explicando los elementos, reglas, mecanismos y demás insumos que dicho método debe poseer como instrumento de interpretación y aplicación del principio de interés superior del niño, en interrelación con los demás principios y garantías constitucionales y procesales inherentes al proceso penal guatemalteco.

Finalmente, se describen y explican los alcances fenomenológicos que puede llegar a tener la correcta interpretación y aplicación del principio de interés superior del niño, en interrelación con los demás principios y garantías constitucionales y procesales inherentes al proceso penal guatemalteco, tales como el cumplimiento efectivo de los valores y principios constitucionales, entre los que destacan la primacía de la persona humana, la justicia, la protección a la familia, el sistema de protección a la niñez derivado del régimen especial de tutela de los menores de edad consagrado en la Constitución Política de la República de Guatemala, así como la seguridad jurídica, el debido proceso, defensa, entre otros.

Aunado a lo anterior, se describen las actividades de interpretación y aplicación valorativa, principalista y normativa que deben de tener todos los operadores de justicia dentro del proceso penal, a fin de velar por el estricto cumplimiento de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, tomando en consideración que estos últimos, tiene el derecho a recibir un desarrollo integral libre de obstáculos y re victimizaciones.





CAPÍTULO I

1. Evolución histórica del principio de interés superior del niño

1.1 Antecedentes históricos

Este capítulo contiene un análisis sobre la evolución histórica relacionada con la niñez, su entorno social, jurídico, político y cultural, así como el enfoque que el derecho en cada una de sus etapas y modelos de estudio le ha proporcionado al instituto jurídico de la niñez, a su concepción sociológica, y en consecuencia a los principios, valores y demás conceptos que se relacionan con el desarrollo del mismo, en especial con el principio de interés superior del niño, y el deber de cuidado que se debe a los mismos, principiando por la etapa hebrea, y demás civilizaciones orientales y occidentales hasta la llegada del cristianismo, fase en la cual, su principal exponte Jesucristo, enseña el papel privilegiado que tienen los niños para él y para la doctrina del *Nuevo Testamento*. Así mismo, cabe destacar la importancia a la educación de los niños generada en Esparta, la sistematización que la cultura griega le dio a la instrucción, y la incidencia de la Revolución Francesa en la dignificación de los derechos de la niñez.

1.1.1 Código de Hammurabi

En el presente apartado también se citará a la cultura babilónica, para ello es preciso resaltar el papel que tuvo el Código de Hammurabi el cual fue escrito en el año 1790-1750 A. C., por el rey del mismo nombre, para regir en Babilonia, estirpe de los amorreos. Este gobernante adujo que estas leyes fueron establecidas por el dios Samash, Rey de Babilonia de la estirpe de los amorreos.

Históricamente, el Código de Hammurabi es un documento enriquecedor, pero de su análisis se puede inferir que el papel de la mujer, dentro de su civilización, no era considerado de igual forma que el de los hombres, en palabras del autor José Antonio



Márquez González, quien expresó lo siguiente: *“despreciaba la condición femenina y la situaba en un rango sumamente inferior a su pareja”*¹ al referirse al Código de Hammurabi.

También son desarrollados aspectos importantes en materia de niñez, regulando instituciones del Derecho como las siguientes:

- Condenando a muerte a una persona que robe el hijo de otro², aquí se puede ver un interés por la protección al derecho a la familia.
- Regula el derecho a la educación *“Si el hijo es menor y no puede cuidar la gestión de los negocios de su padre, un tercio del campo y de la huerta se dará a la madre, y la madre lo educará.”*³.
- Reconoce el derecho a la propiedad en favor de los niños, un ejemplo al respecto, : *“Si una viuda con hijos menores, ha resuelto entrar en la casa de otro, no entrará sin los jueces. Cuando entre en la casa de otro, los jueces determinarán la sucesión de la casa de su primer marido y confiarán la casa del primer marido al marido posterior y harán que ambos libren una tablilla por ello. La viuda y su nuevo esposo cuidarán la casa, y criarán los menores; no venderán el mobiliario por plata; el comprador que lo haya comprado, perderá su plata; el bien volverá a su dueño.”*⁴.
- Protege a los niños que han sido adoptados, otorgándoles derechos civiles, como el de optar a nombre del adoptante, así como a retornar a casa de sus padres biológicos, si hubiese sido adoptado por la fuerza: *“Si uno tomó un niño en adopción, como si fuera hijo propio, dándole su nombre y lo crió, no podrá ser reclamado (por sus*

¹J. A Márquez González. *La Persona Jurídica*. Revista de Derecho Privado, nueva época año III. De enero a abril de 2004. Pág. 94

²Código de Hammurabi Ley 14: Si uno robó el hijito de un hombre libre, será muerto.

³Código de Hammurabi Ley 29

⁴Código de Hammurabi Ley 177



parientes).⁵; *“Si uno adoptó un niño, y cuando lo tomó hizo violencia sobre el padre y la madre, el niño volverá a la casa de sus padres.”*⁶ *“El hijo de un favorito (cortesano), de un oficial del palacio o de una mujer pública, no puede ser reclamado.”*⁷ *“Si un artesano adoptó un niño y le enseñó su arte, no puede ser reclamado.”*⁸ *“Si no le enseñó su arte (oficio), volverá a casa de su padre.”*⁹ *“Si uno no contó entre sus hijos un niño que adoptó, éste volverá a la casa de su padre.”*¹⁰ *“Si uno tomó un niño para la adopción, y lo crió y educó, funda luego una familia y tiene por ello hijos y ha resuelto quitar la filiación al adoptado, el adoptado no se irá con las manos vacías: el padre que lo crió y educó, le dará un tercio de la parte que sus hijos herederos tendrían en su fortuna (mobiliaria) y el hijo criado se irá. Del campo, huerto y casa, no le dará nada.”*¹¹

- Protege a las mujeres en estado de gravidez, así como al niño no nato, de lesiones producidas en su contra obligando al agresor a resarcir el daño causado *“Si un hombre libre golpeo a la hija de un hombre libre y la ha hecho abortar, pagará diez siglos de plata por lo perdido”*¹²

1.1.2 La cultura espartana

En esta cultura se busca la expansión y, para ello, se recurre a mejorar el sistema educativo, el cual consistía en mejorar la formación educativa desde una edad muy corta, en la cual los ancianos examinaban si los niños estaban sanos, y los que no lo estaban por encontrarse discapacitados, eran arrojados por un barranco del monte Taigeto.

⁵ Código de Hammurabi, Ley 185

⁶ *Idem*, Ley 186

⁷ *Idem*, Ley 187

⁸ *Idem*, Ley 188

⁹ *Idem*, Ley 189

¹⁰ *Idem*, Ley 190

¹¹ *Idem*, Ley 191

¹² *Idem*, Leyes 209, 211, 213 y 214



“La sociedad espartana era básicamente militarista, algo que se debe a la propia historia de este pueblo, ya que desde su surgimiento (aproximadamente en el s. X a. C.) mostraron afán por adueñarse de los territorios que le rodeaban. El espíritu guerrero era, por tanto, casi connatural a este pueblo y de ahí que el sistema educativo consistiera en un férrea formación militar que generara aguerridos soldados para llevar a cabo su política de expansión y garantizar la defensa de sus posesiones.”¹³

Los niños varones eran educados desde los siete hasta los veinte años para ser militares, mientras que las niñas tan solo eran educadas para ser madres.

En síntesis, la cultura espartana se caracterizó por ser cuna de militares, y se preocupaban tanto por la salud, como por la educación de las niñas y de los niños.

Pero, no solo formaban a los niños para ser militares, también se impartía el conocimiento intelectual, quienes se dedicaban a esta tarea recitaban poemas.

En el presente trabajo de investigación, se ha puesto como ejemplo la forma en que los espartanos se interesaban por los niños y las niñas, derivado de ello demostraban que los consideraban el futuro de su nación.

1.1.3 La Cultura Griega

Una de sus características más impresionantes de la cultura griega fue su interés por la educación y la ilusión por la creación del hombre ideal, Werner Jaeger, en su libro *Paidea, die formung des griechische Menschen*, conceptualiza que la educación griega era de la siguiente manera: *“Reviste en parte la forma de mandamientos, tales como: honra a los dioses, honra a tu padre y a tu madre, respeta a los extranjeros; en parte,*

¹³ <http://clasicas.iesvegadelturia.es/Sociedad%20espartana%20y%20ateniens> (Pág. de Internet visitada el día 17 de agosto de 2014 a las 22:18)



*consiste en una serie de preceptos sobre la moralidad externa y en reglas de prudencia para la vida, transmitidas oralmente a través de los siglos*¹⁴

Para los griegos, los niños representaban un interés dinámico y de ese interés surge la palabra *Paidea*, la cual fue considerada antes del Siglo V como “la crianza de los niños”, tal y como describe Jaeger: *“al principio del siglo v significaba simplemente la “crianza de los niños”*¹⁵

Para conocer el sistema de vida de los griegos, se cuenta con los testimonios poéticos de Solón *“En este mundo domina un estricto orden jurídico. Así, una buena parte del destino que el hombre homérico recibía pasivamente de las manos de los dioses, debe ser atribuido por Solón a las culpas de los hombres. De este modo los dioses son meros ejecutores del orden moral que, a su vez, es considerado como idéntico a la voluntad de los dioses.”*¹⁶

Partiendo de las ideas anteriores, en donde la educación resulta ser una parte significativa para los griegos, también surge la idea del ciudadano: *“Ser ciudadano significaba en primer lugar una sola cosa, no ser esclavo. Sin embargo es necesario recordar que allí donde instauraron democracias en sus ciudades, los griegos clásicos consideraron que había que ser varón y mayor de cierta edad para poder detentar la cualidad de la ciudadanía de pleno derecho, con lo que excluyeron de la misma a las mujeres y los niños, que la tendrían de hecho. Esto es, a tal colectivo de mujeres y niños se les consideraba en cierto modo ciudadanos de hecho, aunque no de derecho: al niño en cuanto nacido en la ciudad (y por tanto, futuro ciudadano con voz y voto) y a la mujer en cuanto que madre, puesto que lo había engendrado (pero sin voz ni voto en*

¹⁴J. Werner. *Paidea, die Formung des Griechischen Menchen*. México: Fondo Económico de México. Traducido por Joaquín Xiral. 2001. Pág.22

¹⁵Idem

¹⁶Idem, Pág. 134



la asamblea)”.¹⁷

En cuanto al tema de la niñez, si bien es cierto que los niños no eran considerados ciudadanos de derecho, si lo eran de hecho, en tal virtud gozan del siguiente derecho: el cívico, asegurándoles buenas condiciones de vida, por lo tanto, se evita el aborto, el abandono, la mortalidad infantil, nuevamente se observa una preocupación por brindar el derecho a la salud de niños, incluso los griegos van más allá que los espartanos pues los griegos garantizan también el derecho a la vida.

Se visualiza, a simple vista, que la niñez de un espartano y la de un griego era muy diferente, toda vez que el espartano era preparado para ser militar, si bien es cierto también eran educados intelectualmente, lo cierto es que su inclinación es por las artes bélicas, mientras que un niño ateniense goza del cuidado del padre y de la madre, para convertirse en un ciudadano de derecho.

1.1.4 La cultura de la antigua Roma

Los romanos estaban organizados por tribus; dentro de las tribus habían clanes familiares o grupos consanguíneos y también gens. La autora Carmen Alfaro Giner lo define de la siguiente manera: *“La gens estaba compuesta a su vez por una serie de familias patriarcales, donde el pater familias era la figura central, social y Religiosamente. Los padres y sus hijos, formaban el grupo de los patricii, eran hijos de patres”*¹⁸ pero en esta conformación habían tres grupos de categorías, los cuales se conformaban de la siguiente manera: *“eran los patricios la clase dominante que poseía todos los privilegios tanto fiscales, como judiciales, políticos y también culturales. y plebeyos eran el pueblo que no gozaba de todos los derechos ni privilegios, y por*

¹⁷http://recursostic.educacion.es/secundaria/edad/4esoetica/quincena6/quincena6_contenidos_1a.htm (7 de marzo de 2015 a las 13:05)

¹⁸<http://www.uv.es/girha/documentos/manualroma.pdf> (7 de marzo de 2015 a las 13:27)



*ultimo Esclavos: no tenían derechos y eran posesión de sus amos.*¹⁹

La cultura romana por primera vez conceptualiza el término niñez desde el punto de vista del Derecho, de igual forma que los griegos, aplicándose directamente a los niños y niñas patricias. El patricio, desde la niñez, era educado para optar a los puestos del senado de la antigua Roma, este título era exclusivo para los patricios; dominaban la tierra. Nace también el concepto del *ius civiles*, es decir, el derecho de los ciudadanos ocupando cargos políticos, religiosos y militares. Los hijos heredaban todas las posesiones, es por ello que nace una preocupación e interés por la educación de los niños. Los niños plebeyos no gozaban de estos privilegios, ni de este interés, pues era los hijos de la plebe. Apenas si les estaba permitido comerciar y confeccionar artesanías.

La educación no era gratuita sino exclusiva para las familias ricas; los niños, a los 6 años asistían a los centros educativos o tomaban clases en su casa; A los once años, algunos varones ingresaban en las escuelas secundarias, donde aprendían historia, geografía, geometría, astronomía, música y filosofía; A los 14, quienes querían seguir una carrera de derecho o de política empezaban a estudiar oratoria.

Se puede observar que la educación de las niñas no era igual a la de los niños.

1.1. El cristianismo

El cristianismo es uno de los primeros antecedentes y su fundador y máximo exponente fue Jesucristo y el fundamento del cristianismo descansa en sus

¹⁹<http://derechoromanointersemestral.blogspot.com/2012/06/roma-y-su-organizacion-traves-de-la.html> visitado el 07 de marzo de 2015 a las 13:39



enseñanzas, el cual aplicó en reiteradas oportunidades. En *La Biblia*, se describe la vida de Jesús, la cual da inicio en el *Nuevo Testamento*. A continuación, se cita a Mateo 11:25, en cuyo evangelio son señaladas algunas palabras de Jesús de la siguiente manera: *"Te alabo, Padre, Señor del cielo y de la tierra, porque habiendo escondido estas cosas de los sabios e instruidos, se las has revelado a los que son como niños"*

Siguiendo el mismo libro de *La Biblia* en el *Nuevo Testamento*, en Mateo 18:2-4 *"El llamó a un niño y lo puso en medio de ellos. Entonces dijo: les aseguro que a menos que ustedes cambien y se vuelvan como niños, no entrarán en el reino de los cielos. Por tanto, el que se humilla como este niño será el más grande en el reino de los cielos."* Más adelante, en Mateo 19:13-15 *"Llevaron unos niños a Jesús para que les impusiera manos y orara por ellos, pero los discípulos reprendían a quienes los llevaban. Jesús dijo: Dejen que los niños vengan a mí, y no se lo impidan, porque el reino de los cielos es de quienes son como ellos. Después de poner las manos sobre ellos, se fue de allí. Siguiendo siempre el libro Mateo 21:16, Jesús dice *"en los labios de los pequeños y de los niños, de pecho has puesto la perfecta alabanza"*.*

1.1.6 La Revolución Francesa

Algunos autores señalan también como antecedente histórico del principio de interés superior del niño, la Revolución Francesa. Surge en respuesta por lo sucedido en el reinado de Luis XVI, pues en esa época surgieron corrientes del pensamiento, como los filósofos y los enciclopedistas, así como el racionalismo de René Descartes quien inició con su frase "pienso luego existo", dando origen al fundamento filosófico de la revolución. A estos acontecimientos se suma una crisis económica, por causa de la monarquía, circunstancia que fue aprovechada por la clase burguesa que empezaba a tener poder económico, *"La burguesía, que se ha adueñado del dinero, se ha enseñoreado, también, del poder moral. Los escritores salidos de sus filas se han ido libertando, poco a poco, de la domesticidad con que su clase aparecía ante los*



nobles.²⁰

También se sumó las ideas políticas de Voltaire, Rousseau o Montesquieu; lo que da como resultado la instauración de una Asamblea Nacional Constituyente el nueve de julio de mil setecientos ochenta y nueve, aprobándose la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la supresión del feudalismo, la Constitución Civil del Clero y la redacción de la Constitución francesa de 1791, Albert Mathiez describe al respecto, en su libro *La caída de la realeza*, *“Todas aquellas bocas, que habría que alimentar, iban a agravar la penuria reinante. Se creyó, además, que la Asamblea nacional iba a ser dispersada por la fuerza. Los oradores del Palacio Real propusieron, el día 2 de julio, destronar a Luis XVI y colocar en su lugar al duque de Orleans. Los electores parisienses solicitaron de la Asamblea el alejamiento de las tropas, y Mirabeau hizo votar su petición el día 8 de julio, luego de un discurso terrible en que denunció a los malos consejeros que rodeaban al trono.”*²¹

De esa cuenta, surge la Constitución francesa, la cual crea un servicio de instrucción pública, para proveer a los ciudadanos con una educación básica libre y gratuita. Crea también un establecimiento público de beneficencia para encargarse de los niños huérfanos y cuidar de los discapacitados.

A mediados del Siglo XIX, surgió en Francia la idea de ofrecer protección especial a los niños; esto permitió el desarrollo progresivo de los derechos de los menores. *“A partir de 1841, las leyes comenzaron a proteger a los niños en su lugar de trabajo y, a partir de 1881, las leyes francesas garantizaron el derecho de los niños a una educación. En la edad media los niños eran conocidos como Pequeños adultos”.*²²

²⁰ A. Mathiez. *La revolución Francesa I, Caída de la Realeza*. España: Editorial labor, S.A. España. 1993. Pág. 25

²¹ Ídem, Pág. 76

²² Informe humanium, ONG internacional de apadrinamiento de niños comprometida a acabar con las violaciones de los Derechos del Niño en el mundo, Francia, Suiza y Alemania.



Fue así como la Revolución Francesa instauró derechos en favor de la niñez, siendo un antecedente significativo del principio de interés superior del niño.

1.1.7 Declaración de Ginebra

El 16 de septiembre de 1924, la Liga de las Naciones aprobó la Declaración de los Derechos del Niño (también llamada la Declaración de Ginebra), el primer tratado internacional sobre los Derechos de los Niños, en cinco capítulos la declaración otorga derechos a favor de las niñas y de los niños, imponiendo responsabilidades a las personas adultas.

Se destacaba el impresionante trabajo que Janusz Korczak, el cual surge como base de la Declaración de Ginebra; en ese sentido, cabe destacar la vida de este impresionante autor, del cual se dice que fue un médico polaco, cuyo nombre verdadero era Henryk Goldszmit, quien nació en Varsovia, el día veintidós de julio de mil ochocientos setenta y ocho o en mil ochocientos setenta y nueve, porque no se cuenta con un dato exacto al respecto, y se cree que posiblemente falleció el cinco o seis de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, en el campo de exterminio de Treblinka. También fue un reconocido pedagogo y escritor de literatura infantil. (Eichsteller, 2009) A los treinta años de su muerte recibió el título póstumo, el Premio de la Paz de los librerías alemanes, y en su honor fue entregado el premio Janusz Korczak de literatura. Este premio ha sido obtenido, entre otros, por: Mirjam Pressler, Michael Ende, Astrid Lindgren o Carme Solé.

Korczak nació en el seno de una familia judía, su padre fue Józef Goldszmit; a la muerte del padre, se dice que Korczak pasó limitaciones económicas, situación que no limitó sus deseos de seguir estudiando. En 1898 utilizaba un seudónimo: "Ignacy Padarewski", nombre originario del libro Janusz Korczak y del Swordsweeperlady de



Józef Ignacy Kraszewski; En los años 1898–1904 Korczak estudió medicina en Varsovia y escribió numerosos Artículos para diarios polacos y su conexión con el Derecho de los niños inicia cuando empieza a trabajar como médico pediatra, sirviendo en la Guerra Ruso-Japonesa de 1905-1906, como doctor de campaña. Inspirado por el trabajo que realizaba, escribió el libro *Niños en el cuarto de dibujo*. Con este libro empezó a ganar un prestigioso reconocimiento literario; se dice que, después de la guerra, continuó su práctica en Varsovia y más adelante se hizo cargo del orfanato de la calle Krochmalna; también trabajó para la sociedad de orfanatos, conoció a Stefania Wilczynska, y fue nombrado director de Dom Sierot durante los años 1911–1912. Más adelante, instituyó una especie de República para los niños, que tenían su propio parlamento, corte y diario, y se dice que estas ocupaciones, que apasionaban al ilustre doctor, le toman tiempo considerable, por lo que su labor como médico la iba ejerciendo en menor tiempo cada día. En mil novecientos catorce, cuando, lamentablemente, da inicio la Primera Guerra Mundial, se enlistó como médico de campaña, tiempo durante el cual escribió ensayos pedagógicos. En Kiev conoció a Maryna Falska, quien se convirtió en su ayudante en Varsovia, y a su regreso a Varsovia, antes de que se lograra la independencia de Polonia en mil novecientos dieciocho, retornó a su trabajo en Dom Sierot y fundó otro orfanato llamado Naszdom (Nuestro Hogar).

Durante la guerra polaco-soviética sirvió una vez más como médico, ahora con el rango de mayor, pero fue asignado a Varsovia luego de una corta estadía en Lódz. Las labores periodísticas también destacaron la labor del médico pedagogo, pues publicó un diario para los niños en mil novecientos veintiséis y en los años treinta, tuvo un programa de radio, el cual fue cancelado a causa de las quejas de los antisemitas.

También se ofreció como voluntario del ejército polaco durante la Segunda Guerra Mundial, pero no fue aceptado debido a su avanzada edad. Y uno de los acontecimientos que destacan el valor de Korczak sucedió, el cinco o seis de agosto, donde soldados alemanes llegaron al Ghetto para recoger a 192 huérfanos del



orfanato para llevarlos al campo de exterminio en Treblinka, a cambio a Korczak, le fue ofrecido un puesto en el parte polaca de Varsovia, pero lo rehusó repetidas veces, pues decía que no podía abandonar a sus niños y que aceptaría la oferta si se le permitía llevar consigo a sus niños. Por esta razón, los niños caminaban en procesión junto a Korczak hacia un punto de embarque, rumbo a los campos de la muerte. Joshua Perle, un testigo del hecho describió el evento: *"... había ocurrido un milagro, doscientos niños que no lloraban, doscientas almas puras condenadas a la muerte y no derramaban una lágrima. Ninguno trató de huir, ninguno trató de escapar. Tragando su dolor se aferraban a su maestro y mentor, a su padre y hermano, Janusz Korczak, que los protegería. Janusz Korczak marchaba con la frente en alto, sosteniendo la mano de uno de sus niños, no llevaba sombrero, tenía una correa de cuero alrededor de su cintura y calzaba botas altas. Los doscientos niños meticolosa y prolijamente vestidos seguían a las enfermeras hacia la muerte (...). Por todos lados, los niños estaba rodeados de alemanes y ucranianos, y en ese momento también por la policía judía que les lanzaban golpes con las macanas o garrotes y les disparaban con armas de fuego. Las misma piedras de la calle lloraban en silencio al ver la procesión".*²³ Se cuenta que, cuando los niños iban hacia el embarque, un oficial de la SS reconoció a Korczak como el autor de uno de los libros favoritos de sus hijos y le ofreció apoyo para huir, oferta que Korczak rechazó abordando el tren con sus niños. Después de este incidente, no se supo nada más de Korczak y de sus niños. Se dice que el tren fue desviado y que Korczak y sus niños habían sobrevivido al holocausto.

La Declaración de los Derechos del Niño, elaboradas por *Save the Children*, fundada por Eglantyne Jebb, en 1925, cuyo documento original se encuentra en los archivos de la ciudad de Ginebra, lleva la firma de varios delegados internacionales, entre ellos Janusz Korczak, así como la de otros: Eglantyne Jebb y Gustave Ador, expresidente de la Confederación Suiza. Dicha declaración adoptó una versión

²³ M. A. Marco Cardo, *Janusz Korczak: vida y pensamiento pedagógico*, Universidad de Valencia, 1993



ligeramente enmendada en 1946 y la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una versión expandida como su propia Declaración de los Derechos del Niño, el 20 de noviembre de 1959. Los derechos del niño se incluyen en la Constitución española de 1978.

1.1.8 Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene como objeto, evitar violaciones a los derechos humanos de toda persona, incluyendo a los niños y niñas, entre sus postulados se encuentran los siguientes:

1. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

Dicha convención fue suscrita en noviembre de 1969, la Organización de Estados Americanos aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en Bogotá, Colombia, siendo el primer documento internacional de derechos humanos de carácter general. Creándose de esa cuenta la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual es conocida por sus siglas CIDH.

1.1.9 Convención sobre Derechos del Niño

La convención sobre los Derechos del Niño, se caracteriza por ser de derecho internacional; el derecho internacional tiene como antecedente histórico el derecho de las gentes, de la antigua Roma, el cual surge en la historia porque la humanidad necesita detener las constantes violaciones a los derechos humanos, derivadas de las constantes guerras, de esa cuenta también hubo serias violaciones a los derechos



humanos de los niños y es por ello que surge la Convención sobre los Derechos del Niño.

Surge también porque “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”²⁴

La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional, definiendo a las niñas y a los niños como toda persona que aún no ha cumplido dieciocho años sin ningún tipo de discriminación por motivos de: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Uno de los principales beneficios en favor de las niñas y de los niños son: medidas especiales de protección y asistencia; acceso a servicios como la educación y la atención de la salud; y a desarrollar plenamente sus personalidades, habilidades y talentos; a crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; y recibir información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos y participar en el proceso de una forma accesible y activa.

De esa cuenta, se reconoce el principio de Interés Superior del Niño regulado en el Artículo 3, el cual establece que: en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño;

el preámbulo de la misma establece que los Estados Parte se comprometen a lo siguiente: que de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el

²⁴<http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, (26 de febrero de 2015)



reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad.

La Convención sobre los Derechos del Niño es un conjunto de normas que fueron negociadas durante un periodo de diez años, por gobiernos, organizaciones no gubernamentales, promotores de los derechos humanos, entre otros expertos en materia de niñez, y fue adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve y entra en vigor el dos de septiembre de mil novecientos noventa.

“En 1959, Naciones Unidas aprobó una Declaración de los Derechos del Niño que incluía diez principios. Pero no eran suficientes para proteger los derechos de la infancia porque lealmente no tenía carácter obligatorio. Por eso en 1978, el Gobierno de Polonia presentó a Naciones Unidas la versión provisional de una Convención sobre los Derechos del Niño.”²⁵ La convención sobre los derechos del niño ya ha sido aceptada por todos los países del mundo “excepto Sudán del Sur y Estados Unidos”²⁶

Este es un documento que cuenta con valores arraigados y culturales para la protección y el desarrollo integral de los niños. Dicha convención fue ratificada por Guatemala, en 1990, por medio del Decreto 27-99, del Congreso de la República de Guatemala, y sirve para visualizar y analizar los progresos alcanzados por los Estados parte, en el cumplimiento de las normas en materia de derechos humanos de las niñas y de los niños, con el fin de comparar sus resultados.

²⁵ <http://unicef.es/infancia/derechos-del-niño/concencion-derechos-niño>, (26 de febrero de 2015)

²⁶ *Idem*



Por lo tanto,, Guatemala está obligada a incorporar sus disposiciones en las leyes nacionales que protejan los derechos de los niños, asimismo, es necesario incorporar sus principios dentro de sus políticas de Estado;

También se crea el Comité de los Derechos del Niño, *“se trata de un comité formado por dieciocho expertos en derechos de la infancia procedentes de países y ordenamientos jurídicos diferentes”*²⁷ Cuando es necesario, el comité solicita asistencia internacional a otros gobiernos y asistencia técnica a organizaciones como Fondo de Naciones Unidas para la infancia UNICEF misma que provee ayuda humanitaria y de desarrollo para niños y madres en países en desarrollo.

La convención presenta una serie de normas universales a las que todos los países pueden prestar su adhesión, casi todos los países del mundo ya han ratificado la convención siendo la más recocida de todas, siendo de vital importancia su adhesión, pues aun cuando muchos países la han ratificado y tienen leyes en favor de los niños estas no se cumplen.

La convención tiene tres protocolos que la complementan: *“El protocolo relativo a la venta de niños y prostitución infantil; protocolo relativo a la participación de los niños en conflicto armado; y el protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el comité de los Derechos del Niño”*²⁸

²⁷ *Idem*

²⁸ *Idem*



Países adscritos a la convención

Los registros referentes en relación con la Convención Sobre los Derechos del Niño, apuntan a señalar que todos los países del mundo habían ratificado la convención sobre los derechos del niño, a excepción de los Estados Unidos de América, Somalia y Sudan del Sur, esta última por carecer de un Gobierno reconocido.

“En la actualidad, sólo tres países no han ratificado la Convención: Estados Unidos, Somalia y Sudán del Sur”²⁹

En el caso de Estados Unidos, está firmada desde el dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y cinco, pero aún no está sujeto a ella. En el caso de Somalia no están adscritos por su inestabilidad política, sin embargo fue firmada el nueve de mayo de dos mil dos. En el caso de Sudan del Sur *“Desde el 9 de julio del 2011, Sudán del Sur se constituyó en el Estado número 193. Recién constituido, no ha firmado o ratificado la convención.”³⁰*

Medidas que deben cumplir los Estados parte

Por medio del análisis de los informes de los países, el comité exhorta a todos los sectores del gobierno a que utilicen la convención como un punto de referencia en la elaboración y aplicación de políticas para:

- a. Formular un amplio programa nacional para la infancia.
- b. Establecer organismos o mecanismos permanentes para promover la coordinación, la verificación y la evaluación de las actividades de todos los sectores gubernamentales.

²⁹<http://www.humanium.org/es/signatarios-convencion/> (07 de marzo de 2015 a las 18:06)

³⁰ Ídem



- c. Velar por que todas las leyes sean plenamente compatibles con la Convención.
- d. Aumentar la presencia de los niños y niñas en los procesos de formulación de políticas de todos los sectores del gobierno mediante la introducción de una evaluación de los efectos de las medidas sobre la niñez.
- e. Realizar un análisis presupuestario adecuado para establecer la proporción de fondos públicos que se emplean en la infancia y asegurar que estos recursos se utilicen de una forma efectiva.
- f. Asegurar que se recopila una cantidad suficiente de datos y se utiliza para mejorar la situación de todos los niños y niñas en todas las jurisdicciones.
- g. Incrementar la toma de conciencia y difundir información sobre la convención mediante programas de formación destinados a todas las personas que participan en la formulación de políticas gubernamentales y que trabajan con niños o para ellos.
- h. Involucrar a la sociedad civil —incluidos los propios niños y niñas— en el proceso de aplicación y en la concienciación de la opinión pública sobre los derechos de la infancia.
- i. Establecer por ley oficinas independientes —defensores del pueblo, comisiones u otras instituciones— para promover y proteger los derechos de la infancia.

1.1.10 Organizaciones de carácter internacional que velan por la protección de los derechos del niño

La Organización Mundial *United Nations International Children's Emergency Fund* es conocida como UNICEF, *"apoya a los países del programa para llevar a cabo un análisis integral de los niños y las mujeres en el programa para el país o el ciclo de planificación nacional. Se lleva a cabo en preparación para o como insumo para la revisión de la estrategia del plan nacional de desarrollo y reducción de la pobreza. Forma parte de la contribución de las Naciones Unidas para el trabajo analítico país, incluida la evaluación común del país (CCA). También es compatible con los informes nacionales al Comité de Derechos y CEDAW Niño."*³¹

³¹http://www.unicef.org/sitan/index_43340.html (07 de marzo de 2015 a las 18:22)



UNICEF es una organización que forma parte de las Naciones Unidas y tal y como se describió anteriormente apoya a los países para hacer análisis en relación con temas de niñez, Guatemala forma parte del programa; el trabajo que ha hecho en Guatemala es significativo, firmando convenios de apoyo mutuo con otras organizaciones no gubernamentales que trabajan en la defensa de los derechos de los niños; actualmente ha desarrollado un programa para el Ministerio Público, cuyo objetivo es crear una unidad cuyo eje de trabajo sea conocer asuntos en los cuales se investigan denuncias en las cuales se da la comisión de un hecho delictivo cuyo agraviado sea una niña y/o un niño; dicho programa aún no se ha puesto en marcha pero se espera que inicie funciones en el año dos mil dieciséis.

1.1.11 Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por Guatemala

La Convención sobre los Derechos del Niño, fue suscrita por Guatemala el 26 de enero de 1990, la cual fue aprobada por el Congreso de la República de Guatemala el 10 de mayo del mismo año, por medio del Decreto veintisiete guión noventa del Congreso de la República de Guatemala. Dicha convención contiene el principio de interés superior del niño, es por ello que en Guatemala, dicho principio puede ser citado con jerarquía constitucional.

1.1.12 Código de Menores

El Decreto 78-79, del Congreso de la República de Guatemala, regulaba el Código de Menores, el cual establecía un conjunto de normas y disposiciones encausadas a reglamentar los derechos y obligaciones, en relación con los derechos de los niños. En el Artículo 1 se regulaba la aplicabilidad de la siguiente manera: los menores están



bajo la protección del Estado, quien la ejercerá de conformidad con las disposiciones del presente Código, cuyas normas se aplicarán tanto a los menores, a sus padres, tutores o encargados, así como a las autoridades y personas que intervengan en su conducta. También establecía este código, que la minoridad debía entenderse a favor de toda persona que no había cumplido los dieciocho años de edad, asimismo, establecía que los niños que aún no habían cumplido doce años de edad no podrían ser sujetos por sus acciones u omisiones a procedimientos policiales ni judiciales; considerando como menores en situación irregular a aquellos que sufra o estén expuestos a sufrir desviaciones o trastornos en su condición fisiológica, moral o mental y los que se hallen en abandono o peligro. El Artículo 6 del decreto antes mencionado que son inimputables de los delitos o faltas las personas que aún no han cumplido los dieciocho años de edad considerando sus acciones como antisociales y como trastornos de conducta que requieren de tratamiento especializado y no de acción punitiva. Se creó un Consejo Nacional de Menores el cual tenía como objeto la protección de los menores y la verificación del cumplimiento del código de menores y por la adopción de medidas que lleven a la mayor eficacia de dicha protección.

1.1.13 Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia

La Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia fue aprobada por medio decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, el día 3 de junio del año 2003, siendo en ese entonces el presidente del Congreso de la República el General José Efraín Ríos Montt, dicha ley fue sancionada el día 15 de julio del año 2003.

Es importante mencionar y analizar sus objetivos fundamentales los cuales están contenidos en los considerandos de la siguiente manera:



- a. Es deber del Estado garantizar y mantener a los habitantes de la Nación en el pleno goce de sus derechos y de sus libertades, siendo su obligación proteger la salud física, mental y moral de la niñez y la adolescencia, así como regular la conducta de adolescentes que violan la ley penal.
- b. El Decreto 78-79 del Congreso de la República, Código de Menores, ha dejado de responder a las necesidades de regulación jurídica en materia de la niñez y la adolescencia, y que es necesaria una transformación profunda de la ley para proveer a los distintos órganos del Estado y a la sociedad en su conjunto de un cuerpo jurídico que oriente adecuadamente el comportamiento y acciones a favor de tan importante sector social, conforme lo establece la Constitución Política de la República y los tratados, convenidos, pactos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala.
- c. Es necesario promover el desarrollo de la niñez y adolescencia guatemalteca, especialmente de aquellos consus necesidades parciales o totalmente insatisfechas, así como adecuar nuestra realidad jurídica al desarrollo de la doctrina y normativa internacional sobre la materia.
- d. Guatemala suscribió el 26 de enero de 1990 la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue aprobada por el Congreso de la República de Guatemala el 10 de mayo del mismo año, y dicho instrumento internacional proclama la necesidad de educar a la niñez y adolescencia en su espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, e igualdad, para que como sujetos de derechos se les permita ser protagonistas de su propio desarrollo, para el fortalecimiento del estado de derecho, la justicia, la paz y la democracia.

Dicha ley a su vez está dividida en cinco capítulos que contienen

- a. Consideraciones básica
- b. Derechos humanos
- c. Deberes de los niños, niñas y adolescentes
- d. Adolescentes trabajadores



e. Disposiciones especiales

También tiene una subdivisión de un segundo libro que contiene disposiciones organizativas

Un segundo libro que contiene los siguientes títulos

- a. Niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos
- b. Adolescentes en conflicto con la ley penal

Principios Fundamentales de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia:

a. Principio de interés superior del niño

En la legislación nacional el principio de interés superior del niño, es entendido como una garantía, toda vez que el Artículo 5 de la ley referida establece que el interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religiosos, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función a su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta Ley.

b. Principio de interés superior de la familia

Asimismo, en el párrafo segundo del mismo Artículo regula interés de la familia de siguiente manera: se entiende por interés de la familia, a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal.



c. Principio de tutelaridad

El Artículo 6 de la ley, regula que la niñez y la adolescencia tiene derecho tutelar, otorgándoles una protección jurídica preferente. Siendo la ley de orden público y de carácter irrenunciable, debiendo el Estado velar que las niñas, los niños o los adolescentes reciban entre otros:

Protección y socorro especial en caso de desastre;

Atención especializada en los servicios públicos o de naturaleza pública;

Formulación y ejecución de políticas públicas específicas; y

Asignación específica de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la niñez y juventud adolescente.

Su interpretación está regulada en el Artículo 8 de Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, en su segundo párrafo la cual regula que: la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta ley deberá hacerse en armonía con sus principios rectores, con los principios generales del derecho, con la doctrina y normativa internacional en esta materia, en la forma que mejor garantice los derechos establecidos en la Constitución Política de la República, los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptadas y ratificados por Guatemala.

1.1.14 Surgimiento de la Ley Alba-Keneth

El ocho de septiembre del año dos mil diez nace a la vida jurídica la ley del sistema de alerta Alba-Kenet bajo el Decreto 28-2010 del Congreso de la República de Guatemala, impulsado por la Red de Sobrevivientes en contra de la



Violencia Doméstica, bajo la dirección de su directora Norma Angélica, activista de derechos humanos. El principal objetivo de esta normativa fue localizar de manera inmediata a niños desaparecidos o sustraídos, para combatir en especial la nefasta trata de personas que aún impera en Guatemala.

Su nombre se debe a la historia de dos niños, que lamentablemente no fueron ubicados inmediatamente, por la falta de una ley que regulara la localización pronta de niños, niñas y adolescentes desaparecidos. Ambos niños perdieron la vida, es por ello que se impulsó dicha ley en el año dos mil diez.

1.1.15 Protocolo de la declaración de los niños víctimas y niños testigos.

El protocolo para recibir declaraciones de niñas, niños y adolescentes víctimas y/o testigos, surge gracias a una propuesta formulada por la entidad Misión Internacional de Justicia, entidad que participa en procesos penales por medio de la institución procesal del querellante adhesivo cuando se han cometido hechos delictivos en contra de personas que aún no han cumplido los dieciocho años de edad, dicha entidad en coordinación con instituciones como la Organización mundial *United Nations International Children's Emergency Fund*, la cual es conocida con sus siglas UNICEF y la Procuraduría General de la Nación entre otras, instaron a la creación del protocolo de declaración de los niños víctimas y niños testigos para asegurar que la declaración que puedan proporcionar ante los órganos jurisdiccionales sea en un ambiente adecuado a su edad.



1.1.16 Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala

Dicho decreto reforma los tipos penales de violación y el de abusos deshonestos; así mismo incorpora el Artículo 195 quinquis en el Código Penal, el cual regula las Circunstancias Especiales de Agravación de la pena para delitos de violación, es decir que si alguien viola a una persona que aún no ha cumplido los dieciocho años de edad, el tipo penal aplicable será violación con circunstancias especiales de agravación de la pena. Es decir que hay una agravación por el solo hecho de quedar demostrada la edad del niño dentro de un proceso penal.

1.1.17 Ley de Adopciones

La Ley de adopciones entra en vigor el día once de diciembre de dos mil siete, bajo el decreto setenta y siete guión dos mil siete, del Congreso de la República de la Guatemala, la cual surge para con el objetivo de innovar el sistema de protección de los niños huérfanos o abandonados, garantizando la restitución del derecho a la familia, instalando una autoridad central denominada Consejo Nacional de Adopciones.





CAPÍTULO II

2. El principio de interés superior del niño y su relación con otros de carácter Consitucional y del Proceso Penal guatemalteco

2.1 Definición:

Antes de dar una definición propia del principio de interés superior del niño, es necesario definir los siguientes términos: niña y/o niño, principio e interés; para tales efectos, se procederá a realizar un análisis de los mismos para arribar a una conclusión, con el propósito de comprender la relevancia e importancia de la existencia del mismo y su necesidad en todas las decisiones políticas sociales y políticas que los Estados adopten con relación a la eliminación de la violencia.

En ese sentido, a continuación se analizará la definición niña, niño y/o adolescente que en adelante se identificará con la abreviatura NNA.

2.1.1 Niña y/o niño

Para tales efectos, se citará la siguiente definición *“Un niño es un ser humano que aún no ha alcanzado la pubertad. Por lo tanto,, es una persona que está en la niñez y que tiene pocos años de vida. En su sentido más amplio, la niñez abarca todas las edades del niño: desde que es un lactante recién nacido hasta la pre-adolescencia, pasando por la etapa de infante o bebé y la niñez media. El desarrollo del niño implica una serie de aprendizajes que serán claves para su formación como adulto. En los primeros años de vida, el niño debe desarrollar su lenguaje para después aprender a leer y escribir. Con el tiempo, el niño pasa a educarse en la escuela y adquiere los conocimientos que la sociedad considera imprescindibles para la formación de las personas. En este*



proceso educativo, el niño asimila los valores de su cultura y la concepción vigente de la moral y la ética.³² Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española un niño es aquella persona: *“Que está en la niñez; Que tiene pocos años; Que tiene poca experiencia.”*³³ A su vez niñez significa *“Período de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento a la pubertad; Principio o primer tiempo de cualquier cosa.”*³⁴ En ambas definiciones la etapa de un niño es desde que nace hasta que llega a la pre-adolescencia, por lo que se arriba a las siguientes conclusiones de las etapas de los niños:

Etapas en las que las cuales una persona es considera niño:

a. Desde que es concebido

El Artículo 3, de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que el Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, es por ello que se considera niño a toda persona que está por nacer, al respecto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, al aportar el significado de nacer dice al respecto, que nacer es la acción: *“Salir del vientre materno”*³⁵, por lo tanto, se considera niña o niño a toda persona desde su concepción.

b. Pre-adolescencia o pubertad

Antes de definir las palabras pre-adolescencia o pubertad se tiene que entender lo que el dice, en relación con la adolescencia es *“Edad que sucede a la niñez y que transcurre desde la pubertad hasta el completo desarrollo del organismo”*³⁶.

³²<http://definicion.de/nino/> (08 de marzo de 2015 a las 11:18)

³³<http://lema.rae.es/drae/?val=ni%C3%B1o> (07 de marzo de 2015 a las 18:55)

³⁴<http://lema.rae.es/drae/?val=ni%C3%B1ez> (08 de marzo de 2015 a las 11:27)

³⁵<http://lema.rae.es/drae/?val=nacer> (08 de marzo de 2015 a las 11:20)

³⁶<http://lema.rae.es/drae/?val=adolescencia> (08 de marzo de 2015 a las 11:29)



Similar concepto se aporta al hablar de la edad adulta, siendo aquella en la cual *“Aquella en que el organismo humano alcanza su completo desarrollo.”*³⁷

A su vez, la pubertad es la *“Primera fase de la adolescencia, en la cual se producen las modificaciones propias del paso de la infancia a la edad adulta”*³⁸

Estudios psicológicos refieren que las personas padecen esta etapa de la vida a edad más temprana, por lo que han arribado a la conclusión de que para algunas personas puede iniciar incluso a los ocho años de edad *“En distintos estudios sobre la adolescencia encontramos que las edades que se manejan en sus etapas suelen oscilar entre los 10 o 12 años hasta los 18 a 20 años de edad, sin embargo, actualmente se han realizado investigaciones en las que muestran que las etapa de la adolescencia aparece cada vez más a temprana edad, por tal motivo las etapas que se manejan en las siguientes clasificaciones se contemplan desde los 8 años de edad.”*³⁹ por lo que se considera que la etapa de la pre-adolescencia abarca las edades entre los ocho años y once años de edad, es por ello que todo operador de justicia que se encuentra con una persona que tiene estas edades, es decir entre ocho y once años de edad, debe de tomar en cuenta como se encuentra su desarrollo físico y moral para poder darle una participación adecuada dentro del proceso penal, es por ello que me permito definir en consiste cada uno de ellos:

Desarrollo físico: *“Crecimiento desigual de huesos, músculos y órganos puede dar una apariencia algo torpe. Supone el inicio de la pubertad para la mayoría.”*⁴⁰

³⁷<http://lema.rae.es/drae/?val=edad+adulta> (08 de marzo de 2015 a las 11:35)

³⁸<http://lema.rae.es/drae/?val=pubertad> (08 de marzo de 2015 a las 11:36)

³⁹<http://picologiadeadolescencia.blogspot.com/2013/02/la-adolescencia-es-ese-estado-en-el-que.html> (08 de marzo de 2015 a las 14:01)

⁴⁰<http://picologiadeadolescencia.blogspot.com/2013/02/la-adolescencia-es-ese-estado-en-el-que.html> (08 de marzo de 2015 a las 14:11)



Desarrollo moral: *“Egocéntrico en general, aunque ya tiene conciencia. Comprende los conceptos lo que es justo y la negociación. No siempre se ve reflejada su capacidad moral en su comportamiento.”*⁴¹

En síntesis, los operadores de justicia, deben comprender que un niño entre los ocho y once años de edad, si bien es cierto ya comprende la idea entre lo justo e injusto también debe tomar en consideración que aún puede tener un comportamiento egocéntrico y no va a reflejar su capacidad moral en su comportamiento.

a. Primera etapa o también llamada pubertad:

Como ya se describió anteriormente según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la pubertad es la primera etapa de adolescencia, abarcando las edades entre los once y quince años de edad, en esta etapa de la vida los operadores de justicia también deben de tomar en cuenta su desarrollo físico y moral.

Desarrollo físico: *“Llegada de la pubertad con velocidad distinta dependiendo de cada adolescente. Aumento de apetito en épocas de crecimiento. Necesitan dormir más. Desarrollo de los órganos sexuales, cambios en la voz, posible olor corporal”*⁴²

Desarrollo moral: *“Tendencia hacia el egocentrismo. Buscan la aprobación social de sus compañeros. Aunque entienden los conceptos relacionados con el orden social, a esta edad suelen cuestionar ciertos principios sociales, morales y/o éticos, a veces sobre todo los que tienen los padres”*⁴³

Es decir, que siguen siendo egocéntricos a estas edades, y aun cuando comprenden

⁴¹<http://psicologiadeadolescencia.blogspot.com/2013/02/la-adolescencia-es-ese-estado-en-el-que.html> (08 de marzo de 2015 a las 14:13)

⁴²<http://psicologiadeadolescencia.blogspot.com/2013/02/la-adolescencia-es-ese-estado-en-el-que.html> (8 de marzo de 2015 a las 14:23)

⁴³<http://psicologiadeadolescencia.blogspot.com/2013/02/la-adolescencia-es-ese-estado-en-el-que.html> (08 de marzo de 2015 a las 14:25)



en qué consiste el orden social es necesario tomar en cuenta que las niñas y los niños a estas edades tienen a cuestionar todo lo relacionado con principios sociales.

b. Segunda etapa o etapa tardía de la adolescencia

En un informe de UNICEF, la adolescencia tardía puede iniciar a los quince años de edad y concluir a los diecinueve años *“La adolescencia tardía abarca la parte posterior de la segunda década de la vida, en líneas generales entre los 15 y los 19 años de edad. Para entonces, ya usualmente han tenido lugar los cambios físicos más importantes, aunque el cuerpo sigue desarrollándose.”*⁴⁴

Es decir, que cuando una persona cuenta con edades entre los dieciocho y diecinueve años de edad, todavía se encuentra en una adolescencia tardía, por lo que es necesario tomar en cuenta este aspecto dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, pues todavía están en una etapa de desarrollo físico y moral.

Desarrollo físico: *“Mayor homogeneidad entre sus compañeros porque la mayoría ya ha pasado por la pubertad y durante esta etapa llegan a su altura y peso de adulto.”*⁴⁵

Desarrollo moral: *“Menos egocentrismo y mayor énfasis sobre valores abstractos y principios morales. Como el desarrollo emocional y el desarrollo cognitivo no van al mismo paso, es posible que los mismos adolescentes que reivindican ciertos valores,*

⁴⁴<http://www.unicef.org/spanish/sowc2011/pdfs/La-adolescencia-temprana-y-tardia.pdf> (08 de marzo de 2015 a las 13:36)

⁴⁵<http://psicologiadeadolescencia.blogspot.com/2013/02/la-adolescencia-es-ese-estado-en-el-que.html> (08 de marzo de 2015 a las 14:30)



*los violan a la vez. En este sentido es una etapa algo contradictoria.*⁴⁶

Características psicológicas: *“Cierta vulnerabilidad ante posibles preocupaciones, depresiones y trastornos como la anorexia.”*⁴⁷

Para los operadores de justicia, la forma en que van a involucrar la participación de una persona en esta etapa de su vida, debe ser más cuidadosa que en las etapas anteriores pues en esta etapa es normal que las personas suelen manejar confusión en su vida, y que esta confusión los incline a violar los valores morales.

c. Tercera etapa o final de la adolescencia

Ya se abordó la definición que aporta el en cuanto al significado de adulto, es decir, aquella persona que ya ha alcanzado su completo desarrollo y formación, es por ello, que no se pueden introducir dentro de un proceso penal a los niños, tal y como se sitúa a los adultos, es por ello que deben ser atendidos de distinta manera, pero dicha atención e intromisión debe ser especializada según las etapas sus vidas.

Al explicar la tercera etapa o final de la adolescencia, la cual abarca las edades que van desde los dieciocho hasta los veintiún años de edad, en esta etapa las personas tienen concepción sobre los valores pero los mismos pueden llegar a ser transgredidos con mayor facilidad, por lo tanto,, este aspecto de la formación de toda persona resulta ser un desafío para los operadores de justicia, cuando participan en el proceso penal.

⁴⁶<http://psicologiadeadolescencia.blogspot.com/2013/02/la-adolescencia-es-ese-estado-en-el-que.html> (08 de marzo de 2015 a las 14:32)

⁴⁷<http://psicologiadeadolescencia.blogspot.com/2013/02/la-adolescencia-es-ese-estado-en-el-que.html> (08 de marzo de 2015 a las 14:35)



Definición de personas con capacidades distintas o especiales:

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud refiere:

Esta definición ha sido utilizada por el Gobierno de Estados Unidos de América, “la cual comprende a todo aquel niño que requiere de atención adicional para desenvolverse óptimamente en la sociedad, ya sea en su entorno familiar, en la escuela o en su comunidad. El término se derivó del Acto de Adopción y Familias de 1997, mejor conocido como ASFA, el cual se modificó para corregir la legislación que impedía la adopción de niños con discapacidades colocados en adopción y cuyo lenguaje describió a los niños, como niños con necesidades adicionales o especiales. La definición se basa en los resultados de evaluaciones hechas al comportamiento, la niñez y la historia familiar del niño. Usualmente, la evaluación para definir legalmente a un “niño especial” la hace un profesional de la salud. Según el Centro de Control para la Prevención de Enfermedades (CDC), en el país 1 de cada 5 estadounidenses viven con alguna discapacidad y en la actualidad existen unos 50 millones de estadounidenses con discapacidades.”⁴⁸

Es decir, “que la persona que tenga una capacidad especial o bien distinta, tiene la denominación de niño, pero que es una ¿capacidad o necesidad especial?, el tema es muy amplio ya que abarca no sólo a los niños que padecen y han recibido un diagnóstico de las siguientes enfermedades: a. Retraso mental; b. Enfermedades terminales; c. Impedidos físicos; d. Trastornos en su proceso de aprendizaje; e. Alergias a algunos alimentos; f. Asmáticos; g. Problemas psiquiátricos serios o leves, o sencillamente son disléxicos. Estas personas deben de recibir un tratamiento especial al lado de sus familias”.⁴⁹

⁴⁸ <http://www.psych.org/mainmenu/research/dsmiv.aspx>, visitada el 31 de agosto de 2014, Manual de Diagnósticos y Estadísticas, así Clasificación Internacional de enfermedades en su novena edición de la Organización Mundial, año 2013.

⁴⁹ http://www.pbs.org/newshour/indepth_coverage/education/no_child/impact.html



Asimismo, las necesidades especiales, tiene varias categorías, tales como: necesidades especiales por razones médicas, por comportamiento, por desarrollo tardío, por problemas de aprendizaje y por trastornos psicológicos.

Niños con necesidades especiales por problemas médicos:

Los niños que padecen de problemas médicos se consideran que tienen necesidades especiales por el tiempo que pierden en sus tratamientos médicos, y el doble sacrificio que deben de realizar en su desarrollo integral como niños. A continuación se describen algunas de las condiciones médicas graves que afectan a los niños:

- a. Cáncer
- b. Distrofia muscular
- c. Defectos en el corazón
- d. Fibrosis quística
- e. Condiciones crónicas, tales como el asma y la diabetes.
- f. Igualmente abarca condiciones congénitas tales como la parálisis cerebral, enanismo y otros padecimientos como la obesidad o alergias alimenticias entre otros.

Niños con necesidades especiales por el comportamiento

Los más comunes son el trastorno de deficiencia de atención e hiperactividad, la disfuncionalidad de integración sensorial, el síndrome de Tuorette; para el doctor Ignacio Pascual Castroviejo "*Los trastornos por déficit de atención e hiperactividad (TDAH) vienen definidos por la presencia de tres síntomas fundamentales: 1. Disminución de la atención. 2. Impulsividad. 3. Hiperactividad.*"⁵⁰ Estos trastornos según el doctor Pascual, puede ser detectado tanto en varones como en mujeres, antes se creía que este síndrome era exclusivo para los varones pero la realidad es distinta,

⁵⁰ I. P Castroviejo. *Trastornos por déficit de atención e Hiperactividad (TDAH)*. Asociación española de pediatría. España. 2008. Pág. 140



pues afecta tanto a varones como a mujeres, y solo surge en la infancia y la adolescencia se puede extender incluso hasta la edad adulta, y puede afectar el nivel de vida de sus familias, de la sociedad en la cual se desarrolla e incluso el sanitario; los varones son susceptibles de caer en la drogadicción y llegar a ser conflictivos en sus casas, en sus trabajos y en la sociedad, en las mujeres se puede reflejar en la excesiva preocupación por su apariencia física y la necesidad de ser admiradas; para el doctor Pascual es necesario detectar estos trastornos y aporta la siguiente tabla que se ilustra a continuación:

“Déficit de atención: – *Fallo para prestar atención profundamente a los detalles – Dificultad para sostener la atención en las actividades – No escucha cuando se le habla directamente – No sigue las instrucciones que se le dan – Dificultades para seguir conversaciones – Evita las conversaciones que requieren esfuerzo mental sostenido – Pierde u olvida cosas necesarias para las actividades – Se distrae fácilmente por estímulos externos – Es olvidadizo en las actividades diarias. Hiperactividad e Impulsividad Persistencia:* – **Hiperactividad** • *Es intranquilo • Se levanta del asiento cuando debería permanecer sentado • Va de un sitio para otro en situaciones en las que debería estar quieto • Tiene dificultades para jugar sosegadamente • Actúa como si "estuviera movido por un motor" • Habla excesivamente – Impulsividad • Contesta las preguntas antes de serle formuladas • Tiene dificultades para esperar su turno • Interrumpe o molesta a los otros niños*⁵¹, para el doctor Pascual el papel de los padres es fundamental para el tratamiento y la atención de los niños que pudieran sufrir estos trastornos, a fin de evitar que creen conflictos en la sociedad.

Niños con Necesidades especiales por el desarrollo

Conocidos como: síndromes de retraso mental, síndrome de Down y el autismo entre otros, las niñas y niños que sufren este tipo de trastornos necesitan una atención especializada por parte de sus familias y de los encargados de su educación toda vez

⁵¹ Ídem Pág. 144



que se recomienda que se aplique un proceso de normalización, para quienes se ha diagnosticado este tipo de trastornos, el proceso de normalización *“no significa convertir en normal a una persona discapacitada, sino aceptarla como es, diferente a los demás pero con los mismos derechos que los otros y proporcionarle los medios oportunos para que lleve una vida lo más normal posible”*⁵², pues para lograr resultados positivos en el proceso de normalización, esto implica cambios en los programas de estudios por parte de los educadores y en la atención de los padres hacia los hijos.

Niños con Necesidades especiales por el aprendizaje

Los trastornos de aprendizaje son definidos de la siguiente manera: *“Trastorno de Aprendizaje (TA) es un término genérico que hace referencia a un grupo heterogéneo de entidades que se manifiestan por dificultades en la lectura, escritura, razonamiento o habilidades matemáticas.”*⁵³ Los niños que sufren este síndrome también necesitan una atención especial por parte de sus padres y educadores, pues en el futuro los niños que sufren estos síndromes pueden tener conductas agresivas y antisociales.

Niños con necesidades por trastornos psicológicos

Los trastornos psicológicos, también son conocidos como emocionales pero, *“Los trastornos emocionales subyacen componentes comunes que superan a los que no comparten. Un estudio reciente de Hernández Guzmán y cols en niños mexicanos encontró que el conjunto de trastornos de ansiedad en la infancia (fobia específica, fobia social, ansiedad de separación, estrés postraumático, ansiedad generalizada y pánico/agorafobia) correlacionan entre ellos y subyacen a un factor de orden superior*

⁵² J. L. Castejon Costa/ L. Nava. *Dificultades y trastornos de aprendizaje, y del desarrollo infantil y primaria*. Editorial club universitario, San Vicente Alicante. 2011. Pág. 55

⁵³ J. Á. Gómez y N. Crespo. *Trastorno de aprendizaje en pediatría de atención primaria*. IV jornada de atención en pediatría. Navarra España. Pág. 1



de ansiedad general⁵⁴ el tratamiento para los niños que pueden ser afectados con estos trastornos según la misma obra que citamos en el párrafo anterior puede resultar *“ser un proceso cognitivo-conductual auto dirigido por medio del cual un individuo intenta identificar o descubrir soluciones a problemas específicos que enfrenta en la vida cotidiana”*⁵⁵ en estos casos es importante la ayuda de los padres y de los educadores nuevamente, pues un niño por sí solo no podrá identificar que está padeciendo de algún tipo de trastorno.

En síntesis, al observar los tratamientos para todas las clases de trastornos que puedan afectar a las niñas y a los niños, es necesaria la cooperación de la familia y de sus educadores, pues si se identifica la presencia de uno de estos trastornos en la vida de los niños, debería ser una obligación brindarles el tratamiento necesario a fin de evitar que ellos creen conflictos a nivel familiar y social e incluso llegar a realizar acciones antijurídicas, es decir, que al identificar los trastornos antes enumerados, el tratamiento prevendrá una acción que pueda perjudicar gravemente a la sociedad, es por ello que el principio de interés superior del niño, debe ser observado en el seno de la familia y en las aulas de los centros educativos.

2.1.2 Principio

“Principio” viene del latín *principium* que al traducirlo al español significa “fuente” y del griego *arjé*, que significa “punto de partida de las cosas”. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española el principio es: *“Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”*. Para Aristóteles, *“Las causas se toman en tantas acepciones como los principios, porque todas las causas son principios. Lo común a todos los principios es que son el origen de donde se derivan, o la existencia, o el nacimiento, o el conocimiento. Pero entre los principios, hay unos que están en las*

⁵⁴ L. Hernández, C. Benjet, M. Antonio, G. Bermúdez, F. Gil Bernal. *Guía Clínica para tratamiento psicológico de trastornos psiquiátricos en niños y adolescente*. Instituto nacional de psiquiátrica Ramón de la Fuente Muñiz. México. 2010. Pág. 11

⁵⁵ Ibid. Pág. 32



cosas, y otros que están fuera de las cosas. He aquí por qué la naturaleza es un principio, lo mismo que lo son el elemento, el pensamiento, la voluntad, la sustancia. La causa final está en el mismo caso, porque lo bueno y lo bello son, respecto de muchos seres, principios de conocimiento y principios de movimiento”.⁵⁶

Otro sinónimo de principio, es primacía, según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, la cual significa “superioridad o ventaja de una persona o una cosa sobre otras de su misma clase”⁵⁷

Por lo tanto,, el interés superior del niño, al analizar el presente trabajo de investigación se considerado que es, un principio, pues su interpretación incluye la máxima, de darse una consideración preferente a los niños en todas las decisiones que los operadores de justicia adopten.

2.1.2.1 Diferencia de un principio con la garantía

La garantía según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* es: “Aquello que asegura o protege contra un riesgo o necesidad. Es garantía personal cuando existe compromiso de un tercero para cubrir la obligación en caso de no hacerlo el deudor...”⁵⁸La garantía constitucional, según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* es: “libertades aseguradas por la constitución y que permiten el ejercicio de los derechos humanos en las relaciones de los individuos con la administración y el estado, o de unas personas con otras”.⁵⁹Si se parte de que el principio es, una norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta, y las

⁵⁶ T. de Aquino. *Comentario al libro V de la Metafísica de Aristóteles*. Servicio de Publicaciones Universidad de Navarra. España. 2000. Pág. 1.

⁵⁷ <http://lema.rae.es/drae/?val=primacia+> (08 de marzo de 2015 a las 16:07)

⁵⁸ Ídem

⁵⁹ Ídem



garantías constituyen las libertades aseguradas por la constitución y que permiten el ejercicio de los derechos humanos, se puede arribar a que el principio de interés superior del niño es una garantía, toda vez que el Estado permite el ejercicio de este por ser de derechos humanos.

2.1.2.2 Diferencia entre principio y virtud

Etimológicamente, la palabra principio viene del latín “*principium, formada de primus (el primero), capere (capturar, agarrar, ver: emancipar) y el sufijo -ium (-io= efecto o resultado)*”⁶⁰ es decir, que todo derecho que este asignado a una persona, puede ser considerado como un principio, si este resulta ser aquello que logre capturar de primero un resultado, en tal orden de ideas, ¿será posible considerar al interés superior del niño, como un principio?, en el presente trabajo de investigación se ha logrado establecer que en efecto, el interés superior del niño, si puede lograr la obtención de un resultado; pero el interés superior del niño ¿puede ser una virtud?, etimológicamente virtud significa: “viene del latín *virtutem* que significa propiamente valor y valor físico”⁶¹ a su vez valor viene del latín *valore* que significa “ser fuerte”⁶² por lo tanto,, se considera que el interés superior del niño, también puede ser considera como una virtud, pues debe ser observada con fuerza.

Es por ello que, el interés superior del niño, debe ser considerado como un principio y también como una virtud.

2.1.3 Interés

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, interés debe entenderse como “*Provecho o bien buscado, valor o utilidad que en sí tiene una cosa, atracción hacia algo*”. En síntesis se puede arribar a considerar que el principio de

⁶⁰<http://etimologias.dechile.net/?principio> (19 de abril de 2015 a las 12:45)

⁶¹ Ídem

⁶² Ídem



interés superior del niño, es una garantía que el Estado debe a la persona, para que le permita desarrollarse en un ambiente adecuado, sin que le sean vulnerados sus derechos fundamentales, restituyendo aquellos que fueron compelidos, asegurando con preferencia dicha restitución.

2.2 Características

- a. Es de procedencia internacional
- b. Debe ser observado en todas las materias del derecho
- c. Es de observancia obligatoria
- d. Tutelar
- e. Es una garantía constitucional

2.3 Funciones

- a. Garantiza el deber del Estado de desarrollo integral de la persona
- b. Garantiza el derecho de opinión
- c. Busca una tutela judicial efectiva
- d. Restituye derechos vulnerados

2.4. Objeto

Para comprenderlo debe entenderse desde varios puntos de vista, que a continuación se individualizan:

- a. Lo justo en la infancia y en la adolescencia



- b. Desde el punto de vista específico dentro de la ciencia del derecho, el mismo tiene un objeto material, las cuales se encuentran dispersas en el conjunto de normas jurídicas en los distintos cuerpos legales
- c. También hay un objeto formal, es decir, la perspectiva específica de su conocimiento y que es lo que protege todas y cada una de las legislaciones con carácter diferencial y aún excepcional, como consecuencia del desarrollo integral de cada persona.
- d. En lo genérico consiste en el trato especial que se le debe dar a los niños, niñas y adolescentes en virtud de su vulnerabilidad propia de su edad.

2.5. Naturaleza del conflicto social e la niñez y adolescencia

Al respecto, se cita al jurista José H. González del Solar quien, cuando hace un análisis al respecto, dice: *"cuando de las diferentes situaciones de conflicto se trata, la de la trasgresión aflora con un perfil sobresaliente. Y no es para menos teniendo en cuenta que ha sido históricamente la primera en llamar la atención pública cuando ingresó en la problemática social, y también la primera en despertar una vehemente inquietud en quienes incursionaban en los meandros de la niñez atípica que daba color a calles, plazas, asilos y cárceles en las distintas latitudes alcanzadas por los efectos de los importantes cambios que se sucedieron desde fines del siglo XVIII."*⁶³

Una de las causas en producir la incidencia de la criminalidad en niños, niñas y adolescentes, son las siguientes:

- a. Las crisis familiares, las cuales traen como consecuencia la vagancia y la mendicidad;
- b. La vagancia y la mendicidad como *modus* de vida; y
- c. La falta de disciplina social.

⁶³ J. H. González del Solar. *Derecho de la Minoridad*, Córdoba, Argentina: Editorial Mediterránea, 2005. Pág. 259



2.5.1 Características

Según el citado autor, el niño que ha realizado una acción calificada como delictiva, resulta ser victimario pero también víctima.

Será victimario, porque las acciones calificadas como delitos dentro de los ordenamientos jurídicos afectan y dañan a otra u otras personas en sus derechos.

Será víctima, porque lo ubica en una situación en la cual también se ven perjudicados sus derechos y sus obligaciones como ser humano, y su futuro estará condenado a una vida delictiva como producto de sus acciones; este tipo de conducta en la mayoría de casos reflejan mediante las acciones de los niños, niñas y adolescentes el ataque o *modus vivendi* que procede de los padres, tutores o encargados, carente de valores y principios éticos y religiosos; o bien, puede ocurrir que se vea reflejado la falta de cuidado o vigilancia de quienes tienen esa obligación de cuidado, como lo son los padres, tutores o encargados, también puede ocurrir que estos tan solo realicen cuidados que resulten ser insuficientes para evitar la contravención o comisión de acciones a las cuales la ley las califica como delictivas; siendo importante mencionar que son víctimas porque su educación se verá afectada, ya que quienes resultan ser transgresores de la ley a corta edad, posiblemente carezcan de la misma, o al descubrirse dicha transgresión esta se vea interrumpida o perjudica de su contexto normal.

Posible incidencia para la delincuencia habitual, porque la sociedad ante el daño ocasionado por los niños, niñas y adolescentes que han contravenido la ley tiene una respuesta correctiva o punitiva, situación que incide en su personalidad para inclinarlo hacia una vida delictiva, posible especialización en la vida criminal, porque al iniciar a temprana edad en la comisión de acciones calificadas como delictuosas, las inicia en una edad en formación, y en vez de adquirir educación adopta

conocimiento delictivo.



Inimputabilidad

Las medidas para disminuir el incremento de la delincuencia de las niñas, los niños y los adolescentes, la legislación de Paraguay ha iniciado el combate a este fenómeno implementando las siguientes medidas:

Las medidas socio-educativas, las cuales resultan ser prohibición o mandatos que tienen por fin asegurar y promover el desarrollo y la educación del adolescente, enumerando las siguientes: a) residir en determinados lugares; b) vivir con determinada familia o en determinado hogar; c) aceptar determinado lugar de formación o de trabajo; d) realizar determinados trabajos; e) someterse al apoyo y la supervisión de determinada persona; asistir a programas educativos y de entrenamiento social, reparar, dentro de lo posible, los daños causados por el hecho punible; f) tratar de reconciliarse con la víctima; i) evitar la compañía de determinadas personas; j) abstenerse de concurrir a determinados lugares; k) asistir a cursos de conducción; l) someterse a un tratamiento médico social o a un programa de desintoxicación con acuerdo de los padres o tutor. Destinadas a durar no más de dos años, son empero prorrogables hasta tres años o más, prevista su extinción al finalizar la adolescencia, pueden extenderse hasta la edad de veinte años.

- a. Medidas correccionales,
- b. Medidas privativas de libertad

A nivel nacional, la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia regula el proceso para procesar a niños en conflictos con la ley penal, al respecto, ,



el decreto veintisiete guión dos mil tres (27-2003) del Congreso de la República de Guatemala, en el cual se regular el proceso para la averiguación de la verdad cuando se considera que un adolescente ha incurrido en cometer acciones que violan la ley penal.

2.6 Procesos relacionados con la niñez en la legislación guatemalteca:

2.6.1 El procedimiento común del proceso penal relacionado con víctimas niños, niñas y/o adolescentes

El proceso penal según el Artículo 5 del Código Procesal Penal guatemalteco establece como finalidad la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma. La víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a la tutela judicial efectiva. El procedimiento, por aplicación del principio de debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos.

Cabe destacar que la reforma introducida por el Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala adiciona a los fines del proceso, la tutela judicial efectiva de la víctima o agraviado, debiendo el procedimiento responder a la legítima pretensión de esta última, por lo que el derecho positivo guatemalteco en materia procesal penal abre la discusión interpretativa en relación con la ponderación de principios y garantías procesales referidas al sindicado y al víctima.

El problema interpretativo, se vuelve más profundo, cuando las víctimas del proceso



son niños, niñas y adolescente, pues en ese respecto el Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, establece en el Artículo 2 los siguientes principios que los juzgadores deben observar en este tipo de procesos: Principios. Son principios rectores de la presente ley: a. Confidencialidad: Protege la privacidad y la identidad de las personas víctimas, previéndose la confidencialidad de la información inherente recopilada. b. Protección especial: A todas las personas víctimas se les debe proveer protección individual y diferenciada a fin de garantizar su seguridad y el restablecimiento de sus derechos. c. No Revictimización: En los procesos que regula esta ley, debe evitarse toda acción u omisión que lesione el estado físico, mental o psíquico de la persona víctima. d. Interés superior del niño o la niña: En todas las acciones que se adopten en relación con personas menores de edad, el interés superior del niño o la niña debe ser la principal consideración, garantizando su correcta reintegración en la sociedad, a través del ejercicio, disfrute y restitución de los derechos lesionados, reconociendo a la persona menor de edad como titular de derechos y favoreciéndola en las decisiones que se tomen para ella. e. No discriminación: Toda persona víctima se considerará, en cualquier fase del procedimiento, sea penal o de protección especial, como víctima, sin diferencia de sexo, edad, género, religión, etnia o cualquier otra condición. f. Derecho de participación: Las opiniones y los deseos, de las personas víctimas, deberán ser consultados y tenidos en consideración para tomar cualquier decisión que les afecte. Se han de establecer las medidas necesarias para facilitar su participación, de acuerdo con su edad y madurez. g. Respeto a la identidad cultural: Se reconoce el derecho de las personas víctimas a conservar los vínculos con su cultura y religión en todas las entrevistas, al tener acceso a servicios de atención o procedimientos legales. h. Información: Las personas víctimas deben tener acceso a la información sobre sus derechos, servicios que se encuentren a su alcance y debe brindárseles información sobre el procedimiento de asilo, la búsqueda de sus familia y la situación en su país de origen. i. Proyecto de vida: A las personas víctimas se les brindará medios de forma proporcional a sus necesidades para poder sustentar su proyecto de vida, buscando la erradicación de las causas de su victimización y el desarrollo de sus expectativas. j. Celeridad: Los procedimientos que establece esta ley, deben realizarse con especial



atención y prioridad. k. Presunción de minoría de edad: En el caso en que no se pueda establecer la minoría de edad de la persona víctima o exista duda razonable sobre su edad o de la veracidad de sus documentos de identificación personal o de viaje, se presumirá la minoría de edad. l. Restitución del ejercicio de derechos: La efectiva restitución del ejercicio de los derechos que han sido amenazados o violados y la recuperación de las secuelas físicas y emocionales producidas en la víctima.

Aunado a estos principios el cuerpo legal antes citado en los Artículos 59 y del 62 al 66 complementa figuras procesales tales como el sistema de protección a testigos y el anticipo de prueba como mecanismo procesal en el que se valorará el principio de interés superior del niño como excepción a la regla de procedencia establecida en el Código Procesal Penal de Guatemala.

2.6.2 Procesos de niñez en la legislación guatemalteca

2.6.2.1 Proceso de la niñez y de la adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos (Ley PINA)

Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, en adelante será desarrollada como ley PINA, contiene el proceso de la niñez y de la adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos, misma que está regulada en sus Artículos del 117 al 131, el cual tiene por objeto determinar dictar medidas cautelares a favor de los niños. El proceso contiene una audiencia de conocimiento de hechos en la cual el juez determinara si continúan, se revocan o modifican las medidas cautelares dictadas.



En dicha audiencia se debe velar por el estricto cumplimiento de las siguientes garantías procesales:

- 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 juzgado, debiendo en su caso, estar presente un intérprete.
- b. No ser abrigado en institución pública o privada, sino mediante declaración de autoridad competente, previo agotar las demás opciones de colocación.
- c. Asimismo,, no podrán, bajo ninguna circunstancia, ser internados en instituciones destinadas a adolescentes en conflicto con la ley penal, incurriendo en responsabilidad los funcionarios que no cumplieren esta disposición.
- d. Asistir a las audiencias judiciales programadas, acompañado por un trabajador social, psicólogo o cualquier otro profesional similar.
- e. Recibir información clara y precisa en su idioma materno, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como del contenido y las razones de cada una de las decisiones.
- f. Que todo procedimiento sea desarrollado sin demora.
- g. La justificación y determinación de la medida de protección ordenada. En la resolución en la que se le determine la medida de protección, el juez deberá explicar, de acuerdo a su edad y madurez, el motivo por el cual fue seleccionada esta medida.
- h. Una jurisdicción y reserva de las actuaciones.
- i. La discreción y reserva de las actuaciones.



- j. Tener y seleccionar un intérprete cuando fuere el caso.

- k. A no ser separado de sus padres o responsables contra la voluntad de estos, excepto cuando el juez determine, previa investigación de los antecedentes, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, en caso en que éste sea objeto de maltrato o descuido.

- l. A evitar que sea re victimizado al confrontarse con su agresor en cualquier etapa del proceso.

Asimismo, se debe aplicar los principios de interés superior del niño, Interés de la familia, tutelaridad.

Como ya se manifestó anteriormente el principio de interés superior del niño comprende una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y a la adolescencia.

El interés superior de la familia

Consiste en todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumpliéndose dentro del ordenamiento legal.



El principio de tutelaridad

Comprende según lo regulado en el Artículo 6 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia lo siguiente: "Tutelaridad. El derecho de la niñez y adolescencia es un derecho tutelar de los niños, niñas y adolescentes. Otorgándoles una protección jurídica preferente. Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de carácter irrenunciable. El Estado deberá velar porque los niños, niñas y adolescentes reciban entre otros: velar porque los niños, niñas y adolescentes reciban entre otros:

- a. Protección y socorro especial en caso de desastres.
- b. Atención especializada en los servicios públicos o de naturaleza pública.
- c. Formulación y ejecución de políticas públicas específicas.
- d. Asignación específica de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la niñez y juventud y adolescencia."

Como se dijo con anterioridad, la audiencia de conocimiento de hechos tiene por objeto, confirmar, revocar o modificar las medidas cautelares a favor de los niños amenazados o violados en sus derechos humanos.

Posteriormente a esta audiencia de conocimiento de hechos, hay otra denominada definitiva la cual está regulada en el Artículo 123 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia de la siguiente manera: "Audiencia. El día y hora señalados para la continuación de la audiencia el juez procederá de la siguiente forma:

- a. Determinará si se encuentran presentes las partes.
- b. Oirá en su orden al niño, niña o adolescente, al representante de la Procuraduría General de la Nación, representantes de otras instituciones o terceros involucrados, profesionales, testigos y por último a los padres, tutores o encargados.



- c. Una vez recibida la prueba el juez declarará por finalizada la audiencia.
- d. Inmediatamente después el juez dictará la sentencia valorando la prueba con base en la sana crítica, en la misma se pronunciará y dictará si los derechos del niño, niña o adolescente se encuentran amenazados o violados y la forma como deberán ser restituidos: en la misma confirmará o revocará la medida cautelar decretada. Si por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora se haga necesario diferir la redacción de la sentencia, el juez leerá sólo su parte resolutive y explicará de forma sintética los fundamentos de su decisión. La sentencia se notificará dentro de los tres días siguientes al pronunciamiento de la parte resolutive.
- e. La sentencia deberá llenar los requisitos que establece la Ley del Organismo Judicial.”

En caso de que la declaración fuera positiva, el juez deberá:

- a. Fijar un plazo perentorio en el cual deberá restituirse el o los derechos violados.
- b. Vencido el plazo sin que se haya cumplido con la obligación, se certificará lo conducente al Ministerio Público para los efectos de la acción penal.

El propio juez que dictó la audiencia definitiva será el encargado de velar por su cumplimiento.

Los medios de impugnación aplicables serán el recurso de revisión, por la imposición de medidas, el cual se interpondrá de manera verbal o por escrito dentro de los cinco días siguientes a su notificación y el juez resolverá dentro del mismo plazo. El recurso de revocatoria establece que todas las resoluciones pueden ser revocadas salvo las que pongan fin al proceso. serán interpuestas dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación quien las resolverá dentro de veinticuatro horas. También procede la apelación siendo apelables únicamente los autos definitivos.



En la conferencia el Interés Superior como Principio Rector en Procesos de Niñez y Adolescencia en el marco de la conmemoración del II Aniversario de la Unidad de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal impartido el día diecisiete de febrero del año dos mil quince, por el Doctor Rony Eulalio López Contreras, afirma que la visión de la conceptualización del principio de interés superior del niño, es la siguiente:

- a. Visión infantocentrica (consistiendo está en aquella que prima sobre consideraciones estado- y patnocentricas)
- b. Visión estatocéntrica (Establecer estrategias globales que integraban la seguridad y el desarrollo como la forma de funcionalizar el estado)
- c. Visión Patnocentrica (se privilegia el interés superior de la familia sobre lo que más le favorece a los niños)

Ver Sentencia expediente 11-010159-0007 CO. Resolución No. 2011012458 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las quince horas y treinta y siete minutos del trece de septiembre de dos mil once.

Adolescentes en conflicto con la ley penal

La Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia en su Artículo 132 cuando un adolescente viole la ley penal. El Artículo 23 numeral 1 del Código Penal regula que las personas que aún no han cumplido los dieciocho años de edad se les debe considerar inimputables, por lo tanto,, los adolescentes entre trece y dieciocho años de edad que han violado la ley se les deberá considera adolescentes en conflicto con la ley penal.



Los principios rectores que se deben considerar están regulados en el Artículo 139 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia de la siguiente manera: Principios rectores. Serán principios rectores del presente proceso, la protección integral del adolescente, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad. El Estado, las Organizaciones no Gubernamentales, la Comisión Municipal de la Niñez y a Adolescencia respectiva, y las comunidades promoverán conjuntamente, tanto los programas orientados a esos fines como la protección de los derechos e intereses de las víctimas del hecho.

Asimismo,, las garantías básicas y especiales que se deben aplicar están dispuestas en el Artículo 142 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia y son las siguientes: "...Desde el inicio de la investigación y durante la tramitación del proceso judicial, a los adolescentes les serán respetadas las garantías procesales básicas para el juzgamiento de adultos, además, las que les correspondan por su condición especial. Se consideran fundamentales, las garantías consagradas en la Constitución Política de la República de Guatemala y en las leyes relacionadas con la materia objeto de esta ley. Todas las actuaciones en el proceso de adolescencia en conflicto con la ley penal serán gratuitas y se efectuarán oralmente, de forma sucinta se harán un relato escrito de la audiencia, relación que podrá tomarse taquigráficamente o por otros medios técnicos, según las posibilidades y disposiciones del juzgado. El juez o tribunal en su caso, el fiscal el abogado defensor, el adolescente acusado y las partes procesales deberán asistir personalmente del desarrollo íntegro de todas las audiencias que se señalen."

Principios del proceso:

- a. Derecho a la igualdad y a no ser discriminado
- b. Principio de justicia especializada
- c. Principio de legalidad
- d. Principio de lesividad



- e. Principio de presunción de inocencia
- f. Derecho al debido proceso
- g. Derecho a abstenerse de declarar
- h. Principio "*Non bis in ídem*" al traducirlo del latín, "no dos veces por lo mismo"
- i. Principio de interés superior del niño
- j. Derecho a la privacidad
- k. Principio de confidencialidad
- l. Principio de inviolabilidad de la defensa
- m. Derecho de defensa
- n. Principio de contradicción
- o. Principio de racionalidad y de proporcionalidad
- p. Principio de determinación de las sanciones
- q. Derecho a internamiento en centros especializados

Las audiencias dentro del presente proceso son las siguientes:

La Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, regula el proceso en el cual se determina si un niño ha transgredido la ley, ahora bien, ¿pueden los niños transgredir la ley?, la ley penal sustantiva, contiene una serie de acciones que son típicas, antijurídicas y culpables, de esa cuenta, sin embargo el Artículo 141 de la ley PINA establece que todo lo que no está expresado en esa ley, debe ser aplicado supletoriamente por el Código Penal y el Código Procesal Penal.

La primera audiencia será la primera declaración del adolescente, en la cual el juez tomará las siguientes decisiones: dictar auto de procesamiento o falta de mérito, asimismo, el juez dictará las medidas de coerción para asegurar la presencia del adolescente en el proceso, asegurar las pruebas o bien para proteger a la víctima, al denunciante o testigos para tal efecto puede emitir las siguientes medidas de conformidad con lo establecido en el Artículo 180 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia:



- a. La obligación del adolescente de presentarse periódicamente ante el tribunal o autoridad que el juez designe;
- b. La prohibición de salir del país;
- c. La obligación de someterse al cuidado o vigencia de una persona adulta idónea;
- d. Arresto domiciliario en su propio domicilio o en otro que designe el juez;
- e. Prohibición de concurrir a determinados lugares
- f. Prohibición de comunicarse con personas determinadas; y
- g. Privación de libertad provisional en un centro especial de custodia.

Posterior a su primera declaración se deberá dar un plazo de investigación denominado etapa preparatoria, en la cual el Ministerio Público realizará una investigación y al finalizar la misma arribará a una decisión las cuales pueden ser: sobreseimiento, acusación y apertura a debate, solicitud y prórroga de la investigación, la aplicación del procedimiento abreviado o bien la aplicación de un criterio de oportunidad reglado según lo regulado en el Artículo 194 de la Ley PINA.

Seguidamente, se dará una audiencia intermedia en la cual se discutirá la decisión del Ministerio Público garantizando el derecho de audiencia que corresponde a la defensa, decidiendo el juzgador, en la cual se dicta el auto de apertura a juicio o bien el sobreseimiento o bien, dictando la sentencia del procedimiento abreviado. Asimismo, se determinará si existiere el derecho de las víctimas a requerir la reparación digna según lo regulado en los Artículos 168 de la Ley PINA y 124 del Código Procesal Penal.

Etapa del juicio, este será oral y privado contrario al juicio para los mayores de edad, al respecto, el Artículo 213 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia establece:

El debate será reservado y se regirá, en cuanto sea aplicable, por el Código Procesal Penal. Al inicio, el juez instruirá al adolescente sobre la importancia y el significado del



debate. Cuando sea necesario tratar asuntos que puedan causarle perjuicio psicológico, el juez, previa consulta a éste, a su defensor y a las partes, podrá disponer su retiro transitorio de la audiencia. El adolescente podrá comunicarse en todo momento con la defensa, de manera que deberá estar ubicado a su lado. En lo posible la sala de audiencia estará acondicionada de conformidad con el fin educativo que persigue este procedimiento especial.

Al finalizar el debate, el juez solamente dictará una sanción y no una pena o una falta de hallarse culpable el adolescente sometido a este procedimiento por haber violado la ley penal, discutiéndose la idoneidad de la sanción, debiendo el juez determinar el grado de exigibilidad y justificación de la sanción impuesta debiendo estar presente un psicólogo y un pedagogo.

Para el efecto, se procederá con los siguientes garantías especiales para la aplicación de la sanción según lo regulado en el Artículo 222 de la Ley PINA: Principios rectores. La resolución definitiva se ajustará a los principios generales que orientan esta Ley; y en particular a los siguientes: a. La respuesta a los adolescentes en conflicto con la ley penal, será siempre proporcional a las circunstancias y a la gravedad del hecho, el grado de exigibilidad y sus circunstancias y necesidades. Las sanciones de privación de libertad deberán ser siempre fundamentadas y se reducirán al mínimo posible; b. El respeto de sus derechos humanos, su formación integral, su inserción familiar y social y su identidad personal y cultural; c. La privación de libertad solo se impondrá como sanción de último recurso, previa justificación de la inexistencia de otra respuesta adecuada y siempre que concurren las causales señaladas en el Artículo 252 de esta ley.



Los tipos de sanciones señaladas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia serán las siguientes de conformidad con lo establecido en el Artículo 238 de la siguiente forma:

- a. Sanciones socioeducativas:
- b. Ordenes de orientación y supervisión
- c. Ordenar el internamiento terapéutico del niño, niña o adolescente o el tratamiento ambulatorio en un centro especializado de salud, público o privado, para desintoxicación o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.
- d. Privación del permiso de conducir
- e. Sanciones privativas de libertad, las cuales pueden ser privación de libertad domiciliaria, privación de libertad durante el tiempo libre, privación de libertad en centros especializados durante fines de semana, comprendido desde el sábado, de las ocho horas, hasta el domingo a las dieciocho horas; privación de libertad en centros especializados de cumplimiento en régimen abierto, semi-abierto o cerrado.

En el último de los casos, la sanción de privación de libertad del adolescente durará un periodo máximo de seis años para adolescentes entre los quince y los dieciocho años, y de dos años para adolescentes entre los trece y quince años de edad.

Ejemplos:

1. Un adolescente que tiene una edad entre quince y dieciocho años de edad, es sancionado por haber transgredido el tipo penal de violación con agravación de la pena, debe ser sancionado como máximo a seis años de privación de libertad; y
2. Si hubiese sido un adolescente entre trece a quince años de edad el cual fue sancionado por haber transgredido el tipo penal de violación con agravación de la pena, debe ser sancionado como máximo a dos años de privación de libertad.



2.7 Relación con principios, derechos y garantías de carácter constitucional frente al principio de interés superior del niño

2.7.1 Principios generales

Los principios generales del derecho en sentido estricto según Norberto Bobbio son las tres interrogantes siguientes: cuál es la naturaleza, el origen y el fundamento; teniendo los tales el carácter de normas, desechando que son construcciones doctrinales, de la misma forma este autor también niega la tesis de que son orientaciones e ideales de política legislativa, y sus razones son las siguientes: “*confunde el procedimiento de que el jurista o el juez se valen para formular los principios generales, con la función de estos últimos*”.⁶⁴

Para Grisuly, los principios generales del derecho son: los obtenidos mediante generalizaciones sucesivas de las normas particulares, por lo que resulta imposible considerar que, cuando llegan a cierto grado de generalidad, cambien de naturaleza, es decir, dejen de ser normas.⁶⁵

Para García Máynez, tienen carácter de normas, pues solo así pueden cumplir con labor de integración de la ley, o sea solo así pueden subsanar la imprevisión del ordenamiento jurídico, las lagunas que en el mismo se encuentran, además de que el juzgador necesariamente tiene que fundamentar sus resoluciones en la norma.⁶⁶ “Giorgio de Vecchio, expresa: “*Los principios generales del Derecho emanan de la razón jurídica natural y representan al mismo tiempo las directrices fundamentales del sistema Positivo*”⁶⁷

⁶⁴ E. García. *Filosofía del Derecho*. México: Editorial Porrúa . 1974. Pág. 312

⁶⁵ Ídem. Pág. 313

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ G. Vecchio. *Los principios generales del derecho.. Prólogo de Felipe Clemente de Diego*. 3a. Ed. Barcelona: Ed. Bosch. 1971. Págs. 79 y 80.



Para García Máynez, no pueden “*existir esos principios equívocos que pueden determinar en cada caso qué principios integran dicho conjunto*”.⁶⁸

De la misma forma, para Noberto Bobbio, los principios generales del derecho pueden clasificarse de la siguiente manera: “*a. Principios Generales de derecho sustancial; b. Principios Generales de Derecho Procesal; y c. Principios Generales de organización*”.⁶⁹

Para el mismo autor también se clasifican según la función que realizan:

- *“Interpretativas o hermenéuticas, las cuales consisten en fijar, de acuerdo con alguno de los citados principios, el sentido de tal o cual expresión jurídica.*
- *La integradora de los vacíos de las fuentes formales;*
- *La directiva, propia de los principios constitucionales de tipo programático destinados a orientar la actividad del legislador y de los órganos inferiores de producción jurídica;*
- *La limitativa, que corresponde, verbigracia a los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado, respecto de las disposiciones legislativas emanadas de las regiones”*⁷⁰

De esa cuenta se puede arribar a la conclusión de que el principio de interés superior del niño, debe de aplicarse en congruencia con todos los principios generales del Derecho.

⁶⁸ E. García Máynez. *Filosofía del Derecho*. Ob. Cit., Pág. 317

⁶⁹ E. García Máynez. *Filosofía del Derecho*. Ob. Cit., Pág. 319

⁷⁰ *Ídem*. Pág. 320



2.7.2 Principio de Supremacía

Este principio supone que las normativas en materia constitucional son superiores a cualquier otro ordenamiento jurídico, al respecto, el Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en su segundo párrafo regula: Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

A ese respecto, la Corte de Constitucionalidad ha dictado una sentencia el primero de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, bajo el expediente No. 330-92, página No. 7, el cual reza a la letra de la siguiente manera: "...Uno de los principios fundamentales que informa al Derecho guatemalteco, es el de supremacía constitucional, que implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho. La super legalidad constitucional se reconoce, con absoluta precisión, en tres Artículos de la.." en el mismo sentido los Artículos 175 y 204 de la Carta Magna regulan que derechos y principios establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala deben observarse con mayor jerarquía que los dispuestos en leyes ordinarias, de esa cuenta el Artículo 46 de la Constitución Política, establece lo concerniente a la Preeminencia del derecho Internacional el cual instituye lo siguiente: "Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de fecha diecinueve de octubre de mil novecientos noventa bajo el expediente número doscientos ochenta y nueve, página noventa interpreta lo siguiente: "...esta Corte estima conveniente definir su posición al respecto. Para ello parte del principio hermenéutico de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que



cada parte debe determinarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser 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 esa 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 sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la 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 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. (Artículos 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...”

En síntesis, el principio de interés superior del niño por ser una norma internacional de Derechos Humanos jerárquicamente debe ser paralela a una norma Constitucional por ser una norma convencional, derivado de que está contenida en el Artículo 3 de la



Convención Sobre los Derechos del Niño, en consecuencia su observancia establece supremacía en cualquier decisión que se deba optar al respecto.

2.7.3 Principio de funcionalidad

Este principio básicamente establece las estructuras del poder del Estado, a partir de la división de los poderes dentro del mismo. Partiendo de esta concepción es importante mencionar que el Principio de Interés Superior del Niño, se dirige desde estos tres puntos de vista, legislativo, ejecutivo y judicial.

2.7.4 Principio de concentración

Como su nombre indica, el principio de concentración consiste en la concentración del mayor número posible de actuaciones. Puede referirse solamente a la práctica de los medios probatorios o a la exposición de los hechos y a la subsiguiente prueba. A nadie se le oculta las ventajas que puede suponer la reunión de diversas actuaciones. A las partes les permite alegar, contestar, probar y concluir sobre la marcha, con la frescura de la información reciente, a la vista de los hechos y de las pruebas de la contraria. Al tribunal le facilita la valoración del material fáctico y probatorio aportado por los sujetos procesales, unido, como vimos antes, a la intermediación.

2.7.5. Principio de unidad

Este principio se refiere a que cualquier disposición que modifique o reforme cualquier disposición debe referirse a una misma materia, es decir, que en materia de niñez cualquier disposición que lo reforme o derogue debe de observarse el principio de interés superior del niño.



2.7.6 Principio de razonabilidad

Este principio de razonabilidad implica que las leyes que establecen derechos y deberes, y los decretos reglamentarios no deben ser contrarios a las leyes que lo rigen.

2.7.7 Principio de estabilidad

Todo en materia de niñez y de adolescencia debe de gozar de estabilidad sobre todo en materia de familia, los niños deben crecer en un ambiente estable, saludable, garantizando así su sano desarrollo como personas

2.7.8 Principio de Efectividad

Todo ordenamiento jurídico debe ser eficaz para ser válido, constituye, por sí mismo, una norma positiva. Trátese de efectividad el derecho constitucional.

2.8 Principios que constan en la Constitución de carácter positivo

2.8.1 El derecho de defensa

Concepto

El proceso penal es el único instrumento para actuar en el Derecho Penal, al que han de someterse, tanto el Estado como el ciudadano. Frente al derecho a la acusación, el ordenamiento jurídico inevitablemente ha de reconocer un derecho de signo contrario: el derecho del sujeto pasivo del proceso, del acusado o del imputado, a obtener también la tutela efectiva por medio de una adecuada defensa, derecho a repeler esta agresión que pone en riesgo sus bienes jurídicos más importantes, entre ellos, su libertad. Al respecto, el Artículo 5 del Código Procesal Penal establece que la víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales tienen derecho a la tutela judicial efectiva. Es decir, que la invocación del derecho de defensa no es solo para el imputado sino que se extiende a la víctima o al agraviado.



El derecho de defensa, reconocido como derecho fundamental por la Constitución Política de la República de Guatemala, exige un presupuesto básico: la audiencia del imputado, y el derecho que tiene el agraviado aun cuando no se constituya como querellante adhesivo a ser informado sobre los derechos que le asisten en el proceso penal, la contradicción procesal, con objeto de articular su adecuada intervención en el proceso, para lo que es requisito imprescindible conocer la acusación formulada.

El titular del derecho de defensa, derecho fundamental e inalienable, es el propio imputado la víctima o él agraviado, aunque su ejercicio puede llevarse a cabo tanto por ellos mismos como por un abogado defensor, y a tal fin se reconoce el derecho a hacerse asistir de un abogado.

Es importante considerar que el derecho de defensa para el imputado es de observancia obligatoria, toda vez que todo ser humano es susceptible de ser perseguido penalmente, sobre todo en los casos en los cuales existe un gran número de personas inocentes las cuales deben soportar un proceso penal el cual tiene un carácter eminentemente coercitivo, y que en la mayoría de los casos se le priva de libertad antes de ser declarado culpable, por existir peligro de fuga u obstaculización a la averiguación de la verdad, o por imperativo legal de conformidad con lo preceptuado en el Artículo 264 del Código Procesal Penal, el cual establece que si se dictó auto de procesamiento en contra de una persona por los tipos penales de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado, si la persona es reincidente o delincuente habitual. Es en este tipo de casos donde la persona tiene todo el derecho a defendido y a ser auxiliado por un defensor técnico que garantice que en efecto esta persona va a ser sometida a un proceso penal justo.

En cuanto al contenido de la víctima propiamente dicha, esta también tiene el derecho a ser informada de toda la actividad que realiza el Ministerio Público, pues antes de la



reforma del Decreto 18-2010 del Congreso de la República de Guatemala, el Ministerio Público no informaba ni siquiera el resultado de un proceso penal, es más la víctima era considerada únicamente como un objeto de prueba para solución de proceso penal, ahora el Ministerio Público no puede decidir por si solo si va a otorgar un beneficio al imputado o procesado, antes debe consultar primero a la víctima o agraviado si está de acuerdo en la toma de dicha decisión.

La defensa como derecho fundamental

El derecho de defensa es reconocido de forma constitucional, toda vez que está reconocido en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala; el derecho de defensa es entendido como una garantía que toda persona tiene para ampararse o protegerse frente a un señalamiento de cualquier naturaleza.

El derecho de acceso al proceso penal

El primer derecho que se ha de reconocer al sujeto pasivo en materia penal es el de poder acceder al proceso, a fin de que ejercite tanto su defensa técnica como material, para poder ser escuchado, pero previamente debe ser informado, tal y como lo establece el Artículo 13 de la Constitución Política de la República de Guatemala, toda vez que no se puede dictar auto de procesamiento si el imputado no ha sido informado a fin de hacer efectiva su derecho de defensa. El derecho de acceso al proceso penal se extiende a todas las instancias del proceso penal.

En segundo lugar, exige también el referido derecho fundamental que dicha posibilidad de acceso sea “efectiva”, por lo que el ciudadano sometido a una institución penal habrá de poder tomar conocimiento de la previa existencia del proceso, para lo cual se hace obligado la comunicación personal de los actos que tengan por objeto su comparecencia.



Dicha comunicación, sobre los hechos que han dado lugar al proceso penal, ha de ser clara y precisa, pues se vulneraría el derecho a la defensa si trasladaran al imputado expresiones genéricas o inconcretas, es decir, que la manera en que ha de ser informado debe ser sencilla, clara y en su idioma de origen, los Artículos 81 y 90 del Código Procesal Penal han previsto estas circunstancias.

El incumplimiento, por otra parte, del derecho a un proceso “sin dilaciones indebidas” exige acudir a los medios de comunicación más rápidos para hacer llegar la existencia del procedimiento al imputado.

Dicho derecho puede ser concebido en el concepto de los “derechos u obligaciones de carácter procesal”, dado que puede originar la preclusión del acto de comparecencia asimismo, y puede generar efectos desfavorables tales como la rebeldía.

Otro aspecto que es importante considerar es que el imputado en materia penal puede abstenerse de declarar mientras que en materia civil se pueden generar efectos negativos, el Artículo 82 numeral 2 del Código Procesal Penal, señala que el sindicado tiene el derecho a elegir si va a declarar o no.

El acceso del imputado a las actuaciones del proceso penal debe comenzar por permitirle conocer el contenido de las diligencias.

Asimismo, el Código Procesal Penal en el Artículo 117 regula que, la víctima también deberá ser informada de todo cuanto ocurra en el proceso penal.

Asimismo, en el Artículo 356 del Código Procesal, establece que el debate será público, podrá ser parcial o totalmente cerrado solo en las siguientes circunstancias:

1. Afecte directamente él pudo, la vida o la integridad física de alguna de las partes o de persona citada para participar en él;
2. Afecte gravemente el orden público o la seguridad del Estado;
3. Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible;
4. Esté previsto específicamente;
5. Se examine



a un menor, si el tribunal considera inconveniente la publicidad, porque lo expone a un peligro.

El Artículo 11 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, establece la privacidad de la identidad de la víctima y la de su familia, sin embargo el imputado tiene derecho a ser informado de todo lo contenido en las actuaciones con esta última circunstancia, es decir, que su derecho a ser informado no se pierde por esta disposición.

El ejercicio del derecho de defensa la autodefensa y la defensa técnica

Para el imputado el derecho de defensa se articula y ejerce de la siguiente manera: este se confía a un abogado de su confianza, y a falta de este a un abogado defensor de oficio el cual va a ser designado por el tribunal a más tardar antes de su primera declaración, de conformidad con lo establecido en el Artículo 91 del Código Procesal Penal.

Para la víctima o el agraviado el Artículo 117 y 118 del Código Procesal Penal, establece que puede constituirse como querellante adhesivo hasta antes de que se presente el acto conclusivo por parte del Ministerio Público, y va a ser asistido por un abogado director, en este caso no siempre se le va a conceder a la víctima o agraviado la posibilidad de ser asistido por abogado defensor gratuito, salvo en los casos establecidos en la ley contra el femicidiu otras formas de violencia contra la mujer, el Artículo 19 de dicha ley regula lo siguiente: Asistencia legal a la víctima. El Estado tiene la obligación de brindar la asistencia legal en forma gratuita a la víctima o a sus familiares, debiendo proporcionarles lo servicios de una abogada defensora pública o abogado defensor público, para garantizar el efectivo ejercicio de sus derechos.

El Artículo 11 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala establece que la víctima de los delitos contenidos en esta ley (violación, agresión sexual, explotación y trata de personas) tienen derecho a asistencia legal y a intérprete.



Si la víctima fuera una persona menor de edad de conformidad con lo establecido en el Artículo 117 del Código Procesal Penal, este será representado por sus padres, o bien por la Procuraduría General de la Nación de ausencia de los primeros, según lo regulado en el Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala.



El derecho a la asistencia de abogado

Se reconoce constitucionalmente el derecho a la asistencia de abogado, garantizado tanto en las diligencias policiales como en las judiciales.

Justamente por su formulación normativa; asistencia, la actuación del defensor no puede entrar en colisión con la voluntad del defendido, ya que el abogado que asume la defensa es un “*alter ego*” procesal, algo así como el oído y la boca jurídicas del imputado. El abogado defensor es llamado a colaborar con el imputado en el ejercicio del unitario derecho de defensa, y con ello se explica que el defensor deba gozar de total autonomía frente al juez y de una autonomía relativa o limitada frente al defendido, que no puede ser despojado o expropiado de su derecho de defensa.

El derecho de defensa y su relación con el principio de interés superior del niño

En Guatemala, se han hecho logros impresionantes en cuanto al principio de interés superior del niño, sin embargo hay críticas que se han hecho manifiestas, en cuanto a la vulneración del derecho de defensa, como excusa de la aplicación del principio de interés superior del niño, a continuación señalo alguna de ellas: El Artículo 8, segundo párrafo de la ley del Sistema de Alerta Alba Keneth, Decreto 28-2010 del Congreso de la República de Guatemala, establece el funcionario o empleado público que estando obligado por la presente ley, omita o se niegue a ejecutar las acciones inmediatas de búsqueda, localización y resguardo de una persona menor de edad, será destituido inmediatamente de su cargo, sin perjuicio de las responsabilidades penales.

La ley del sistema de Alerta Alba Keneth, es una ley que tiene como objeto la localización y resguardo inmediato de niños sustraídos y desaparecidos, descansando en el principio de interés superior del niño y celeridad; dicha ley es un gran avance para evitar fenómenos criminales como la trata de personas, y fortalece el sistema de búsqueda de los niños que de una u otra forma han sido alejados del seno materno, sin



embargo, este imperativo de destituir inmediatamente a un funcionario público de su cargo, vulnera sus derechos de defensa, debido a que la ley solo indica inmediatamente debe de iniciar planes de búsqueda, no obstante todo lo anterior hay casos en los que surge una sobrecarga de trabajo, sobre todo porque la ley incluye todo niño, niña o adolescente, y es de todos sabido que los jóvenes en la edad adolescente, tienden a abandonar sus casas en búsqueda de conocer el mundo, y muchas veces esas salidas son sin el consentimiento de los padres, lo que produce que acudan a las autoridades para su pronta localización, y el sistema debe de iniciar los planes de búsqueda inmediata para cumplir con el principio de interés superior del niño, sin embargo cuando este trabajo se recarga, los funcionarios públicos no pueden atender todos los casos al mismo tiempo produciendo consecuencias graves en el ejercicio de sus funciones, y todas las excusas que estos puedan tener no son atendibles pues la ley solo establece que serán destituidos inmediatamente de su cargo, no les da la oportunidad a que rindan un informe para establecer porque causas no pudieron iniciar la pronta localización de un niño, niña y adolescente, hay que tomar en cuenta que la población guatemalteca ha crecido de gran manera y generalmente los recursos humanos dentro de las instituciones siguen siendo los mismos.

Este es un claro ejemplo en el que se produce una vulneración al derecho de defensa, con la excusa de hacer valer el principio de interés superior del niño, sin embargo olvidamos que dicho funcionario es una persona concedora del sistema de búsqueda y que en el ejercicio de sus funciones ha ayudado a un gran número de niños, y que puede ser jefe de familia y sus propios hijos puedan ser recibir las consecuencias de una decisión tan drástica como la existente en esta ley; en este caso se debe respetar el derecho de defensa del funcionario público, el principio de interés superior estará más fortalecido si no se vulnera el derecho de defensa, ya que las consecuencias de destituir de esa forma a un funcionario público, puede producir que una persona sin conocimientos tenga que realizar las labores de búsqueda ya aprendidas por el funcionario destituido y este no cumpla nuevamente con el trabajo realizado y este ser destituido, siguiendo un círculo interminable de destituciones, trayendo como consecuencia que ningún niño pueda ser atendido de la forma que este se merece; si



bien es cierto, que esta clase de medidas es para hacer cumplir a empleados y funcionarios públicos irresponsables, también es cierto que dentro de las instituciones hay personal que tiene espíritu de servicio, y que por una factor ajeno a su voluntad puede no cumplir tal y como lo esperamos una labor de búsqueda, situación que puede llegar a ser comprensible si respetamos su derecho de defensa, y fortalecemos al mismo tiempo el principio de interés superior del niño.

El Artículo 134 segundo párrafo de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, establece que:...igualmente se aplicará cuando los adolescente (refiriéndose a los adolescentes en conflicto con la ley penal) serán acusados después de haber cumplido la mayoría de edad; siempre y cuando el hecho haya ocurrido dentro de las edades comprendidas para aplicarles esta ley.

En estos casos también se vulnera el derecho de defensa, pues adultos que cometieron delitos en su adolescencia, tendrán que cumplir una sanción en centros especializados para adolescentes de conformidad con lo establecido en el Artículo 159 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de Adolescencia. En este caso en particular también se considera que en la búsqueda de fortalecer el principio de interés superior de los niño, vulnerando el de defensa solo trae como consecuencia, que este en vez de ser nutrido jurídicamente, lo mitigue, pues se vulnera el principio de defensa de los adolescentes que cometieron hechos delictivos y están pagando una sanción, al recibir a un adulto en un centro de privación especial para adolescentes, es decir, que el tener a un adulto en un centro de privación de adolescentes vulnera el derecho de defensa de los adolescentes, pues estas personas por su edad están en una relación desigual de poder contrario al de los adolescentes, y que el pretender que se está velando por el principio de interés superior del niños de estos adultos que cometieron delitos en su infancia, vulnera el principio de defensa y de interés superior del niños de los reclusos en centros de privación especializados para adolescentes. Por lo que las instituciones deberán de velar por un centro para adultos que cometieron hechos delictivos en su niñez, respetando que estos deberán ser sancionados únicamente y penalizados por haberse cometidos estos hechos delictivos en su minoría de edad.



Asimismo, han surgido críticas cuando se ha vulnerado el principio de Interés Superior del Niño, en un exceso a los límites de protección al derecho de defensa, veamos algunos ejemplos.

El Artículo 10 del Código Penal establece la relación de causalidad que debe de existir entre los hechos previstos en las figuras delictivas para atribuirse a su autor, para tales efectos el derecho penal exige la determinación de tiempo, lugar, modo y la persona que cometió dichas acciones delictuosas. En este caso en concreto se ha visto que los niños cuando son víctimas de acciones en su contra por estar en una etapa de aprendizaje será muy difícil que nos den días, horas y lugares de la comisión de los mismos, al respecto, los defensores de los derechos de los niños han hecho valer estos extremos sentándose doctrina al respecto, sentencia de fecha 14 de mayo de 2013 bajo la causa 108-2013 dictada por la Corte Suprema Justicia, sienta jurisprudencia y al respecto, dice: *“Carece de sustento jurídico, el reclamo del recurrente respecto a la falta de fundamentación de la sentencia de segundo grado, si la Sala de Apelaciones con sus propios conceptos y razonamientos responde el agravio que le ha sido hecho de su Conocimiento. Este es el caso cuando, la Sala de Apelaciones con fundamento en la ley y con Criterio legal explica al apelante que, el hecho de no señalar el tiempo en que ocurrió la comisión del delito, conforme la dogmática no es motivo de anulación de la sentencia, específicamente en los delitos de violación cuando son niños los que la sufren, pues éstos por su edad y el impacto que les provoca el haber sido objeto de tal abuso, en muchas ocasiones se les hace difícil recordar con exactitud las condiciones de tiempo y lugar de la comisión del delito...”*

Niños objeto de prueba en tipos penales que protegen los bienes jurídicos tutelados, vida, libertad e indemnidad sexual de la persona. Partiendo del protocolo que utiliza el Ministerio Público para realizar la investigación, de conformidad con lo establecido en el Artículo 8 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, debe existir una oficina de atención a la víctima derivado de que dicha disposición establece que Ministerio Público está obligado a dirigir sus acciones tomando en cuenta los intereses de la víctima, debiendo brindarle amplia asistencia y respeto. No obstante lo anterior, el acto introductor para



este proceso de investigación inicia con una denuncia, en la cual por regla general es la víctima quien denuncia, es decir debe declarar ante un extraño que acaba de ser violada o violado, o dañada o dañado en alguna parte de su cuerpo, posteriormente es referido a una psicóloga o psicólogo, quien también resulta ser un extraño al cual se cuenta nuevamente lo sucedido, al pasar del psicólogo es referido inmediatamente a un médico forense del Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF) quien nuevamente vuelve a requerir una historia completa del asunto, y a examinar su cuerpo; el proceso es asignado a un fiscal de investigación para que este solicite su declaración, hasta este momento una víctima de violencia sexual ha contado su historia a 4 personas distintas y que no conocía, posteriormente el mismo solicita que vaya con un psicólogo de INACIF porque el primero era un psicólogo de atención a la víctima, nuevamente es llamado por la fiscal para que amplíe su declaración, con esta es la sexta vez que la víctima declara, si el caso se refiere a un niño o niña, este proceso resulta ser abrumador y cansado, ya que deben esperar en cada una de las diligencias muchas horas de trabajo, si a esto sumamos que deben declarar en un debate oral y público, donde van a ser cuestionados sobre los acciones de las cuales fueron víctimas. En síntesis una víctima de violencia sexual declara por lo menos ocho veces y como ya se indicó casi siempre es ante uno o varios extraños, es decir, el Ministerio Público en un proceso de esta naturaleza llega a contar con unos tres o cuatro dictámenes que resultan ser sus medios de prueba, sin embargo cada uno de estos han tenido como evaluados a la misma persona, arribando a la conclusión que el niño o niña que ha sido víctima se convierte el principal objeto de prueba. Mismo que debe ser sometido a un contradictorio desde todos los ángulos de la percepción a fin de garantizar el derecho de defensa de quienes son sindicados de estos casos. Por esta razón considero que el proceso de investigación en una víctima que ha sido dañada en su integridad la cual resulta ser el principal objeto de prueba dentro del proceso penal, y que debe ser sometida a contradictorio y cuestionamientos por parte de la defensa de quien es sindicado. En estos tipos de casos el principio de interés superior del niño suele ceder frente al de defensa.

También se pueden citar ejemplos, en los cuales se han respetado el derecho de



defensa y se ha hecho valer el principio de interés superior del niño.

En Guatemala se han tenido muchos alcances para la protección de la víctima, el Acuerdo 16-2013 que contiene el Instructivo para el Uso y Funcionamiento de la Cámara Gessell, Circuito Cerrado y otras Herramientas para recibir las Declaraciones de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas y/o Testigos tiene como objeto que a los mismos, se les garantice un trato digno y acorde a su edad, particularmente en los procesos de persecución penal y de protección integral; debiendo aplicarse las técnicas y procedimientos adecuados para la entrevista, declaraciones y pruebas anticipadas; con atención especializada, observando el interés superior del niño, en forma libre, íntegra y espontánea, evitando de esta manera un mayor grado de victimización. Para tales efectos en el segundo nivel de la torre de tribunales (ubicada en la veintiuna calle siete guion setenta, zona uno, centro Cívico, Ciudad de Guatemala) se ha diseñado una cámara de gessell, que incluye una habitación dividida por un espejo polarizado, de un lado de dicho espejo se puede observar que hay un área de juegos, y mesas de colores, en dicho espacio se encontrará el NNA testigo con una psicóloga quien le ira explicando las preguntas, que le formulen los abogados, jueces y fiscales a los cuales el niño no observa porque ellos están del otro lado del espejo en una estancia muy parecida a una sala de juicios, y las preguntas se harán llegar a la psicóloga por medio de un micrófono que solo ella escucha.

De esta manera se pretende proteger el principio de interés superior del niño, evitando ser re victimizado sin ser expuesto a personas desconocidas para obligarlo a contar todo aquello de cual fue víctima, sin ningún tipo de intimidaciones o manipulaciones; y del otro lado se encuentra la defensa de aquel quien está siendo sindicado de este delito, haciendo valer su derecho de defensa y cuestionando la declaración de la niña, del niño o adolescente.

A mi juicio este es un ejemplo de cómo se puede aplicar el principio de interés superior del niño sin vulnerar el derecho de defensa, y su vez se puede hacer valer el derecho de defensa sin vulnerar el principio de interés superior del niño.



2.8.2 Principio del debido proceso

Concepto

El debido proceso es un principio legal por el cual el Estado debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley. El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez. El debido proceso establece que el gobierno está subordinado a las leyes del país que protegen a las personas del estado. Cuando el gobierno daña a una persona sin seguir exactamente el curso de la ley incurre en una violación del debido proceso lo que incumple el mandato de la ley.

2.8.2.1 Relación con otros principios

Prohibición de la analogía: el Artículo 14 párrafo segundo del Código Procesal Penal, dispone que: las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan al ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades..

Fundamentación de las sentencias: el Artículo 11 bis del Código Procesal Penal establece que: ...los autos y sentencias contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión, su ausencia constituye un defecto absoluto de forma.

Más adelante también establece que la fundamentación ha de expresar los motivos de hecho y de derecho en que basará su decisión de la misma forma también se debe de referir a si otorga o no valor probatorio a los medios de prueba diligenciados en el debate, si la resolución carece de fundamentación viola el derecho constitucional de defensa y de la acción penal.



Determinación de la Ley Penal: El Artículo 2 del Código Procesal Penal establece que: no podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto, es nulo lo actuado e induce responsabilidad del Tribunal.

En conclusión se arriba a que el debido proceso penal es: el conjunto de etapas formales secuenciadas e imprescindibles realizadas dentro un proceso penal por los sujetos procesales cumpliendo los requisitos prescritos en la Constitución con el objetivo de que: los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada no corran el riesgo de ser desconocidos; y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente.

Antecedentes

Para comprender el significado de este principio o garantía como la denominan otros autores, para autores como Juan Francisco Linares "*La garantía del Debido Proceso tiene su origen en el derecho Inglés Medieval, ya que constituye una síntesis de la Carta Magna trasplantada a las colonias inglesas*".⁷¹ El cual según el mismo autor puede dividirse en dos fases:

- a. El debido proceso desde el punto de vista procesal: constituye el conjunto de reglas y procedimientos que el legislador y el juez deben de observar cuando se hace cumplir la ley.
- b. Desde el punto de visto sustantivo: El debido proceso, es el modelo de justicia con el cual la Constitución limita al legislador y la ley a los órganos judiciales a fin de evitar que estos abusen de poder, produciendo con ello la restricción a la libertad de los individuos.

⁷¹ E. Quisbert Huanca. *Principios Constitucionales*, apunte número cinco, Impreso en Bolivia, 2006.



El término procede del derecho anglosajón, en el cual se usa la expresión "*dueprocess of law*" (traducible como "debido proceso legal"). Procede de la cláusula treinta y nueve de la "Magna Carta Libertatum" (Carta Magna), texto sancionado en Londres el quince de junio de mil doscientos quince por el rey Juan I de Inglaterra, más conocido como Juan sin Tierra. Cuando las leyes inglesas y americanas fueron divergiendo gradualmente, el proceso debido dejó de aplicarse en Inglaterra, pero se incorporó a la Constitución de los Estados Unidos.

Partiendo de la constitución Política de la República de Guatemala, y al analizar su concepto, el debido proceso debe observarse en todas las ramas del derecho, civil, laboral, mercantil y penal. Asimismo, el debido proceso, se relaciona estrechamente con los derechos humanos, asimismo, en materia internacionales, los Tratados internacionales de derechos humanos, se consagra los requisitos que debe reunir el debido proceso, es así que en el Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que: toda persona tiene Derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus Derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia Penal.

Asimismo, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículo 26, establece que: Toda persona acusada de delito tiene el derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por Tribunales anteriores establecidos de acuerdo con leyes preexistentes.

El Pacto de San José Costa Rica también consagra el debido proceso, cuando establece en su Artículo 8, apartado primero: que toda persona tiene Derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligación de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier



otro carácter.

El Artículo 14, apartado primero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos disponen: toda persona tendrá derecho a ser escuchada públicamente con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o por la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil.

Para los derechos humanos, debido proceso, es un gran avance, toda vez, que si analizamos la historia del Derecho Penal podemos encontrar ejemplos, de las personas halladas culpables en la antigüedad, a las mismas se le aplicaban fuertes castigos o bien una pena de muerte cruel, por lo tanto, este principio permite el respeto a derechos mínimos y fundamentales de los sujetos procesales y por ende de sus derechos humanos.

Cada uno de los Artículos antes mencionados contienen garantías que tienen como común denominador el procurar la existencia, no solo de un proceso legal, sino también de un proceso justo que permita al Estado el ejercicio del poder penal y al imputado la oportunidad de defenderse. Del conjunto de estos Artículos se derivan de los requisitos esenciales del debido proceso, para Carlos Enrique Edwards,⁷² las cinco categorías se pueden dividir de la siguiente manera: a) Juez Natural, b) Derecho a ser oído, c) Duración razonable del proceso, d) Publicidad del proceso y e) Prohibición del doble Juzgamiento.

El Artículo 3, del Código Procesal Penal, establece lo siguiente: la imperatividad. Los Tribunales y los sujetos procesales no podrán variar las formas del proceso, ni la de sus diligencias o incidencias.

⁷² C. Edwards. *Garantías Constitucionales en materia Penal*. Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1996. 157-178



Para Osvaldo Alfredo Gozaini el Debido Proceso no se trata de cumplir un trámite cualquiera o dar la apariencia ordenada y simplista de procedimientos reglados (donde importa más la forma que el contenido), *"sino de garantizar que no se prive a ningún individuo de la oportuna tutela de sus derechos fundamentales y que la sentencia que se dicte, con base en un proceso, sea fundada y en fiel cumplimiento de los principios supremos que se exigen en un Estado de Derecho"*⁷³

En síntesis podemos decir que debido proceso es el principio que incluye el cumplimiento de todas las garantías necesarias para cumplir con el objeto del Derecho Penal, que es la averiguación de la verdad, pero esta se alcanzará únicamente por medio del proceso, cumpliendo las condiciones que este impone para su recto cumplimiento.

Más adelante mencionarán estas garantías mínimas que debe de cumplirse en respeto al principio del debido proceso. Pero que se enumeran a continuación:

Principios del Debido Proceso

a. Principio de legalidad, regulado en el Artículo 1 y 2 del Código Procesal Penal. El principio de legalidad en una concepción amplia, es proceder como la ley lo establece y en virtud del cual el Estado puede aplicar el *iuspuniendi* por medio de una sentencia firme dictada por un tribunal competente a cargo de jueces imparciales e independientes. Es un proceso legal en el que se absorben las garantías y formas esenciales y los procedimientos previos a una ley anterior. Según Claus Roxin,⁷⁴ "Este principio significa limitar al poder judicial en lo penal", es decir, establece que no debe haber pena sin una ley que previamente establezca la punibilidad del hecho;

⁷³ O. Gozaini. *Derecho Procesal Constitucional Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Editorial de Belgrano. 1999. Pág. 82.

⁷⁴ R. Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. España: Editorial Civitas. 1997. Pág. 60.



- b. Observancia de la detención ilegal, su asidero legal se encuentra en el Artículo 6 de la Constitución Política de la República de Guatemala;
- c. No hay proceso sin ley, fundamentado en el Artículo 2 del Código Procesal Penal;
- d. La independencia e imparcialidad de los jueces, regulado en el Artículo 7 del Código Procesal Penal;
- e. Presunción de inocencia, dicho principio está fundamentado en el Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala;
- f. Publicidad del proceso, se encuentra contenido en el Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala;
- g. Irretroactividad de la ley, su fundamento está implícito en el Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala;
- h. Fundamentación, en el Artículo 11 bis del Código Procesal Penal; y
- i. Cosa Juzgada, en el Artículo 18 del Código Procesal Penal;

Relación con el principio de interés superior del niño

El Artículo 46, de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece lo siguiente: Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.



Como ya se explicó en el Capítulo uno de la presente tesis, el principio de interés superior del niño está contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño, y esta implica una consideración preferente por los niños; asimismo,, regula que será niño toda persona que no ha cumplido dieciocho años de edad, pero ¿Cómo se relaciona este principio con el debido proceso? Analizando nuevamente la sentencia de fecha catorce de mayo de dos mil trece bajo la causa ciento ocho guión dos mil trece (108-2013) dictada por la Corte Suprema Justicia, la cual sienta jurisprudencia y al respecto, dice: Carece de sustento jurídico, el reclamo del recurrente respecto a la falta de fundamentación de la sentencia de segundo grado, si la Sala de Apelaciones con sus propios conceptos y razonamientos responde el agravio que le ha sido hecho de su Conocimiento. Este es el caso cuando, la Sala de Apelaciones con fundamento en la ley y con Criterio legal explica al apelante que, el hecho de no señalar el tiempo en que ocurrió la comisión del delito, conforme la dogmática no es motivo de anulación de la sentencia, específicamente en los delitos de violación cuando son niños los que la sufren, pues éstos por su edad y el impacto que les provoca el haber sido objeto de tal abuso, en muchas ocasiones se les hace difícil recordar con exactitud las condiciones de tiempo y lugar de la comisión del delito.

Como se puede observar, el recurrente señala como agravio la falta de fundamentación, en un caso donde la víctima es niño o una niña, argumentando que la sentencia no contenía una clara y precisa fundamentación de su decisión, su que ausencia constituye un defecto absoluto de forma, y por tanto solicitó su anulación formal.

Sin embargo, al entrar a analizar la de sentencia, se tiene claro que se aplicó el principio de interés superior del niño, toda vez que los juzgadores han dejado claro que no pueden exigir a un niño, detalles que ni aún los adultos en muchas ocasiones no podemos dar. El apelante en esta caso considera que al no señalar tiempo y lugar exacto de la acción que se supone ilícita, varía las formas del proceso al dar por



acredito extremos que no se pudieron indicar de manera exacta, por ser un niño la víctima; sin embargo los juzgadores si han fundamentado su decisión y esta consiste, en que se toman en cuenta aspectos evolutivos del conocimiento de todo ser humano, ya que los niños pequeñitos están en proceso de aprendizaje y hay casos en los cuales no saben ni siquiera cuales son los meses del año, mucho menos van a saber cuando ocurrieron los hechos de los cuales fueron víctimas, lo mismo ocurre con el lugar donde estos ocurren, sin embargo el Ministerio Público puede aportar pruebas científicas, que acercaran el tiempo de la comisión del ilícito penal así como del lugar donde posiblemente ocurrieron los mismos. Por tanto no se están variando las formas del proceso al tener esta consideración si la fundamentación expresa los motivos de hecho y de derecho.

2.8.1 Principio de *indubio pro reo*

Concepto:

El principio *Indubio pro reo* es un aforismo latino que al traducirlo al español significa “en la duda, a favor del reo” asimismo, se debe de entender que este principio no excluye la condena fundada en indicios suficientes. La misma esencia se manifiesta en la frase: “*Antes absolver a un culpable que condenar a un inocente*”

Su relación con el principio de interés superior del niño

De acuerdo con el análisis de ambos principios, se obliga al ente encargado de ejercer la persecución y acción penal, es decir, al Ministerio Público, la realización de una investigación seria y a fin de evitar la duda del juzgador, creando la certeza jurídica para lograr esa consideración preferente a favor del niño.



De la misma forma este principio también debe aplicarse al dictarse sentencia, si fuera el caso en condenatoria, por ejemplo:

- Imponiendo la pena que más le favorezca al sindicado; y
- Imponiendo los concursos que más le favorezcan.

Al respecto, , el Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula que la ley no tiene efectos retroactivos salvo en materia penal cuando favorezca al reo.

Doctrina legal

Al respecto, la sentencia de fecha veintidós de septiembre de dos mil doce, ha dejado sentada doctrina legal bajo la causa ciento treinta guión dos mil once aplica el principio de *indubio pro reo* de la siguiente manera:

“Existe indebida aplicación del Artículo 71 del Código Penal, y errónea interpretación del Artículo 65 del mismo cuerpo legal cuando, el tribunal de juicio eleva la pena de prisión en una tercera parte, por considerar el delito en forma continuada, lo que también valora como agravante de menosprecio a la ofendida; habiendo quedado demostrado que el acusado en el momento de iniciar las acciones era menor de edad. Este es el caso cuando, la Sala ha confirmado una sentencia en la que, se condenó al sindicado por el delito de violación con agravación de la pena cuando este tenía dieciocho años de edad, y eleva la misma por considerar que el delito ocurrió en forma continuada. Sin embargo, cuando empezaron los episodios lúbricos, éste era menor de edad.”



Este es un caso, el acusado tenía menos de dieciocho años cuando inició una relación de violación contra una prima suya de tan solo cinco años de edad, mismos que continuaron después de que el acusado cumple los dieciocho años de edad. El tribunal sentenciador arribó a una certeza jurídica y decidió emitir una sentencia de carácter condenatorio por el delito de violación con agravación de la pena en forma continuada, imponiendo una pena de veintiséis años y ocho meses de prisión inconvertibles. De esa cuenta la defensa del acusado interpuso recurso de apelación especial por motivo de forma, argumentando falta de fundamentación enunciado como vulnerado el Artículo 11 bis del Código Procesal Penal, subsidiariamente también interpuso recurso de apelación especial por motivo de fondo en la cual planteo un argumento que merece ser consignado de manera literal, tal y como lo formuló en su momento el recurrente de la siguiente manera: *“.... Existe vicio in iudicandum in Factum, en virtud que, el sentenciador dio por acreditados hechos con base en declaraciones testimoniales tergiversadas, manipulándolas mismas para lograr crear una plataforma fáctica imputable, lo cual es contrario a derecho. En ese sentido aplicó erróneamente el Artículo 173 y 174 del Código Penal. No se probó el hecho imputado al acusado el siete de agosto de dos mil siete, por lo mismo aduce que, la condena está basada en hechos falsos, porque no existe medios de prueba contra el sindicado que demuestren la existencia del delito. Por esa razón inobservó el principio in dubio pro reo contemplado en el Artículo 14 del Código Penal. Consecuentemente no existe relación de causalidad que hace referencia el Artículo 10 Ibid, ya que en el dormitorio se encontraban tres personas, dos hermanas de la supuesta víctima y habiendo más de quince personas en la casa.”* La apelación especial por ambos motivos no prosperó, por lo cual se presentó Recurso extraordinario de casación, por los mismos motivos, y la Corte Suprema de Justicia al dictar sentencia, declara que no acoge el recurso de casación por motivo de forma pero si declara con lugar parcialmente el motivo de fondo, es decir que rebaja la pena del acusado de veintiséis años y ocho meses a diecinueve años de prisión inconvertibles, con base en la siguiente fundamentación: *“.....no obstante lo anterior, esta Cámara advierte error en la pena impuesta, toda vez que consta en autos la edad de 18 años con la que contaba el acusado en el momento de cometer el hecho delictivo objeto del presente proceso. Consta además que la víctima tenía once años de*



edad, pero que los hechos iniciaron cuando tenía cinco años. De esa cuenta, es *totalmente incorrecto que al acusado se la haya elevado la pena en una tercera parte por considerar el hecho en forma continuada, debido a que cuando empezaron los episodios lúbricos, éste era menor de edad. En la misma forma, resulta inadecuado haberle acreditado como circunstancia agravante, el menosprecio de la ofendida argumentando la misma circunstancia por lo que es necesario pronunciarse, en el sentido de reducir la pena que se justifica en tales aspectos.....con base en el numeral 5 del Artículo 441 del Código Procesal Penal se acoge parcialmente el recurso de casación por motivo de fondo, considerando que se vulneró por indebida aplicación el Artículo 71 del Código Penal y por errónea interpretación el Artículo 65 del mismo cuerpo legal, lo que así deberá hacerse constar en el apartado correspondiente...*"

Es así como en esta sentencia se puede observar con detenimiento como si se aplica el principio de interés superior del niño en cuanto a los derechos de la víctima, sin vulnerar los derechos del condenado, quien fue beneficiado con una rebaja de más de siete años de prisión incommutables, por considerar que aún no había cumplido los 18 años de edad cuando inició los hechos objeto de la acusación, mismos que suponían la continuidad al delito y la agravación impuesta por menospreció al cuerpo de la víctima por las reiteradas veces que la había violentado.

2.8.2 Principio de no declaración contra parientes y en su contra

Concepto

Este principio tiene como objetivo elevar la dignidad, intimidad y honor del sindicado, sin olvidar que el mismo no deja de ser una persona con derechos, según la evolución histórica del Derecho Penal, se obligaba a las personas a declarar mediante torturas y crueles coacciones con un único objetivo, la confesión. Los sistemas en materia del Derecho Procesal Penal, regulan figuras jurídicas como el criterio de oportunidad, la suspensión condicional de la persecución penal, el juicio abreviado y el hecho notorio, en los cuales supone como requisito esencial la confesión del sindicado, veamos



algunos ejemplos:

a. El Artículo 25 bis del Código Procesal Penal, establece como requisitos para el otorgamiento del criterio de oportunidad, es necesario que el imputado hubiere reparado el daño causado al agraviado, el acuerdo de este y garantías para su cumplimiento. Es decir que sin la confesión del imputado no se puede ser beneficiado por el mismo;

b. El Artículo 27 del Código Procesal Penal, establece que para otorgar la suspensión condicional de la persecución penal, se requiere lo siguiente: si el imputado manifiesta conformidad admitiendo la veracidad de los hechos que se le imputan y si a juicio del juez hubiere reparado el daño correspondiente. De la misma manera en este caso también se exige como requisito la confesión del imputado para poder ser beneficiado con la suspensión condicional de la persecución penal.

c. El segundo párrafo del Artículo 464 del Código Procesal Penal, regula lo siguiente: Para ello, el Ministerio Público deberá contar con el acuerdo del imputado y su defensor, que se extenderá a la admisión del hecho descrito en la acusación y su participación en él, y a la aceptación de la vía propuesta. De esa cuenta, también se requiere como requisito esencial la confesión del imputado para lograr ser beneficiado con un criterio de oportunidad.

Asidero legal

a. El Artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual establece: Declaración contra sí y parientes. En proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley.

b. El Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la cual



se consagra que nadie puede ser obligado a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

c. El Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mismo que regula que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Su relación con el Principio de interés superior del niño

Para analizar la relación de este principio con el de interés superior del niño, en necesario estudiarlo desde dos puntos de vista:

a. Niño en conflicto con la ley penal, el Artículo 147 de la Ley de Protección Integral de la niñez y de la adolescencia establece que: Derecho de abstenerse de declarar. Ningún adolescente estará obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge o parientes dentro de los grados de ley. Es decir que todo adolescente, goza de este derecho dentro del proceso penal, mismo que al terminar en nuestro sistema guatemalteco, según lo establecido en el Artículo 184 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia: es por cumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de conciliación, remisión y criterio de oportunidad reglado. En cuanto a la conciliación, también supone la voluntad del niño en conflicto con la ley penal de recurrir a este beneficio, sin embargo este no podrá autorizarse si se vulnera el principio de interés superior del niño, es decir que la solicitud de esta institución debe realizarse en presencia de los representantes legales del mismo a fin de ser solidarios en cuanto a las responsabilidades, garantizando su derecho de defensa. Recordando que todo lo que no se encuentre regulado en la ley de protección integral de la niñez y de la adolescencia, debe aplicarse el Código Procesal Penal, siempre que no contradiga las disposiciones de la primera.



b. En este principio también se supone lo sucedido a niños víctimas de parientes, toda vez que no están obligados a declarar en contra de ellos, ya que en esta ocasión no solo debe ser observado el principio de interés superior del niño sino también su derecho de abstenerse de declarar contra parientes, al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en donde el Ministerio Público puede sustentar su tesis acusatoria con otros elementos de prueba, con los cuales no se violenten ni los derechos del imputado ni de los ofendidos que resultan ser sus parientes.

c. Ahora bien, suceden procesos en los cuales el imputado puede recurrir a la confesión, por arrepentimiento o para lograr beneficiarse con una pena mínima. cuando la víctima es unas personas que aún no ha cumplido los dieciocho años de edad la confesión puede evitar dilaciones en el proceso, por ejemplo cuando se aplica la figura del hecho notorio, en donde se puede evitar la re victimización si se llegara a aplicar esta figura. En este mismo orden de ideas hay que tomar en considerar los derechos de ambos no solo los de la víctima que además es menor de edad sino también los del sindicado. Pues no puede hacerse valer un principio sobre la vulneración de otro.

2.8.3 Derecho de petición

Concepto

La palabra petición se deriva de la palabra latina *petitum* que al traducirla al idioma español, significa demanda o petición. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa “Acción de pedir algo a otra persona”, jurídicamente es el derecho constitucional a favor de todos los habitantes de un Estado para dirigirse a las autoridades públicas y reclamar u observar ante ellas alguna cosa, o bien algún derecho del cual tengan interés. En materia de derecho procesal penal, las peticiones se pueden dirigir a los órganos jurisdiccionales de manera oral, el Artículo 315 del Código Procesal Penal, establece que las personas a las que se les haya dado intervención dentro del proceso, tienen el derecho de solicitar la realización de diligencias al Ministerio Público, mismo que debe analizarlas y determinar si deben



realizarse o no; en caso de negativa el interesado deberá acudir al juez de paz o de instancia penal según sea el caso para que valore el medio de investigación propuesto.

En los países anglosajones las peticiones fueron una forma muy común y solicitar algo a la Cámara de los Comunes durante los siglos XVIII y XIX, siendo la más grande, la petición de los Cartistas. Aún hoy se presentan peticiones aunque en menor cantidad.

A lo largo de la historia el derecho de petición ha logrado cambios para la humanidad, un ejemplo de ello es, la Cláusula de Petición de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América garantiza el derecho de a las personas "de pedir al gobierno por una compensación por quejas". El derecho a petición ha sido extendido para poder mantener disputas con el Gobierno estadounidense.

A nivel nacional el derecho de petición se ha hecho valer no solo de manera particular sino también en colectivo, por ejemplo lo regulado en el Artículo 277 de la Constitución Política de la República de Guatemala, inciso "d" al referirse las reformas de la Constitución, en la cual se establece que el pueblo mediante petición dirigida al Congreso de la República, por no menos de cinco mil ciudadanos debidamente empadronados por el Registro de Ciudadanos, podrá solicitar una reforma a la Constitución.

Su relación con el principio de interés superior del niño

Los niños, no pueden dirigir sus peticiones sino hasta después de haber cumplido catorce años de edad, veamos lo establecido en la ley:

El Artículo 213 del Código Procesal Penal establece lo siguiente: Declaración de menores e incapaces. Si se tratare de menores de catorce añosse requerirá la



autorización del representante legal o, en su caso, de un tutor designado al efecto. De la misma forma en la peritación de los delitos sexuales el Artículo 241 del Código Procesal Penal regula, que estos se realizarán con el consentimiento de la víctima pero si esta aún no ha cumplido los 18 años de edad, el consentimiento lo darán sus padres o tutores, de quien tenga la guarda o custodia o, en su defecto, del Ministerio Público.

El Artículo 17 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, dispone: Petición. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a pedir ayuda y poner en conocimiento de cualquier autoridad en caso de violación o riesgo de violación de sus derechos, la que estará obligada a tomar las medidas pertinentes.

Sin embargo si se analiza la redacción tanto del Artículo 213 como del Artículo 241 del Código Procesal Penal, existe una contradicción con lo dispuesto en el Artículo 17 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la adolescencia, si se supone un caso en el cual un niño está siendo vulnerado en sus derechos por parte de sus padres, si acude al Ministerio Público para denunciar a sus padres, según el Artículo 17 de la ley PINA el Ministerio Público puede recibir su denuncia y su declaración sin la autorización de los padres quien también son los sospechosos, sin embargo, el Ministerio Público según lo regulado en el Artículo 213 del Código Procesal Penal no puede recibirla sin dicha autorización, para el efecto los fiscales ante la prohibición del referido Artículo deben primero coordinan con la Procuraduría General de la Nación, para que delegue a una persona que pueda representar al niño o niña que aún no ha cumplido los catorce años de edad, y este a su vez determinar si en efecto el niño está siendo vulnerado en sus derechos. Por lo que se considera que el derecho de los niños está siendo vulnerados por lo preceptuado en el Artículo 213 del Código Procesal Penal, porque limita su derecho Constitucional de petición.

A continuación, se cita la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos



Humanos, de fecha veinticuatro de febrero de dos mil doce, en el punto ciento noventa y tres de la misma: *“La Comisión alegó “como particularmente grave que en el proceso de tuición las preferencias y las necesidades de las niñas no fueron consideradas por la Corte Suprema de Justicia, lo que sí fue tomado en cuenta por tribunales inferiores”. Agregó que la Corte Suprema de Justicia de Chile no emprendió esfuerzos para escuchar a las niñas.”* Asimismo,, el punto ciento noventa y cuatro de la sentencia relata lo alegado por las partes, de la siguiente forma: *“Los representantes argumentaron que aunque “existen mecanismos procesales cuidadosamente diseñados [en Chile] a fin que las opiniones de los niños tengan injerencia en las decisiones que les afectan y se adopten efectivamente decisiones en su interés, antes que en el de otras personas intervinientes, la Corte Suprema obvió completamente estos mecanismos y arbitrariamente eligió dar mayor peso a opiniones basadas en prejuicios y estereotipos, en detrimento de la opinión experta de profesionales y, más importante aún, de las propias niñas, como sí lo hicieron los tribunales de instancia”.* En el punto ciento noventa y cinco de la sentencia antes indicada se encuentra la respuesta del Estado de Chile en cuanto a la justificación de dar crédito a la opinión de las niñas en este en caso en particular de la siguiente forma *“El Estado manifestó que “en el contexto del conocimiento de un medio de impugnación extraordinaria, como es el recurso de queja, no existe la oportunidad procesal para reiterar las declaraciones de las niñas, y ello es innecesario en vistas al debido proceso. Desde la perspectiva del interés y la protección de las niñas es contraproducente, además de innecesario, exigirles que vuelvan a declarar en el mismo procedimiento sobre la separación de sus padres y su deseo de vivir con uno de ellos, aumentando así su grado de victimización”.* Agregó que *“las niñas sí fueron oídas por los jueces de la instancia, y la Corte Suprema tuvo a la vista dichos antecedentes”.* Además, indicó que, *“por otro lado, el principio de reconocimiento de la autonomía y la subjetividad de las niñas en ningún caso implica o puede ser asimilado a la posibilidad de imponerles la responsabilidad final de decidir sobre sus destinos. [...] Cuando entra en colisión la opinión del niño, niña o adolescente y sus deseos con su „interés superior“ [...], sin que sea posible su compatibilidad, deberá necesariamente privilegiarse su interés por sobre sus deseos, pues de lo contrario quedaría sin sustento el régimen especial de protección del que gozan”.*



Al respecto, la Corte emitió las siguientes consideraciones en el punto ciento noventa y seis y ciento noventa y siete de la sentencia de la siguiente manera:

*“La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el Artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En el presente caso, el Tribunal observa que el Artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se *Mutatis mutandi*, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 121. 63 determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño²¹⁷, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino²¹⁸. 197. De manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del Artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del Artículo 12. Del mismo modo, el Artículo 3 refuerza la funcionalidad del Artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”*”



2.8.6 Derecho de seguridad

Concepto

Antes de hablar de este derecho, se debe entender qué significa el término seguridad, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, seguridad significa *“Exención de peligro o daño. Sistema de prevención racional y adecuado”* de esa cuenta el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula que es Deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República su seguridad.

La seguridad de acuerdo a su clasificación puede ser: social, jurídica y personal

2.8.6.1 Seguridad social

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social...” esto implica la protección en cuanto al: desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.” Todo está fundamentado en: Artículos 22 y 25(1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

2.8.6.2 Seguridad jurídica

Es la que se debe proporcionar por parte de los funcionarios públicos a las personas que residen en determinado lugar de la nación.

Según el Diccionario de Derecho Usual de Manuel Ossorio y Floritel seguridad jurídica



es *“En una condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicio. Asimismo, determina los derechos y obligaciones de los gobernantes”*⁷⁵

2.8.6.3 Seguridad personal

La seguridad personal comprende el respeto que cada individuo le debe a las demás personas.

Su relación con el principio de interés superior del niño

Este derecho comprende la obligación que tiene el Estado, la sociedad, los funcionarios público; y las personas individuales de proteger a los niños y brindarles seguridad en todos los aspectos, desde la familia y principalmente los padres.

2.8.7 Principio de desarrollo integral de la persona

Concepto

Como ya se indicó, la primera infancia es la etapa del ciclo vital en la que se establecen las bases para el desarrollo cognitivo, emocional y social del ser humano. Comprende la franja poblacional que va de los cero (0) a los seis (6) años de edad.

⁷⁵ M. Ossorio. *Diccionario de Derecho Usual*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta. 1996. Pág. 906,



Desde la primera infancia, los niños y las niñas son sujetos titulares de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el Código de la Infancia y Adolescencia. Son derechos impostergables de la primera infancia, la atención en salud y nutrición, el esquema completo de vacunación, la protección contra los peligros físicos y la educación inicial. En el primer mes de vida deberá ser inscrito en el Registro Nacional de las Personas RENAP, mismo en el cual ahora se toma impresión dactilar y plantar a los niños a fin de garantizar su individualización.

Su relación con el principio de interés superior del niño

En cuanto a su relación con el principio de interés superior del niño, implica, el poder garantizar a los niños, niñas y adolescentes desarrollarse en cada etapa de su vida, siendo este un derecho fundamental para cada uno de ellos, de esa cuenta los niños son titulares para poder aprender a convivir en una sociedad, y poder aprender a crecer sanamente, para ser productivos para la sociedad.

2.9 Relación con principios de carácter procesal penal del principio de interés superior del niño

Concepto de principios procesales

Son los valores y los postulados esenciales que guían el proceso penal y determinan su manera de ser, como instrumento para realizar el derecho del Estado a imponer las consecuencias jurídicas, derivadas de los actos humanos tipificados en la ley como delitos o faltas. Son también criterios orientadores de los sujetos procesales y constituyen elementos valiosos de interpretación, facilitan la comprensión del espíritu y los propósitos de la jurisdicción penal. Por sus características estos pueden dividirse en generales y especiales.



2.9.1 Principio de legalidad

Concepto

El Artículo 2 del Código Procesal Penal, establece que: no podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificadas como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuestos, es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, establece que debe entenderse por principio de legalidad: *“lo ajustado a la ley, y por ello, lo permitido o lo exigible en el derecho positivo”*⁷⁶

Relación con el principio de interés superior del niño

Es decir, que no puede proteger los derechos de los niños, sin el respeto de la ley, debe respetarse lo establecido en ella, dado que si no se cumple con este precepto los actos resultan siendo nulos y por ende en vez de proteger los derechos de los niños, resultan siendo perjudicados.

2.9.2 Principio de imperatividad

Concepto

El Artículo 3 del Código Procesal Penal, dispone que: *“los tribunales y los sujetos procesales no podrán variar las formas del proceso, ni las de sus diligencias ni incidencias”* según su concepción en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, ser imperativo significa una orden con fuerza u obligatoria. Por lo tanto, este principio es de observancia obligatoria dentro del proceso penal.

⁷⁶<http://lema.rae.es/drae/?val=principio> (8 de marzo de 2015 a las 11:20)



Su relación con el principio de interés superior del niño

En cuanto al principio de interés superior del niño, los sujetos procesales que velan por los derechos de los niños deben ser muy cuidadosos, si se llegan a variar las formas del proceso puede introducir o perpetrar que los actos sean nulos, y según lo preceptuado en nuestro ordenamiento legal esto puede provocar que los mismos sean anulados definitivamente.

2.9.3 Juicio previo

Concepto

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo". Nadie puede ser castigado sin haber sido previamente juzgado y sentenciado mediante el debido proceso.

"Esto significa que el individuo debe ser acusado de la comisión de un hecho ilícito concreto, presentándose pruebas en su contra; y debe tener la oportunidad de defenderse alegando sus derechos y presentando las pruebas que tenga para demostrar su inocencia".⁷⁷

Su relación con el principio de interés superior del niño:

Su relación con el principio de interés superior del niño estriba básicamente en que es necesario proteger todas las etapas procesales para garantizar las resultas del proceso penal y garantizar la no revictimización.

⁷⁷ L. Pablo. *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Estudiante UBA



2.9.4 Principio preclusión

Concepto

Por efecto de la preclusión, adquieren carácter firme los actos cumplidos dentro del proceso, y con ello se extinguen las facultades procesales que no se ejercieron durante su transcurso, Chiovenda para delimitar aún más el concepto de la preclusión, menciona que *“la cosa juzgada es un bien de la vida reconocido o negado por el juez, mientras que la preclusión de cuestiones es el expediente del que se sirve el derecho para garantizar al vencedor el goce del resultado”*⁷⁸

2.9.5 Principio de cosa juzgada

Concepto

La cosa juzgada (del latín «*res iudicata*») es el efecto impeditivo que, en un proceso judicial, ocasiona la preexistencia de una sentencia judicial firme dictada sobre el mismo objeto. Es firme una sentencia judicial cuando en derecho no caben contra ella medios de impugnación que permitan modificarla. Este efecto impeditivo se traduce en el respeto y subordinación a lo decidido sobre lo mismo, en un juicio anterior. Por ello también se le define como la fuerza que atribuye el derecho a los resultados del proceso. Habitualmente se utiliza como un medio de defensa frente a una nueva demanda planteada sobre idéntico objeto que lo fue de otra controversia ya sentenciada, y que le cierra el paso.

⁷⁸A. Perrot. *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª. Ed.- Buenos Aires. 2003. Pág. 52



2.9.6 Principio de Tutela Judicial Efectiva

Concepto

A continuación se presenta un concepto de tutela judicial efectiva, la cual consiste en “El derecho fundamental de toda persona de acceder a tribunales independientes en procura de Justicia”⁷⁹ la tutela judicial efectiva está fundamentada en el Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a nivel nacional está fundamentada en el Artículo 5 del Código Procesal Penal, en donde la tutela judicial efectiva es extendida a la víctima, el Estado de Guatemala en este mismo orden de ideas le merece a los niños, la búsqueda de una tutela judicial efectiva, a fin de concederles la justicia a su favor.

2.10 Efectos del error en la aplicación del principio de interés superior del niño

Antes de abordar este tema vale la pena que se entienda en qué consiste la doctrina de la situación irregular y la doctrina de la protección integral.

La doctrina de la situación irregular

en esta doctrina se conocía a la niñez y a la adolescencia como etapas de la vida humana previas a la madurez, y las que la ley asignaba la condición jurídica de minoridad cuando se trataba de personas que no alcanzaban la edad a partir de la cual se reconocía plena capacidad para ejercer por sí los propios derechos. El amparo y defensa de todos los aspectos de la persona y derechos de los menores de edad

⁷⁹ J. R. Mercader Uguina. *tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y <canon reforzado> de motivación en la doctrina del tribunal constitucional*. Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales. Pág. 137



recibía la denominación común de protección integral. Con base en lo antes expuesto se consideraba irregular al NNA que se sustraía del modelo común manifestando alguna anormalidad o deficiencia somática, psíquica o social. Por lo tanto, se consideraba en situación irregular a todo NNA que hubiese incurrido en un hecho antisocial; se encontraba en estado de peligro, abandonado material o moralmente; si parecía de un déficit físico o mental. La protección genérica, tiene sus antecedentes en el Derecho Romano, el cual mitigaba en el tiempo con el surgimiento del Derecho Indiano, en el suelo americano, mismos que se concentraron en la institución de la incapacidad, ya que los niños no podían ejercer sus derechos por sí mismos sujetándose estos a la potestad y representación de sus padres y tutores. Las circunstancias sociales, hicieron que surgiera una protección específica, de los NNA en situación irregular. Fueron surgiendo avances legislativos en los cuales fue surgiendo un paradigma paternalista. Asimismo, surge la doctrina de la protección integral, en 1989 surge el enfoque estructuralista la cual se contraponen al paternalismo que denuncia una nueva paradigma: garantismo. La protección integral como nuevo elemento del sistema, innovador en el sentido que cabe a las normas que preservan al niño en su derecho al desarrollo personal y social, responde a un marco teórico diferente. El anterior atenta a la vulnerabilidad del hombre en los primeros estadios de su existencia y obedecía a lo que desde antiguo se había procurado: apartar a impúberes y púberes con discernimiento inmaduro de los negocios jurídicos que pudiéndose perjudicarlos, confiándolos a la autoridad y representación de quienes lo habían engendrado, o de quienes advenían en ello por tutela o adopción. El nuevo marco lo censura, lo acusa de considerar al niño como un objeto valioso, como algo cuyos derechos se conservan, y propone tratarlo como sujeto valioso, como alguien con derechos a respetar, como ciudadano responsable en el concierto social. Concibe al niño como el hombre en formación que debería participar prontamente en el medio que lo contiene.



2.10.1 El riesgo social

Es necesario tomar conciencia de la manera en que los operadores de justicia deben realizar sus actividades, cuando se están protegiendo los intereses de personas que aún no han cumplido los dieciocho años de edad, y comprender que son los mayores de edad, los que deben elevar los derechos de los niños a un grado igual el de los mayores de edad, a fin de evitar nulidades en los procesos que puedan perjudicar los derechos de los niños. Es importante mencionar que existe un fenómeno social, que limita muchas veces la actuación de los operadores de justicia, al cual se denominará el riesgo social, cuando se habla de riesgo social, se refiere a toda persona, pues cualquier persona lleva ínsita la vida social, y que procede de lo tolerado por su vinculación a la vida cotidiana (uso de gas y energía eléctrica, vehículos automotores, etcétera), o lo prohibido cuya trasgresión acusan los índices de inseguridad urbana (homicidios, robos, etcétera).

Si se atiende, en cambio a las circunstancias sociales que amenazan el derecho que las personas y las familias tienen a lograr una vida en plenitud. Un derecho que las normas constitucionales reconocen como fundamental, pero que desconocen muchas veces la desorganización social y la ausencia de voluntad superadora en los dirigentes.

Los documentos internacionales y, principalmente, la convención sobre los derechos del niño, que hoy tienen jerarquía constitucional, permiten discernir en la niñez –la minoridad, que alcanza a todos los que no han cumplido los 18 años- circunstancias especialmente difíciles que requieren de la intervención pública, sin perjuicio de la que cabe a la iniciativa en virtud del principio de subsidiaridad.



Esas circunstancias de innegable cuño social, admiten una diferenciación: por un lado están las situaciones de carencia, predominantemente materiales, que mantienen a millares de niños y adolescentes al margen de los beneficios que ofrece la sociedad contemporánea; por otro lado, las situaciones de conflicto, cuando la indolencia o la malevolencia de padres, tutores o guardadores los condena al abandono, los maltratos, el abuso, la explotación o la disposición al delitos.

Por esta razón, el operador de justicia debe ser una especialista, porque al niño se le debe elevar sus derechos, al grado de que puedan ser gozados con plenitud, tomando en consideración el riesgo social del que pueden formar parte para evitar perjudicar los procesos penales en los cuales deben formar parte en determinado momento de su existencia

2.11 Violación al principio del debido proceso y nulidad del acto

Para abordar este tema, es importante saber el significado de acto jurídico antes de entender porque se puede ocurrir la nulidad de un acto en de proceso, al respecto, quisiera cita el concepto que da el doctor René Arturo Villegas Lara, el cual reza a la letra de la siguiente manera: por Acto Jurídico se debe entender que es *“una manifestación de la voluntad de las personas, que se hace con la intención de producir consecuencias jurídicas. Ese acto de voluntad está contemplado en la norma en forma de supuesto jurídico”*⁸⁰

Para Mazeaud, citado por Villegas Lara, el acto jurídico es, pues, *“toda manifestación de voluntad hecha por una o varias personas con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho. Cuando una persona realiza un acto jurídico, proyecta su voluntad*

⁸⁰ R.A Villegas. *Temas de Introducción al estudio del Derecho y Teoría General del Derecho*. 5ta. Edición. Guatemala: Editorial universitaria. 2011. Pág. 211



*en el ámbito del derecho*⁸¹

Para Rojina Villegas una persona no siempre va a querer el resultado que se ha producido en como consecuencia de un cambio en el mundo jurídico, *“ya que se van a producir derechos objetivos de determinadas consecuencia, pero pueden ignorar todas las que seguirán a su declaración de voluntad, o reconozcan de tal manera que la ley operando sobre una declaración inicial, después admite una serie de efectos que el autor del acto no puede prever.”*⁸²

Para el citado autor los elementos de los actos jurídicos son los siguientes:

a. Debe existir manifestación de voluntad expresa o tácita.

La primera de estas puede ser, tanto en forma escrita como verbal, según sea el caso, por ejemplo, cuando es celebrado un contrato de índole civil la manifestación de voluntad se da, por medio de la firma de quien se compromete en algo, pero en una declaración testimonial la manifestación de voluntad se plasma por medio de su aceptación, o bien en una reunión de asambleas la declaración de voluntad se da por medio de una señal cuando se alzan las manos para aceptar o no aceptar la propuesta de alguien. Y la segunda se da cuando se ejecuta una acción que da por hecho la aceptación de voluntad por ejemplo, cuando un juez dicta una sentencia condenatoria en contra de una persona, y esta no presenta una apelación especial, tiene por aceptado el fallo del juzgador.

⁸¹ Idem

⁸² Idem



b. El acto jurídico también tiene un objeto

Los cuales pueden ser directos o indirectos, un objeto directo es la creación, transmisión, la modificación o la extinción de un derecho o de una obligación; y el indirecto la cosa o hecho material del acto.

c. Existencia de una norma jurídica que le dé existencia jurídica al acto

En el campo civil esta normado de forma específica como se perfecciona un acto jurídico, pero la normativa penal no se da, ya que no se ha previsto de manera específica una norma jurídica que le de existencia jurídica al acto, y como dijera el Doctor Villegas Lara, el Artículo 1571 del Código Civil, si establece como se perfecciona un contra civil.⁸³

Siguiendo al doctor Villegas Lara, las clases de actos, son las siguientes:

a. Unilaterales y bilaterales:

Los unilaterales cuando en su creación aparecen una sola persona involucrada y los bilaterales cuando concurren 2 o más. En materia penal, generalmente la concurrencia de estos actos suele ser bilateral, por incluye los derechos que alguien violenta y los derechos del perjudicado.

b. Gratuitos y onerosos

El gratuito como su palabra lo indica, este da cuando la persona que lo ejecuta no busca ningún tipo de remuneración, el ejemplo clásico en el derecho penal, se da cuando surge la existencia de un abogado que da asistencia gratuita a una persona desvalida. Y el oneroso como se da en derecho mercantil, en el cual los contratos

⁸³Idem



mercantiles solo pueden ser onerosos.

c. Actos entre vivos y por causa de muerte

Los actos entre vivos los que se realizan las personas gozando de vida. Y por causa de muerte se pueden citar, el testamento, la donación entre vivos, el beneficio de un seguro de vida, ya que los hechos determinan sus consecuencias.

d. Actos positivos y negativos

Cuando el acto de voluntad tiene una conducta activa, y Villegas Lara pone como ejemplo el pago de una deuda. En cuanto a los negativos, da cuando la conducta es de abstención u omisión, en materia penal, tenemos el caso de las personas que han sido rebeldes dentro de un proceso penal, o aquellos testigos a los cuales el juez los tiene que conducir para hacerlos llegar a juicio oral.

e. Actos formales y no formales

Cuando se debe observar una formalidad prevista en la ley, por ejemplo, un niño que tiene menos de 14 años de edad, para poder declarar en un juicio oral, debe de contar con la autorización de sus padres. Los actos no formales son cuando no se exige una formalidad específica, por ejemplo, las audiencias de determinación de reparación digna en el proceso penal, no exige un protocolo determinado para llevarlas a cabo, solo de observancia general en el proceso penal.

2.12 Efectos de la correcta aplicación del principio de interés superior del niño

Por su carácter constitucional, El Estado tiene una doble obligación: porque su aplicación favorece el bien común de todos los habitantes de la República y por el compromiso asumido a nivel internacional. Entre el Estado y el NNA surge una relación



de derecho público que impone al primero una potestad-función y al segundo una sujeción, que tiene una causa la situación de conflicto que éste aflige, y por fin proveerle de protección integral. Teniendo como finalidad la tutelaridad de todo niño o niña que debe participar dentro de un proceso penal.

En razón de su supletoriedad, los deberes que le incuben son los mismos que la legislación civil impone a padres y tutores en amparo de la minoridad no emancipada, por lo que debe proveer suficientemente a la guarda, los alimentos, la educación y la asistencia de los niños dependientes. Se trata de deberes-derechos, por cuanto el vínculo que se entabla exige que el Estado disponga efectivamente de los tutelados, que estos se sometan al órgano estatal y a sus determinaciones al respecto, y que los terceros se abstengan de cualquier interferencia que impida o dificulte a aquél el cumplimiento de su misión.

Como la hipótesis de conflicto es causa de la intervención estatal, se convierte también en razón justificada de su subsistencia. De su verificación depende que persista las que se han adoptado, en forma preventiva, a partir del momento en que surgió como verosímil su existencia; y de su presentación y duración depende la vigencia de las que se han implementado, en forma efectiva, una vez verificada la situación de conflicto.

Se cree que aquí es aplicable el principio de mínima intervención que subyace en todo el texto de la convención y que inspira los pactos de derechos humanos cuando se refieren a la actuación estatal que restringe o priva de la libertad personal. Es que no en la órbita de lo personal e incide en la autodeterminación, aun cuando esta se halle en desarrollo y por ende sometida a educación.

Características



- a. Públicos: porque concierne al Estado. Los entes privados, como los conocidos organismos no gubernamentales, pueden cooperar con el Estado, o bien recibir de éste cometidos determinados, pero nunca subrogarlo en la e le potestad – función que le competen.
- b. Obligatorio: porque le esta impuesto al Estado por su misma naturaleza, y por los compromisos internacionales en la materia, siendo por consiguiente irrenunciables e indelegables.
- c. Supletorio: porque interviene en vacancia de padres, tutores o guardadores, ante su inexistencia o su claudicación en el ejercicio de la autoridad respectiva.
- d. Bilateral: porque los deberes y derechos que caben al Estado encuentran derechos y deberes recíprocos en el menor de edad dependiente.
- e. Operativo: porque no se basta con razones de hecho y de derecho que lo meriten en cada caso sino que demandan la provisión pronta y certera de medidas dirigidas a neutralizar los daños en la situación de conflicto.
- f. Proactivo: porque a la vez que tiende a neutralizar los factores conflictivos vulnerantes de derechos fundamentales impulsa en el NNA respuestas que restablecen o afianzan los mismos en su favor.
- g. Limitado: porque el mismo principio de mínima intervención lo restringe en su extensión y duración. No puede alcanzar otros aspectos que los indispensables para superar la situación excepcional en que el niño se encuentra, ni puede sobrevivirla una vez que ha quedado superada.



CAPÍTULO III

3. Análisis de la problemática generada por la falta e incorrecta aplicación del principio de interés superior del niño en los procesos penales en Guatemala

3.1 Aplicación fenomenológica del principio de interés superior del niño por los jueces de primera instancia

Antes de hacer el análisis antes expuesto vale la pena entender en qué consiste la fenomenología y como se aplicará a este caso en concreto, al respecto, el libro *Epistemología de las Ciencias Sociales* de Guillermo Briones, al citar Edmund Husserl, la fenomenología debe entenderse como: "*método y como una manera de ver el mundo*"⁸⁴, Guillermo Briones hace referencia a que Husserl presentó dos tesis en su obra investigaciones lógicas, siendo las siguientes:

*"1. para captar el fluir y el contenido de la conciencia debemos limitarnos a describir lo que se presenta en ella, sin dejarnos condicionar por las teorizaciones que pudimos haber hecho sobre ese contenido. 2. La descripción señalada antes, muestra que en el fluir de la conciencia se presentan además de referencia a objetos concretos, referencias a esencias ideales"*⁸⁵

Es decir, que lo que interesa, es poder entender la esencia del principio de interés superior del niño, para Husserl "*el acceder a la esencia que aparecen en los fenómenos que se dan en la conciencia es necesario purificarlos mediante el procedimiento metodológico de la reducción iedética denominada epoche, esta reducción significa poner entre paréntesis todo lo individual y contingente que aparece en el fenómeno dado en la intuición empírica o por las imágenes de la fantasía para quedarse con la esencia del fenómeno.*

La reducción iedética se acompaña de la reducción trascendental o reducción fenomenológica que también pone entre paréntesis -fuera de juego- la existencia del

⁸⁴ G. Briones. *Epistemología de las ciencias sociales*. Bogota, Colombia: Edición electrónica ARFO. Pág.. 31

⁸⁵ ídem



mundo que me rodea y la existencia del propio analista, con sus actos psíquicos, sus intereses, etc. Lo que queda después de estas reducciones es la conciencia pura: sus vivencias y sus contenidos. Husserl la denomina conciencia trascendental.

La reducción fenomenológica es el método para llegar al campo en el cual debe actuar la nueva conciencia (nueva, en cuanto se trata de superar la crisis a la cual han sido arrastradas las ciencias por el positivismo). Es decir, si se quiere filosofar, es necesario abandonar la información que nos da la actitud natural y situarse en el ámbito de la conciencia pura.⁸⁶

Es decir, para entender el enfoque fenomenológico del principio de interés superior del niño, en la actividad que desarrollan los jueces de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente, aplicando el procedimiento metodológico de la reducción ieditica, o bien denominado epoche, se partirá por descubrir la esencia del mismo, poniendo entre paréntesis lo individual y lo contingente, es decir, lo particular y aquello que no se puede probar por no ser seguro o probable.

A continuación se define según las etapas procesales, las resoluciones que emiten los jueces de primera instancia penal de la siguiente manera:

a. Etapa preparatoria: en la etapa preparatoria básicamente las resoluciones que un juez de primera instancia penal emite son las siguientes: auto de procesamiento, citación, orden de aprehensión, auto de prisión preventiva o auto que otorga medidas sustitutiva, resoluciones que emiten diligencias, auto de reforma del auto de procesamiento, auto de revisión o revocación de prisión preventiva, auto que emite el otorgamiento o denegatoria de audiencia de prueba anticipada.

⁸⁶ Ídem. Pág.s 31-32



b. **Etapa intermedia:** Se dictan las siguientes resoluciones: auto de apertura a juicio, auto que emite la clausura provisional y auto que declara el sobreseimiento, revisión de la medida y la resolución que acepta o rechaza medios de pruebas.

c. **Consideraciones que se deben adoptar en las resoluciones antes sistematizadas.**

3.1.1 Orden de aprehensión: en este tipo de resoluciones, los jueces por regla general no conocen de forma detallada a las personas que han vulnerado con sus acciones los bienes jurídicos tutelados de otras, es más sería imposible pedir una orden de aprehensión en contra de una persona que aún no ha cumplido los dieciocho años de edad, puesto que por imperativo legal deben considerárseles inimputables, y los procesos que se siguen es específicamente el de adolescentes en conflicto con la ley penal. Es decir, que en principio el Ministerio Público solo puede solicitar una citación o bien una orden de aprehensión en contra de personas mayores de dieciocho años, y será la primera regla a observar a fin de no cometer ningún error que vulnere los derechos de una persona que no ha cumplido los dieciocho años de edad. Pueden ocurrir situaciones en las cuales se solicita una orden de aprehensión en contra de una persona que no tiene muchos años de ser mayor de edad, por lo que es necesario observar con detenimiento cuando se cometieron los hechos que se le atribuyen, con el objeto de no enfrentar a una persona a un proceso penal por acciones que pudo haber cometido en su minoría de edad, los jueces deben tomar especial atención a estos aspectos. En el supuesto que la víctima sea una persona que aún no ha cumplido los dieciocho años de edad, y el sujeto activo o bien el sospechoso es una persona mayor de edad, es donde es claro que existe una relación desigual de poder, lo aconsejable es dictar una orden de aprehensión para asegurar su presencia ante juez penal, toda vez que existe la posibilidad de que el sujeto activo por estar en superioridad contra la víctima al conocer que se sigue proceso penal en su contra, busque la forma obstaculizar la averiguación de la verdad.



Las consecuencias de no observar esta garantía de carácter constitucional, trae como resultado que el proceso penal transcurra hasta llegar a una sentencia, misma que puede ser tanto condenatoria como absolutoria. A continuación se descubre un ejemplo de este tipo de inobservancias que traen consigo una violación al debido proceso.

El día veintidós de septiembre de dos mil doce, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, citó doctrina en la causa ciento treinta guion dos mil once, de la siguiente manera: *"existe indebida aplicación del Artículo 71 del Código Penal, y errónea interpretación del Artículo 65 del mismo cuerpo legal cuando, el tribunal de juicio eleva la pena de prisión en una tercera parte, por considerar el delito en forma continuada, lo que también valora como agravante de menosprecio a la ofendida; habiendo quedado demostrado que el acusado en el momento de iniciar las acciones era menor de edad. Este es el caso cuando, la Sala ha confirmado una sentencia en la que, se condenó al sindicado por el delito de violación con agravación de la pena cuando éste tenía dieciocho años de edad, y eleva la misma por considerar que el delito ocurrió en forma continuada. Sin embargo, cuando empezaron los episodios lúbricos, éste era menor de edad."*

En este caso en particular, se inició un proceso en el cual se incurrió en errores que violentaron las garantías constitucionales del sindicado; si bien es cierto, este realizó acciones que atentaron la libertad e indemnidad sexual de una niña de cinco años de edad hasta los once, también es cierto que el acusado en un inició tenía menos de dieciocho años de edad, situación que debió preverse y tomarse en cuenta en el momento de resolver desde sus inicios, a fin de no continuar vulnerando los derechos del mismo. Este error continuó en el momento de dictarse el auto de apertura a juicio pudiéndose apreciar que los mismos no fueron observados, asimismo,, se dictó una sentencia de carácter condenatorio, imponiéndosele una pena de veintiséis años de prisión inconvertibles, desde luego la defensa del acusado interpuso un recurso de apelación por motivo de fondo y forma la cual tampoco prosperó, siendo hasta en



casación donde se observó los errores que se dieron desde el inicio, declarando sin lugar la casación por motivo de forma pero declarando con lugar el sub motivo de fondo, rebajando la pena a diecinueve años de prisión inconvertibles, por considerar lo siguiente *"en cuanto al motivo de fondo esta Cámara establece que, los hechos acreditados por el tribunal de sentencia son claros, precisos y circunstanciados, en referir la forma cómo el acusado violó a su prima menor de edad. Refieren que el hecho ocurrió sobre las veintitrés horas, así como la manera en que pudo acceder carnalmente con la víctima. Ello permite establecer palmariamente que sus actos son susceptibles de ser encuadrados en el tipo penal de violación con agravación de la pena; por lo que, en ese sentido el reclamo de la casación es improsperable. No obstante lo anterior, esta Cámara advierte error en la pena impuesta, toda vez que consta en autos la edad de dieciocho años con la que contaba el acusado en el momento de cometer el hecho delictivo objeto del presente proceso. Consta además que la víctima tenía once años de edad, pero que los hechos iniciaron cuando tenía cinco años. De esa cuenta, es totalmente incorrecto que al acusado se le haya elevado la pena en una tercera parte por considera el hecho en forma continuada, debido a que cuando empezaron los episodios lúbricos, este era menor de edad. En la misma forma, resulta inadecuado haberle acreditado como circunstancia agravante, el menosprecio de la ofendida argumentado la misma circunstancia por lo que es necesario pronunciarse, en el sentido de reducir la pena que se justifica en tales aspectos.*

Por todo lo anterior, debe acogerse parcialmente el recurso de casación por motivo de fondo, con base en el Artículo 5 del Artículo 441 del Código Procesal Penal, toda vez que, efectivamente se ha vulnerado por indebida aplicación del Artículo 71 del Código Penal y por errónea interpretación del Artículo 65 del mismo cuerpo legal, lo que así deberá hacerse constar en el apartado correspondiente."

Ahora bien, ¿qué hubiera sucedido si la defensa no interpone el recurso de apelación especial y el de casación?, a esta persona no se le hubiese reconocido los derechos que le corresponden. Por lo tanto, los operadores de justicia tienen la obligación de velar por el estricto cumplimiento de los derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala y otras leyes.



3.1.2 Auto de procesamiento o falta de mérito, auto de prisión preventiva o auto que otorga una medida sustitutiva

Luego de haber sido aprehendida la persona, contra quien se giró la orden de aprehensión o de ser aprehendido por delito flagrante; o bien, de haber comparecido a la citación realizada por el juez competente, o de manera excepcional, al haberse presentado espontáneamente por conocimiento de tener un proceso penal en su contra; dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la aprensión se debe proceder a realizar la audiencia de primera declaración, de la cual se desprende la decisión judicial para determinar si el sospecho participo o no directamente en la comisión de los hechos delictivos por los cuales el Ministerio Público presentó imputación.

En esta etapa del proceso penal, las personas juzgadas solo pueden ser mayores de dieciocho años de edad, pero los que aún no han cumplido los dieciocho años de edad si pueden ser sujetos procesales cuando resultan ser la parte agraviada. Al respecto, el Código Procesal Penal ha previsto las siguientes circunstancias:

- a. El Artículo 213 del Código Procesal Penal regula: Declaraciones de menores e incapaces. Si se trata de menores de catorce años o de personas que, por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales o por inmadurez, no comprendieren el significado de la facultad de abstenerse, se requerirá la decisión del representante legal o, en su caso, de un tutor designado al efecto.
- b. El Artículo 222 del Código Procesal Penal, estipula: Amonestación. No deberán ser protestados los menores de edad.... quienes serán simplemente amonestados.
- c. El Artículo 241 del Código Procesal Penal dispone: Peritación en delitos sexuales. La peritación en delitos sexuales solamente podrá efectuarse si la víctima



presta su consentimiento, y, si fuere menor de edad, con el consentimiento de sus padres o tutores, de quien tenga la guarda y custodia o, en su defecto, el Ministerio Público.

Suponiendo que la persona agredida aún no ha cumplido los dieciocho años de edad y que por imperativo legal debe ser considerado como un niño o niña, y obligadamente el agresor es una persona mayor de dieciocho años de edad el juez al resolver debe velar por una protección preferente para el niño o niña, según lo regulado en el Constitución Política de la República de Guatemala.

El Artículo 264 del Código Procesal Penal, establece que si una persona ha sido ligada a proceso por el delito de violación en contra de una persona que aún no ha cumplido los doce años de edad, no puede gozar de medidas sustitutivas por lo cual se debe dictar la prisión preventiva para así garantizar una protección preferente a favor del niño o niña agredida.

Otro aspecto que el juez debe atender es que, en el momento, debe decidir si debe o no favorecer al sindicado con una medida sustitutiva o no, porque esta quizá podría obstaculizar la averiguación de la verdad que una persona adulta puede ejercer sobre un niño o una niña. Por lo tanto, en esta etapa del proceso penal es crucial para decidir la situación jurídica de la persona acusada de vulnerar los derechos de un niño o una niña.

3.1.3 Auto de reforma o revocatoria del auto de procesamiento y auto que revisa las medidas sustitutivas

En esta etapa del proceso penal, se debe tomar en cuenta la edad de la persona agraviada y de velar porque no ocurra una obstaculización a la averiguación de la verdad tal y como está establecido en el Artículo 263 del Código Procesal Penal, el cual previene que cuando un procesado pueda destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba; influir para que co-imputados, testigos o peritos informen



falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; inducir a otros a realizar tales actos.

Por esta razón, el juez no puede limitar su actuación solo a analizar si la persona acredita arraigo, sino velar porque el sujeto activo no obstaculice la averiguación de la verdad.

3.1. 4 Auto que declara con lugar la práctica de diligencias

Es muy importante tomar en consideración los requisitos establecidos en los Artículos 213, 222 y 241 del Código Procesal Penal, a fin de garantizar que los niños, niñas y/o adolescentes puedan ser protegidos en sus garantías constitucionales y las establecidas en los Artículos anteriores, al respecto, el Artículo 108 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, establece que la Procuraduría General de la Nación es el representante legal de toda persona que aún no ha cumplido los dieciocho años de edad. Por lo tanto,, el juez de instancia penal puede solicitar de oficio la intervención de la Procuraduría General de la Nación, cuando estos no gocen de una representación legal para autorizar peritaciones especiales como delitos sexuales, o bien, declaraciones en calidad de anticipo de prueba. Asimismo, el juez contralor también puede solicitar de oficio la intervención de la Procuraduría General de la Nación cuando exista conflicto de intereses entre el sujeto activo, mayor de edad, y sujeto pasivo que aún no ha cumplido los dieciocho años de edad.

3.1.5 Auto de sobreseimiento, clausura provisional o de apertura a juicio

El Ministerio Público, al concluir la etapa de investigación debe tomar las siguientes decisiones:

- a. Si no se pudo concluir la investigación e hizo falta la realización de líneas de investigación, puede concluir con la presentación de una clausura provisional;



b. Si de la investigación realizada en la etapa preparatoria, se logró establecer que no se puede presentar ninguna prueba que haga presumir que el sindicato participó directamente en la comisión de los hechos delictivos por los cuales se dictó auto de procesamiento, el Ministerio Público procede a presentar sobreseimiento;

c. Si al concluir la etapa de investigación el Ministerio Público está convencido de que el sindicato posiblemente participo en la comisión de los hechos delictivos por los cuales se dictó auto de procesamiento, se presenta formal acusación, con la cual lo que se pretende es que el Juez de Instancia Penal que dictó el auto de apertura a juicio, a fin de que estos hechos sean conocidos en un juicio oral y público con el objeto de establecer la culpabilidad y o bien la subsistencia de la inocencia del procesado.

De esa misma cuenta, el juez de garantías debe de observar el estricto cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la ley, para poder dictar los autos que en derecho corresponde, luego de haberse discutido con la defensa el acto conclusivo presentado por el Ministerio Público.

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dictado doctrina legal, en virtud de establecerse consideraciones hacia los niños, de la siguiente manera: El catorce de mayo de dos mil trece, la Corte Suprema de Justicia dictó doctrina legal en la causa ciento ocho guión dos mil trece, la cual reza a la letra a continuación: "*Carece de sustento jurídico, el reclamo del recurrente respecto a la falta de fundamentación de la sentencia de segundo grado, si la Sala de Apelaciones con sus propios conceptos y razonamientos responde el agravio que le ha sido hecho de su conocimiento. Este es el caso cuando, la Sala de Apelaciones con fundamento en la ley y con criterio legal explica al apelante que, el hecho de no señalar el tiempo en que ocurrió la comisión del delito, conforme la dogmática no es un motivo de anulación de la sentencia, específicamente en los delitos de violación cuando son niños los que la sufren, pues*



estos por su edad y el impacto que les provoca el haber sido objeto de tal abuso, en muchas ocasiones se les hace difícil recordar con exactitud las condiciones de tiempo y lugar de la comisión del delito.."

Con base en lo antes descrito, el juez de garantías en la etapa intermedia tiene la obligación de revisar y de escuchar a la defensa cuando se ha presentado formal acusación en contra de una persona mayor de edad que ha agredido a una que aún no lo es. Cuando el agraviado es un niño o niña, se debe tener una consideración preferente, ya que no se le puede exigir con exactitud las condiciones de tiempo y lugar de la comisión de los hechos delictivos en su contra. En tal virtud será contraproducente dictar un sobreseimiento o una clausura provisional, si el Ministerio Público no ha podido demostrar con exactitud el lugar o tiempo de la comisión del hecho delictivo.

3.1.6 Auto que otorgan medidas desjudicializadoras

De conformidad con lo establecido en el Artículo 25 del Código Procesal Penal, las medidas desjudicializadoras son las siguientes:

- a. El criterio de oportunidad;
- b. La conversión;
- c. La suspensión condicional de la persecución penal
- d. La desestimación; y
- e. El archivo

a. El Criterio de Oportunidad:

Antes de analizar esta medida desjudicializadora a la luz de los alcances fenomenológicos en torno al principio de interés superior del niño, se debe de entender su definición, según el Manual del fiscal de Guatemala *"El criterio de oportunidad es la*



facultad que tiene el Ministerio Público, bajo el control del juez, de no ejercer la acción penal debido a su escasa trascendencia social o mínima afectación al bien jurídico protegido, a las circunstancias especiales en la responsabilidad del sindicado o cuando el imputado sufre las consecuencias de un delito culposo.

El criterio de oportunidad nace de la necesidad que tiene el Ministerio Público de seleccionar las causas en las que va a trabajar. Como ya vimos en el capítulo anterior, el fiscal no puede atender por igual a todos los casos que ingresan en su oficina, por lo que debe elegir aquellos que ameritan una investigación. Esta selección ya se daba en el sistema anterior y se da en cualquier sistema procesal del mundo. La diferencia es que al normarla, se fija un criterio y unos límites. De esta manera la decisión del Ministerio Público es controlable.⁸⁷

Ahora cabe analizar ¿en qué casos un juez de garantías puede otorgar un criterio de oportunidad? a continuación se presentan los requisitos enumerados en el Artículo veinticinco del Código Procesal Penal:

- a. Si se tratare de delitos no sancionados con pena de prisión;
- b. Si se tratare de delitos perseguidos por instancia particular
- c. En los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años con excepción de los delitos tipificados en la Ley contra la Narcoactividad;
- d. Que la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima;
- e. Que el inculcado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resultare inapropiada.
- f. a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz

Partiendo de los anteriores requisitos, la finalidad del juez de garantías es la de velar por el cumplimiento de los requisitos antes mencionados, recordando que las últimas

⁸⁷ Manual del fiscal bajo la administración de Amílcar Zarate. Pág. 212



reformas al Código Procesal Penal las cuales mediante el Decreto 18-2010 del Congreso de la República de Guatemala, le dan a la víctima el derecho a conocer la actividad que realiza el Ministerio Público, de esa misma cuenta debe de ser tomada en cuenta su opinión para la decisión del otorgamiento de una medida desjudicializadora a favor del sindicado; veamos lo que al respecto, establece el Artículo 117 del Código Procesal Penal numeral cuatro: El agraviado, aún cuando no se haya constituido como querellante adhesivo de conformidad con el siguiente código, tiene derecho a: ...a) ser informado sobre los derechos que le asisten en el procedimiento penal;d) A ser informado, conveniente y oportunamente, de las decisiones fiscales y judiciales, e invitado a las audiencias en las que su opinión puedan ser vertida.

En ese mismo orden de ideas, la opinión del niño debe ser tomada en cuenta para la toma de la decisión judicial, la cual debe ser escuchada directamente del niño o niña, acompañado de su representante legal, es por ello, que el juez de garantías cuando observa que un niño es la víctima dentro de un proceso debe en todo caso dar intervención a la Procuraduría General de la Nación. Muchos se podrían preguntar, ¿qué sucede cuando los padres están apoyando a sus hijos víctimas y no hay conflicto de intereses?, aún en estos casos debe intervenir la procuraduría general de la nación, a fin de ser ente encargado de fiscalizar de que en efecto los representantes de los niños harán valer sus derechos.

El Manual del fiscal estipula lo siguiente: *"Autorización judicial: La autorización judicial la dará el juez de primera instancia. No obstante, podrá darla el juez de paz cuando el criterio de oportunidad se solicita por un delito de acción pública con pena inferior a tres años (incluyendo obviamente los delitos sancionados con una pena no privativa de la libertad). La función del juez es controlar que en el caso concreto se cumplen todos los requisitos exigidos por la ley. El juez no podrá entrar a valorarla conveniencia o no del criterio, sino si la petición es acorde a lo dispuesto por la ley. En cualquier caso, si el juez deniega la aplicación del criterio de oportunidad, estará forzado a motivar su resolución (art. once bis CPP). El consentimiento del agraviado, si lo hubiere. En este punto, el fiscal debe realizar una tarea de convencimiento a la víctima, haciéndola ver que posiblemente salga más beneficiada*



con el criterio de oportunidad que se sigue proceso contra el imputado. En aquellos casos en los que, realizadas las citaciones no compareciese el agraviado, no quedaría más remedio que continuar el proceso. No obstante, podrían buscarse otras vías de salida, como la suspensión condicional de la persecución penal o el procedimiento abreviado. En aquellos casos en los cuales el agraviado sea la sociedad, se entiende que el consentimiento lo presta el Ministerio Público. Que el sindicado haya reparado el daño o se haya llegado a un acuerdo para la reparación.”⁸⁸

Según lo establecido en el Artículo 286, del Código Procesal Penal, el criterio de oportunidad se puede otorgar hasta antes de iniciar un debate oral y público. Asimismo, el Artículo 25 ter del Código Procesal Penal, establece que se podrá dar una audiencia de conciliación en la cual se discutirá sobre la pertinencia de otorgar o no un criterio de oportunidad en favor del acusado.

Recurso:

El Artículo 404, numeral cinco, establece que contra la resolución que otorga el criterio de oportunidad, según el principio de taxatividad procede el recurso de apelación si el criterio de oportunidad fue otorgado por juez de garantía o juez de paz, pero si fue declarado con lugar por juez de sentencia penal hasta antes de iniciar el debate oral y público, el recurso que procede es el de apelación especial el cual está regulado en el Artículo 415 del Código Procesal Penal, pero esto procede solo si fue otorgado dicho criterio, pero si el juez declara sin lugar dicha petición el medio de impugnación que se puede solicitar es el de reposición.

⁸⁸ Manual del fiscal bajo la administración de Amílcar Zarate. Pág. 215



b. La conversión:

Según el Artículo 26 del Código Procesal Penal supone la transformación de una acción penal de ejercicio público en un procedimiento por delito de acción privada, ejercitada únicamente por el agraviado. En este caso el procedimiento utilizado no será el común, sino el establecido en el Artículo 464 al 483 del Código Procesal Penal. Solo procede cuando el bien jurídico tutelado es la propiedad o bien delitos de acción pública a instancia particular este último siempre que esté autorizado por el Ministerio Público y el mismo estimare que no existe interés público gravemente comprometido y el agraviado garantizare una persecución penal eficiente. En este caso el juez de garantía deberá velar porque los representantes de los niños, no tengan un interés que valla más haya que beneficiar a los niños, si el juez considera que puede afectar los intereses de los niños, deberá declarar sin lugar la petición planteada.

b. suspensión condicional de la pena

Según el Manual del fiscal, la suspensión condicional de la persecución penal, es: *“el mecanismo a través del cual se interrumpe la persecución penal, sometiendo al imputado a una serie de condiciones durante un tiempo determinado, que si se cumplen, producen la extinción de la persecución penal. En caso contrario, se reanuda el procedimiento penal”*⁸⁹

Siguiendo las ideas establecidas en el Manual del fiscal, el objeto principal de esta medida desjudicializadora, es evitarle al imputado el desarrollo de todo un proceso penal en su contra, cuando la consecuencia del mismo posiblemente va a ser la suspensión de la ejecución de la pena (Artículo 72 del Código Penal). Para evitar la estigmatización que supone tener una condena y antecedentes penales. Este criterio no se puede compartir del todo, ya que para ser beneficiado por una suspensión condicional de la pena, no debe de exceder de tres años de prisión, en cuanto a la medida desjudicializadora establecida en el Artículo veintisiete del Código Procesal Penal, establece que se esta se puede otorgar si la pena no excede de cinco años de

⁸⁹ Manual del fiscal bajo la administración de Amílcar Zarate. Pág. 224



prisión.

Requisitos:

- a. Que el imputado manifieste conformidad con la aplicación de la medida.
- b. Que el sindicado admita la veracidad de los hechos que se le imputan.
- c. El imputado reconocerá los hechos a los únicos efectos de que se le conceda la suspensión de la persecución penal.
- d. Que el imputado haya reparado el daño o se comprometa a hacerlo.
- e. La aprobación del juez de primera instancia.
- f. El juez debe fijar un plazo de prueba de entre dos y cinco años según el Artículo 27 del Código Procesal Penal. Este plazo se suspenderá si el imputado es privado de su libertad en virtud de otro proceso, pero en el momento en que recupere su libertad, el plazo seguirá corriendo.

En esta clase de medidas, al igual que las anteriores el juez de garantías debe tomar en consideración la opinión del agraviado antes de otorgarla, pues el Artículo 117 del Código Procesal Penal regula que el agraviado debe ser informado de todas las actividades que realiza el Ministerio Público y podrá participar en todas las audiencias penales, misma que deberá ser tomada en cuenta, como obviamente se está ante el supuesto de que un niño es el ofendido, en este caso se debe oficiar a la Procuraduría General de la Nación para que lo represente, a fin de tomar en cuenta su opinión sin que tenga que participar directamente sin estar presente en todas las fases del proceso penal, garantizando al mismo tiempo el desarrollo integral del mismo.



d. Desestimación

Al respecto, el Artículo 310 del Código Procesal Penal, establece que procede la desestimación en los siguientes casos: cuando el hecho de la denuncia, querrela o prevención policial no sea constitutivo de delito o no se pueda proceder, el fiscal desestimaré, dentro los veinte días siguientes de presentada la misma, comunicando la decisión a la persona denunciante y a la víctima o agraviado, quien tendrá la oportunidad, dentro de los diez días siguientes, a objetarla ante el juez competente, lo cual hará en audiencia oral con presencia del fiscal. si el juez considera que la persecución penal debe continuar, ordenará al Ministerio Público realizar la misma, ordenando la asignación de otro fiscal distinto al que haya negado la persecución penal. En los casos en que no se encuentre individualizada la víctima, o cuando se trate de delitos graves, el fiscal deberá requerir autorización judicial para desestimar. la desestimación no impedirá reabrir el procedimiento cuando nuevas circunstancias así lo exijan, ni examinará al Ministerio Público del deber de practicar los actos de investigación que no admitan demora.

Se ha podido observar expedientes en donde la víctima es una persona que aún no ha cumplido los dieciocho años de edad, y que la opinión de los mismos no ha sido tomada en cuenta en el momento de decidir si se desestima o no una acción denunciada, en este mismo orden de ideas se considera necesario por parte del juez de garantías, oficiar a la Procuraduría General de la Nación para que este represente los intereses de los niños.

e. Archivo

Según el Artículo 327 del Código Procesal Penal, el archivo se da, cuando *"no se haya individualizado el imputado o cuando se haya declarado su rebeldía, el Ministerio Público dispondrá, por escrito, el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de la*



prosecución del procedimiento para los demás imputados.”⁹⁰ En estos casos el Ministerio Público procede a archivar el proceso, pero si se llega a individualizar al sindicado o bien, se aprende al declarado en rebeldía, el proceso deja de ser archivado, es decir, que el archivo no es definitivo.

3.1.7 Auto que otorga procedimiento abreviado:

El Artículo 464 del Código Procesal Penal establece: Admisibilidad. Si el Ministerio Público estimare suficiente la imposición de una pena no mayor a cinco años de privación de libertad, o de una pena no privativa de libertad, o aún en forma conjunta, podrá solicitar que se proceda según este título, concretando su requerimiento ante el juez de primera instancia en el procedimiento intermedio. Para ello, el Ministerio Público deberá contar con el acuerdo del imputado y su defensor, que extenderá a la admisión del hecho descrito en la acusación y su participación en él, y a la aceptación de la vía propuesta. La existencia de varios imputados en un mismo procedimiento no inhibirá la aplicación de estas reglas a alguno de ellos.

Como se mencionó en el inciso anterior el Artículo 117 del Código Procesal Penal, impone la participación del agraviado y debe tomar en cuenta su opinión antes de beneficiar al procesado con un procedimiento abreviado, aplicándose la misma regla en los casos en los cuales el agraviado es una persona que aún no ha cumplido los dieciocho años de edad. En este mismo orden de ideas el Artículo 405 del Código Procesal Penal, establece que esta sentencia es apelable.

⁹⁰ Manual del fiscal bajo la administración de Amílcar Zarate. Pág. 224



3.2 Aplicación fenomenológica del principio de interés superior del niño por los jueces de sentencia de primera instancia

Según lo dispuesto en el Artículo 45 incisos “b” del Código procesal los jueces de sentencia son: quienes conocerán el juicio oral y pronunciarán el fallo correspondiente. Estos tribunales estarán conformados por tres jueces designados mediante sorteo realizado por la Corte Suprema de Justicia entre los jueces de los tribunales de sentencia, tres días después de que sea modificado el auto de apertura de juicio oral, dictado por el juez de primera instancia respectivo.

Los jueces de sentencia penal son los encargados de diligenciar todos los medios de prueba propuestos por los sujetos procesales, arribar a una verdad histórica y plasmarla dentro de una sentencia penal, ya sea de carácter absolutorio o bien de carácter condenatorio.

En esta etapa del proceso penal, se debe de recibir la declaración del agraviado, el cual puede ser un niño, niña o bien un adolescente, y el juez debe de cumplir con una serie de medidas a fin de garantizar el principio de interés superior del niño, las cuales se presentan a continuación:

a. Según lo establecido en el Artículo 356, numeral 5 del Código Procesal Penal, el tribunal de sentencia está obligado a considerar inconveniente la publicidad del proceso, cuando sea una persona que aún no ha cumplido dieciocho años quien deberá prestar su declaración;

b. El Artículo 1 del Acuerdo número 16-2013 regula que los niños, niñas y adolescentes deberán declarar en cámara gessell, circuito cerrado, video conferencia u otras herramientas para evitar la re victimización de los niños. Por lo tanto,, la declaración de los niños debe ser recibida en un ambiente adecuado para evitar ser



confrontado con su agresor y no ser perjudicado en su desarrollo integral como persona ya que deberá ser examinado por las partes, y esto no les afecte gravemente.

c. Velar porque esté presente, según el Artículo 213 del Código Procesal Penal, el representante legal del niño, niña y/o adolescente, sino estuviere el mismo o bien existiere conflicto de intereses, el juez deberá oficiar a la procuraduría General de la Nación para que esté presente en dicha diligencia y pueda representar al niño, niña y/o adolescente.

d. En el momento de escuchar la declaración del niño, niña y/o adolescente, el juez de sentencia debe tomar en cuenta la edad del testigo a fin de no exigir detalles en cuanto al tiempo y lugar de la comisión de los hechos delictivos por los cuales se está conociendo el proceso penal.

3.3 Aplicación fenomenológica del principio de interés superior del niño en los agentes fiscales del departamento de Guatemala

Según el Artículo 46 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público, por medio de los agentes que designe, tendrá la facultad de practicar la averiguación por los delitos que este código le asigna, con intervención de los jueces de primera instancia como contralores jurisdiccionales. Asimismo, ejercerá la acción penal conforme los términos de este código. Asimismo, el Manual del fiscal al hablar de la función del Ministerio Público dentro del proceso penal dice lo siguiente: *"La entrada en vigencia del Código Procesal Penal (decreto 51-92), supuso el cambio a un nuevo sistema procesal, en el cual el fiscal asumió un rol protagónico. El Ministerio Público pasó de ser una figura prácticamente "decorativa", a convertirse en el encargado del ejercicio de la acción y persecución penal pública. La racionalización en la persecución penal, la dirección de la investigación, la presentación de la acusación y su exposición en el debate, son sus principales tareas en el marco del proceso penal. La entrada en vigencia del Código Procesal Penal decreto cincuenta y uno guión noventa y dos (51-92), supuso el cambio*



*a un nuevo sistema procesal, en el cual el fiscal asumió y un rol protagonista. El Ministerio Público pasó de ser una figura prácticamente "decorativa", a convertirse en el encargado del ejercicio de la acción persecución penal pública. La racionalización en la persecución penal, la dirección de la investigación, la presentación de la acusación y su exposición en el debate, son sus principales tareas en el marco del proceso penal."*⁹¹

El Ministerio Público, como ente director de la actividad investigativa para la búsqueda de la verdad, debe asegurarse del estricto cumplimiento de las siguientes medidas:

- a. Los procesos en los cuales son niños las víctimas, debe de existir una especial consideración en cuanto a agilizar los procesos de investigación, ya que el niños debe de tener un proceso de recuperación y de restauración;
- b. En el momento de considerar el beneficio de una medida desjudicializadora a favor del sindicado, o de la realización de un juicio abreviado, debe de informar al niño y a sus representantes incluyendo a la Procuraduría General de la Nación, para que ellos emitan su opinión, basados en los Artículos 117 numeral inciso "a" y "d" del Código Procesal Penal y el 117 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia.
- c. El Ministerio Público, dentro del proceso de investigación, cuando tenga conocimiento de conflicto de intereses en los cuales se están viendo vulnerados los derechos de los niños, debe coordinar de manera inmediata con la Procuraduría General de la Nación y de los órganos jurisdiccionales, a efecto de paralizar dichas vulneraciones.
- d. El Ministerio Público, cuando considere necesario, solicitará anticipos de pruebas, para resguardar las declaraciones de los niños, quienes tienen derecho a un proceso rápido y a un desarrollo integral sano y libre de aspectos que le perjudiquen. Pudiéndose fundamentar en los Artículos 317, 318 y 348 del Código Procesal Penal,

⁹¹ *Manual del fiscal* bajo la administración de Amílcar Zarate. Pág. 2



Artículo 59 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala
Artículo 5 del Acuerdo 16-2013 de la Corte Suprema de Justicia.

- e. Ser cuidadoso con su prueba, cumpliendo los requisitos establecidos en los Artículos 213 y 241 del Código Procesal Penal

3.4 Aplicación fenomenológica del principio de interés superior del niño en los agentes de la Policía Nacional Civil del departamento de Guatemala

Según el Artículo 112 del Código Procesal Penal, la policía tendrá las siguientes funciones: ya sea por iniciativa propia, en virtud de una denuncia o por orden del Ministerio Público, deberá: a. Investigar los hechos punibles perseguibles de oficio; b. Impedir que estos sean llevados a consecuencias ulteriores; c. Individualizar a los sindicados; d. Reunir los elementos de investigación útiles para dar base a la acusación determinar el sobreseimiento; y f. Ejercer las demás funciones que le determine este código.

Dentro del proceso, vale la pena tomar en cuenta el papel tan importante que deben ejercer los miembros de la Policía Nacional Civil, quienes deben actuar en forma conjunta con el Ministerio Público, velando por el principio de interés superior del niño. Los agentes de la Policía Nacional Civil, al tener noticia de la comisión de un hecho delictivo, por delito flagrante tal y como está regulado en el Artículo 257 del Código Procesal Penal, al aprehender a la persona que se supone realizó las acciones delictuosas, debe individualizar a la persona y cerciorarse si es mayor de edad o un niño, niña o adolescente, para determinar cuál será el órgano jurisdiccional competente para conocer.

Los agentes de la Policía Nacional Civil, según lo dispuesto en el Artículo 297 del Código Procesal Penal, también pueden recibir por escrito o en forma oral una



denuncia, sin embargo al tener noticia de que la víctima es una persona que aún no ha cumplido los dieciocho años de edad, deberá hacerla llegar de manera inmediata al Ministerio Público para que inicie el proceso de investigación lo más expedito posible.

3.5 Aplicación fenomenológica del principio de interés superior del niño en los funcionarios que laboran en la unidad de la niñez de la PGN

El Artículo 252, de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que: Procuraduría General de la Nación. La Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales.... El Procurador General de la Nación ejerce la representación del Estado y es el jefe de la Procuraduría General de la Nación. Asimismo, el Artículo 108 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la adolescencia establece las atribuciones que tiene la procuraduría general de la nación en materia de niñez:

- a. Representar legalmente a aquellos niños, niñas y adolescentes que carecieren de ella;
- b. Intervenir en los procesos judiciales de protección
- c. Presentar denuncia ante el Ministerio Público
- d. Emitir informes y opinión en todos los procesos judiciales

Con base en todo lo expuesto, la Procuraduría General de la Nación puede intervenir en los procesos penales como representantes de la niñez guatemalteca, asimismo, el Artículo 117 del Código Procesal Penal lo respalda para actuar como querellante adhesivo dentro proceso penal.



3.6 Aplicación fenomenológica del principio de interés superior del niño por los abogados defensores

Los defensores sean públicos o privados deben de velar por el derecho de defensa de aquellas personas a las cuales se considera pudiera haber cometido los hechos delictivos cuando aún no había cumplido los dieciocho años de edad y hacerlo ver en todas las audiencias del proceso penal.

3.7 Análisis de sentencias

a. Revocadas por la ausencia de la aplicación del principio de interés superior del niño

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del caso Rosendo Cantú y otras versus México en la sentencia del treinta y uno de agosto de dos mil diez, falló de la siguiente manera:

Que esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación

Que el Estado deberá conducir en el fuero ordinario, eficazmente y dentro de un plazo razonable, la investigación y, en su caso, penal que tramite en relación con la violación sexual de la señora Rosendo Cantú, con el fin de establecer las correspondientes responsabilidades penales y aplicar, en su caso, las sanciones y demás consecuencias que la ley prevea, de conformidad con lo establecido en los párrafos doscientos once al doscientos trece de la presente sentencia.

Que el Estado es responsable por la violación de los derechos del niño, consagrado en el Artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con Artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Rosendo Cantú, de acuerdo con lo expuesto en párrafos doscientos al doscientos dos de esta Sentencia.



En cuanto a esta sentencia la corte ha revocado las sentencias de orden nacional emitidas por el Estado de México entre otras por la violación al principio de interés superior del niño, toda vez que la señora Rosendo Cantú era una persona de diecisiete años cuando fue víctima de violencia sexual.

b. Sentencias en las cuales se aplicó el principio de interés superior del niño, pero corrieron el riesgo de ser revocadas por vulnerar otro de índole procesal o constitucional

En el caso de la sentencia que fue emitida en favor de Fermín Ramírez, es un claro ejemplo de cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fallado en favor del debido proceso, es importante tomar en consideración todos los principios rectores del derecho penal y velar por el debido proceso.

3.1 Problemática generada por la falta y/o errónea aplicación del principio de interés superior del niño en los procesos penales en Guatemala.

Como anteriormente se ha explicado, el principio de interés superior del niño, consiste en que los juzgadores en el momento de conocer, convocar, apremiar, controlar, resolver y ejecutar en procesos penales cuyos sujetos procesales son niños, niñas y/o adolescentes deberá procurar toda una toma de decisiones en favor de la mayor protección de los bienes jurídicos tutelados de los mismos; razón por la cual, cuando en un proceso penal cuya víctima es un menor de edad, la no aplicación o la errónea aplicación de este principio genera una problemática en las esferas constitucional, jurídica, social y moral; pero ¿En qué consiste esta problemática? ¿Cuáles son las causas? ¿Cuáles son las consecuencias derivadas de dicha problemática?; para responder estas preguntas a continuación se analizarán diez sentencias penales dictadas en por los jueces de primera instancia del departamento de Guatemala, en donde no se aplicado el principio antes identificado así como 20 entrevistas realizadas



a jueces del departamento de Guatemala.

3.1.1 Análisis de Sentencias

a. caso uno

Proceso penal sobre el delito de agresión sexual con agravación de la pena y actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad en forma continuada, causa número C-01069-2012-00233 (12-2013 of. 1) sustanciado ante el tribunal segundo de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Guatemala

- 1. Número de expediente:** C-01069-2012-00233 (12-2013 of. 1)
- 2. Fecha de la sentencia:** veintidós de marzo de dos mil trece
- 3. Antecedentes del caso:** el querellante adhesivo presentó una apelación especial por motivo de forma toda vez que consideró la que en este caso en concreto no se aplicó el principio de interés superior del niño, toda vez que el juez de sentencia incurrió en un vicio específicamente el establecido en el Artículo 394 numeral 3 del Código Procesal Penal, invocando la inobservancia de las reglas de la sana crítica razonada, en lo que concierne la regla lógica, de la derivación, pues en el momento en que declaró la víctima, una niña de doce años, el juez no precisó una consideración a la víctima testigo por su edad, pues la niña no pudo aportar al debate detalles, que solo una persona adulta pudiera proporcionar, aunado a lo anterior se pudo demostrar que la niña era de escasos recursos y de un nivel educativo deficiente, por lo que se demostró que la niña no conocía conceptos básicos; en este caso en específico la niña fue víctima de actos eróticos, pues el supuesto agresor realizaba tocamientos en la vagina de la niña, pero la niña en el momento de su declaración, solo pudo aportar que el la abusaba por el ano, al cuestionarse a la niña si sabía dónde quedaba su ano, ella señaló hacía su vagina, es decir, que la niña no conocía el concepto de vagina, pero el juez al dictar sentencia, no consideró



este aspecto y esta fue de carácter absolutoria pues la sentencia indicaba que había una contradicción entre lo dicho por la niña y la imputación realizada por el Ministerio Público, y aun cuando se presentaron recursos que expusieran este error en el cual incurrió el juzgador, en cuanto a la valoración de la prueba y a la no aplicación del principio de interés superior del niño, estos tampoco prosperaron en las instancias superiores. Por lo que se concluye en que no se aplicó el principio de interés superior del niño, pues la niña agraviada se le exigió una declaración no acorde a su edad, es decir, que la edad de la niña si fue una condicionante del supuesto agresor para vulnerar sus derechos, pues ¿hubiera podido realizar estas acciones mismas acciones con una mujer con capacidad de defenderse?, considero que no, el supuesto agresor aprovechó la vulnerabilidad de la niña, pero la realidad es que la edad de la agraviada no fue una condicionante del sistema de justicia para dictar una sentencia justa.

- 4. Actos, etapas y resoluciones en las que no se aplicó o se aplicó erróneamente el principio de interés superior del niño:** La querellante adhesiva, argumentó, que en la etapa del diligenciamiento de la prueba durante el desarrollo del debate y en la fase de valoración de la prueba durante la deliberación y posterior. El juez, como garante del orden constitucional, debe observar en todo momento los requisitos de forma y fondo para juzgar los asuntos que lleguen a su conocimiento, y no debe dejarse llevar por interpretaciones personales de los hechos, sino, emitir sus conclusiones conforme lo probado en el debate, en este caso en concreto el juzgador indica que hay una incongruencia en lo relatado por la niña quien y en la plataforma fáctica del Ministerio Público presentó, porque indica que el Ministerio Público hace relación a que los actos eróticos se ejercieron en la vagina de la niña, y que la niña indicó que fue en el ano, además expuso, que en este caso se motivó una injusticia notoria pues omitió lo ocurrido en el debate toda vez que él observó y pudo percatarse de que la niña no sabía el significado del término vagina, sin embargo cuando se le pregunta que señale el lugar en donde el



sindicado le puso su pene ella se para y señala hacia su vagina; lo anterior evidencia la violación del principio de interés superior del niño puesto que los hechos cometidos en contra de la agraviada deben ser conocidos conforme al Artículo 203 de la Constitución Política de la República, 5 y 6 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales se deben tener por vulnerados al inobservar el Artículo 11 bis del Código Procesal Penal.

5. **Sentido de la sentencia:** absolutoria
6. **Recursos utilizados:** apelación especial
7. **Principios y derechos vulnerados:** al quebrantarse el principio de interés superior del niño, en la valoración de la prueba, se quebrantaron los principios de legalidad, seguridad jurídica, defensa, debido proceso, supremacía constitucional, así como el derecho a la libertad e indemnidad sexual, derecho a la integridad personal, derecho al desarrollo integral de la persona, la justicia, la paz, derecho a la salud, etc.
8. **Consecuencias morales en la víctima:** la víctima tendrá una distorsionada percepción del sexo, traumas post traumáticos, desconfianza y paranoia respecto al sexo opuesto, imposibilidad de establecer relaciones sociales, personales y familiares.
9. **Consecuencias sociales en la víctima:** estigmatización social, discriminación, destrucción del proyecto de vida, falta de acceso a la educación, falta de resocialización y reinserción social.



b. caso dos

Proceso penal sobre el delito de violación con agravación de la pena en forma continuada, causa número 02036-2012-00662, 18-2013 auxiliar de audiencias 3º; sustanciado ante la Juez Unipersonal de Sentencia Penal, de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer y Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.

- 1. Número de expediente:** 02036-2012-00662, 18-2013 auxiliar de audiencias 3º.
- 2. Fecha de la sentencia:** once de abril del año dos mil trece
- 3. Antecedentes del caso:** que agresor, sin que la madre de la niña de una niña de tan solo once años de edad se diera cuenta, se la llevó a vivir a un lugar distinto de su casa, durante los meses de noviembre y diciembre del año dos mil once, privándola de su libertad, llevándola en contra de su voluntad; el agresor se hizo ayudar de su hermana para cometer este delito, y posteriormente llevó a la niña a una casa abandonada en la Aldea Platanares, Municipio de Guazacapán, Santa Rosa teniéndola amarrada con un lazo, lugar donde fue rescatada por agentes de la Policía Nacional Civil. Con base en la declaración vertida por la niña, se tuvo por acreditado que el condenado es autor responsable de los hechos descritos en la acusación, pues la juzgadora invistió de pleno valor probatorio a dicha prueba, la cual fue sustentada con la declaración de la madre de la agraviada y de los agentes de la policía Nacional Civil, respecto de como la misma fue privada de su libertad durante los meses de noviembre y diciembre del año 2011 teniendo 7 meses de embarazo y contando con tan solo 12 años de edad en el momento de la privación de su libertad; añadiendo la niña que el agresor la amenazaba de matar tanto a su madre como a su hermanito.



4. Actos, etapas y resoluciones en las que no se aplicó o se aplicó erróneamente el principio de interés superior del niño: en la etapa del diligenciamiento de la prueba durante el desarrollo del debate y en la fase de valoración de la prueba durante la deliberación y posterior. En el presente proceso, se considera una errónea aplicación de la ley, (Artículo 203 Código Penal) toda vez que la honorable juzgadora decide condenar por el delito de detenciones ilegales y no por el delito de secuestro, sin embargo esta representación tiene el criterio que los elementos que conforman ambos tipos penales (secuestro y detenciones ilegales) no son los mismo, por lo que considera que las acciones antijurídicas, culpables y punibles realizadas por el acusado encuadran en el tipo penal secuestro en vez del detenciones ilegales. Con base en la declaración vertida por la agraviada, se tuvo por acreditado que el condenado es autor responsable de los hechos descritos en la acusación, pues la juzgadora invistió de pleno valor probatorio a dicha prueba, la cual fue sustentada con la declaración de la madre de la agraviada y de los agentes de la Policía Nacional Civil, respecto de cómo la misma fue privada de su libertad durante los meses de noviembre y diciembre del año dos mil once teniendo siete meses de embarazo y contando con tan solo doce años de edad en el momento de la privación de su libertad, bajo amenazas de matar tanto a su madre como a su hermanito. El juez al valorar, le otorga pleno valor a todos y cada uno de los extremos de su declaración, pues no se hizo reserva, observación o exclusión alguna la declaración de la misma, por lo tanto, la juez estima que todo lo relatado por ella es verdad, como realmente lo es. Sin embargo, al encuadrar las acciones realizadas por el acusado, se limita a considerar únicamente uno de los verbos rectores, consistente en la privación de libertad, sin entrar a valorar el resto de los verbos rectores, y el principal en este caso en concreto, que fue el dolo, con el cual actúo el acusado, el cual implica conocimiento y voluntad de tener propósitos definidos para privar de su voluntad y de su libertad de locomoción a la agraviada; el acusado al enterarse de que la madre de la agraviada lo había denunciado por el delito de violación en contra de su hija premedito y planificó el privar de su libertad a la niña, con un objetivo que va más allá de solo encerrar o detener a una persona, en este caso en particular el acusado pretendía evitar ser perseguido penalmente por el delito de violación, pues



se enteró de que la madre de la niña lo denuncia por tales ilícitos penales, sumado a lo antes expuesto pone en riesgo la vida de la agraviada toda vez, que él tenía pleno conocimiento de que la misma se encontraba en estado de gravidez y de la corta edad de la niña (tan solo doce años de edad).

De conformidad con el Código Procesal Penal, la víctima o agraviada es un sujeto procesal con derecho a la tutela judicial, que implica una debida fundamentación y una resolución apegada a derecho, en especial por ser una niña, investida por ministerio de ley, del derecho a la protección legal preferente y a tener presente su interés superior para dictar sentencia, contenido en los Artículos 5 y 6 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, así como el Artículo tres de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Otro motivo es la inobservancia del Artículo 7 de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, el cual establece que: Violencia Contra la Mujer. Comete el delito de violencia contra la mujer quien, en el ámbito público o privado, ejerza violencia física, sexual o psicológica, valiéndose de las siguientes circunstancias: a. haber pretendido, en forma reiterada o continua, infructuosamente, establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima. D. en menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital. E. por Misioginia... la persona responsable del delito de violencia física o sexual contra la mujer será sancionada con prisión de cinco a doce años, de acuerdo a la gravedad del delito, sin perjuicio de que los hechos constituyan otros delitos estipulados en leyes ordinarias. La persona responsable del delito de violencia psicológica contra la mujer será sancionada con prisión de cinco a ocho años de acuerdo a la gravedad del delito, sin perjuicio de que los hechos constituyan otros delitos estipulados en leyes ordinarias.

En el presente caso la honorable señora juez dentro del apartado de hechos que estima acreditados, lo siguiente: *"la agarraba a la fuerza varias veces, la tuvo amarrada con un*



lazo” *“amenazándola de que iba a matar a su mamá y a su hermanito”*. Asimismo, la honorable jueza le otorga todo el valor probatorio a la declaración testimonial de la niña, misma que al declarar expone las constantes amenazas de muerte que el acusado ejercía hacia su persona, incluso como utilizaba un cuchillo para amenazarla, y que durante el tiempo que la tuvo retenida estuvo viviendo en condiciones que vulneraban sus derechos como mujer. La juzgadora al resolver considera que tanto la violencia psicológica, como la violencia contra la mujer deben de ser subsumidas dentro del tipo penal de violación, toda vez que el Artículo 173 del Código Penal, establece que: Quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirse a sí misma, será sancionada con pena de prisión de ocho a doce años. Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad..... La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos.

Es de hacer mención, que los actos de violación que el acusado ejerció sobre la agraviada no se debieron únicamente por la edad de la víctima, sino que los mismos fueron cometidos tanto con violencia física así como con violencia psicológica, no obstante lo anterior, el acusado desde el mes de junio al mes de diciembre del años dos mil doce, ejerció actos misóginos en contra de la agraviada, al respecto, la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer define lo relativo a misoginia de la siguiente manera: odio, desprecio subestimación a las mujeres por el solo hecho de serlo.

Asimismo, también define lo que para el efecto significa la violencia física de la siguiente forma: violencia física: acciones de agresión en las que se utiliza la fuerza corporal directa o por medio de cualquier objeto, arma o sustancia con la que se causa daño, sufrimiento físico, lesiones o enfermedades a una mujer.

En cuanto a la violencia psicológica esta a su vez es definida como: las acciones que pueden producir daño o sufrimiento psicológico o emocional a una mujer, a sus hijas o a sus hijos, así como las acciones, amenazas o violencia contra las hijas, los hijos u otros familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la víctima,

en ambos casos con el objeto de intimidarlas, menoscabar su autoestima o controlarla, la que sometida a ese lima emocional puede sufrir un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos.

En este caso, quedó acreditado que en forma reiterada, mientras mantenía retenida a la agraviada, este no conforme con limitarle su locomoción o su libertad, la amarraba para producirle sufrimiento físico, si a esto sumamos que quedó acreditado que durante este tiempo la niña también estaba en estado de gravidez, el daño era aún mayor. Estas acciones no pueden subsumirse dentro del tipo penal de violación, porque estas acciones se ejecutaron en momentos distintos de la violación.

También quedó acreditado que la amenazaba constantemente con matar a su hermanito y a su mamá, en distintos momentos a los de la violación, y los ejecutaba con el único objetivo de humillarla y limitar su estabilidad emocional

5. Sentido de la sentencia: se condenó al acusado a dieciséis años de prisión incommutables por el delito de violación con agravación de la pena en forma continuada, cometido en contra de víctima y a un año de prisión conmutable a razón de cinco quetzales diarios por el delito de Detenciones Ilegales y se absolvió al agresor por los delitos de violencia contra la mujer en el ámbito psicológico y por violencia contra la mujer en el ámbito físico.

6. Recursos utilizados: apelación especial y casación

7. Principios y derechos vulnerados: legalidad, debido proceso, tutela judicial efectiva, seguridad jurídica, supremacía constitucional, derecho a la salud, derecho a la integridad personal, libertad e indemnidad sexual

8. Consecuencias morales en la víctima: la víctima tendrá una distorsionada percepción del sexo, traumas post traumáticos, desconfianza y paranoia respecto al sexo opuesto, imposibilidad de establecer relaciones sociales, personales y familiares.

9. Consecuencias sociales en la víctima: estigmatización social, discriminación,



destrucción del proyecto de vida, falta de acceso a la educación, falta de resocialización y reinserción social; condición prematura de madre.

c. Caso tres

Proceso Penal sobre el delito de maltrato contra personas menores de edad, causa número cero mil ochenta guión dos mil once guión cero cero trescientos (C-01080-2012-00300), sustanciado ante el tribunal séptimo de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente, departamento de Guatemala.

- 1. Número de expediente:** cero mil ochenta guión dos mil doce guión cero cero trescientos (C-01080-2012-00300)
- 2. Fecha de la sentencia:** trece de febrero de dos mil trece
- 3. Antecedentes del caso:** en el presente caso, se ha dictado sentencia condenatoria en contra del acusado por el delito de maltrato contra personas menores de edad regulado en el Artículo 150 bis del Código Penal, el cual al final del articulado establece que se aplicará la pena establecida en ese delito: sin perjuicio de las sanciones aplicables por otros delitos. En ese sentido, se hace imposible la subsunción de figuras delictivas en la del maltrato contra personas menores de edad, ya que el Artículo obliga al juzgador a imponer todas las penas, y siendo que sólo pueden imponerse penas cuando se declare la responsabilidad penal, es obligatorio responsabilizar al sindicado por el delito de Homicidio en Grado de Tentativa el cual está regulado en los Artículos ciento veintitrés y catorce del Código Penal. Toda vez que quedó acreditado el *animus necandi*, es decir el deseo de matar del sujeto activo. Respecto al delito de homicidio, el Artículo 123 establece: Comete el delito de homicidio quien diere muerte a alguna persona. Respecto al delito de tentativa, el Artículo 14 del Código penal establece: Hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente. En ese sentido, se debe tener por acreditada, la voluntad del sujeto activo ya que el dictamen del médico forense, al cual se le otorgó valor probatorio en sus conclusiones dice que el niño, víctima del presente proceso, como consecuencia de las golpizas propinadas por el



condenado, quedó incapacitado para el trabajo por quince días, y que tenía patrón de lesiones antiguas y resientes, el cual al concatenarse con la declaración de la víctima quien establece que el padre y sujeto activo siempre lo trataba mal y que nunca le curó las heridas que le ocasionó, las cuales tuvieron que ser curadas por las personas de Casa Bernabé lugar donde estuvo abrigado provisionalmente, pero si no hubieran sido curadas probablemente se hubiera causado la muerte del niño. De tal cuenta, concurren todos los elementos de tipificación del delito de homicidio en grado de tentativa y debe responsabilizarse e imponerse una pena privativa de libertad al agresor por la comisión de este delito. Aunado al análisis del siguiente submotivo, cabe mencionar que la pena a imponer por este delito debe ser de quince a cuarenta años rebajada en una tercera tal y como lo regula el Artículo 63 del Código Penal, pues es obvio el ensañamiento con el que el sindicato lo hizo, siendo su propósito lastimar al niño a efecto de causarle un condicionamiento negativo básico, al modo de los perros de Pablov, y el daño que la causó es grave tanto a nivel corporal como emocional, como lo describieron los expertos en psicología y la juez de sentencia lo acreditará. De la misma forma, debe tenerse en cuenta que la pena en este caso debe responder al interés superior del niño, pues es un niño agraviado y debe garantizársele la no repetición de la violación a sus derechos, es de hacer notar, casos similares en los cuales niños han perdido la vida a consecuencia de un ensañamiento disfrazado de castigo, tal es el caso de Daniel Armando Porras (caso número 01078-2010-2380) y el de Jennifer Alejandra Vásquez. Por lo tanto,, debe condenarse al acusado a una pena de quince años de prisión inconvertibles por el delito de homicidio en grado de tentativa, en contra de su hijo de tan solo cinco años de edad.

- 4. Actos, etapas y resoluciones en las que no se aplicó o se aplicó erróneamente el principio de interés superior del niño:** En la etapa del diligenciamiento de la prueba durante el desarrollo del debate y en la fase de valoración de la prueba durante la deliberación y posterior. La presente resolución, en la forma que se encuentra, incumple los fines constitucionales de la pena pues permite al agresor



caminar libremente sin poder pasar por el proceso de recuperación social que la pena pretende, conforme al Artículo 19 de la Constitución Política de la República, de la misma forma constituye una violación al principio de legalidad penal el cual no sólo opera a favor del agresor, pues constituye al juzgador una obligación de verificar el cumplimiento de toda la normativa penal, conforme al Artículo 1 del Código Penal. En consecuencia debe estimarse vulnerado el derecho al debido proceso debido que no se cumple con los fines ni se observan las formas de proceso penal a cabalidad. Que la juez de sentencia ha inobservado el Artículo 123 y 14 del Código Penal al dictar una sentencia condenatoria sin calificar todos los hechos que estimó acreditados pues quedó claro y sin ninguna duda que el **agraviado quedó incapacitado por quince días para el trabajo, que tenía lesiones de patrón recientes y antiguas en todo su cuerpo cumpliéndose el primer presupuesto de hecho de esta figura delictiva**. Por lo tanto, al omitir la calificación se hace obvia la omisión de la juez en aplicarlo al caso concreto, violándose además de los principios antes indicados el principio de Interés Superior del Niño investida por ministerio de Ley, del derecho a la protección legal preferente y a tener presente su interés superior para dictar sentencia, contenido en los Artículos cinco y seis de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, así como el Artículo tres de la Convención sobre los Derechos del Niño.

5. **Sentido de la sentencia:** condenatoria
6. **Recursos utilizados:** Apelación especial
7. **Principios y derechos vulnerados:** legalidad, debido proceso, tutela judicial efectiva, supremacía constitucional, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a la integridad personal.
8. **Consecuencias morales en la víctima:** la víctima tendrá una distorsionada percepción de las relaciones paterno-filiales, traumas post traumáticos, desconfianza y paranoia respecto a las personas adultas, imposibilidad de establecer relaciones sociales, personales y familiares, cuadro de violencia.
9. **Consecuencias sociales en la víctima:** estigmatización social, discriminación,



destrucción del proyecto de vida, falta de acceso a la educación, falta de resocialización y reinserción.

d. caso cuatro

Proceso penal sobre los delitos de violación en forma continuada, rapto específicamente agravado en forma continuada y detención ilegal en forma continuada, causa número noventa y ocho guión dos mil ocho (98-2008) sustanciado ante la jueza del tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del municipio de San Benito, departamento de Peten.

- 1. Número de expediente:** noventa y ocho guión dos mil ocho (98-2008)
- 2. Fecha de la sentencia:** veinticuatro de enero de dos mil catorce
- 3. Antecedentes del caso:** en la declaración de los agentes de la policía nacional civil Roberto Ruano López y Félix Ramiro García Grijalva, agentes captores de la Policía Nacional Civil, quienes en debate oral y público declararon que la niña de nueve les indicó que el agresor la había violado, y que la tenía retenida con él en contra de su voluntad y que quería regresar con su mamá.
- 4. Actos, etapas y resoluciones en las que no se aplicó o se aplicó erróneamente el principio de interés superior del niño:** en la etapa del diligenciamiento de la prueba durante el desarrollo del debate y en la fase de valoración de la prueba durante la deliberación y posterior. En primer lugar hay que referirse a lo establecido en el Artículo 11 bis del Código Procesal Penal, el cual prevé la obligación de los juzgadores de emitir sus decisiones con un sustento lógico, fáctico y jurídico que se fundamente en el universo probatorio del caso, respondiendo, objetiva e imparcialmente a lo producido en el debate con el fin de alcanzar la averiguación de la verdad de los hechos que se juzgan. El juez, como garante del orden constitucional, debe observar en todo momento los requisitos de forma y fondo para juzgar los asuntos que lleguen a su conocimiento, y no debe dejarse llevar por interpretaciones personales de los hechos, sino, emitir sus conclusiones conforme lo



probado en el debate, en este caso en concreto la juzgadora indica que falta prueba contundente e idónea para acreditar los hechos de las actuaciones planteadas por el Ministerio Público, pues la aportada es insuficiente. Con base en lo anterior la juzgadora considera que con la prueba de cargo diligenciada no se logra establecer que el acusado haya realizado los actos descritos en la acusación y que configuran los tipos penales de violación en forma continuada, raptó específicamente agravado en forma continuada y detenciones ilegales en forma continuada, por no darse los presupuestos que configuran los tipos penales contenidos en los Artículos 71, 173, 181, 183 y 203 del Código Penal. En el presente caso, se está ante una sentencia que colecciona las ideas y pensamientos de la juzgadora respecto a una niña que fue víctima cuando tenía nueve años de edad, y que según la conclusión número uno del dictamen rendido por el doctor Luis Carlos de León Zea Psiquiatra Forense del Ministerio Público con fecha 22 de agosto de dos mil siete, *“En este momento ..., se encuentra en el pleno desarrollo de sus facultades mentales sin embargo se considera que evidencia un retraso de tipo sociocultural y psicopedagógico...”* misma que con palabras sencillas a su corta edad indicó a los agentes de la policía nacional civil Roberto Ruano López y Félix Ramiro García Grijalva, que el agresor la había violado, y ellos presenciaron como este forcejeaba con la niña para ingresarla a la tienda El Éxito ubicada en la Libertad Petén. Si bien es cierto la niña no compareció al debate objeto de la presente sentencia también es cierto que la honorable juzgadora no quiso diligenciar una declaración de la niña en calidad de anticipo de prueba, la cual fue solicitada según lo establecido en el Artículo 348 del Código Procesal Penal, misma que contenía el relato de la agraviada, si bien es cierto no fue autorizada por la honorable juzgado también es cierto que fue autorizado por el tribunal contralor que tenía a cargo el proceso en ese momento procesal oportuno, y que la misma era para garantizar la declaración de la niña, habiéndose solicitado por los querellantes que se incorporara como medio nuevo de prueba lo cual no fue aceptado por la honorable juzgadora sin fundamentar su decisión, considerando que estamos frente a una injusticia notoria por la jueza de sentencia, toda vez que no da una nueva oportunidad a la niña agraviada para que compareciera a debate por no comparecer el día que fue convocada y no diligencia



un CD que contiene declaración en calidad de prueba anticipada solicitada después del ofrecimiento de pruebas según lo establecido en el Artículo 348 del Código Procesal Penal. Pero aún así ella ha manifestado que no se puede acreditar que hubiese sido agresor quien abusó sexualmente de la niña con ningún medio de prueba cuando los agentes de la Policía Nacional Civil Roberto Ruano López y Félix Ramiro García Grijalva manera conste que la niña indicó que el agresor la había violado, es decir, que la jueza es notoriamente injusta porque desvaloriza una prueba tan importante como la declaración de los agentes antes descritos, y exige a una niña de tan solo nueve años de edad, quien además tiene un retraso cultural y psicopedagogo detalles que muchas veces ni los adultos podemos proporcionar. Razón por la cual la fundamentación de la juzgadora no es convincente sino más bien resulta ser insuficiente para respaldar los motivos por los cuales arriba a considerar que debe emitir una sentencia de carácter absolutorio. Asimismo,, utiliza únicamente la primera parte del dictamen psicológico suscrito por la licenciada Carolina Isabel Morales de León, de fecha treinta de julio de dos mil siete, dictamen que no fue ratificado ni cuestionado ni sometido a contradictorio, mismo que según lo establecido en el Artículo 234 del Código Procesal Penal, no debió ni siquiera entrarse a conocer porque no fue diligenciado en el presente debate oral y público, porque la perito no compareció a juicio oral y público, y que fue utilizado solo para desvalorizar el dictamen ratificado por el doctor Rodolfo Antonio González Godoy, pues el doctor concluye que el día treinta y uno de mayo de dos mil siete la niña, tenía una desfloración reciente de hace más o menos tres días debido a que tenía dos rasgaduras himeniales a las seis y nueve de la carátula del reloj en fase de cicatrización, labios menores con eritema y edema. Misma que se desvaloriza porque la jueza indica que en el dictamen de la doctora Carolina Morales de León, la madre refiere había sido abusada sexualmente con anterioridad a este hecho victimizante, es decir antes del trece de mayo de dos mil siete, según lo refiere la psicóloga, que le relató la madre, pero la lesión encontrada en el cuerpo de la evaluada por el doctor Rodolfo Antonio Gonzáles Godoy fue de hacía tres días más o menos, es decir, que la lesión se produjo en el tiempo que vivió en la casa del supuesto agresor. Asimismo, no concede valor probatorio a este dictamen porque según la jueza no



reúne los requisitos establecidos en el Artículo 241 del Código Procesal Penal, pero no indica porqué no reúne los requisitos establecidos en dicho Artículo, dejando a esta representación en un estado de indefensión al no conocer las razones por la cuales la juzgadora indica que no reúne los requisitos establecidos en dicho Artículo, aun así esta representación considera que si debió haberse dado todo el valor probatorio a esta declaración porque se arriba a considerar que la niña a la edad de nueve años estaba desflorada recientemente, y que dicha evaluación fue ordenada por el señor juez de paz de la Libertad Petén, tal atribución que está reconocida en los jueces de instancia penal según lo establecido en el Artículo 44 inciso d del Código Procesal Penal, el cual establece lo siguiente: practicarán las diligencias urgente.

Conforme al Artículo 11 bis la falta de fundamentación implica la violación del derecho de defensa, que atiene a todos los sujetos procesales, así como la acción penal, ejercida en forma pública por el Ministerio Público y en forma privada por la querellante, a la vez, en atención a la edad de la agraviada, se debe tener por vulnerado el principio de interés superior del niño y la tutela judicial efectiva, puesto que los hechos cometidos en contra de la agraviada deben ser conocidos conforme a los Artículo 203 de la Constitución Política de la República, 5 y 6 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales se deben tener por vulnerados al inobservar el Artículo 11 bis del Código Procesal Penal. Asimismo, se vulnera el derecho a la justicia, por considerar que todas y cada una de las decisiones judiciales en este caso en concreto fueron notoriamente injustas dejando a la víctima en un total estado de indefensión.

5. Sentido de la sentencia: absolutoria

6. Recursos utilizados: apelación especial



7. Principios y derechos vulnerados: legalidad, debido proceso, tutela judicial efectiva, seguridad jurídica, supremacía constitucional, derecho a la salud, derecho a la integridad personal, libertad e indemnidad sexual

8. Consecuencias sociales en la víctima: estigmatización social, discriminación, destrucción del proyecto de vida, falta de acceso a la educación, falta de resocialización y reinserción social; condición prematura de madre.

9. Consecuencias morales en la víctima: la víctima tendrá una distorsionada percepción del sexo, traumas post traumáticos, desconfianza y paranoia respecto al sexo opuesto, imposibilidad de establecer relaciones sociales, personales y familiares.

e. caso cinco

Proceso penal sobre el delito de violación con agravación de la pena, causa número C-01081-2008-02069, sustanciado ante juez de sentencia del tribunal octavo de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Guatemala

1. Número de expediente: C-01081-2008-02069

2. Fecha de la sentencia: treinta de abril de dos mil doce

3. Antecedentes del caso: En el presente caso, quedó plenamente probado por distintos medios de prueba que la agraviada ha sufrido un daño grave que la ha llevado a tener deseos suicidas, menosprecio por ella misma, baja autoestima y distorsión de su rol y de la figura del hombre. A la vez, el juez ha podido corroborar dichos daños al presenciar su declaración y la respuesta emocional afectiva que tiene al recordar los hechos sufridos. De tal cuenta, el juez al dar valor probatorio a la declaración de la agraviada y la declaración de la profesional de la psicología del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, está maniatado por su propia



decisión, a reconocer en la sentencia la existencia de un daño grave, extenso e intenso a la niña agraviada. El Artículo 65 del Código Penal establece que el juez al determinar la pena debe considerar la extensión e intensidad del daño causado, al tenor literal del mismo, el juez debe analizar el daño como entidad, no si es reparable o no. El juez ha extendido el alcance de ese Artículo al indicar, en la literal d del numeral romano VI, indica: *“la extensión e intensidad del daño, si bien es cierto que la ofendida debe recibir un tratamiento psicológico, es lógico que lo sufrido emocionalmente puede ser reparable (...)”* Situación que es totalmente adversa a lo indicado por la profesional de la psicología en el debate. Así mismo, la ley manda a indicar la extensión e intensidad del daño pues es esto lo sufre la agraviada directamente como consecuencia del delito. El Artículo 65 del Código Penal, ya citado, entonces, pondera esta situación como una restitución moral a la persona agraviada de los hechos que ha sufrido.

- 4. Actos, etapas y resoluciones en las que no se aplicó o se aplicó erróneamente el principio de interés superior del niño:** que al determinar la pena, el juzgador apreció subjetivamente la intensidad y extensión del daño causado a la agraviada, considerando que el juez ha indicado que en cuanto al daño, considera que es reparable por lo que no es un criterio para aumentar la pena de los sindicados dentro del mínimo y máximo establecido en la ley. No obstante, anteriormente indica que le da valor probatorio a un dictamen en el que se evidencia afectación al sistema emocional de la agraviada por el hecho sufrido, así mismo, del relato de la agraviada pudo apreciar que tuvo sentimientos suicidas así como desprecio por sí mismo a consecuencia del delito sufrido y manifestaciones de afectación emocional y estrés agudo. Por lo que existe una incongruencia notoria entre lo valorado y lo resuelto, que constituye un vicio de fondo de la sentencia.
- 5. Sentido de la sentencia:** condenatoria
- 6. Recursos utilizados:** Apelación Especial
- 7. Principios y derechos vulnerados:** legalidad, debido proceso, tutela judicial efectiva, seguridad jurídica, supremacía constitucional, derecho a la salud, derecho a



la integridad personal, libertad e indemnidad sexual

8. Consecuencias morales en la víctima: estigmatización social, discriminación, destrucción del proyecto de vida, falta de acceso a la educación, falta de resocialización y reinserción social; condición prematura de madre.

9. Consecuencias sociales en la víctima: la víctima tendrá una distorsionada percepción del sexo, traumas post traumáticos, desconfianza y paranoia respecto al sexo opuesto, imposibilidad de establecer relaciones sociales, personales y familiares.

f. caso seis

Caso causa penal, número 01078-2010-2380, en este caso el niño agraviado murió a consecuencia de golpes y maltrato constante por parte de la esposa de un primo de su papá, niño que previamente fue abandonado por sus padres biológicos en la casa del primo del papá; este niño de nueve años, juntamente con sus hermanitas fue maltratado por muchos años, no obstante la última golpiza que le propició causó su muerte, la sindicada solo fue condenada por el delito de homicidio, habiéndose establecido en el debate con el dictamen del médico forense y con la declaración de su hermanita menor, el enañamiento con el cual se le causó la muerte, es más la propia acusada durante el debate, confesó ser un monstruo pidiendo una sentencia justa, pues ella le había ocasionado la muerte al niño, y aun cuando se solicitó se dictara una sentencia por el delito de asesinato, la jueza dictó una sentencia condenatoria solo por el delito de homicidio, por lo que se considera que este caso fue incorrecta la forma de aplicar el principio de interés superior del niño.

g. caso siete

Caso de Fermín Ramírez versus Guatemala ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el día veinte de junio de dos mil cinco, en este caso también se considera



que la aplicación del principio de interés superior del niño no fue correcta, toda vez que los jueces sentenciadores al emitir una sentencia que lo condenó a la pena máxima, es decir, la pena de muerte, no obstante este aspecto tan trascendente de aplicar el principio de interés superior del niño, los jueces debieron observar los errores en los cuales incurrió el Ministerio Público los cuales violentaron el debido proceso, si bien es cierto, lo justo era dictar esta sentencia, el principio de interés superior del niño colisionó con el de debido proceso; se concluye que es importante observar todos los principios y una debida fundamentación para lograr una sentencia firme.

h. caso ocho

Proceso bajo la causa ciento ocho guion dos mil trece de fecha catorce de mayo de dos mil trece, en este caso se observa una aplicación correcta del principio de interés superior del niño. (Ver página setenta y uno)

i. caso nueve

Proceso causa ciento treinta guion dos mil once, de fecha veintidós de septiembre del año dos mil doce, en este caso se considera que la aplicación del principio de interés superior del niño, no responde a su contenido real, pues aun cuando este es invocado en la sentencia, no es aplicado de forma correcta. (Ver página ochenta y uno)

j. caso diez

Proceso novecientos cincuenta guion dos mil siete de fecha siete de julio dos mil ocho, en la cual la Corte Suprema de Justicia, declara sin lugar la participación de la Procuraduría General de la Nación, como querellante adhesivo a favor de la víctima niña dentro del proceso; en este caso es notorio que al no permitirle a la niña víctima que la Procuraduría General de la Nación representara sus derechos, se está vulnerando su principio de interés superior del niño.



Conclusión analítica de los casos: Derivado de los casos analizados, se ha evidenciado, que cuando no existe interrelación entre el principio de interés superior del niño en y los demás principios del proceso penal se generan como problemática las siguiente causas y consecuencias:

Causas:

- a. Desconocimiento de los métodos de adecuación de principios
- b. Falta de sensibilización por parte de los juzgadores en la temática de niñez y adolescencia
- c. Falta de conocimiento especializado en la materia de niñez y adolescencia

Consecuencias:

En la esfera constitucional se producen las siguientes consecuencias:

- a. Vulneración de los principios de defensa y debido proceso: porque al no observarse el principio de interés superior del niño en congruencia con los demás principios, se vulneran derechos constitucionales que deben observarse para aplicar la tutela judicial efectiva en la víctima, razón por la cual la sentencia penal carece de fundamentación y en consecuencia con base al Artículo 11 bis del Código Procesal Penal guatemalteco se violan los principios de defensa y debido proceso.
- b. Vulneración del principio de tutela judicial efectiva: con base en el Artículo 5º del Código Procesal Penal guatemalteco, uno de sus principales fines es la tutela judicial efectiva para la víctima, sin embargo si esta última es un niño, niña o adolescente, el juzgador debe observar obligadamente el principio de interés superior del niño, pues de no hacerlo no estaría brindando la protección constitucional y judicial requerida.
- c. Vulneración del principio de legalidad: al inobservar el principio de interés superior del niño, se estaría violando el principio de legalidad, pues no se estarían fundamentando las resoluciones jurisdiccionales en los Artículos de la ley y de los



convenios internacionales que consagran dicho principio

- d. Vulneración del principio de supremacía constitucional: si no se observa el principio de interés superior del niño, se estarían violentando derechos constitucionales, tales como la protección de la salud física y mental de los menores de edad regulada en el Artículo 51 de la normativa suprema, en consecuencia si no se observan estos principios constitucionales, se estaría violentando el principio de supremacía constitucional regulado en el Artículo 204 del texto constitucional.

En la esfera jurídica se producen las siguientes consecuencias

- a. Vulneración al principio de no revictimización: al no observar el principio de interés superior del niño, obligándolo a declarar frente al sindicado, o hacerlo recordar dos o más veces el hecho suscitado en su contra, se estaría re victimizando al niño, a la niña o al adolescente
- b. Vulneración al principio de confidencialidad:

En la esfera social se producen las siguientes consecuencias

- a. Desintegración familiar:
- b. Estigmatización de la víctima:

En la esfera moral se producen las siguientes consecuencias

- a. traumas emocionales
- b. percepción errónea de la sexualidad





CAPÍTULO IV

4. Propuesta de aplicación estrategia del principio de interés superior del niño en el proceso penal guatemalteco

Como propuesta para dar solución a la problemática analizada en el capítulo anterior, consistente en la inaplicación y/o aplicación incorrecta del principio de interés superior del niño en interrelación con los demás principios constitucionales y procesales dentro del proceso penal, se presentan como propuesta los siguientes métodos para ser utilizados por los juzgadores en el ejercicio de la actividad jurisdiccional en materia de derecho procesal penal

4.1 Propuesta de una metodología ponderativa para solución de casos

En cuanto a la incorporación de una metodología ponderativa para la correcta aplicación del principio del interés superior del niño en interrelación con los principios constitucionales y procesales dentro del proceso penal guatemalteco, es necesario explicar y analizar que son los principios, que es la ponderación y como aplicar la metodología ponderativa al resolver procesos penales relacionados con niños, niñas y adolescentes.

En ese sentido, el autor Robert Alexy en su obra Teoría de los Derechos Fundamentales, define lo siguiente: *“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes. Por lo tanto,, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de-que pueden ser cumplidos en diferente grado y que en la medida debida de su cumplimiento no solo- depende delas posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y*



*reglas opuestas*⁹²

Lo anterior quiere decir que los principios se encuentran contenidos en juicios normativos, pero que no poseen la calidad de reglas, pues estas últimas, tienen un campo de aplicación cerrado y estricto, es decir que se cumplen o se incumplen, en ese sentido, las reglas o normas jurídicas contienen una obligación o un derecho subjetivo, respecto de los cuales, en forma implícita aparece un sujeto obligado o un sujeto pretensor respectivamente, y viceversa, dicho tipo de juicio, por revestir una naturaleza hipotética, se integra por un supuesto condicional de hecho y una consecuencia condicionada.

En cambio, los principios, no obstante estar contenidos dentro de una disposición legal, su campo de aplicación es más amplio, y no se encuentra limitado por un simple cumplimiento o incumplimiento, es decir que debe observarse y aplicarse dentro de una tabla de gradación la cual se mide en relación con otro principio opuesto, por ejemplo: el principio acusatorio regulado en el Artículo 251 del texto constitucional en ocasiones se contrapone al principio de limitación en la investigación, por un lado el primero establece la necesidad de investigar y ejercer la pretensión punitiva del Estado para averiguar la verdad material o histórica, pero en algunas circunstancias, el principio limitador, garantiza el derecho a la intimidad; en ese sentido, si es necesario realizar una averiguación dentro del domicilio del sindicado, el principio acusatorio, en primer lugar cede frente al presupuesto de la orden de allanamiento, en segundo lugar cede al horario constitucional, no antes de la seis ni después de las dieciocho horas.

En relación con lo anteriormente indicado, un principio se aplica en forma gradual en relación con otro, lo que en el lenguaje científico jurídico se denomina colisión de principios, al respecto, Alexy, explica lo siguiente: "*Cuando dos principios entran en*

⁹² R. Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid España. Editorial Fareso. 1993. Pág. 89



*colisión tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido— uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez, la Colisión de principios, como solo pueden entrar en colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”.*⁹³ Lo anteriormente expuesto por el autor citado, indica que cuando hay colisión de principios, no siempre se resuelve de la misma manera, ya que en algunos casos, uno de los dos prevalece y en otro caso prevalecería el contrapuesto. Por ejemplo el Código Procesal Penal establece que en el juicio oral y público prevalece el principio de publicidad, pero cuando colisiona con el principio libertad e integridad personal, prevalece el segundo, tal y como lo establece el Artículo 359 del cuerpo legal antes citado, sin embargo, esta aplicación corresponde a un nivel de gradación, pues no se declara inválido el principio de publicidad, porque una vez desaparecida la causal excepcional protegida por el principio de libertad e integridad personal, se debe permitir el acceso al público nuevamente ante la sala de debate. El campo de aplicación de un principio es amplio, por tal razón, solamente ordenan que algo se realizar en la mayor medida posible, permitiendo su desplazamiento en relación con otro, en determinadas circunstancias con relación a ciertos sujetos, ya cierto objeto jurídico y procesal; al respecto, Alexy indica lo siguiente: “*Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo prima facie. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina como ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta.*

⁹³Ibid. Pág. 89



Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas”⁹⁴

Para resolver la colisión de principios, se entra al campo de la ponderación, el cual constituye una metodología de interpretación y aplicación de las normas jurídicas que contienen principios, dicho método conlleva ciertas máximas, tales como la proporcionalidad, la que a su vez implica máximas parciales denominadas adecuación y necesidad; al respecto, Alexy indica lo siguiente: *“Ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y esta implica aquella. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él.”⁹⁵*

El método ponderativo, implica entonces, la utilización de la máxima de la proporcionalidad para resolver principios que se encuentran bajo la ley de la colisión, utilizando la adecuación y la necesidad de cada caso concreto, en ese sentido Alexy explica lo siguiente: *“Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión -. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como*

⁹⁴Ibid. Pág. 99

⁹⁵Ibid., Pág. 111



*para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación. El carácter de principio de, las normas ius fundamentales implica que cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación.*⁹⁶

En ese orden de ideas, el método ponderativo, se aplica en dos vertientes, en primer lugar la máxima de la proporcionalidad, la cual es deducible del carácter del principio de las normas de derecho fundamental (es decir que están ligadas con las posibilidades jurídicas), y en segundo lugar, la necesidad y la adecuación tienen relación con las posibilidades fácticas del caso concreto, al respecto, Alexy indica lo siguiente: *“Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental. De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas. Para mostrar como la máxima de la necesidad se infiere del carácter de principio, habrá de considerarse aquí la constelación más simple de un examen de necesidad. El hecho de que la máxima de la necesidad presente dificultades en constelaciones más complejas no dice nada acerca de su deducibilidad del carácter de principio tan solo pone de manifiesto sus límites. La constelación más simple está caracterizada porque en ella están en juego solo dos, principios y dos sujetos jurídicos (Estado/ciudadano)”*⁹⁷

Lo anteriormente explicado por Alexy, orienta a establecer, que siempre que existan principios relacionados con derechos fundamentales y entren en colisión se debe ponderar de acuerdo a la máxima de la proporcionalidad, esto dentro del ámbito jurídico, pero posteriormente al aplicarse al caso concreto, en circunstancias determinadas debe utilizarse la adecuación y la necesidad del asunto particular. En ese sentido la proporcionalidad es una deducción de principios contenidos en derechos

⁹⁶Ibid., Pág. 112

⁹⁷Ibid. Pág. 113



fundamentales y en otros que son inherentes a la persona humana aunque no estén regulados expresamente en el texto constitucional, al respecto, Alexy afirma lo siguiente: *“La deducción presentada es una fundamentación de la máxima de proporcionalidad a partir de las normas ius fundamentales, en la medida en que poseen carácter de principios. Puede ser llamada “fundamentación ius fundamental”. Otras fundamentaciones, por ejemplo, aquellas que se apoyan en el principio del Estado de derecho, en la práctica jurisprudencial o en el concepto de justicia, no quedan por ello excluidas. En la medida en que funcionan, son refuerzos bienvenidos para la fundamentación ius fundamental.”*⁹⁸

Una vez establecido qué es el método ponderativo, a continuación se presenta como propuesta para ser utilizado por los jueces en procesos penales relacionados con niños, niñas y adolescentes; pues el principio de interés superior del niño debe estar presente en este tipo de procesos concomitantemente con otros principios y garantías constitucionales y procesales que son inherentes al debido proceso.

A continuación se presentan los siguientes casos procesales, en los que la metodología ponderativa debe estar presente para interpretar y aplicar correctamente la interrelación entre el principio de interés superior del niño y los demás principios y garantías procesales propios del proceso penal, no sin antes hacer nuevamente relación a la fundamentación constitucional y legal del principio objeto del presente análisis.

Fundamentación Constitucional del principio del interés superior del niño: el Artículo 46 del texto constitucional, establece que los tratados internacionales ratificados en materia de derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno, al respecto, , la Corte de Constitucionalidad en su jurisprudencia constitucional, indica que dichos tratados tienen carácter de norma constitucional, en ese sentido el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los tribunales, entre otros, en

⁹⁸Ibid., Pág. 115



todas las medidas concernientes a los niños deberán tomar como consideración primordial el atender al principio de interés superior del niño.

Fundamentación legal específica: el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia establece que el interés superior del niño es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y a la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos.

Fundamentación legal general (ley adjetiva penal): el Artículo 2 de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas establece que en todas las acciones que se adopten en relación con personas menores de edad, el interés superior del niño o la niña, debe ser la principal consideración, garantizando su correcta reintegración en la sociedad.

El Artículo 197 del Código Procesal Penal establece en su numeral cuarto lo siguiente: En cuanto al ejercicio de la acción penal en los delitos contemplados en el Título III del Libro II de este Código, rigen las siguientes disposiciones: 4º. La Procuraduría General de la Nación se constituirá de oficio como querellante adhesivo y actor civil cuando la víctima sea una persona menor de edad o incapaz que carece de representante legal, o cuando exista conflicto de intereses entre la víctima y su representante legal. En todo caso, velará por los derechos de la niñez víctima de acuerdo a su interés superior. Aunado a lo anterior el Artículo 59 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala establece que en los requerimientos de anticipo de prueba de los delitos contemplados en esta Ley, el Juez valorará el interés superior y los derechos de la víctima al motivar su resolución.



En cuanto a la participación del niño, niña y/o adolescente como víctima y agraviado en el proceso penal: al respecto, el Artículo 117 del Código Procesal Penal, establece lo siguiente: El agraviado, aun cuando no se haya constituido como querellante adhesivo de conformidad con el presente Código, tiene derecho a: a. Ser informado sobre los derechos que le asisten en el procedimiento penal. b. Recibir asistencia médica, psico-social, o cualquier otra que tenga por objeto reducir las secuelas del hecho delictivo. c. Que el Ministerio Público escuche su opinión en el procedimiento, fundamentalmente antes de las decisiones definitivas o de las provisionales que implican clausura o extinción de la persecución penal. d. A ser informado, conveniente y oportunamente, de las decisiones fiscales y judiciales, e invitado a las audiencias en las que su opinión pueda ser vertida. e. A recibir resarcimiento y/o reparación por los daños recibidos. f. A recibir protección cuando su integridad física corra peligro, como consecuencia de la persecución penal en contra del sindicado. g. A que existan mecanismos que disminuyan los riesgos de victimización secundaria durante el proceso penal. El Ministerio Público estará obligado a garantizar estos derechos por medio de sus órganos correspondientes, pudiendo para el efecto realizar convenios con instituciones públicas o privadas.

En ese sentido, se puede analizar los siguientes casos:

- a. No debe existir victimización secundaria en el proceso penal, el NNA víctima, no debe ser sometido a la reconstrucción mental ni representativa del hecho, no obstante que el sindicado debe estar presente en todas las etapas del proceso, de tal manera, que este último puede ser objeto de careos y de reconstrucciones al tenor de lo que establecen los Artículos 250 y 377 del Código Procesal Penal guatemalteco, dentro del proceso penal se produce una ley de colisión de principios, por un lado el interés superior del niño que no permite su revictimización, frente a un sindicado que si puede ser sometido a reconstrucciones y careos con testigos, en consecuencia el principio antes indicado colisiona con la principio de igualdad contenido en el Artículo 21 del cuerpo legal antes citado, el cual establece lo siguiente: quienes se encuentren sometidos a proceso gozarán de las garantías y

derechos que la Constitución y las leyes establecen, sin discriminación.



Método ponderativo: primer nivel: máxima de la proporcionalidad en la esfera de las posibilidades jurídicas: 1) El texto constitucional establece que el Estado protege la salud mental y física de los menores de edad, 2) la Constitución guatemalteca declara de interés nacional la protección de los niños, 3) el mismo cuerpo de normas fundamentales declara que el interés social prevalece sobre el interés particular, 4) la convención de los derechos del niño, regula que los tribunales deben tener en consideración primordial el principio de interés superior del niño, 5) en el Artículo 197 del Código Procesal Penal, se establece que en el ejercicio de la acción penal en los delitos contemplados en el Título III del Libro segundo del código penal, debe observarse el principio de interés superior del niño, 6) según el Artículo 2 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala los niños no pueden ser objeto de revictimización cuando se encuentren en condición de víctimas, 7) finalmente, el Artículo 117 del Código Procesal Penal guatemalteco regula que las víctimas agraviadas no pueden ser objeto de victimización secundaria. Todas las consideraciones jurídicas anteriores, se miden proporcionalmente frente al principio de igualdad, entonces el nivel de gradación de este último en relación con el primero jurídicamente empieza a desplazarse, pues las posibilidades jurídicas de aplicación del principio de interés superior del niño, constituyen un campo de aplicación más amplio en cuanto a la protección de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Método ponderativo: segundo nivel, máximas parciales de necesidad y adecuación en cuanto a las posibilidades fácticas, en este segundo nivel el juez debe aplicar los principios con base en el caso concreto (relación fáctica), en ese sentido, es necesario examinar lo siguiente: 1) el NNA ha sido vulnerado en sus derechos fundamentales a causa de la comisión de un hecho que reviste las características de un delito, 2) el NNA ha sido afectado en su salud física y psicológica, 3) el NNA ha sido afectado en su inserción social, 4) el sindicato, ha sido incorporado al proceso por medio de un auto



de procesamiento, en el que previamente se ha establecido mediante motivos racionales suficientes la probabilidad de su participación delictiva, 5) las condiciones de vulnerabilidad física y psicológica de un NNA, constituyen un hecho notorio que no requiere de ser sometido a actividad probatoria, 6) la historia del crimen, establece la probabilidad de que el sindicado haya sido el causante de la lesión de los bienes jurídicos tutelados del NNA, 7) el NNA no tiene la capacidad de ejercicio, la titularidad de sus derechos y obligaciones, así como tampoco el pleno uso de sus facultades mentales y volitivas para enfrentarse a personas adultas que puedan generarle daños y secuelas emocionales y físicas. Estas posibilidades fácticas activan la necesidad de la prevalencia del principio, y que este se adecue a las mismas, porque de lo contrario, las posibilidades fácticas antes indicadas activarían la vulneración de los derechos y bienes jurídicos protegidos por las posibilidades jurídicas, de esa manera en el caso concreto el principio de interés superior del niño desplaza el principio de igualdad respecto al sindicado solamente en la medida de la necesidad de proteger al NNA, en las circunstancias de no ser sometido a careos, reconstrucciones, y múltiples declaraciones, en forma proporcional a los derechos fundamentales del NNA que debe ser protegido, sin embargo no se invalida la igualdad, porque en la medida de lo posible, en las demás etapas procesales y otro tipo de diligenciamientos, los derechos y garantías deben existir en igualdad de condiciones.

En cuanto a la participación del niño, niña y/o adolescente como testigo en el proceso penal: El Artículo 207 del Código Procesal Penal establece que los testigos como órgano de prueba tienen el deber de concurrir a una citación con el fin de prestar declaración testimonial, dentro del proceso penal, aunado a lo anterior, los Artículos 377 y 379 del mismo cuerpo legal establecen que los testigos deben prestar declaración testimonial en forma personal durante el desarrollo del debate o por medio de videoconferencia en los casos establecidos en el Artículo 281 bis de la ley penal adjetiva guatemalteca, y en caso de no comparecer, el tribunal dispondrá lo necesario para hacerlo comparecer por medio de la fuerza pública.



En cuanto al anticipo de prueba para recepción testimonial, el Artículo 317 del Código Procesal Penal guatemalteco regula que procederá cuando por algún obstáculo difícil de superar, se presume que el testigo no podrá declarar durante el debate; no obstante lo anterior, en dicha actividad procesal, regirán las reglas del juicio, por lo que igualmente que en el desarrollo del debate, los testigos deben acudir personalmente o por medio de videoconferencia en los casos que la ley establezca, bajo apercibimiento de que si no comparecen, el órgano jurisdiccional podrá disponer del uso de la fuerza pública con el fin de hacerlos comparecer.

En relación con la participación del NNA como testigo, dentro del proceso penal guatemalteco, con observancia del principio del interés superior del niño, se emitió el Acuerdo 16-2013 de la Corte Suprema de Justicia, el cual regula el Instructivo Para el Uso y Funcionamiento de la Cámara Gessell, Circuito Cerrado y Otras Herramientas para Recibir las Declaraciones de los Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas y/o Testigos, aunado a lo anterior el Artículo 3 del Protocolo para Recibir Declaraciones de NNA Víctimas y/o Testigos, establece que la cámara Gessell, consiste en ser un instrumento o guía que orienta para recibir declaraciones de niñas, niños y adolescentes víctimas o testigos, en las diferentes fases y procesos, con el fin de evitar la revictimización. Dentro de ese mismo protocolo se establece que la cámara Gessell se utilizará en anticipo de prueba y durante el desarrollo del debate.

En cuanto al anticipo de prueba el Artículo 59 de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, establece que en los requerimientos de anticipo de prueba de los delitos contemplados en esta ley, el juez valorará el interés superior y los derechos de la víctima al motivar su resolución.

En relación con lo anteriormente indicado, se puede observar otro caso en el cual se



genera la ley de colisión, por un lado el principio del interés superior del niño, que otorga la posibilidad jurídica de un régimen especial para el diligenciamiento de su declaración testimonial, pues los NNA pueden declarar por medio de la cámara Gesell, sin embargo, su declaración no se realizará en forma directa, sino por medio de un interlocutor que puede ser un profesional de psicología o de trabajo social, quien será el receptor de las preguntas, y las traducirá dentro de un lenguaje adecuado a los NNA para que le contesten, aunado a lo anterior el juez también tiene la posibilidad jurídica de valorar el interés superior de la víctima para diligenciar la declaración testimonial de un NNA mediante anticipo de prueba, sin necesidad de que concurren los presupuestos del Artículo 317 del Código Procesal Penal, las posibilidades jurídicas deducidas del principio de interés superior del niño, colisiona frente al principio de debido proceso y la garantía procesal de la imperatividad, regulada en el Artículo 3º del Código Procesal Penal, el cual establece que los tribunales y los sujetos procesales no podrán variar las formas del proceso, ni la de sus diligencias o incidencias.

Método ponderativo: primer nivel: máxima de la proporcionalidad en la esfera de las posibilidades jurídicas: 1) El texto constitucional establece que el Estado protege la salud mental y física de los menores de edad, 2) la constitución guatemalteca declara de interés nacional la protección de los niños, 3) el mismo cuerpo de normas fundamentales declara que el interés social prevalece sobre el interés particular, 4) la convención de los derechos del niño, regula que los tribunales deben tener consideración primordial el principio de interés superior del niño, 5) en el Artículo 197 del Código Procesal Penal, se establece que en el ejercicio de la acción penal en los delitos contemplados en el título III del Libro segundo del código penal, debe observarse el principio de interés superior del niño, 6) según el Artículo 2 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala los niños no pueden ser objeto de revictimización cuando se encuentren en condición de víctimas, 7) Los NNA pueden prestar declaración testimonial durante el desarrollo del debate y en anticipo de prueba, por medio de la Cámara Gesell y, 8) Cuando el NNA sea víctima de los delitos que contempla el decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, el juez en



observancia del interés superior de la víctima NNA, valorará la aplicación del anticipo de prueba, sin que deban concurrir los presupuestos de dicha diligencia regulados en el Artículo 317 del Código Procesal Penal. Todas las consideraciones jurídicas anteriores, se miden proporcionalmente frente al principio de debido proceso y a la garantía de imperatividad, entonces el nivel de gradación de estos últimos en relación con el primero jurídicamente empiezan a desplazarse, ya que las posibilidades jurídicas de aplicación del principio de interés superior del niño, constituyen un campo de aplicación más amplio, así como un régimen especial de protección garantizado en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Método ponderativo: segundo nivel, máximas parciales de necesidad y adecuación en cuanto a las posibilidades fácticas, en este segundo nivel el juez debe aplicar los principios con base en el caso concreto (relación fáctica), en ese sentido, es necesario examinar lo siguiente: 1) el NNA ha sido vulnerado en sus derechos fundamentales a causa de la comisión de un hecho que reviste las características de un delito, 2) el NNA ha sido afectado en su salud física y psicológica, 3) el NNA ha sido afectado en su inserción social, 4) las condiciones de vulnerabilidad física y psicológica de un NNA, constituyen un hecho notorio que no requiere de ser sometido a actividad probatoria, 6) la historia del crimen, establece la probabilidad de que el sindicado haya sido el causante de la lesión de los bienes jurídicos tutelados del NNA, 7) el NNA no tiene la capacidad de ejercicio, la titularidad de sus derechos y obligaciones, así como tampoco el pleno uso de sus facultades mentales y volitivas para enfrentarse a personas adultas, que puedan generarle daños y secuelas emocionales y física. Estas posibilidades fácticas activan la necesidad de la prevalencia del principio, y que este se adecue a las mismas, porque de lo contrario, al no observarse las posibilidades fácticas antes indicadas se activaría la vulneración de los derechos y bienes jurídicos protegidos por las posibilidades jurídicas, de esa manera en el caso concreto el principio de interés superior del niño desplaza en cierta medida el principio de debido proceso y la garantía procesal de imperatividad, pero solamente en la medida de la necesidad de proteger al NNA, adecuándose en las circunstancias de no ser sometido a declaraciones



testimoniales directas, a los interrogatorios de las partes a enfrentar al sindicato, a no realizar múltiples declaraciones reviviendo la victimización en un período posterior, como lo sería el desarrollo del debate, todo lo anterior en forma proporcional a los derechos fundamentales del NNA que deben ser protegidos, sin embargo no se invalidan el principio de debido proceso y la garantía procesal de imperatividad, porque en la medida de lo posible, en las demás etapas procesales y otro tipo de diligenciamientos, tendrán que respetarse de forma irrestricta la rigurosidad del respeto a las formas del proceso.

La aplicación del método ponderativo antes analizado, generaría que en los procesos penales se respeten las siguientes reglas de interpretación y aplicación de la ley:

- a. Que los procesos penales en los cuales deben intervenir niños, ya sea como sujetos procesales o como testigos de un hecho delictivo se debe de velar porque el mismo se realice en el menor tiempo posible;
- b. Que los agentes fiscales del Ministerio Público en el momento de realizar las acciones investigativas deben ser con estricto apego los requisitos establecidos en la constitución política de la república de Guatemala y leyes procesales;
- c. Todo juzgador tiene la obligación de hacer intervenir en los procesos penal a la Procuraduría General de la Nación, ente encargado de representar a los niños según lo regulado en el Artículo ciento ocho de la ley de protección integral de la niñez y de la adolescencia;
- d. La Procuraduría General de la Nación debe verificar que los niños no estén siendo víctimas de abuso de poder por parte de los progenitores y de observar que están siendo víctimas de amenazas o violaciones a sus derechos humanos deben tomar las medidas correspondientes a fin de otorgar las medidas cautelares que fueren necesarias.



- e. Los jueces en el momento de recibir las declaraciones de los niños ya sea en calidad de víctimas o de testigos, deben considerarlos ya que un niño por su edad no podrá indicar con precisión el tiempo y lugar en los cuales ocurrieron los hechos delictivos por los cuales ellos están siendo sometidos a un proceso penal;
- f. Los niños, en el momento de rendir sus declaraciones deben realizarlas en un lugar en los cuales no sean afectados emocionalmente por el proceso penal, se recomienda recibir la declaración de los niños en cámara de Gessell;

La opinión de los niños es de vital importancia en todas las etapas del proceso penal, misma que debe de estar libre de precisiones y de manipulaciones, no solo por parte de los representantes de los niños sino también por el propio sistema de justicia y el cual no debe de atentar en contra del principio de interés superior del niños.

Ocurre que, para algunos juristas, el principio de interés superior del niño debe de aplicarse con superioridad a garantías y derechos de orden interno, tales como el derecho de defensa de sujeto activo, violaciones al debido proceso, violaciones a la presunción de inocencia entre otros, sin embargo mi criterio muy particular es que el principio de interés superior del niño, constituye dentro de la jerarquía de las normas igual importancia que las garantías y derechos antes relacionados.

Al aplicar a este caso en particular, se podría arribar a la conclusión de que si respetan todas las garantías, derechos y principios constitucionales y procesales, se está fortaleciendo el principio de interés superior del niño, toda vez que asegura un resultado sostenible dentro del proceso penal, el cual favorece la justicia y la equidad en favor de las personas.



4.2 Alcances fenomenológicos derivados de la correcta aplicación del principio de interés superior del niño

Para comprender cuáles son los alcances fenomenológicos de la correcta aplicación del principio de interés superior del niño, es indispensable primero recordar que es la fenomenología, para tales efectos se hace necesario citar la explicación de que de la misma proporciona Sebastián Antonio Contreras Aguirre: *“la fenomenología, o filosofía fenomenológica, ha sido entendida desde E. Husserl como una ciencia de la conciencia. Esto, que se ha perfilado como la nota distintiva de todo el método fenomenológico, para nada debe concebirse como una restricción en su objeto de estudio a una pura investigación de los fenómenos abstractos y de los problemas generales de la ontología, la lógica y la ética, sino más bien como la verdadera condición de posibilidad de un estudio apriórico de todo el pliego actos y actitudes humanas”*⁹⁹

Lo anterior indica que la fenomenología jurídica se centra en la persona humana como centro de los valores que el derecho debe desarrollar, sometiendo al juez no solamente a la labor silogística y subjuntiva de las normas del derecho positivo, sino a la observancia de los valores jurídicos.

En ese sentido, la fenomenología jurídica, indica que la fundamentación de la normativa jurídica depende de la operación intelectual de los valores que orientan el ordenamiento jurídico, al respecto, Contreras Aguirre expone lo siguiente: *“Luego, un examen cuidadoso del derecho desde un prisma fenomenológico nos revelará que la razón más profunda de la obligatoriedad de las normas debe ser buscada en el fondo de la corriente de la conciencia humana; es la conciencia moral, en tanto que pertenece a*

⁹⁹ S. A. Contreras Aguirre. *Fenomenología Jurídica y Derecho Natural. Iusnaturalismo Clásico y Doctrina Apriórica del Derecho*. Eikasía. Revista de Filosofía. 2008. Pág. 57



*un sujeto capaz, el fundamento último de la normatividad jurídica*¹⁰⁰

Siguiendo lo anteriormente explicado, se puede concluir que la valoración jurídica proviene de la persona humana, pues este debe ser el origen de los valores que inspiran el derecho, tal y como Contreras Aguirre explica a continuación: *“Con todo, y siguiendo la tesis de la fenomenología jurídica, toda la Teoría del Derecho puede ser presentada como una teoría de la conciencia. Es por ello que en opinión de Welzel todo obrar justo debe responder a la voz de esa conciencia interior que rige nuestro actuar. En este sentido, “la conciencia moral es la última instancia subjetiva del obrar humano, de tal suerte que ella decide sobre el valor de la acción desde el lado moral-subjetivo; ningún mandato de un superior, sea eclesiástico o secular, debe ser obedecido, si la conciencia lo tiene por ilícito”*¹⁰¹

Si la fenomenología jurídica, como anteriormente se explicó, se orienta a la observancia de los valores, y a su respectiva medición gradual para la resolución de casos particulares, es necesario indicar cuales son esos valores fundamentales, al respecto, Contreras Aguirre indica lo siguiente: *“Con todo, toda fenomenológica jurídica, y en general, toda ius filosofía, debe desarrollar o utilizar una teoría metaética que indique si podemos saber, y cómo, qué es lo justo, así como un modelo normativo que nos ofrezca la manera en cómo –a la luz de dicha teoría metaética– deben resolverse los desacuerdos sobre qué es lo justo y lo injusto. En este sentido, todos los juristas, en sus distintas versiones, han tenido, a fin de cuentas, que moverse en su estudio por el problema de los valores jurídicos y de la justicia como virtud fundamental de la vida política y social. Ahora bien, y en esta cuestión de los valores morales, hemos de profundizar en el valor de lo justo, y sólo en él, por una cuestión capital: no podemos hacer una enumeración a priori de cuáles o cuántos son los valores jurídicos; en algunas exposiciones tradicionales se ha señalado solamente a la justicia, en otras, en cambio,*

¹⁰⁰Ibíd. Pág. 58

¹⁰¹Ibíd. Pág. 62



*se han incorporado la seguridad y el orden*¹⁰²

Lo anteriormente explicado, indica que los valores fundamentales que deben buscarse parten desde la justicia y en algunos casos llegan a la seguridad y al orden, por tal razón se hace necesario que las sentencias y demás resoluciones judiciales estén revestidas de justicia, pues al final esa es la función primordial de los tribunales, pero tal y como explica Contreras Aguirre solamente la fenomenología jurídica genera el campo de conocimiento de los valores antes indicados: Por todo lo antes expuesto, *“sólo la fenomenología nos permitiría alcanzar aquellos contenidos eidéticos y valores independientes de la experiencia inductiva determinativos de lo justo, que, manteniendo el carácter apriórico, no se reducen a las puras formas de la actividad constructora del pensamiento, sino que se remiten más bien a un mundo objetivo de un valor absoluto, a ese mundo de esencias inmutables cuya intuición apriórica sería la verdadera condición real de posibilidad de toda la experiencia inductiva*¹⁰³

Finalmente, Contreras Aguirre, explica como la fenomenología jurídica comprende los valores jurídicos, partiendo de la comprensión correcta de la estructura de la persona humana: De acuerdo con ello, se ha ahondado en la problemática jurídica apelando a este prisma fenomenológico, fundamentalmente por tratarse de una teoría que buscará contrarrestar la sequedad dejada por el positivismo en la esfera social. Para ello, cuando se busca la esencia de lo jurídico, se ha seguido de cerca la propuesta de G. Husserl, para quien toda la realidad jurídica debe ser explicada con base en la estructura de la persona humana, en tal manera que el derecho solo se refiere al hombre que actúa y, que, por ende, ha de responder moralmente por su obrar. De esta forma, si toda conducta humana se cimentó sobre la intuición moral, toda ética, y por ello, toda *Ius* filosofía, debe también remontarse a los hechos del conocimiento moral y jurídico y a sus relaciones *a priori*¹⁰⁴ Con base a lo anteriormente explicado, se

¹⁰² *Ibíd.* Pág. 65

¹⁰³ *Ibíd.* Pág. 67

¹⁰⁴ *Ibíd.* Pág. 71



concluye que la fenomenología jurídica, comprende al derecho desde el punto de vista de la realización de los valores jurídicos que deben inspirar el ordenamiento jurídico de un Estado, pero partiendo de la comprensión de la estructura de la persona como centro de emanación y aplicación de dichos valores.

En el caso del ordenamiento jurídico de Guatemala, la Constitución Política de la República de Guatemala se encuentra inspirada en grandes valores, partiendo de la persona humana, debido a que el preámbulo constitucional y los Artículos 1º y 2º, así los jerarquizan: 1) Persona humana (sujeto y fin del orden social), 2) Familia (génesis primaria de los valores morales y espirituales de la sociedad), 3) Bien común (fin supremo de la Estado de Guatemala), 4) la vida, 5) la libertad, 6) 7) la justicia, 8) la seguridad, 9) la paz y 10) el desarrollo integral de la persona.

Respecto a la persona, el texto constitucional desarrolla otros valores instrumentales como la vida, la libertad, el desarrollo integral, la libertad de acción, etc. En cuanto a la familia desarrolla los siguientes: la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable, el derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos, la igualdad de los hijos, protección de la maternidad, protección de los menores de edad, protección de los niños y niñas, protección de los minusválidos y acciones contra las causas de desintegración familiar.

Respecto a la justicia, como valor fundamental, se desarrollan valores consecutivos como la seguridad jurídica, la libertad y la igualdad, consecuentemente de estos se despliegan otros valores instrumentales tales como: la legalidad, el derecho de defensa, el debido procedo, el juez natural, la detención legal, el principio acusatorio, etc.

Las sentencias y demás resoluciones judiciales deben observar en cada caso concreto la aplicación de los valores constitucionales antes indicados por las siguientes razones: 1) el Artículo 203 del texto constitucional establece que la justicia se imparte de



conformidad con la Constitución y las leyes de la República; 2) el Artículo 204 de la normativa suprema dispone que los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado, 3) el Artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial establece que 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, 4) el Artículo 51 del cuerpo legal antes citado, regula que el Organismo Judicial, en ejercicio de la soberanía delegada por el pueblo, imparte justicia conforme la Constitución Política de la República y los valores y normas del ordenamiento jurídico del país, y, 5) el Artículo 11bis del Código Procesal Penal guatemalteco establece que los autos y las sentencias contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión, su ausencia constituye un defecto absoluto de forma. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basare la decisión, así como la indicación del valor que se le hubiere asignado a los medios de prueba. (...) Toda resolución judicial carente de fundamentación viola el derecho constitucional de defensa y de la acción penal.

En ese sentido, las resoluciones judiciales deben observar el valor de justicia de acuerdo a la Constitución guatemalteca y demás leyes del país, inspirarse en el principio de supremacía constitucional, interpretar las normas de acuerdo a las disposiciones constitucionales, aplicar todos los valores y normas ajustables al caso concreto, con el fin de desarrollar la justicia, para de esa manera confluir en una resolución debidamente fundamentada.

Cuando en los procesos penales, las víctimas agraviadas sean niños, niñas y adolescentes, los tribunales deben observar como consideración primordial para la aplicación e interpretación de la ley, el principio de interés superior del niño, no obstante lo anterior, en dicho proceso también deben regir los principios propios del proceso penal, tales como defensa, debido proceso, juez natural, legalidad, acusatorio, inocencia, entre otras.



En este tipo de procesos, tal y como se ha venido desarrollando en el presente capítulo, es cuando se produce la denominada ley de colisión de principios, razón por la cual se ha propuesto el método ponderativo a través de las máximas de proporcionalidad, necesidad y adecuación para la correcta interpretación y aplicación de principios, entre ellos el de interés superior del niño.

De acuerdo con la propuesta presentada, en el presente trabajo de investigación, utilizando la metodología en las formas y procedimientos antes analizados, el principio de Interés superior del niño se estará interpretando y aplicando correctamente.

Cuando el principio de interés superior del niño se interpreta y aplica correctamente en los procesos penales en los que debe observarse el mismo, se generan los siguientes alcances fenomenológicos:

- 1) Se reconoce en forma efectiva a la persona humano como sujeto y fin del orden social.
- 2) Se reconoce de forma efectiva a la familia como génesis primario de los valores morales y espirituales de la sociedad
- 3) Se garantiza el sistema de protección de la niñez, en cumplimiento del régimen de tutela especial de los menores de edad consagrado en la normativa suprema.
- 4) Se cumple con la impartición de justicia de acuerdo a los valores y normas del ordenamiento jurídico del país.
- 5) Se garantiza la libertad individual, la indemnidad sexual, la libertad de acción y demás libertades públicas de los niños, niñas y adolescentes.
- 6) Se garantiza la preeminencia del interés social, sobre el interés particular.



- 7) Se consolida el debido proceso, el principio de juez natural, la defensa, la legalidad, el principio acusatorio y la igualdad procesal.
- 8) Se cumple con la garantía de la fundamentación de las resoluciones judiciales.
- 9) Se garantiza la tutela judicial efectiva del proceso penal para la víctima y para el sindicado.
- 10) Se garantiza el principio de supremacía constitucional, al revestir de constitucionalidad a las resoluciones judiciales dictadas dentro del proceso penal.



CONCLUSIONES

1. La Constitución Política de la República de Guatemala establece, como régimen especial de tutela, el sistema de protección de los niños, niñas y adolescentes, y el principio de interés superior del niño, que se encuentra consagrado en la Convención de los Derechos del Niño y demás leyes del ordenamiento jurídico como una consideración primordial que deben atender los tribunales en sus resoluciones judiciales.
2. Cuando se hace un análisis fenomenológico en las resoluciones judiciales derivadas de procesos penales relacionados con niños, niñas y adolescentes, se determinó que al no observarse el principio de interés superior del niño, estas han sido revocadas por los órganos jurisdiccionales de mayor jerarquía.
3. En procesos penales, donde los niños, niñas y/o adolescentes participan, se evidencia la colisión del principio de interés superior del niño, frente a otros principios y garantías constitucionales y procesales. En estos casos, debe utilizarse el método ponderativo por medio de las máximas de la proporcionalidad, necesidad y adecuación en aras de que se proteja la justicia, tutela judicial efectiva y principio de interés superior del niño, consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala y en la Convención sobre los Derechos del Niño.





BIBLIOGRAFÍA

Libros

AbeledoPerrot. *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Buenos Aires: 2003, Página. 52

Aquino, Santo Tomas. *Comentario al libro V de la Metafísica de Aristóteles*. España: Servicio de Publicaciones Universidad de Navarra. España. Año 2000. Página 1.

Álvarez Gómez, José y Crespo Eguílaz, Nerea. *Trastorno de aprendizaje en pediatría de atención primaria, IV jornada de atención en pediatría*. Navarra España, página 1

Briones Guillermo. *Epistemología de las ciencias sociales*. Bogotá Colombia: Página. 31, 32

Castejón Costa, Juan Luis y Navas Martines, Leandro. *Dificultades y transtornos de aprendizaje, y del desarrollo infantil y primaria*. Editorial club universitario, San Vicente Alicante, año 2011, página 55

Código de Hammurabi Ley 14, 29, 177, 185-191, 209, 211-214

Edwards, Carlos Enrique. *Garantías Constitucionales en materia Penal*. Argentina: EditorialAstrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Año 1996.

ErmoQuisbert Huanca. *Principios Constitucionales*. Bolivia: ErmoQuisbert, derechos reservados. Año 2006.



García Máñez, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. México: Editorial Porrúa. Año 1974. Páginas 312, 313, 317, 319,-320

González del Solar, José H. *Derecho de la Minoridad*. Córdoba Argentina: Editorial Mediterránea. Año 2005. Página 259

Gozaini, Osvaldo Alfredo. *Derecho Procesal Constitucional y los derechos humanos*. Universidad Autónoma de México. 1995

Hernández Guzmán, Laura, Corina Benjet, Marco Antonio Andar, Graciela Bermúdez, Flor de María Gil Bernal. *Guía Clínica para tratamiento psicológico de trastornos psiquiátricos en niños y adolescente*. Instituto nacional de psiquiátrica Ramón de la Fuente Muñiz, México, año 2010, página 11 Y 32

Ignacio Pascual Castroviejo. *Trastornos por déficit de atención e Hiperactividad (TDAH)*. España: Asociación española de pediatría. Año 2008. Páginas 140 Y 144

Jaeger, Werner. *Paidea, die Formung des Griechischen Menchen*. México: Fondo Economico de México. Traducido por Joaquín Xiral. Año 2001. Páginas 22 Y 134

Mercader Uguina, Jesús R.. *Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y <canon reforzado> de motivación en la doctrina del tribunal constitucional*. Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales. Página 137

M. A. Marco Cardo. *Janusz Korczak: vida y pensamiento pedagógico*. Universidad de Valencia, 1993



Márquez González, José Antonio. *La Persona Jurídica. Revista de Derecho Privado*. Nueva época año III. De enero a abril de 2004. Página 94

Mathiez, Albert. *La revolución Francesa I, Caída de la Realeza*. Editorial labor, S.A. España año 1993. Páginas 25 Y 76

Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Editorial Fareso: Madrid España: 1993. Página 89

RoxinClaus. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. España: Editorial Civitas. Año 1997. Página 60.

Sebastián Antonio Contreras Aguirre, Eikasia. *Fenomenología Jurídica y Derecho Natural. Iusnaturalismo Clásico y Doctrina Apriórica del Derecho*. Revista de Filosofía, año IV, 21 (noviembre 2008); Página 57

Vecchio. Giorgio, *Los principios generales del derecho: trad. al castellano de Juan Ossorio Morales. Prólogo de Felipe Clemente de Diego*. 3a. ed. Ed. Bosch- Barcelona: 1971. Páginas 79 y 80.

Villegas Lara, René Arturo, *Temas de Introducción al estudio del Derecho y Teoría General del Derecho*. Editorial universitaria, 5ta. Edición, Guatemala, 2011. Páginas. 211

Páginas de Internet

<http://clasicas.iesvegadelturia.es/Sociedad%20espartana%20y%20ateniens>
página de Internet visitada el día 17 de agosto de 2014 a las 22:18

<http://definicion.de/nino/> visitado el día 08 de marzo de 2015 a las 11:18



<http://derechoromanointersemestral.blogspot.com/2012/06/roma-y-su-organizacion-traves-de-la.html> visitado el 07 de marzo de 2015 a las 13:39

<http://www.humanium.org/es/signatarios-convencion/> visitado el día 07 de marzo de 2015 a las 18:06

<http://lema.rae.es/drae/?val=ni%C3%B1o> visitado el 07 de marzo de 2015 a las 18:55

<http://lema.rae.es/drae/?val=ni%C3%B1ez> visitado el 08 de marzo de 2015 a las 11:27

<http://lema.rae.es/drae/?val=nacer> visitado el 08 de marzo de 2015 a las 11:20

<http://lema.rae.es/drae/?val=adolescencia> visitado el 08 de marzo de 2015 a las 11:29

<http://lema.rae.es/drae/?val=edad+adulta> visitado el 08 de marzo de 2015 a las 11:35

<http://lema.rae.es/drae/?val=pubertad> visitado el 08 de marzo de 2015 a las 11:36

<http://lema.rae.es/drae/?val=primacia+> visitado el 08 de marzo de 2015 a las 16:07

<http://picologiadeadolescencia.blogspot.com/2013/02/la-adolescencia-es-ese-estado-en-el-que.html> visitado el 08 de marzo de 2015 a las 14:01



<http://psicologiadeadolescencia.blogspot.com/2013/02/la-adolescencia-es-ese-estado-en-el-que.html> visitado el 08 de marzo de 2015 a las 14:11

<http://psicologiadeadolescencia.blogspot.com/2013/02/la-adolescencia-es-ese-estado-en-el-que.html> visitado el 08 de marzo de 2015 a las 14:13

<http://psicologiadeadolescencia.blogspot.com/2013/02/la-adolescencia-es-ese-estado-en-el-que.html> visitado el 08 de marzo de 2015 a las 14:23

<http://psicologiadeadolescencia.blogspot.com/2013/02/la-adolescencia-es-ese-estado-en-el-que.html> visitado el 08 de marzo de 2015 a las 14:25

<http://psicologiadeadolescencia.blogspot.com/2013/02/la-adolescencia-es-ese-estado-en-el-que.html> visitado el 08 de marzo de 2015 a las 14:30

<http://psicologiadeadolescencia.blogspot.com/2013/02/la-adolescencia-es-ese-estado-en-el-que.html> visitado el 08 de marzo de 2015 a las 14:32

<http://psicologiadeadolescencia.blogspot.com/2013/02/la-adolescencia-es-ese-estado-en-el-que.html> visitado el 08 de marzo de 2015 a las 14:35

<http://www.psych.org/mainmenu/research/dsmiv.aspx>", visitada el 31 de agosto de 2014, Manual de Diagnósticos y Estadísticas, así Clasificación Internacional de enfermedades en su novena edición de la Organización Mundial, año 2013.

http://www.pbs.org/newshour/indepth_coverage/education/no_child/impact.html



http://recursostic.educacion.es/secundaria/edad/4esoetica/quincena6/quincena6_contenidos_1a.htm visitado el día 07 de marzo de 2015 a las 13:05

<http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> , visitado el día 26 de febrero de 2015

[http://unicef.es/infancia/derechos-del niño/concencion-derechos-nino](http://unicef.es/infancia/derechos-del_niño/concencion-derechos-nino), visitado el 26 de febrero de 2015

[http://unicef.es/infancia/derechos-del niño/concencion-derechos-nino](http://unicef.es/infancia/derechos-del_niño/concencion-derechos-nino), visitado el 26 de febrero de 2015

[http://unicef.es/infancia/derechos-del niño/concencion-derechos-nino](http://unicef.es/infancia/derechos-del_niño/concencion-derechos-nino), visitado el 26 de febrero de 2015

[http://unicef.es/infancia/derechos-del niño/concencion-derechos-nino](http://unicef.es/infancia/derechos-del_niño/concencion-derechos-nino), visitado el 26 de febrero de 2015

http://www.unicef.org/sitan/index_43340.html visitado el día 07 de marzo de 2015 a las 18:22

<http://www.unicef.org/spanish/sowc2011/pdfs/La-adolenscencia-temprana-y-tardia.pdf> visitado el 08 de marzo de 2015 a las 13:36

<http://www.uv.es/girha/documentos/manualroma.pdf> visitado el 07 de marzo de 2015 a las 13:27



Fuente Doctrinal

Gaceta No. 18, expediente No. 280-90, página No. 99, sentencia: 19-10-90, de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, año 1990

Gaceta No. 22, expediente No. 165-91, página No. 10, sentencia: 10-12-91, de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, año 1991

Gaceta No. 24, expediente No. 141-92, página No. 14, sentencia: 16-06-92, de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, año 1992

Gaceta No. 34, expediente No. 205-94, página No. 2, sentencia: 03-11-94, de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, año 1994

Gaceta No. 35, expediente No. 538-94, página No. 250, sentencia: 10-03-95, de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, año 1995

Gaceta No. 39, expediente No. 300-95, página No. 45, sentencia: 12-03-96, de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, año 1996

Gaceta No. 42, expediente No. 639-95, página No. 23, sentencia: 11-12-96, de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, año 1996

Gaceta No. 54, expediente 105-99, página No. 49, sentencia: 16-12-99, de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, año 1999

Gaceta No. 59, expediente No. 482-98, página No. 698, resolución: 04-11-98, de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, año 1998

Gaceta No. 60, expediente No. 288-00, página No. 115, sentencia: 02-05-01, de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, año 2001



Gaceta No. 25, expediente No. 949-02, sentencia 6-06-02, de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, año 2002

Diccionario

Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. 30ª. Ed. Actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, Año 1958.

Convenciones y Tratados Internacionales:

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Acuerdo Gubernativo 281-86 de fecha 20 de mayo de 1986

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, decreto 9-96 del Congreso de la República de Guatemala, el día 5 de marzo de 1996

Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Cartagena de Indias, decreto 123-87 de fecha 20 de febrero de 1987

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (9ª. Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948) decreto 2768 de fecha 27 de abril 1978

Declaración Universal de los Derechos Humanos, decreto 54-86 y 32-87 del congreso de la República de Guatemala, de fecha 11 de noviembre de 1986

LEGISLACIÓN

Constitución Política de la República de Guatemala del año de 1985 y su Interpretación por la Corte de Constitucionalidad. Editorial, Magna Terra Editores, Guatemala, Año 2008



Ley del Organismo Judicial. Reformada según Decretos del Congreso números 64-90, 75-90, 11-93, 112-97 y Reforma Constitucional según Acuerdo Legislativo 18-93.

Código Penal, Decreto número 17 – 73 del Congreso de la República y sus Reformas.

Código Procesal Penal, Decreto 54 – 92 y sus Reformas. Editado de Raúl Figueroa Sarti. Segunda Edición de 1998. Editoriales F&G Editores y Editorial Lerena con Exposición de Motivos elaborada por el Lic. César Barrientos Pellecer. Guatemala, Año 2011.

Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia

Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala

Otros:

Informe humanium, ONG internacional de apadrinamiento de niños comprometida a acabar con las violaciones de los Derechos del Niño en el mundo, Francia, Suiza y Alemania.

Manual del fiscal, bajo la administración de José Amílcar Velásquez Zarate
página 2, 212, 215, 24





ANEXOS

1. ENCUESTA DIRIGIDA A OPERADORES DE JUSTICIA

**Escuela de Estudios de Postgrado de la Universidad de San Carlos de Guatemala
Maestría en Derecho Penal**

Sustentante Licenciada Mabel Sagrario Gutiérrez Davila de Jerez

Encuesta dirigida a investigar trabajo de tesis denominado:

“Los alcances de la perspectiva fenomenológica del principio de interés superior del niño en el proceso penal Guatemalteco.”

Instrucciones: subraye las opciones correctas a continuación:

1. Conoce usted, ¿Cuál es el concepto del Principio de interés superior del niño?
a. Si lo conoce b. No lo conoce c. Solo tiene idea de su concepción
Si lo conoce, usted lo podría describir: _____
2. ¿el Artículo diez de la Convención sobre los derechos niños, fundamenta el principio de interés superior del niño?
a. Si es correcto b. No es correcta c. No tiene idea
3. ¿Hasta que edad?, una persona deja de ser niño:
a. A los 13 años b. A los 17 años c. Ninguna es correcta
4. Si una persona cometió una acción calificada como delito de falta cuando tenía menos de dieciocho años, y dicha acción se presume que concluyó cuando era mayor de edad:
a. Deberá enfrentar un proceso penal
b. Un proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal
c. Ambos
d. Ninguna es correcta
5. ¿Enqueaño, Guatemala ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño?
a. 2003 b. 2009 c. 1990 d. Ninguna es correcta
6. ¿Qué otros principios se relacionan con el de interés superior del niño?
a. De interés superior de la víctima, celeridad, interés superior de la familia;
b. De preclusión procesal, cosa juzgada, economía procesal



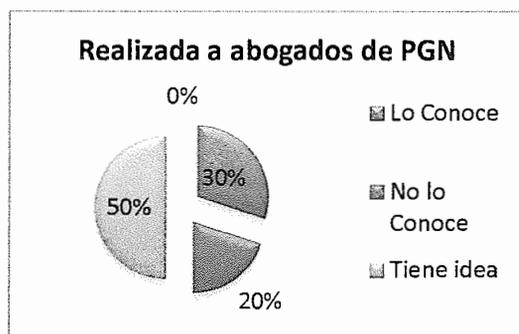
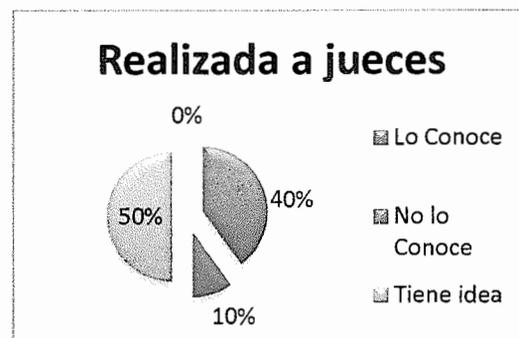
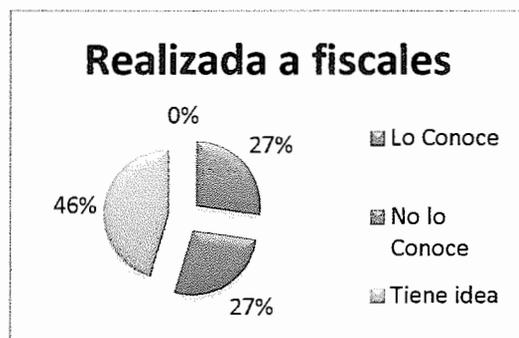
- c. Todos los principios y derechos se relacionan con el de interés superior del niño
7. ¿En qué calidad participa un niño dentro de un proceso penal?
- a. Como perito b. Como testigo c. Como agraviado
8. ¿A qué edad el niño puede actuar dentro de un proceso penal sin la necesidad de solicitar la autorización de los padres?
- a. 13 años b. 14 años c. 17 años
9. ¿Podría decir que método jurídico aplicaría usted, para interrelacionar el principio de interés superior del niño con otros de carácter constitucional?
- a. El de ponderación b. Reglas de la Sana Crítica razonada c. Ninguna es correcta
10. Usted como operador de Justicia, ¿Qué técnicas utilizaría en favor de una niña o un niño, cuando deban participar dentro de un proceso penal?
- a. Evitar que un niño se enfrente a su agresor y que declare en un ambiente adecuado y acorde a su edad
- b. Podría realizarse un careo entre el niño y el sindicado para garantizar el derecho de defensa
- c. Ninguna es correcta



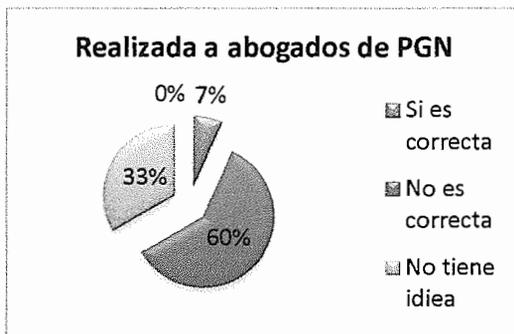
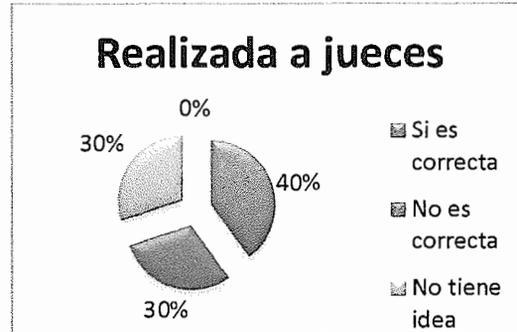
2. Tabulación de encuestas

Personas entrevistadas: diez agentes fiscales de distintas agencias; diez jueces de primera instancia penal, narcoactividad y de delitos contra el ambiente del departamento de Guatemala; diez abogados de la defensa pública penal; y diez abogados de la Procuraduría General de la Nación

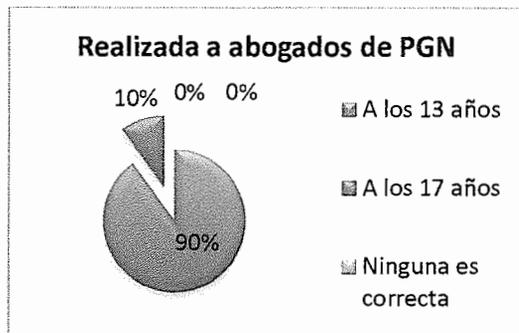
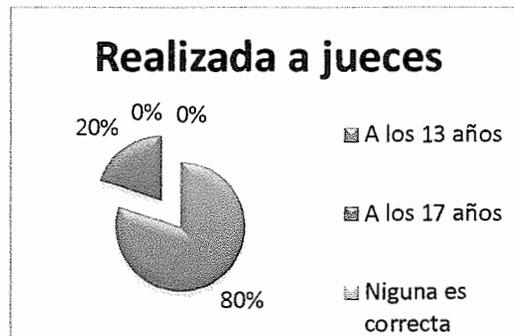
PRIMERA PREGUNTA: ¿Cuál es el concepto del principio de interés superior del niño?



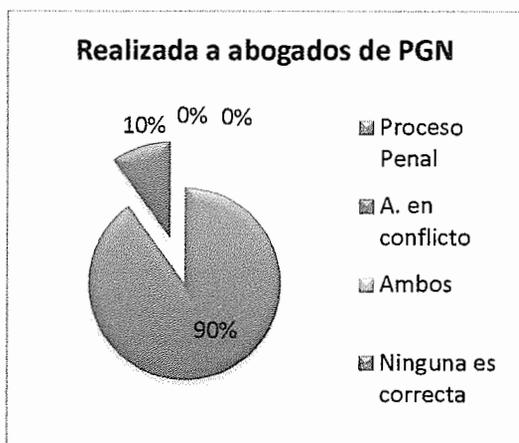
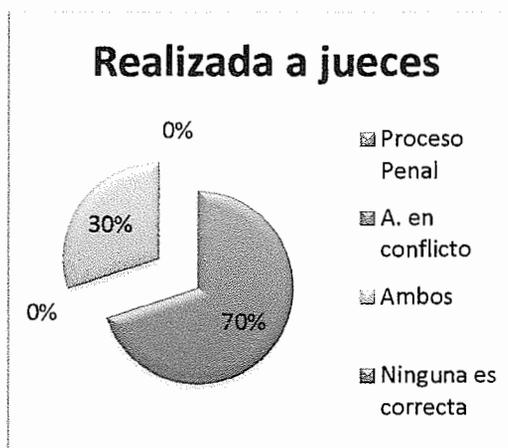
SEGUNDA PREGUNTA: ¿El Artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño, fundamenta el principio de interés superior del niño?



TERCERA PREGUNTA: ¿Hasta qué edad una persona deja de ser niño?

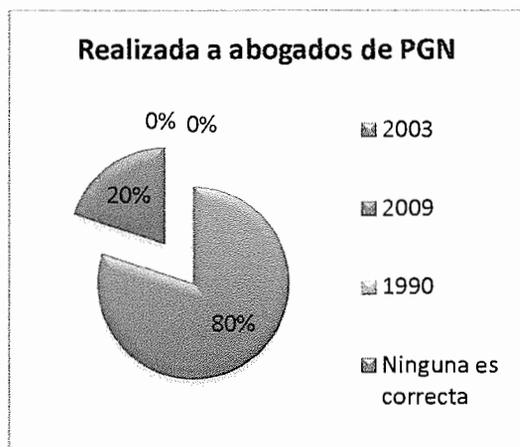
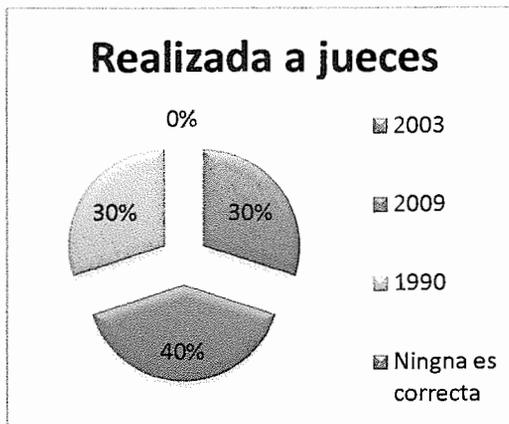


CUARTA PREGUNTA: Si una persona cometió una acción calificada como delito o falta cuando tenía menos de dieciocho años, y dicha acción se presume que concluyó cuando era menor de edad ¿Qué proceso deberá enfrentar?



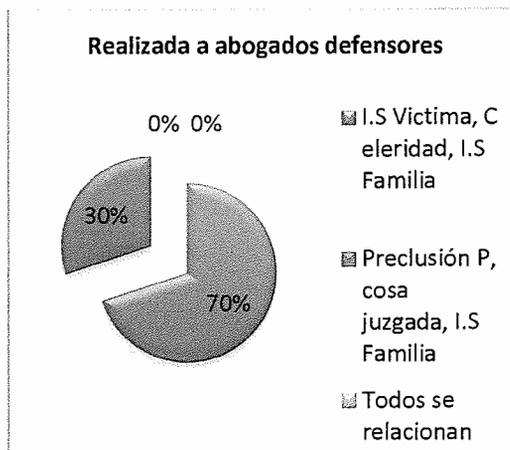
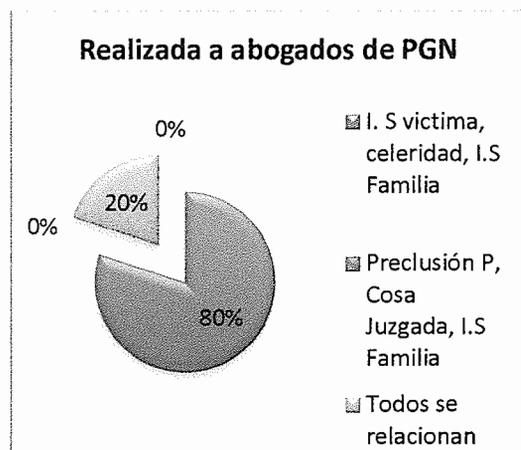
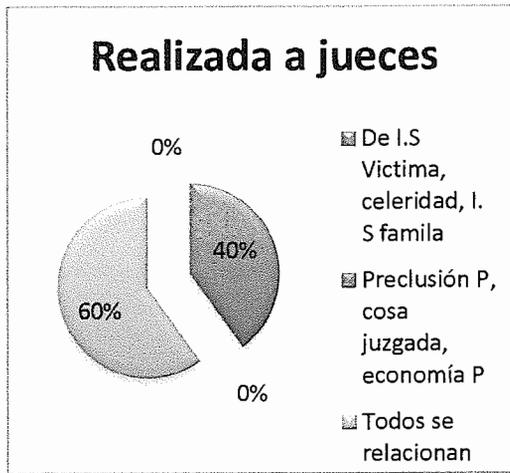
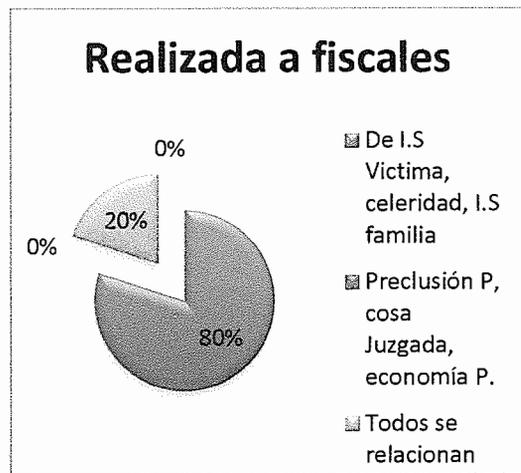


QUINTA PREGUNTA: ¿En qué año, Guatemala ratificó la Convención Sobre los Derechos del Niño?

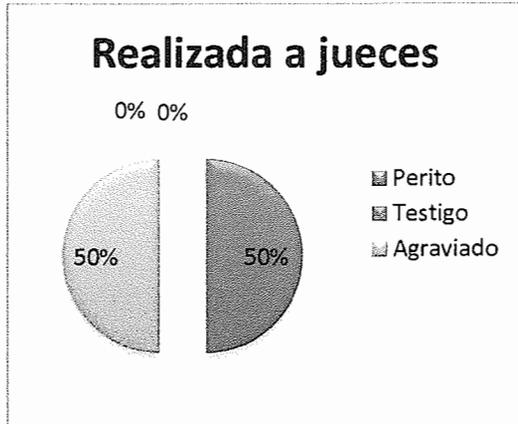




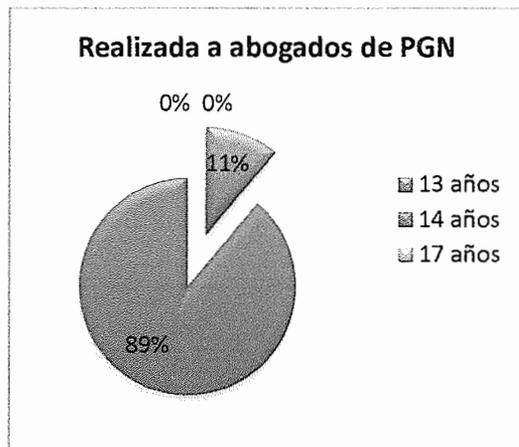
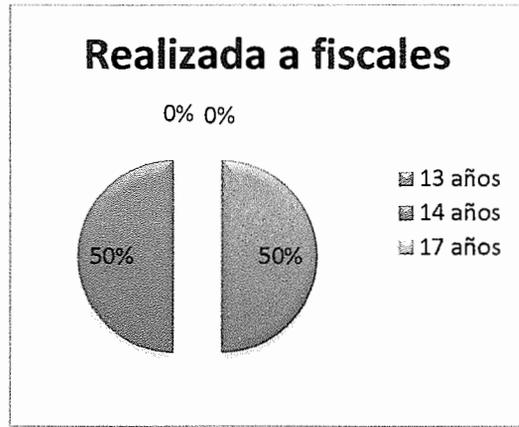
SEXTA PREGUNTA: ¿Qué otros principios con el de Interés Superior del Niño?



SÉPTIMA PREGUNTA: ¿En qué calidad participa un niño dentro de un proceso penal?

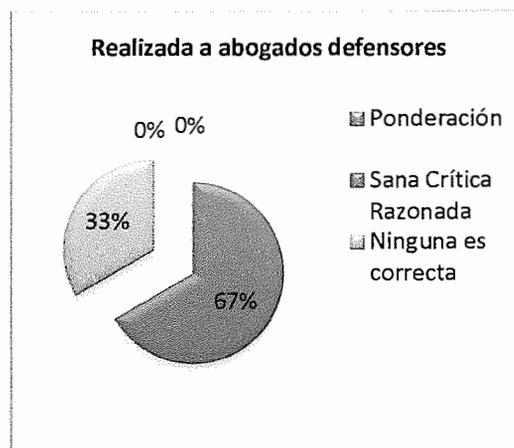
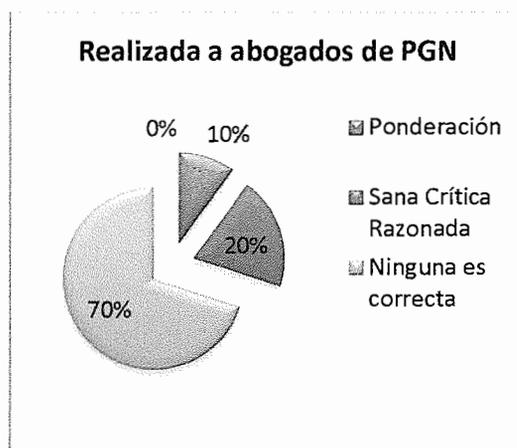
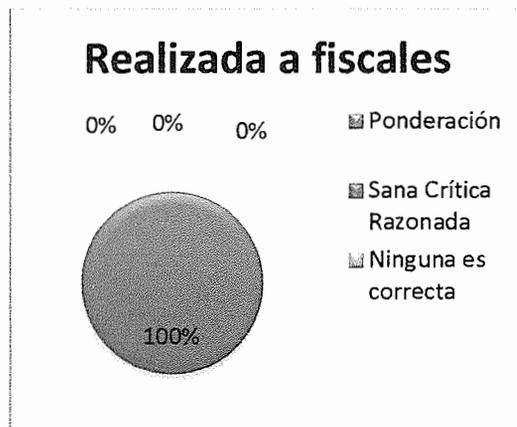


OCTAVA PREGUNTA: ¿A qué edad el niño puede actuar dentro de un proceso penal sin la necesidad de pedir la autorización de los padres?





NOVENA PREGUNTA: ¿Podría decir qué método jurídico, aplicaría usted para interrelacionar el principio de interés superior del niño con otros de carácter constitucional?





DÉCIMA PREGUNTA: Usted como operador de justicia ¿Qué técnicas utilizaría en favor de una niña o un niño, cuando deban participar dentro de un proceso penal?

