

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

**VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LOS JUZGADOS DE ADOLESCENTES EN
CONFLICTO CON LA LEY PENAL**

FRANCHESCA EUGENIA CASTAÑEDA MÉRIDA

GUATEMALA, NOVIEMBRE 2009.

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

**VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LOS JUZGADOS DE ADOLESCENTES EN
CONFLICTO CON LA LEY PENAL**



Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de:

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre 2009.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enriquez
VOCAL IV:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana.

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Licda. Gloria Leticia Pérez Puerto
Vocal:	Lic. Walter Brenner Vasquez Gomez
Secretario:	Lic. Ronald David Ortiz Orantes

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Héctor René Granados Figueroa
Vocal:	Lic. José Luis Guerrero de la Cruz
Vocal:	Licda. Marisol Morales Chew

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

Licenciado Estuardo Castellanos Venegas
Abogado y Notario
3era. Av. 13-62, zona 1. Guatemala
TEL- 22304830



Guatemala, 02 de abril de 2009

LICENCIADO

CARLOS MANUEL CASTRO MONROY

JEFE DE LA UNIDAD DE TESIS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



Licenciado Castro Monroy:

En cumplimiento del nombramiento emitido por esa jefatura el día trece de marzo del año dos mil nueve, procedí a asesorar el trabajo de tesis de la estudiante FRANCHESCA EUGENIA CASTAÑEDA MÉRIDA, carné 200311516, cuyo título es **“VIOLACION AL DEBIDO PROCESO EN LOS JUZGADOS DE ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL”**.

El trabajo de investigación se ha elaborado con el objetivo de evidenciar la inaplicabilidad del principio jurídico del debido proceso en los juzgados de adolescentes en conflicto con la ley penal; además de ello se ha analizado casos en concreto para colaborar así de manera científica con el derecho procesal penal guatemalteco.

Con la estudiante FRANCHESCA EUGENIA CASTAÑEDA MÉRIDA, sostuvimos varias sesiones de trabajo durante las cuales fué sugerida la bibliografía que en el desarrollo de la investigación se considera la mas adecuada al tema, habiéndose consultado textos doctrinarios de autores extranjeros y nacionales que refieren en forma precisa a la temática contenida en la investigación realizada, sugerencias que fueron aceptadas por la estudiante y aplicadas al trabajo de investigación señalado. En concordancia al plan de investigación con base al cual se desarrolló el presente trabajo de tesis, se comprobó suficientemente la hipótesis planteada.


Licenciado Estuardo Castellanos Venegas
Abogado y Notario
3era. Av. 13-62, zona 1, Guatemala
TEL - 22304830



En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben de cumplir de conformidad con la normativa respectiva, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y del examen General Público. Además que la metodología y técnicas de investigación que han sido utilizadas, han sido las correctas ya que se ha visto en el resultado de la investigación el correcto desempeño y utilización de estas; Además la redacción en el trabajo de investigación a sido empleada de manera correcta, ya que se enmarca una buena calidad de trabajo en cuanto a ella, que los datos estadísticos utilizados fueron necesarios para hacer de la investigación una buena fuente de información; Y que dicha información ha contribuido científicamente a enriquecer las ciencias jurídicas y sociales.

Para concluir, estimo que además en el contenido del trabajo de investigación se ha llegado a conclusiones de carácter general que pueden resumir la importancia del tema desarrollado y que en base a ellas se pudieron hacer recomendaciones acerca de cómo actuar en el entorno social que se vive y como accionar ante la problemática que se ha expuesto en el trabajo de investigación; Y que además de la bibliografía que ha sido utilizada de manera correcta y ha generado exitosos resultados en el trabajo de investigación, todas las demás fuentes de información han sido empleadas de manera correcta. Y por ello resulta procedente aprobar el trabajo de tesis asesorado, razón por la cual doy mi **DICTAMEN EN SENTIDO FAVORABLE**, debiendo en consecuencia nombrar al revisor de tesis a efecto que el presente trabajo sea aprobado y discutido posteriormente en el examen público correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo muy atentamente.



Lic. Estuardo Castellanos Venegas
Abogado y Notario
Colegiado No. 7706

Lic. Estuardo Castellanos Venegas
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, veinticinco de mayo de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) GUILLERMO ROLANDO DIAZ RIVERA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante FRANCHESCA EUGENIA CASTAÑEDA MÉRIDA. Intitulado: "VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LOS JUZGADOS DE ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL".

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


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/slh

LICENCIADO GUILLERMO DÍAZ RIVERA
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO: 3738
TEL. 58038129



Guatemala, 17 de junio del año 2009.

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho.



Licenciado Castro Monroy:

De la manera atenta y respetuosa me permito comunicarle que atendiendo a la providencia emanada por la unidad a su cargo, con fecha veinticinco de mayo del presente año, he cumplido con la función de revisor de tesis de la estudiante: **Franchesca Eugenia Castañeda Mérida**, cuyo trabajo intitula **“VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LOS JUZGADOS DE ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL”**. Para lo cual, me permito emitir el siguiente dictamen:

He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí cambios de fondo y forma, algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, mismas que consideré oportunas, para una mejor comprensión del tema abordado por la estudiante Franchesca Eugenia Castañeda Mérida; cabe destacar que la redacción de la misma es clara, adecuada y con el léxico jurídico correcto.

Considero, además, que el trabajo relacionado constituye un aporte de contenido científico y técnico, esto como consecuencia de la importancia que actualmente se requiere para la protección al principio jurídico del debido proceso en los juzgados de

LICENCIADO GUILLERMO DÍAZ RIVERA
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO: 3738
TEL. 58038129



adolescentes en conflicto con la ley penal. Pues la tesis revisada aborda temas de suma trascendencia en el ámbito del derecho.

La señorita Franchesca Castañeda Mérida, para el desarrollo del trabajo en mención utilizó la metodología y técnicas de investigación siguientes: Método inductivo, deductivo y analítico. Es de mencionar que la bibliografía consultada fue de autores nacionales e internacionales.

Las conclusiones y recomendaciones a que arriba la estudiante, son congruentes con el contenido de la investigación de mérito, para lograr el objetivo que se ha planteado en su plan de trabajo, determinando la veracidad de la hipótesis formulada; asimismo, y como ya se mencionó la bibliografía utilizada es acertada y actualizada, por lo tanto, es procedente que el presente trabajo de tesis sea aprobado y por consiguiente pueda ser sometido a su discusión, en el examen público de tesis. En virtud de lo anterior, y habiéndose cumplido con lo requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**.

Deferentemente,

A large, stylized handwritten signature in black ink, which appears to read 'Guillermo Rolando Díaz Rivera'.

LIC. GUILLERMO ROLANDO DÍAZ RIVERA
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO No. 3738

Guillermo Rolando Díaz Rivera
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, dos de octubre del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **FRANCHESCA EUGENIA CASTAÑEDA MÉRIDA**, Titulado **VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LOS JUZGADOS DE ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA

A DIOS: Por darme día con día la luz que ha iluminado mis pasos hasta guiarme por el buen camino.

A MIS PADRES: Por ser fuente de inspiración y fortaleza, ya que sin su apoyo no hubiese podido superar todos los malos momentos que a lo largo de mi vida he tenido que afrontar.

A MI FAMILIA: Gracias a mis hermanas Helen y Lucero, por ayudarme y tenderme la mano cuando más lo necesito. También agradezco a mi cuñado carlos por su apoyo y cariño. Pero especialmente te agradezco a ti Oscarito por ser la máxima alegría en mi vida.

A LA FAMILIA

ZETINA DELGADO: Quienes me han brindado su amistad, cariño, afecto y que en los peores momentos de mi vida, me abrieron las puertas de su casa y me consideraron como otro miembro más en su hogar.

A MIS AMIGOS: Quienes a lo largo de estos años se han convertido en mi segunda familia, especialmente a Estelita, Tili, Roxana, Chepe, Sergio, Alejandro, Chofo, Danilo, Claudia, Boris y Karen.

A MI CASA DE ESTUDIOS:

A la Universidad de San Carlos de Guatemala, por acogerme todos estos años y brindarme en lo posible la mejor preparación académica.

**A LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS
Y SOCIALES:**

Ya que año con año ha sido mi segundo hogar.

**A LOS PROFESIONALES
DEL DERECHO:**

Quienes sin ser egoístas me han transmitido el conocimiento así como el amor hacia mi carrera. Especialmente al Licenciado Guillermo Díaz Rivera, Licenciado Estuardo Castellanos, Licenciada Ana Marina y Licenciado Carlitos Castro.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Principios generales y especiales de los derechos de la niñez y la adolescencia.....	1
1.1. Definición de niñez.....	1
1.2. Definición de adolescencia.....	4
1.3. Principio de efectividad de los derechos de la niñez.....	5
1.4. Principios rectores guías de los derechos de la niñez.....	8
1.5. El interés superior del niño, niña o adolescente.....	8
1.6. Evolución doctrinaria y legislativa.....	11

CAPÍTULO II

2. Estructura de la ley de niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal.....	17
2.1. Protección de los derechos y garantías de la niñez y la adolescencia.....	29
2.2. El proceso penal de adolescentes: un proceso penal específico y especial.....	30
2.3. Sujetos procesales y competencia.....	35
2.4. Principios fundamentales.....	48
2.5. Medidas de coerción.....	51
2.6. Medidas de coerción con fines específicos.....	53

CAPÍTULO III

	Pág.
3. El sistema judicial de protección de los derechos de la niñez y adolescencia.....	65
3.1. Medidas de protección.....	65
3.2. Presupuestos.....	65
3.3. Individualización.....	67
3.4. Las amenazas o violaciones de los derechos y garantías de la niñez y adolescencia y sus implicaciones jurídicas y penales	70
3.5. Clases de medidas de protección.....	74
3.6. Derechos y garantías fundamentales en el proceso de protección.....	81
3.7. Sujetos procesales y el procedimiento y competencia de los tribunales.....	85

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico de la opinión de la corte de constitucionalidad en materia de derechos y garantías de la niñez y adolescencia.....	93
4.1. Sobre el principio de pluralidad en el tratamiento jurídico, fundamentado en la diferencia de edades.....	94
4.2. Sobre la obligación de hacer efectivo el derecho de opinión de los niños, niñas y adolescentes, en los procesos judiciales	96
4.3. Sobre la flexibilidad de las resoluciones judiciales en donde se afectan intereses de la niñez, en virtud del principio del interés superior del niño de la convención sobre los derechos del niño.....	102

CAPÍTULO V

	Pág.
5. Violación al debido proceso en los juzgados de adolescentes en conflicto con la ley penal.....	107
5.1. Regulación del debido proceso en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	113
5.2. Aplicación del debido proceso al procedimiento de menores de edad, en conflicto con la ley penal.....	119
CONCLUSIONES.....	125
RECOMENDACIONES.....	127
BIBLIOGRAFÍA.....	129

INTRODUCCION

Dentro de la legislación guatemalteca se encuentra contemplada la protección a los menores de edad, sus derechos y garantías establecidas en la Constitución Política de la Republica, así como también las garantías procesales que se regulan la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la cual es producto del esfuerzo del Estado de Guatemala, por crear instituciones democráticas y respetuosas de los derechos humanos, atendiendo a un nuevo ánimo político, encaminado a construir el estado de derecho y una sociedad responsable de su niñez.

La justificación del presente trabajo, radica en establecer si a partir de la entrada en vigencia del Decreto 27-2003 del Congreso de la República, se ha cumplido con el debido proceso en la aplicación de la Ley; si existen violaciones a las Garantías y Derechos inherentes a cada persona como tal, en un proceso preestablecido.

En base en la definición del problema, se puede concluir, que el debido proceso en los juzgados de adolescentes, debe de ser respetado por todas las partes que tienen participación en el mismo; y en consecuencia las garantías y derechos que se establecen en el proceso.

El objetivo general de la presente investigación, se basó, en investigar porqué en los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia en conflicto con la ley penal, no se respeta el debido proceso; y, de acuerdo a la hipótesis de la investigación, se pudo establecer que la violación al debido proceso en los Juzgados de la Adolescencia en conflicto con la ley penal, se da, porque se infringen las garantías y derechos de los mismos; no se cumple con los plazos preestablecidos en el procedimiento, ni se informa a los adolescentes los derechos que tienen al estar detenidos por algún ilícito penal; de acuerdo con lo que establece la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia contenido en el Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala.

La investigación realizada, se encuentra estructurada de la manera siguiente: el capítulo primero trata de los principios generales y especiales de los derechos de la

niñez y la adolescencia, definiciones, principios rectores, guías y evolución doctrinaria y legislativa; en el segundo capítulo, se desarrolla la estructura de la ley de la niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal, antecedentes históricos, órganos de fiscalización y órganos de protección de la ley; en el capítulo tercero, se establece el sistema judicial de protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, las medidas de protección, las clases de medidas de protección, los derechos y garantías fundamentales en el proceso de protección, sujetos procesales, procedimiento y competencia de los tribunales; en el cuarto capítulo contiene el análisis jurídico de la opinión de la Corte de Constitucionalidad en materia de Derechos y garantías de la niñez y adolescencia; finalmente en el quinto capítulo se desarrolla la violación al debido proceso en los juzgados de adolescentes, definición, concepto general, regulación y aplicación, regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la aplicación del debido proceso al procedimiento de menores de edad, en conflicto con la ley penal.

Con relación a los métodos utilizados, se indican los siguientes: analítico, el sintético y el inductivo; además, se empleó la técnica de investigación bibliográfica documental y la técnica de la entrevista, a través de las cuales se seleccionó y sintetizó convenientemente, el material recomendado; así como el estudio jurídico y doctrinario que establece, lo relacionado con la niñez y adolescencia y el debido proceso en los juzgados de adolescentes en conflicto con la ley penal y; para culminar, se presentan las conclusiones y recomendaciones de su contenido.

Por último se pretende que la presente investigación sirva como aporte científico al derecho procesal penal para que en adelante se observe y cumpla con la aplicación del principio jurídico del debido proceso.

CAPÍTULO I

1. Principios generales y especiales de los derechos de la niñez y la adolescencia

1.1. Definición de niñez

Puede parecer ilógico que el Artículo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño comience por definir al niño, niña y adolescente, como toda persona humana, porque se puede observar que con anterioridad éstos no contaban con derechos establecidos o parámetros legales que garantizaran y que dieran amparo jurídico a sus garantías como seres humanos; se debe de afirmar que el reconocimiento de los adolescentes como seres humanos y su protección es una conquista reciente en el campo penal, basta mencionar que una de las primeras instituciones que luchó a favor de los derechos de la niñez y la adolescencia en los tribunales de justicia, fue la Sociedad Protectora de los Animales, en un conocido caso en Estados Unidos de Norteamérica.

En Guatemala, los niños y los adolescentes, tienen reconocidos sus derechos como personas humanas desde el momento de su concepción, según lo establece la Constitución Política de la República en su Artículo tres, en donde el Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como, la integridad y seguridad de

la persona; por otra parte el status jurídico de la infancia, finaliza a los dieciocho años de edad, tal como lo establece el Artículo ocho del Código Civil guatemalteco.

En este sentido, la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, establece en el Artículo nueve: “que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la protección, cuidado y asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, social y espiritual.” Derechos que se reconocen desde su concepción.

Durante los períodos de la infancia y la adolescencia, la persona goza de una protección especial por parte del Estado y de la sociedad, además de ciertos derechos que van adquiriendo de acuerdo con su desarrollo evolutivo: como el derecho de no trabajar durante la infancia y en casos excepcionales a un trabajo especialmente protegido y reglamentado a partir de catorce años de edad, derecho a no ser sujeto a un proceso policial y judicial, por una transgresión la ley penal, hasta que no haya cumplido los trece años de edad; el derecho a prestar su consentimiento para contraer matrimonio a los dieciséis años el hombre y catorce la mujer.

Este último derecho enmarcado en el Artículo ocho del Código Civil, puede resultar de dudosa vigencia constitucional, pues viola el principio de protección especial para la niñez, el cual, a su vez se encuentra establecido en el Artículo 51 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y el de igualdad material en relación con el género, establecido en el Artículo cuatro de la Carta Magna, en virtud de que no se protege el derecho de la niña a un desarrollo físico y psicológico integral, sino que se

favorece la reproducción, con lo que se refuerza una concepción negativa sobre los derechos de la mujer. En este sentido el Comité de los Derechos del Niño ha expresado su preocupación, pues al establecer una edad mínima para contraer matrimonio, más mínima en el caso de las niñas, se pierde el derecho a protección especial que establece la Convención de Derechos del Niño.¹

Aunque en el Artículo ocho del Código Civil se establece que la capacidad de ejercicio de los derechos se adquiere con la mayoría de edad, la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que se pueden ejercer desde la concepción hasta finalizar la infancia, que en el caso de Guatemala, son los dieciocho años de edad, siempre que se favorezca el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, como el de participación a través del ejercicio de su derecho de opinión.

Asimismo, a pesar de que las leyes establecen edades mínimas para el ejercicio de ciertos derechos o consentimientos, estos deben ser valorados en atención a la protección especial que para la niñez, exigen la Constitución Política de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño; y la recién aprobada Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

El Comité de los Derechos del Niño ha expresado que “al aplicar las edades mínimas, los Estados deberán tener en cuenta el interés superior del niño y de la niña, como principal consideración, de conformidad con los Artículos tres y 41 de la Convención

¹ Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Pág.6

sobre Derechos del Niño, que establece que la solución más favorable para el niño o niña y adolescente siempre deberá prevalecer”²

Por ejemplo, cuando se debe solicitar o recibir asesoramiento jurídico, la Comisión Sobre los Derechos del Niño, no establece edades mínimas, pues el derecho a pedir asistencia, no implica por si mismo el derecho a tomar decisiones. El niño o niña tienen el derecho de requerir asesoramiento jurídico siempre y, ante todo, cuando se trata de malos tratos. Por eso, se favorece su derecho de denuncia y petición, de la misma manera, tienen el derecho de recibir asistencia médica cuando la necesiten.

1.2. Definición de adolescencia

La adolescencia, es el momento de la vida, en el que se comienza a aprender sobre el mundo que nos rodea y a encontrar un lugar en él. Este aprendizaje implica el intentar nuevas experiencias, algunas de las cuales pueden resultar arriesgadas o incluso peligrosas. Por otra parte la adolescencia es: “la edad que sucede a la niñez y, que transcurre desde que aparecen los primeros indicios de la pubertad hasta la edad adulta.”³ Esta definición ofrece importancia jurídica, en virtud de que por regla general, las legislaciones hacen coincidir la entrada en la adolescencia con la capacidad para contraer derechos y obligaciones, aún cuando no es esta una regla absoluta. El período

² *Ibíd.*, Pág. 7

³ Ossorio Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 37

de adolescencia influye también en la responsabilidad penal que, dentro de ciertos límites, puede estar disminuida y afectar al modo de cumplimiento de una condena.

Según la Organización Mundial de la Salud, adolescente es: continuo de la existencia del joven, en donde se realiza la transición entre el infante o niño de edad escolar y el adulto. Esta transición de cuerpo y mente, proviene no solamente de sí mismo, sino que se conjuga con su entorno, el cual es trascendental para que los grandes cambios fisiológicos que se produce en el individuo lo hagan llegar a la edad adulta. La adolescencia es un fenómeno biológico, cultural y social, por lo tanto sus límites no se asocian solamente a características físicas.

1.3. Principio de efectividad de los derechos de la niñez

La Convención sobre Derechos del Niño, asegura la efectividad de los derechos y garantías que establece, al regular el principio de efectividad en el Artículo cuatro explica que: “Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente convención. Sólo en materia de derechos económicos sociales y culturales, se establece, la obligación de adoptar la medida hasta el máximo de los recursos que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional. Sin embargo, cuando la Convención Sobre los Derechos del Niño, indica que las medidas deben ser tanto administrativas como legislativas, se incluyen a los derechos colectivos, pues no se hace distinción alguna entre las dos categorías: derechos individuales y derechos colectivos.”

El estado debe de adoptar todas las medidas que sean necesarias para asegurar la efectividad de los derechos establecidos, en la Convención Sobre los Derechos del Niño. En el caso de Guatemala, estas medidas legislativas se consolidan con la aprobación el cuatro de junio del año 2003, de la actual Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, así como, con la presentación de anteproyectos de ley en materia de adopciones y de reformas al Código Penal que fortalecen la protección penal de los niños, niñas y adolescentes, a través de la tipificación de los delitos siguientes:

- a) Tráfico de órganos o de tejidos humanos.
- b) Maltrato a personas menores de edad.
- c) Trámite irregular de adopción.
- d) Actividades sexuales remuneradas.
- e) Pornografía.
- f) Turismo sexual.
- g) Contratación y utilización de personas menores de edad, en actividades peligrosas.

El principio de efectividad se fortalece con las obligaciones generales que para los Estados partes, se encuentran reguladas en el Artículo dos, numeral 2 de la Convención sobre Derechos del Niño, que establece que: tomarán las medidas apropiadas para garantizar que el niño, niña o adolescente, se vea protegido contra

toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o de sus familiares. En este sentido la Convención sobre Derechos del Niño y los Estados partes, se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo debidamente en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

De esta manera, el Estado y sus instituciones asumen el rol de garantes de los derechos de la niñez y la adolescencia, principalmente los jueces y las juezas, pues al establecer la Constitución Política de la República, en el Artículo 51, que el Estado protegerá la salud física, mental, moral de las personas menores de edad y les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social, éste asume un rol activo en cuanto a su intervención en la vida de los niños y las niñas. Rol que debe orientarse a favorecer el desarrollo de su personalidad y el respeto a su dignidad humana, en esa línea, al ser los jueces y las juezas los funcionarios responsables de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, de acuerdo como lo establece el Artículo 203 de la Constitución Política de la República; se extiende también a ellos y ellas el compromiso de asumir una actitud activa y positiva en lo concerniente al respeto y aplicación de los derechos de la niñez.

Por su parte la Ley Integral de la Niñez y la Adolescencia, señala que es deber del estado, promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del

interés de los niños, las niñas, los adolescentes, y la familia, y que las disposiciones contenidas en ella son de orden público y de carácter irrenunciable. En ese contexto, los jueces y las juezas, deben adoptar todas las medidas que sean necesarias para el respeto de los derechos de la niñez que se encuentra en su jurisdicción, medidas que deben incluir a todo el recurso humano del juzgado, a los recursos organizativos internos y externos, y que deben garantizar la coordinación que debe existir entre el juez y las juntas municipales de protección de la niñez y de la Procuraduría de los Derechos Humanos, así como, con las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que en su municipio, departamento o región, trabajen con la niñez.

1.4. Principios rectores guías de los derechos de la niñez

Para una adecuada interpretación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y de la legislación ordinaria que se aplicará a los casos, en que se encuentren involucrados niños, niñas y adolescentes, la Convención Sobre los Derechos del niño, ha establecido dos principios rectores guías: El interés superior del niño, niña o adolescente, y el desarrollo del derecho de opinión.

1.5. El interés superior del niño, niña o adolescente

El juez, en su práctica judicial, resuelve conflictos sociales que se expresan a través de conflicto de intereses entre los particulares o entre éstos y el Estado, pero cuando en el conflicto se encuentran involucrados los derechos de la niñez, surge un nuevo interés,

que es superior a los otros, por ser del niño o de la niña. Ese interés, establecido en el Artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, exige que, en toda resolución judicial o administrativa, en que se resuelva un caso que afecte a la niñez, se dé preeminencia a su interés pues éste constituye un interés superior. Para definir ese interés superior debe tenerse presente que su única fuente es el propio niño, niña o adolescente, es decir lo que para él o ella significa dicho interés, y no lo que representa para el adulto.

En virtud de que en ningún caso, las personas que deciden sobre el interés superior de un niño, niña o adolescente, pueden actuar de forma aislada de sus propias convicciones o prejuicios, generados por su experiencia de vida; la Convención Sobre Derechos del Niño, ha fijado los parámetros y criterios dentro de los cuales, dicho interés se tiene que hacer efectivo. Éstos son los principios, garantías y derechos que se encuentran enmarcados dentro de la misma que los jueces deben de evaluar, siempre, en su totalidad y en función del corto, mediano y largo plazo, pues la decisión que tomará afectará no sólo el presente del niño, niña o adolescente, sino también su futuro.

El interés superior del niño, niña y adolescente, es regulado como una cláusula general, pues sólo así se permite su adecuada aplicación a cada caso concreto. Para su aplicación, los jueces deben de realizar una doble valoración: la primera, debe establecer jurídicamente lo que significa para el niño, niña y adolescente, el interés superior y, la segunda valoración, debe evaluar cómo, en el caso concreto y según la

situación fáctica que se le presenta, se concretará la decisión que se tome. Por esto, se afirma que al aplicar este principio, el juez, tiene una doble labor.

Es importante mencionar que la doble valoración judicial, debe constar en la resolución que dicte, pues, como ha señalado la Corte de Constitucionalidad, en los casos de los derechos de la niñez, toda falta de motivación o razonamiento valoratorio y estimativo de los hechos y las pruebas, implica violación a los principios del interés superior del niño, al debido proceso y al derecho de defensa. Un mecanismo que facilita esta labor de motivación o razonamiento valorativo es la interpretación argumentativa.

En síntesis, el interés superior del niño y de la niña, debe entenderse como una garantía que se orienta a asegurar el ejercicio y disfrute de los derechos de la niñez, por ello, en ningún caso, su aplicación puede disminuir, tergiversar o restringir los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República y, en la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, debe resaltarse que tal y como lo ha señalado la Corte de Constitucionalidad en diversas sentencias, la no aplicación del principio del interés superior del niño, implicará violación a los principios constitucionales del debido proceso, derecho de defensa y derechos de la niñez. Por esto como se ha afirmado, el principio del interés superior del niño, niña y adolescente, también es útil para cuestionar la validez constitucional de cualquier resolución judicial.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, recoge su interés superior del niño y la niña en el Artículo cinco, y lo refuerza con el interés de la familia, siempre

y cuando éste no vulnere los derechos que la propia ley y la Convención sobre Derechos del Niño garantizan a la niñez y adolescencia. El interés superior del niño, niña y adolescente, según la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopta en relación con la niñez y la adolescencia, y será orientada a asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos.

1.6. Evolución doctrinaria y legislativa

El cambio de paradigma en materia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, forma parte del desarrollo del derecho en general y de su deseo de cercanía a la realidad, que pretende regular. Hace dos siglos, la niñez y la adolescencia no eran consideradas un grupo social, diferenciado, jurídicamente de los adultos, por esto la doctrina define a ese período como el de la indiferencia jurídica, en virtud de que el niño, niña y adolescente, eran tratados de la misma manera que el adulto, eran considerados como los pequeños adultos; estos formaban parte del conglomerado social como un miembro más que debía satisfacer sus necesidades por si mismo. Por ejemplo: en nuestro país, la mayoría de edad sólo constituía un atenuante en la responsabilidad penal, al niño, niña o adolescente, se le aplicaba la misma pena que al adulto y la cumplía en el mismo centro penitenciario. Si se revisa los códigos penales y procesales de los años de 1877 y 1923, se puede verificar que el niño, niña y adolescente transgresor de la ley penal no era sujeto de ningún tipo de consideraciones especiales.

A finales del siglo XIX y principio del siglo XX, con el desarrollo de las ciencias naturales y la filantropía humanitaria, surgió un movimiento social que exigió un trato diferenciado para los niños, niñas y adolescentes, que logra sus objetivos con la creación de un derecho específico para este grupo social, denominado derecho tutelar de menores. Con este nuevo derecho se da una valoración jurídica a la diferencia del menor de edad con respecto al adulto, pero ésta es más útil para su negación que para la afirmación de su igualdad jurídica, pues se desvaloriza a la persona menor de edad frente al adulto, se le excluye del sistema de garantías que el estado liberal había construido para todas las personas y, además, al ser objeto de una tutela especial, surge una intervención estatal arbitraria justificada y legitimada por el pensamiento benéfico que imperaba en esa época.

El derecho tutelar se originó en los Estados Unidos, con las ideas del movimiento reformista de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, el cual es definido por muchos historiadores y criminólogos, de esa época, como un movimiento humanitario y progresista, que respondió a la problemática de las miserias de la vida urbana, la delincuencia juvenil, y las precarias condiciones de promiscuidad en las cárceles provocadas por la mezcla de mayores y menores. Tal y como lo manifiesta el autor Andrés Ibáñez “el lacerante espectáculo de los menores delincuentes precoces aprisionados en los engranajes de la justicia penal de adultos confirió notable atractivo

a las propuestas y favoreció en gran medida la difusión del pensamiento correccionalista-positivista”.⁴

En el movimiento reformista de los Estados Unidos de Norte América, impulsor de los tribunales para menores, tuvo gran afluencia el positivismo criminológico europeo. En consecuencia puede afirmarse categóricamente que el surgimiento del derecho, tutelar de menores se da dentro de la concepción de la escuela positivista, en la cual, se traslada el punto de mira de la garantía del individuo a la defensa activa de la sociedad, se pasa de la responsabilidad individual a la responsabilidad social y, desde la perspectiva metódica, supone el cambio del objeto de la ciencia penal, del derecho ideal de la escuela clásica se paso a la realidad empírica, de la búsqueda del deber ser a la investigación del ser. Al aplicar los métodos de las ciencias naturales para explicar la delincuencia juvenil se llegó a la conclusión de la anormalidad del delincuente menor de edad. El delito ya no es lo determinante pues solo constituye un indicio más de la peligrosidad de su autor. Lo que caracterizó a esta escuela, fue el impulsor de una corriente criminológica que afirmó la predisposición criminal del delincuente.

Es así, como la criminología pragmática norteamericana, principalmente integrada en sus inicios por médicos y después por sociólogos y trabajadores sociales, reconoce al niño, niña y adolescente delincuente como a un enfermo, un caso patológico, siguiendo la teoría de Lombroso, que puede ser objeto de diagnóstico, vigilancia y curación, esta última bajo la idea del tratamiento en los centros penitenciario y correccionales. Al

⁴ Jiménez Burdillo, Clemente. **El sistema tutelar de menores, como reacción penal reforzada.** Pág. 213.

determinismo biológico, se unió el determinismo ambiental, como producto de las investigaciones sociológicas en los centros urbanos que aportaron valiosa información sobre la influencia social en el comportamiento delictivo de los niños, niñas y adolescentes.

En conclusión, al aceptar que los delincuentes sufren de una patología especial y, además, que son influenciados socialmente, la propuesta reformista se orienta al ideal rehabilitador de la delincuencia juvenil, dirigido a tratar al enfermo e irresponsable delincuente juvenil. La idea del tratamiento encontró fuerte acogida en el sistema de reformatorios, este sistema se diferencia del penitenciario en que convierte a los delincuentes juveniles en futuros ciudadanos a través del tratamiento garantizado con las sentencias indeterminadas.

“Según Platt, los principios del sistema reformatorio los resume en los siguientes puntos:

- a) Separación de los delincuentes jóvenes de los adultos.
- b) Los delincuentes debían ser separados de su medio y encerrados por su propio bien y protección.
- c) Los delincuentes deberían de ser enviados al reformatorio sin proceso y con requisitos legales mínimos.

- d) Las sentencias serían indeterminadas.
- e) No se debería confundir reforma con sentimentalismo.
- f) El trabajo, la enseñanza y la religión, constituían la esencia del programa de reforma.”⁵

Este nuevo sistema tutelar, es adoptado en Guatemala por la Ley de Tribunales de Menores, Decreto 2043-37, del período presidido por el general Jorge Ubico, del 15 de noviembre de 1937 y, posteriormente es desarrollado en el Código de Menores, Decreto número 61-69, del Congreso de la República, del 11 de noviembre de 1969 y luego en el Código de Menores, Decreto 78-79 del Congreso de la República, de noviembre de 1979.

Con la aprobación, y posterior vigencia de la Constitución Política de la República de 1985 y, de la Convención sobre Derechos del Niño, en 1990, se cuestiona el modelo del sistema tutelar de menores, pues éste se dirige sólo a un sector de la población infanto-juvenil y no a su totalidad. La Constitución Política de la República y la Convención sobre Derechos del Niño, establecen un cambio de doctrina que deja atrás el modelo que intentó tutelar a los niños, niñas y adolescentes; que se encontraban en situación irregular, en cambio propinen un nuevo modelo que persigue proteger a todos los niños, niñas y adolescentes; a quienes sufren de amenazas y violaciones en sus

⁵ Platt. **Los salvadores de los niños o la invención de la delincuencia.** Pág. 75.

derechos humanos y de quienes se alegue que han violado la ley penal. El nuevo enfoque de los derechos de la niñez y adolescencia es totalizador y no sectorial, como el tutelar.

La nueva doctrina que promueve la Constitución Política de la República y la Convención sobre Derechos del Niño, persigue una protección integral de la niñez y la adolescencia, que incluye el respeto de los derechos individuales y la promoción de los derechos económicos, sociales y políticos. La nueva doctrina de protección integral establece un tratamiento jurídico especial para los niños, niñas y adolescentes, reconoce los derechos especiales que su condición específica requiere y, además, diferencia el tratamiento jurídico de la niñez víctima y la adolescencia transgresora de la ley penal. En ese contexto, los legisladores aprobaron, el quince de julio del año dos mil tres, la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, la que en términos generales es coherente con las modernas corrientes jurídicas de los derechos de la niñez y la adolescencia.

CAPÍTULO II

2. Estructura de la ley de niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, se divide en tres libros. En el primero se recogen las disposiciones sustantivas, ligadas con las disposiciones generales para la aplicación e interpretación de la ley y, luego lo relativo a los derechos humanos de la niñez y adolescencia, de carácter individual y colectivo así como lo concerniente al derecho de protección especial que tiene la niñez y adolescencia con discapacidad y la protección contra el maltrato, explotación y abuso sexual de los niños, niñas y adolescentes. Además, se establecen deberes y límites al ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; así como la regulación sobre los adolescentes trabajadores y las obligaciones del estado, la sociedad, padres, tutores o encargados frente a las amenazas o violaciones de los derechos humanos de la niñez y adolescencia.

En el libro segundo, se recogen las disposiciones organizativas, se crean y regulan los organismos de protección integral, responsables de la formulación, ejecución y control de políticas públicas; La Comisión Nacional y las Comisiones Municipales de la niñez y adolescencia. Se crea la Defensoría de la Niñez y adolescencia de la Procuraduría de los Derechos Humanos, como ente responsable de la fiscalización de los derechos de la niñez. Además, la unidad de protección a la adolescencia trabajadora del Ministerio

de Trabajo y Previsión social, y la unidad especializada de la niñez y la adolescencia de la Policía Nacional Civil, responsable de la capacitación y asesoría en materia de derechos y deberes de la niñez.

En el libro tercero se encuentran explícitas las disposiciones adjetivas, relativas al procedimiento judicial en el caso de la niñez víctima de amenazas o violaciones en sus derechos humanos y de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Para el efecto, se crea una nueva organización judicial, que comprende la creación de la Sala de la Niñez y Adolescencia y los juzgados de Primera Instancia de protección de la niñez y adolescencia y los juzgados primera instancia de la niñez y la adolescencia y de adolescentes en conflicto con la ley penal, así como el juzgado de primera instancia de control de ejecución de medidas. Asimismo, se amplía la competencia de los juzgados de paz para conocer a prevención de los casos de niñez víctima y para conocer y resolver, en definitiva, algunos casos de adolescentes en conflicto con la ley penal. Además se establece la participación obligatoria de los abogados procuradores de la niñez de la Procuraduría General de la Nación, para intervenir en el procedimiento de la niñez víctima, y del Instituto de la Defensa Pública Penal y Fiscalía de Adolescentes para el proceso judicial de adolescentes transgresores de la ley penal.

Antecedentes históricos: la nueva Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, es producto de un consenso alcanzado en el seno de la sociedad civil y llena un vacío legal que se creó con la vigencia contemporánea de dos legislaciones contradictorias, las cuales son la Convención Sobre Derechos del Niño y el Código de

Menores, basadas en las doctrinas de la protección integral y de la situación irregular respectivamente.

Este vacío legal, que surge desde 1990, intentó llenarse con la aprobación del Código de la Niñez y Juventud, Decreto 78-96 del Congreso de la República de Guatemala, cuya entrada en vigencia enfrentó una serie de obstáculos que finalizaron con una prórroga indefinida que fue declarada inconstitucional, por sentencia de la Corte de Constitucionalidad de mayo del año 2002, en la que se ordenó al Congreso de la República fijar un plazo para la entrada en vigencia de dicho código.

La necesidad de una nueva legislación en materia de niñez y adolescencia fue, incluso, motivo de análisis por parte de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso - los niños de la calle- , en la que la Corte, ordenó al estado de Guatemala adecuar su legislación a la nueva doctrina de la protección integral contenida en la Convención sobre Derechos del Niño. En síntesis, después de 13 años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño, el Congreso de la República decide aprobar, el cuatro de junio del año dos mil tres, la actual Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que ya, desde su denominación, recoge la nueva doctrina.

Nueva institucionalidad: la actual ley de protección integral de la niñez y adolescencia, crea diversas organizaciones e instituciones que son las responsables de velar, a través de sus acciones administrativas o judiciales, por la efectiva vigencia de los

derechos de los niños, niñas y adolescentes. El enfoque integral de la ley, permite que los problemas a los que se enfrenta la niñez sean abordados desde la política social del estado. Por ejemplo: el tema de los adolescentes en conflicto con la ley penal, no se puede abordar desde una perspectiva eminentemente penal, pues todos los cambios que se generen en las políticas sociales y económicas del estado tienen, necesariamente, repercusiones criminógenas.

Tal y como lo señala el autor Zúñiga Rodríguez, “la creencia de que basta la ley para prevenir la delincuencia, ha sido superada y hoy es cada vez más evidente la necesidad de delinear políticas sociales preventivas frente a la criminalidad.”⁶

El Artículo 80 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece que la protección integral de los niños, las niñas y adolescentes deberá realizarse a nivel social, económico y jurídico. En virtud de que no hay actuación política que no esté orientada por un marco ideológico, en relación con las políticas públicas de la niñez y adolescencia, la propia ley de protección integral de la niñez y adolescencia, establece el marco de referencia que servirá de modelo para su formulación, ejecución y control. A ese marco debe sumarse uno más amplio, constituido por la normativa contenida en la Constitución Política de la República y la Convención Sobre los Derechos del Niño, estos tres instrumentos integran entonces el único marco de actuación legítimo para la ejecución de las políticas públicas de la niñez y adolescencia en el país.

⁶ Zúñiga Rodríguez. **Política Criminal**. Pág. 178.

Cualquier política que salga de ese marco sólo puede calificarse como imperante, no será válida. Por ejemplo: cuando se trate de generar políticas represivas contra los niños, las niñas y adolescentes de la calle, o contra los grupos juveniles, más conocidos como – maras – y, se justifiquen en la realidad imperante, éstas no serán válidas, pues no responden al marco establecido en la ley, además, de ser inútiles puesto, que, no resolverán el problema de fondo.

Organismos responsables de la elaboración de políticas públicas: la ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, establece dos organismos como entes responsables de la formulación y control de las políticas públicas en materia de la niñez y de la adolescencia, a nivel nacional: La Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia y, a nivel local, la Comisión Municipal de la Niñez y la Adolescencia. Ambas comisiones deben formular las políticas nacionales y municipales de protección de la niñez y adolescencia fundamentadas en el Artículo 84 de dicha ley, en el siguiente orden:

- a) Políticas sociales básicas.
- b) Políticas de asistencia social.
- c) Políticas de protección especial.
- d) Políticas de garantía.

La Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia trasladaron las políticas que elabore y formule al sistema de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, y a los ministerios y dependencias del estado, para que éstos las incorporen en su planificación y presupuesto. La Comisión Nacional, es un ente deliberativo y de integración paritaria, según lo establece el Artículo 86 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; se asegurará la presencia en el Consejo Nacional de Desarrollo Urbano y Rural a través de su representación, obligatoria, por parte del presidente de su junta directiva. Además, la población podrá conocer su trabajo a través del informe anual que deberá presentar ante el Congreso de la República.

La Comisión Nacional se conformó en julio del año 2004, por convocatoria que realizó la Comisión de la Mujer, la Niñez y Adolescencia y la Familia, del Congreso de la República. Una vez conformada presenta su propuesta de reglamento interno a la Presidencia de la República, que está pendiente de aprobación.

A nivel local, el ente responsable de formular y controlar las políticas públicas del municipio es la comisión municipal, ésta constituye una comisión distinta a las creadas por el código municipal, su naturaleza es deliberativa y propositiva y, su integración, paritaria. Para el efecto de su integración y conformación, la ley de protección integral de la niñez y adolescencia, establece; que la corporación municipal, deberá convocar a las organizaciones sociales del municipio dentro de un plazo de tres meses contados a partir de la vigencia de la ley.

Organismos de fiscalización de la ley: la ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, crea como ente fiscalizador del efectivo cumplimiento de los derechos, deberes y garantía establecidos en la propia ley y reconocidos a los niños, niñas y adolescentes, en la Constitución Política de la República y la Convención Sobre Derechos del Niño, la Defensoría de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, la que dependerá directamente del Procurador de los Derechos Humanos, y tendrá facultades de defensa y divulgación de los derechos humanos de la niñez.

En este sentido, debe resaltarse que la figura del procurador de la niñez es una institución adhoc y constituye una oficina independiente para los derechos de la niñez. Sus antecedentes pueden encontrarse en Noruega; en virtud de que este fue el primer país que creó un cargo de ombudsman que se ocupa exclusivamente de asuntos relacionados con la niñez, en el caso de Latinoamérica el primer país fue Costa Rica.

Aunque depende directamente del Procurador de los Derechos Humanos, al defensor de la niñez le corresponde proteger los derechos humanos de la niñez y adolescencia, para el efecto, puede dictar las resoluciones que correspondan, así como, iniciar las acciones legales oportunas para el cese de amenazas o violaciones de los derechos humanos de la niñez y adolescencia guatemalteca. También, es el ente responsable de velar porque las autoridades responsables de dar protección a la niñez y adolescencia cumplan con sus atribuciones, en el marco de la Comisión sobre los Derechos del Niño y, además es el responsable de supervisar las instituciones privadas o públicas que atienden a los niños y adolescentes.

Para tramitar las denuncias que se presenten a la defensoría de los derechos de la niñez y adolescencia, así como, para establecer las acciones que sean necesarias para que cesen las violaciones a los derechos humanos de la niñez y adolescencia, el defensor deberá someterse a los procedimientos señalados en la Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos.

Las funciones del defensor de la niñez y adolescencia, se encuentran delimitadas en el Artículo 92 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y, para su implementación y organización el Procurador de los Derechos Humanos, deberá de adoptar las medidas que sean necesarias, dictando los reglamentos y disposiciones internas que sean necesarios, según lo señalan los Artículos seis y 93 de las disposiciones transitorias de dicha Ley.

Organismos de protección de la ley: además de las organizaciones existentes en materia de protección de la niñez y adolescencia, dicha Ley crea o fortalece las siguientes, entre las cuales se puede mencionar:

- a) La unidad de protección a la adolescencia trabajadora: del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, que tendrá a su cargo la ejecución de los proyectos y programas que dicho ministerio establezca y, trabajará en coordinación con la Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia y la Inspección General de Trabajo.

Estará a cargo de esta unidad, el control e inspección del trabajo de los adolescentes, mayores de catorce años de edad, debe velar porque éste sea equitativamente remunerado y realizado en condiciones adecuadas para su edad, capacidad, estado físico, desarrollo intelectual y que sea acorde con sus valores morales, culturales y que no interfiera en su educación.

El trabajo de los niños y las niñas menores de 14 años de edad, está prohibido, tal y como lo señala la propia Constitución de la República de Guatemala en el Artículo 102 numeral 1; en donde establece que los menores de catorce años no podrán ser ocupados e ninguna clase de trabajo y para los adolescentes mayores de catorce años se prohíbe:

- El trabajo en lugares insalubres y peligrosos, según la determinación que debe hacer el reglamento de trabajo y la Inspección General de Trabajo, según los estándares internacionales;
- El trabajo nocturno y la jornada extraordinaria.
- El trabajo diurno en cantinas u otros establecimientos análogos en que se expendan bebidas alcohólicas destinadas al consumo inmediato.

- b) La unidad especializada de la niñez y la adolescencia de la Policía Nacional Civil: la cual tiene como objetivo la capacitación y asesoría de todos los miembros de esa institución en materia de los derechos y deberes de la niñez. La unidad desarrollará sus programas de conformidad con los principios señalados en el Artículo 97 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en donde especifica que la unidad especializada fue institucionalizada por Acuerdo Gubernativo número 662-05 como una división de atención a la niñez y adolescencia DIANA, dependiendo de la sub-dirección general de prevención del delito.
- c) Las juntas municipales de protección de la niñez y adolescencia: fueron creadas por acuerdo del Procurador de los Derechos Humanos en 1998 y, tienen por objetivo la promoción de los derechos humanos de la niñez a nivel local. Son integradas por vecinos honorables del municipio, que desempeñan su cargo de forma ad honorem, son apoyadas por la municipalidad y actualmente funcionan en más de 90 municipios del país, se pretende implementarlas en toda Guatemala. Estas juntas pueden servir de apoyo al juez de paz, tanto para la detección de casos de amenazas o violaciones a los derechos humanos de la niñez, como para el seguimiento de las medidas de protección que el juez adopte. Asimismo, pueden ser útiles para la coordinación e implementación de las sanciones que el juez de paz debe adoptar en los casos de adolescentes en conflicto con la ley penal, como la sanción de servicios comunitarios.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, no establece su creación, pues ya fueron creadas por la procuraduría de los derechos humanos; sin embargo, les otorga participación para poder denunciar y solicitar medidas de protección, cuando tengan conocimiento de amenazas o violaciones a los derechos humanos de la niñez y adolescencia; todo esto al establecer, en el Artículo 104, literal c) que conocer y resolver de los casos remitidos por las juntas municipales de protección integral de la niñez y adolescencia

.

Organización judicial: la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece, una nueva organización en materia de administración de justicia de la niñez y adolescencia, para proteger, a los que sufren de amenazas o violaciones en sus derechos humanos, y; para los casos de adolescentes en conflicto con la ley penal.

Un principio básico de dicha ley, es la puesta en práctica de una justicia especializada, integrada por personal altamente calificado y entrenado en el adecuado abordaje de conflictos sociales en donde se involucre a un niño o una niña.

La nueva organización judicial se caracteriza por la creación de juzgados de primera instancia de protección de la niñez y adolescencia, así como de adolescentes en conflictos con la ley penal, el juzgado de control de ejecución de las sanciones y la sala de la niñez y adolescencia, además se extiende la competencia a los actuales juzgados de paz y a la propia Corte Suprema de Justicia.

La jurisdicción de los tribunales de la niñez y adolescencia será especializada y tendrá la organización que establece la Ley del Organismo Judicial, su personal contará mínimo con un psicólogo, un trabajador social y un pedagogo, además podrá auxiliarse de los especialistas de las instituciones de asistencia social y de otras instituciones públicas o privadas. Su personal deberá tener una formación especializada en derecho, sociología, psicología, criminología y en ciencias del comportamiento.

Con el objeto de ejecutar la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, la Corte Suprema de Justicia aprobó, el 30 de julio de dos mil tres, los acuerdos 29-2003, 30-2003 y 31-2003, por medio de los cuales transforma los antiguos juzgados de primera instancia de menores de todo el país, en los nuevos juzgados de la niñez y adolescencia y de adolescentes en conflicto con la ley penal, competencia material mixta para conocer los casos de niñez y adolescencia que sufre de amenazas o violaciones a sus derechos humanos, así como los casos de los adolescentes de quienes se alegue han infringido la ley penal.

En la ciudad capital de Guatemala, se transformaron los juzgados segundo y cuarto de instancia de menores, en juzgado primero y segundo de la niñez y adolescencia respectivamente, con competencia material exclusiva para protección; y, los juzgados primero y tercero de primera instancia de menores, en juzgados primero y segundo de adolescentes en conflicto con la ley penal, respectivamente, con competencia exclusiva para conocer los casos de adolescentes en conflicto con la ley penal.

Todos los juzgados tendrán la competencia territorial señalada en los acuerdos 25-98, 30-98 y 21-2001, con excepción del juzgado de la niñez y adolescencia, y de adolescentes en conflicto con la ley penal del municipio de Mixco, del departamento de Guatemala, que además de ese municipio ejercerá su competencia territorial en las zonas 11 y 19 de la ciudad de Guatemala.

Asimismo, se crean el juzgado de control de ejecución de medidas para adolescentes en conflicto con la ley penal y la sala de la Corte de Apelaciones de la niñez y adolescencia, ambos con sede en la ciudad de Guatemala, con competencia en todo el territorio nacional y con la competencia material señalada en la ley de protección integral de la niñez y la adolescencia.

2.1. Protección de los derechos y garantías de la niñez y la adolescencia

Protección judicial de los derechos y garantías de la niñez: la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece, una serie de mecanismos para proteger los derechos de la niñez, tanto individuales como sociales, los primero a través de una serie de prohibiciones y deberes para con la niñez y adolescencia y, los segundos, por medio de la formulación, ejecución y control de política públicas.

La protección judicial de los derechos de la niñez se ha venido realizando por medio de la normativa vigente, inicialmente únicamente con los delitos establecidos en el Código Penal, y con las medidas de seguridad contempladas en el Código.

2.2. El proceso penal de adolescentes: un proceso penal específico y especial

El proceso penal de adolescentes se diferencia del de adultos, en virtud que el primero, no solamente tiene por objetivo el castigo del responsable, sino, principalmente, educar al adolescente sobre los valores de la responsabilidad, la justicia y la libertad. Se puede decir que el procedimiento penal de adolescentes, persigue por si mismo, un fin educativo, por ello prevalece el interés del adolescente, sobre el interés social del castigo.

En este proceso se pone más énfasis en la prevención especial que en la general, no se busca un castigo ejemplar, sino una sanción que genere, en el adolescente, un sentimiento de responsabilidad por sus propios actos y un sentimiento de respeto por el derecho de terceros.

Para reforzar la orientación educativa, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en lo relativo a las circunstancias personales y necesidades específicas de adolescentes, rechaza expresamente otros fines del sistema sancionador que están presentes en el derecho penal de adultos.

Se renuncia así a la finalidad retributiva, esto es, a que la sanción sea proporcional a la gravedad del hecho, y la finalidad ejemplarizante o de intimidación de los destinatarios de la norma. Sin que ello implique que la sanción pueda ser desproporcionada al hecho realizado. Otra consecuencia de la relevancia del interés del adolescente y de la

vocación pedagógica de la Ley, consiste en la incorporación del principio de intervención mínima, que supone salidas procesales diversas a la sanción penal o la renuncia a ésta; siempre que el fin educativo, pueda alcanzarse por otras vías, particularmente por medio de la reparación del daño causado o la conciliación entre el infractor y el ofendido.

La diferencia normativa entre el proceso penal de adultos y el proceso penal de adolescentes es producto de una exigencia constitucional, pues la Constitución Política de la República, en los Artículos 20 y 51, establece: el tratamiento jurídico que el estado debe ofrecer a las personas menores de edad que transgreden la ley penal se debe orientar hacia su educación y socialización integral y no hacia el castigo. Artículos que son complementados con el Artículo 40 de la Convención Sobre Derechos del Niño, que, en su primer párrafo, indica: los estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y valor, que fortalezca el respecto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

El Derecho Procesal Penal de Adolescentes, tiene un fin agregado al fin común de todo proceso penal, además de basarse en un sistema de persecución penal pública, con sus excepciones en los casos de los delitos de acción privada y de acción pública

condicionada y; de pretender la averiguación de la verdad, el proceso penal de adolescentes pretende, por sí mismo, ser un instrumento formativo y educativo para los adolescentes. Esta pretensión agregada, se justifica por la condición social y política del sujeto activo del delito. El adolescente es una persona que se encuentra en pleno proceso de desarrollo y formación de su personalidad, en él confluyen diversas expectativas e intereses, se inicia la construcción de una experiencia de vida, encontramos a una persona distinta al joven y al adulto, forma parte de un grupo socialmente diferenciado.

El mundo del adolescente: antes de analizar el proceso penal de adolescentes es necesario indagar las características de estas personas, sus expectativas, su visión sobre su comunidad, se sociedad, sus autoridades, su familia, sus amigos, sus padres, etc. En síntesis cómo valora sus actos.

“Para poder obtener información subjetiva y objetiva sobre nuestro objeto de estudio, es necesario acudir a las ciencias no jurídicas, pues son éstas las únicas que pueden proporcionar una información científicamente válida; producto de un consenso intersubjetivo”.⁷ Esta información, basada en el conocimiento empírico, que aportan las ciencias sicológicas y psicológicas, sobre el desarrollo de la adolescencia, nos proporcionará un límite y una orientación para la aplicación cotidiana del Derecho Penal de los adolescentes.

⁷Zúñiga Rodríguez. **Ob.cit.** Pág. 29.

Desde las ciencias psicológicas los autores Inhelder y Piaget, han establecido diferencias sustanciales en las etapas de la niñez y adolescencia, para explicar el cambio o transición del pensamiento concreto del niño al pensamiento formal del adolescente. Es decir, explican la forma en que se elabora la lógica de las proposiciones de los adolescentes, que el niño del nivel concreto es incapaz de realizar. La adolescencia se caracteriza por ser la etapa de la inserción del individuo en la sociedad, y no por la pubertad, esta inserción varía considerablemente, de una sociedad a otra, e incluso, en los diversos medios sociales.

“Se puede afirmar que el desarrollo de las estructuras formales de la adolescencia se encuentra conectado con el de las estructuras cerebrales, su constitución depende, del medio social. Por lo tanto, el advenimiento del pensamiento formal como la edad del adolescente, en general, sigue dependiendo de los factores sociales, más que de los factores neurológicos”.⁸

“Entonces, debemos afirmar que la adolescencia es un concepto cultural, relativo a las funciones de cada sociedad y no estrictamente delimitado por indicadores biológicos. El inicio de la adolescencia se marca con el hecho físico de la pubertad, pero su desarrollo se caracteriza, sobre todo, por cambios de índoles psicológico y social. La adolescencia es un fenómeno marcado por la cultura y la historia y el momento en que termina es difícil de determinar, ya que depende de factores sociales.”⁹

⁸ Barbel Inhelder/Jean Piaget. **De la lógica del niño a la lógica del adolescente**. Pág. 281

⁹ Sánchez García. **Minoría de edad penal y derecho penal juvenil**. Pág. 141.

En este sentido, toda decisión político criminal que se adopte en relación con la responsabilidad penal del adolescente debe tener en cuenta y ser coherente con los factores sociales reales, que en un espacio geográfico y en un período histórico determinado, existen para facilitar la inserción del adolescente en la sociedad adulta. Además, se debe tomar en cuenta, las facilidades que el estado brinda para esta transición.

“Para comprender la adolescencia como un grupo social, diferenciado; es necesario saber, qué significa concretamente la inserción del adolescente en la sociedad. Para Inehlder y Piaget, responden a esta interrogante con tres afirmaciones:

- a) El adolescente es un individuo que comienza a considerarse como un igual ante el adulto y empieza a juzgarlo en un plano de igualdad y entera reciprocidad;
- b) El adolescente empieza a pensar en su futuro, y desea, si es posible, acompañar sus actividades actuales con un programa de vida para sus actividades posteriores.
- c) El adolescente empieza a introducirse en el trabajo actual o futuro en la sociedad, de los adultos y, en ese contexto, se propone también, en la práctica misma, reformar a esta sociedad en alguno de sus dominios restringidos o en su

totalidad; en efecto la inserción de un adolescente en la sociedad del adulto, no podría producirse sin conflictos.”¹⁰

Ahora bien, para lograr realizar los significados de la inserción en el mundo adulto, el adolescente hace uso de instrumentos intelectuales y afectivos, que le facilitan este proceso. Los instrumentos intelectuales son, aquellos que le permiten, a diferencia de los niños, construir sistemas o teorías sobre la vida, y esto se logra únicamente a través de la reflexión de su experiencia de vida. El adolescente reflexiona sobre su pensamiento y construye teorías que le permiten su inserción moral e intelectual dentro de la sociedad de los adultos, además de formarse un programa de vida y plantearse proyectos de reforma. En particular, las teorías y sistemas, le son indispensables para asimilar la ideología que caracteriza a la sociedad, es decir, para asimilar la estructura normativa a la cual aspira el grupo social.

2.3. Sujetos procesales y competencia

Una vez, determinados, algunos aspectos sobre la vida y experiencia del adolescente, se analizaron los sujetos procesales del proceso penal de adolescentes. El adolescente, es el principal sujeto procesal, esta calidad inicia desde el momento en que se le atribuye la comisión o participación en un hecho delictivo. Esa calidad le otorga la facultad, entre otras, de ejercer su derecho de defensa, material y técnica, y a que se le presuma inocente hasta que no se establezca su responsabilidad en una

¹⁰ Barbel Inhelder/Jean Piaget. **Ob. Cit.** Pág. 287.

sentencia firme. Además, el adolescente, tiene derecho a que el hecho que se le atribuye sea investigado por un órgano objetivo y a ser juzgado por un órgano imparcial y especializado que velará por sus intereses, dentro de un plazo razonable, y a ser asesorado por un abogado de su confianza, y si no tiene los medios para pagarlo, el estado debe de proporcionarlo de forma gratuita. Además, tiene el derecho a que en todo momento, el proceso y las medidas de coerción y/o sanciones que se adopten en su contra, sean orientadas por un interés superior, en el sentido de que siempre tendrá el objetivo de buscar su reinserción social y familiar.

El adolescente acusado podrá presentarse ante el fiscal o el juez de adolescentes de forma voluntaria o por citación de éstos, en este último caso deberá indicársele el motivo de la citación, así como, la condición en que está siendo citado. Si el adolescente no comparece voluntariamente o injustificadamente a la citación judicial, el juez podrá dictar su rebeldía y, en auto razonado, ordenar su presentación bajo apercibimiento de que él no se presenta sin justa y legal causa, se ordenará su conducción por la fuerza pública. En los casos en que el juez ordene la conducción, ésta debe realizarse de acuerdo con los principios básicos y especiales de la ley, es decir, la conducción se realizará de tal manera que no perjudique la imagen del adolescente y ni su familia.

Los representantes legales del adolescente podrán intervenir, en el procedimiento, ya sea coadyuvando con el trabajo de la defensa, comunicándoles y facilitando la labor del abogado defensor o como testigos calificados, colaborando en la elaboración de

estudios psicológicos y sociales que el juez ordene. También podrán participar como testigos del hecho investigado.

El particular ofendido: una situación actual, del sistema penal de adolescentes, en comparación con el sistema tutelar, es que permite la participación activa, del ofendido en el procedimiento penal. Incluso lo facultan, siempre que sea parte del proceso, para que pueda impugnar de forma independiente la resolución que le pone fin al procedimiento, con el recurso de apelación. También, puede reclamar en el mismo proceso penal, la reparación privada por los daños y perjuicios que el hecho delictivo generó.

El ofendido o agraviado podrá participar libremente en el proceso penal de adolescentes, principalmente en los casos que son conocidos y resueltos por los jueces y las juezas de paz, ya sea provocando la persecución penal especial o adhiriéndose a la ya iniciada por el fiscal de adolescentes. Se entenderá por ofendido o agraviado, según lo establece el Código Procesal Penal, a:

- a) La propia víctima afectada por la comisión del delito.
- b) Al cónyuge, a los padres y a los hijos de la víctima y a la persona que conviva con ella en el momento de cometerse el delito.

- c) A los representantes legales de una sociedad por los delitos cometidos en su contra.
- d) A las asociaciones en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses.

En los casos de los delitos graves, que conoce el Juez de Primera Instancia de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, el ofendido podrá adherirse a la persecución penal antes de que el fiscal de adolescentes solicite el sobreseimiento o la apertura a juicio del caso. Además, podrá coadyuvar en la investigación de los hechos, y solicitar la práctica de diligencias al fiscal de forma verbal o a través de escritos simples. Si el ofendido no está de acuerdo con la decisión del fiscal podrá acudir al juez de adolescentes, quien en audiencia oral y reservada conocerá los hechos y razones, y resolverá inmediatamente siempre con base en el interés superior del adolescente. Incluso, el juez de adolescentes, podrá solicitar al fiscal general el cambio de fiscal en el proceso.

En los casos de delitos de acción privada y de acción pública a instancia de parte, el ofendido podrá denunciar el hecho ante el juez o el Ministerio Público, quien, si fuere necesario, remitirá el caso al fiscal de adolescentes para el inicio de la investigación que corresponda.

En relación con la responsabilidad civil, por los daños y perjuicios que el delito provocó, establece el Artículo 78 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia: la acción civil, podrá ser iniciada y resuelta en el procedimiento de adolescentes en conflicto con la ley penal, conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Penal. En consecuencia la decisión queda en el ofendido, pues será él, quien disponga si ejerce la acción civil, junto con la penal o, si la ejerce independientemente en un juzgado de orden civil. Ahora bien, si ejercita la acción civil junto con la penal, puede desistir de ella únicamente hasta el inicio del debate, pues si desiste o la abandona con posterioridad al debate, se tendrá legalmente por renunciado su derecho de resarcimiento.

Se entiende por responsabilidad civil, en el ámbito penal: “aquel conjunto de obligaciones de naturaleza civil, exigibles a las personas responsables penalmente del delito o falta generador del daño y perjuicio que vienen a repasar o, por insolvencia de éstas o su intervención lucrativa en los efectos del hecho delictivo, a otras ajenas a su comisión señaladas en la ley penal.”¹¹

Según establece el Código Civil, en los Artículos 1660 a 1662, los adolescentes mayores de 15 años responderán con sus propios bienes, y si fueren insolventes, responderán subsidiariamente quienes los tengan bajo su guarda legal, salvo que demuestren que no incurrieron en descuido o negligencia en la vigilancia del adolescente.

¹¹ Cantarero. **La responsabilidad civil y el menor inimputable, en un derecho penal del menor.** Pág. 73.

La responsabilidad civil comprende: la restitución de la cosa dañada, que consiste en que se obligue al adolescente a devolver, al dueño, la cosa y objeto del que quedó privado como consecuencia de la realización del hecho punible, si no es posible entregar el objeto se procederá a entregar su valor económico, es decir, se procede en la vía de la reparación. La reparación del daño material y moral; debe valorarse a partir de elementos puramente normativos, pues difícilmente es observable a simple vista, para su cuantificación, deben tomarse en cuenta los daños psicológicos y sociales que el hecho ilícito generó a la víctima. Por último, la indemnización de perjuicios, que consiste en el pago de las ganancias o intereses dejados de percibir como consecuencia del hecho delictivo, para ésta se exige como presupuesto un nexo causal entre el delito y el perjuicio. Se cuantificará conforme a lo establecido en el Código Civil y el Código Penal. Por ejemplo, en el caso de lesiones corporales, la víctima tiene derecho al reembolso de los gastos de curación y al pago de los daños y perjuicios que le provoca su incapacidad, como el no poder trabajar o estudiar.

Para el ejercicio de la acción civil, el ofendido debe constituirse en actor civil, antes que el fiscal solicite el auto de apertura a juicio o el sobreseimiento, en el memorial que se presente debe demandar no sólo al adolescente, sino también a sus representantes legales, solicitando que éstos sean citados como terceros civilmente demandados. El ofendido, en su calidad de actor civil, en la audiencia del procedimiento intermedio, debe concretar detalladamente los daños emergentes del delito, cuya reparación pretende indicar el importe de la indemnización o la forma de restablecerla, en caso contrario, se tendrá por desestimada su acción. Debe resaltarse que, por la naturaleza

de la formalidad mínima del proceso penal de adolescentes, basta con la declaración del ofendido ante el juez competente para que sea aceptado como actor civil.

Cuando el ofendido titular de la acción civil, es una persona menor de edad, o un incapaz que carezca de representación legal, el fiscal de adolescentes se encargará del seguimiento de la acción civil, como corresponde durante el desarrollo de todo el proceso. En todo caso el fiscal de adolescentes procurará informar al ofendido de sus derechos, tal y como lo establece el Artículo 538 del Código Procesal Penal.

La Fiscalía de Adolescentes del Ministerio Público: El nuevo modelo de administrar justicia penal de adolescentes, adopta el sistema procesal penal acusatorio, deja atrás el modelo inquisitivo que imperó en Guatemala, desde la creación del primer tribunal de menores en el año de 1937, hasta la entrada en vigencia de la actual Constitución Política de la República y la aprobación y ratificación de la Convención Sobre Derechos del Niño. Ya desde el año de 1986, se plantearon algunas dudas sobre la constitucionalidad del proceso penal inquisitivo de adultos, que finalizó con la reforma procesal penal del año de 1992.

En cuanto el derecho tutelar de menores y su constitucionalidad procesal, no es sino hasta con la ratificación de la Convención Sobre Derechos del Niño, en el año de 1990, que se pone en duda. En los primeros años de los noventa, empiezan a surgir algunas investigaciones, que plantean la necesidad de modificar la legislación de menores del

país por no ser coherente con el sistema de principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Política de la República de 1985.

El derogado Código de Menores, no contemplaba la intervención del fiscal de menores, sin embargo, con la reforma constitucional de 1993, que le otorga al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, se motiva una reforma en materia procesal penal que tendrá sus repercusiones en la administración de justicia de menores. Ya en el nuevo Código Procesal Penal, aprobado el 28 de septiembre de 1992, se establece que el procedimiento penal para las personas menores de edad, que transgredan la ley penal, se desarrollará conforme un procedimiento específico, además se establece que las reglas del nuevo Código Procesal Penal, regirán aún para las leyes o normas especiales que prevean procedimientos autónomos para su realización, las que se entenderán derogadas cuando sean contradictorias con éste.

En este contexto, la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, establece una nueva organización para esa institución orientada a promover la persecución penal y dirigir la investigación de los delitos de acción pública y, dirigir la investigación de los delitos de acción pública y, además, velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. En esa línea, para cumplir con las funciones del Ministerio Público, se crean las fiscalías de sección y dentro de ellas se crea la fiscalía de menores o de la niñez, hoy fiscalía de adolescentes en conflicto con la ley penal, que tiene a su cargo la intervención que le confiere al Ministerio Público el

procedimiento de menores y se integra además, de sus agentes y auxiliares fiscales por un gabinete interdisciplinario que le asesora.

Creada la fiscalía de adolescentes en conflicto con la ley penal, ésta empieza a intervenir en los procesos de los adolescentes transgresores de la ley penal, aún cuando su participación no estaba contemplada en el derogado Código de Menores. En ese mismo sentido, y en cumplimiento de la Constitución Política de la República y de la Convención sobre Derechos del Niño, el Instituto de la Defensa Pública Penal, crea una sección específica para la defensa de las personas menores de edad, de quienes se alega han transgredido la ley penal y, por su parte, en 1998, el Organismo Judicial crea 7 juzgados de primera instancia de la niñez y adolescencia, regionales.

Ante la falta de una normativa adecuada a la Constitución y la Convención, los jueces, fiscales y defensores se ponen de acuerdo y establecen una uniformidad de criterios para el procedimiento penal de adolescentes, en la que se llega al consenso de respetar los derechos y garantías constitucionales de los adolescentes y cumplir con las funciones que la Constitución Política de la República establece para cada operador, aún cuando estas no se encontraban desarrolladas por una norma ordinaria.

La uniformidad de criterios, promovida por este proyecto, constituyó en su tiempo un gran avance en materia de administración de justicia en general, pues es la primera vez que los distintos sectores de la administración de justicia del país, logran un consenso

de operatividad del sistema utilizando como único fundamento, las normas constitucionales contenidas en la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Por este motivo, la implementación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, por lo menos en relación con el proceso penal de adolescentes, presenta pocos problemas, pues los esfuerzos deben orientarse más a fortalecer las instituciones ya creadas y a promover nuevos consensos que faciliten la operatividad del nuevo sistema penal de adolescentes.

La nueva Ley, asigna funciones específicas a la fiscalía de adolescentes en conflicto con la ley penal creada en 1994; funciones que no se limitan a la promoción de la persecución penal de los delitos de acción pública, sino que van más allá. En primer lugar, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, recoge la moderna doctrina que favorece la participación de la víctima en el proceso penal de adolescentes y en ese sentido, establece, como función exclusiva de la fiscalía de adolescentes, brindar la orientación legal y psicológica cuando sea necesario, a la víctima del delito, también regula la obligación del fiscal de mantener una comunicación constante y directa con el ofendido, notificándole todas las diligencias que se realicen; en segundo lugar, la dicha ley también establece, la obligación del fiscal de adolescentes de actuar con objetividad persiguiendo un objetivo agregado del proceso penal de adolescentes, que consiste en favorecer su reinserción familiar y social. Así, el fiscal de adolescentes, debe procurar, para que con su actuación se favorezca esa reinserción, pues ésta es uno de los objetivos principales del proceso penal.

Por otra parte, es importante resaltar que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, al recoger la doctrina de la protección integral de la Convención Sobre los Derechos del Niño, al favorecer una pronta resolución del caso, establece como una función del fiscal de adolescentes su presencia en la primera declaración del adolescente, con el objetivo de pronunciarse sobre su situación jurídica procesal. Esta función es una garantía para el adolescente, pues, con la presencia del fiscal en la primera declaración, el adolescente tendrá asegurada una pronta y objetiva resolución de su caso, dado que incluso en ese momento, el fiscal puede promover la aplicación de una forma anticipada de terminar el proceso, como la conciliación, remisión o el criterio de oportunidad y, además, pronunciarse sobre el mérito del caso.

Con el objeto de coadyuvar el trabajo de investigación del fiscal de adolescentes, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el Artículo 170 establece: “la Policía Nacional Civil, se encargará de auxiliar al Ministerio Público en el descubrimiento y la verificación científica de las transgresiones a la ley penal y de sus presuntos responsables. Para el efecto actuará respetando los principios, derechos y garantías especiales que la denominada ley establece, prohíbe de forma expresa, el uso de medidas o actos denigrantes o humillantes, así como, el tipo de interrogatorio del adolescente durante la aprehensión, detención e investigación del caso.”

El fiscal de adolescentes, está a cargo del procedimiento preparatorio, una vez interpuesta la denuncia, debe iniciar la investigación, con el objeto de determinar la existencia del hecho delictivo, la autoría o participación del adolescente y la verificación

de los daños causados. Las primeras diligencias que el fiscal debe realizar, se orientarán, entre otras:

- a) Comprobar la edad del adolescente;
- b) Informar de la denuncia al adolescente, a sus padres, representantes legales o responsables y al juez;
- c) Practicar, a través de su equipo interdisciplinario o los profesionales que puedan auxiliarle, los estudios que el caso amerite.

El fiscal de adolescentes, actuará oficiosamente en el caso de denuncias, conocimiento de oficio o certificaciones de lo conducente de los delitos de acción pública que se atribuyan a un adolescente, en los casos de los delitos de acción pública a instancia de parte, actuará sólo cuando el ofendido presente la denuncia correspondiente.

La defensa del adolescente: la defensa técnica del adolescente, deberá ser asumida por el abogado, que él designe o que el estado le asigne, por carecer de recursos económicos para pagar uno particular. La única forma de asegurar un proceso contradictorio es con la presencia de la defensa técnica, ésta debe actuar de una forma eficaz porque cuando se trata de los adolescentes, su defensa material, presenta serias deficiencias, dado que el adolescente por su edad no tiene la experiencia y

conocimiento que le permitan enfrentar adecuadamente una investigación penal e su contra.

El ejercicio de la defensa material por parte del adolescente, presenta serios riesgos de no ser asumida, pues éste, por su falta de experiencia y por temores propios de la edad, difícilmente comprenderá el derecho que tiene al no declarar contra sí mismo, además de las dificultades que se le presentarán para comprender la intimación o comunicación del hecho y los efectos jurídicos de su caso.

Por lo expuesto anteriormente, la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, establece, como garantía de este derecho, la obligación del juez y demás operadores que intervienen en el proceso penal de adolescentes, de informarles sobre los derechos que tienen de forma clara y precisa de acuerdo con su edad y madurez, debe incluirse la información relativa al ejercicio de su derecho de defensa en cuanto a las decisiones que se den en su contra, informarle debidamente de la forma y plazo para impugnarlas y oponerse a ellas. Por otra parte en el Artículo 155 establece: “el derecho del adolescente de presentar las pruebas y los argumentos necesarios para su defensa y de rebatir lo que sea contrario, también se regula que, en ningún caso, podrá ser juzgado en su ausencia.”

La participación del abogado defensor debe realizarse desde el inicio de la investigación del caso, éste deberá sostener una comunicación constante y fluida con la familia del adolescente, si fuere conveniente, para fortalecer la defensa material. Su

actuación deberá guiarse por la protección de los intereses del adolescente y sus funciones deben de responder a las establecidas en el Artículo 167 de la Ley y, en el caso de los defensores públicos, por las reguladas en la Ley Orgánica del Instituto de la Defensa Pública Penal. En consecuencia, la defensa técnica, no se limitará asesorar, al adolescente, sino que, ejercerá sus funciones, incluso de forma autónoma sin depender de la voluntad del adolescente, pues su actividad responde a un interés parcial, la defensa del adolescente.

2.4. Principios fundamentales

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, regula un nuevo modelo de administración de justicia penal de los adolescentes, que puede ser calificado como garantista y mínimo, en virtud de que establece una serie de garantías previas y mínimas para poder llegar a la sanción y otra salida alterna al proceso que logre el objetivo de reinserción familiar y social del adolescente. Estas garantías mínimas, no son nuevas, sino que son el producto de la historia de humanización del ejercicio del poder punitivo, sobre la personas, menores de edad, que pueden presentarse, según la propuesta de Ferrajoli, como un modelo de axiomas o valores interrelacionados que vienen a sintetizar la necesidad de la existencia de una ley orientada a la protección y educación de la sociedad, la víctima y, principalmente, del propio adolescente transgresor, dentro de una sociedad que pretende convivir en orden, paz y serenidad, con base en el respeto de las diferencias reales de sus miembros.

No hay atención especial e integral	sin derecho de igualdad
No hay derecho a la igualdad	sin ley específica
No hay ley específica	sin necesidad
No hay necesidad	sin lesividad
No hay acción	sin culpa
No hay culpa	sin juicio
No hay juicio	sin acusación
No hay acusación	sin prueba
No hay prueba	sin defensa
No hay defensa	sin contradictorio
No hay contradictorio	sin intermediación
No hay intermediación	sin oralidad

Todas estas garantías deben desarrollarse en el proceso penal de adolescentes en el marco de los principios de reserva y confidencialidad, y deben interpretarse, como se ha dicho en atención primordial del interés superior del adolescente, el cual prevalece sobre cualquier otro interés. Deben tenerse en cuenta como señalan las reglas de Beijing, de las Naciones Unidas, dos de los objetivos más importantes del proceso penal de adolescente: fomentar su bienestar a través de la aplicación del principio de proporcionalidad extensiva, es decir, que incluye no sólo la gravedad del hecho realizado, sino las circunstancias personales, familiares, y sociales del adolescente.

Este modelo es recogido por la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en los Artículos del 142 al 159, que aseguran la aplicación de las garantías básicas que toda persona sujeta a un proceso penal posee y las especiales del adolescente transgresor de la ley penal, tal es el caso del principio de justicia especializada, que exige que el proceso esta a cargo de órganos especializados en materia de derechos humanos de la niñez y que el adolescente el derecho de recibir atención y orientación por un equipo profesional interdisciplinario.

Otro principio especial es el de lesividad, es un nuevo principio en el sistema jurídico guatemalteco y consiste en que ningún adolescente podrá ser sometido a medida alguna establecida en la Ley, hasta que se compruebe que su conducta efectivamente dañó o puso en peligro concreto un bien jurídico tutelado. Es decir, para el caso de los adolescentes, no es suficiente con la realización de la figura típica sino que se requiere la comprobación del daño del bien jurídico. Para ellos no procedería la aplicación de ninguna medida en los casos de los delitos de peligro abstracto. El principio de lesividad, recoge la doctrina de la antijuricidad material, de un hecho, o cuando se realiza un hecho que aunque coincida con el tipo penal, no implica una afectación del bien jurídico, porque la conducta del adolescente no fue lo suficientemente peligrosa como para poner en un riesgo concreto al bien jurídico protegido.

Se establece, también, como un derecho especial, el de abstenerse de declarar. Ningún adolescente está obligado a declarar, ni a declarar contra sí mismos, ni contra su cónyuge o parientes dentro de los grados que la ley establece.

Un principio especial que desarrolla la Ley de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia, a partir de la normativa de la Convención Sobre Derechos del Niño, es el de confidencialidad, los adolescentes, tienen el derecho a que se les respete su vida privada, su identidad y su imagen. En consecuencia, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, prohíbe la divulgación de cualquier información que pueda revelar la identidad de un adolescente sujeto a proceso o sancionado.

2.5. Medidas de coerción

Las medidas de coerción implican una coacción legal sobre la persona para que haga o deje de hacer, se basan en ley y se caracterizan por limitar algún derecho fundamental de las personas de forma temporal, como la libre locomoción o, incluso, la libertad individual. Limitan el ejercicio de un derecho fundamental, su imposición, sostenimiento y/o revocación, se encuentran seriamente reguladas por la Ley. Para evitar su aplicación arbitraria, por los graves perjuicios que ocasionan, la ley ordinaria desarrolla los presupuestos constitucional es de su aplicación y, en todo caso, exige su autorización judicial.

Fines: como señala el autor Maier, “la coerción representa el uso de la fuerza para limitar o disminuir las libertades o facultades que tienen las personas dentro de un orden jurídico, con el objeto de alcanzar un fin determinado”.¹²

¹² Maier Julio. **Fundamentos constitucionales del proceso penal**. Pág. 275.

No puede existir coerción sin un fin legítimo y determinado, pues eso se traduciría en la comisión de un hecho delictivo, o sea coacción. Por esto toda coerción legítima conlleva un fin procesal que está determinado en la Ley. Por lo tanto; la coerción procesal es aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el orden jurídico, cuya finalidad, sin embargo, no reside en la reacción del derecho frente a la infracción de una norma de deber, sino en el resguardo de los fines que persigue el mismo procedimiento.

Este fin procesal puede ser general o específico; en virtud de que debe quedar establecido de que se está tratando de un fin procesal y no de uno material. Por ello, la medida de coerción no puede en ningún caso y bajo cualquier circunstancia someterse al imperio de los fines del uso de la fuerza pública, sino que solamente puede actuar dentro del marco de los fines específicos y generales del proceso penal. El fin general consiste en asegurar que se cumplan con los objetivos que señala la Ley para el proceso penal de adolescentes, que según el Artículo 171 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, consisten en:

- a) Establecer la existencia de una transgresión a la ley penal.
- b) Determinar quien es su autor o partícipe.
- c) Ordenar la aplicación de las sanciones que correspondan.
- d) Buscar la reinserción del adolescente en su familia y en la sociedad.

El fin específico, consiste en asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales, por ello, el Artículo 179 de la Ley del Organismo Judicial, establece que las medidas coercitivas serán impuestas por los tribunales para que sean obedecidas con sus resoluciones, a las personas que han rehusado cumplirlas en los plazos correspondientes, a excepción del apercibimiento que se impondrá desde la primera resolución que establezca el mandato del juez. Es ese sentido, la naturaleza jurídica de las medidas de coerción es eminentemente procesal.

Las medidas de coerción pueden ser fijadas por el juez y, en algunos casos, establecidas en la Ley, por el fiscal de adolescentes. Para el cumplimiento de las medidas de coerción el juez está facultado para conminar a cualquier persona o institución pública o privada, según lo establece el Artículo 181 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Clases: existen diversas clases de medidas de coerción, las que pueden dividirse según el fin que tengan señalado, en específicas y generales del proceso penal de adolescentes; y, según el sujeto u objeto sobre que recaen, las que pueden ser: personales o patrimoniales.

2.6. Medidas de coerción con fines específicos

Las medidas de coerción con fines específicos, pueden ser:

- a) Citación
- b) Conducción
- c) Retención
- d) Aprehensión y la detención

Citación: tiene por objetivo comunicar, a una persona que debe presentarse ante el juez o fiscal, con el objeto de realizar una diligencia, en un lugar, día y hora determinados.

Para que la citación sea legal y obligatoria es requisito constitucional que en ella se fije el objeto de la diligencia. Debe indicar en qué calidad se cita a la persona, ya sea como testigo, intérprete, perito o sindicado, en este último caso se debe consignar el hecho delictivo que se le atribuye, así como el derecho que tiene de ser asistido por un abogado de su confianza y si carece de medios económicos, el derecho a ser auxiliado por un abogado de oficio, del Instituto de la Defensa Pública Penal.

Según el Artículo 173 del Código Procesal Penal establece: “la citación debe contener:

- a) El tribunal o funcionario ante el cual debe comparecer;
- b) El motivo de la citación;
- c) La identificación del procedimiento;
- d) La fecha y hora en que se debe comparecer;
- e) Las advertencias de ley, para el caso de incomparecencia justificada;

- f) En el caso de tratarse de un adolescente sindicado de la comisión de un hecho delictivo, su derecho a ser asistido, en caso de diligencia por un abogado de su confianza o uno de oficio.”

Toda citación, con excepción de la que se hace con el objeto de notificar, puede realizarse bajo apercibimiento de imponer un apremio, que puede consistir en la imposición de una multa, conducción personal o certificación de lo conducente por el delito de desobediencia, tal y como lo estipula el Artículo 178 de la Ley del Organismo Judicial. Para el caso de los adolescentes de quienes se alega han infringido la Ley Penal, el apercibimiento consiste en la declaratoria de rebeldía, que oportunamente implicará una orden de presentación o en su caso de conducción ante autoridad respectiva.

Conducción: la conducción, tiene por objetivo, hacer comparecer, por medio de la fuerza pública, a una persona que ha incumplido con una citación o que no obstante la citación previa, exista el peligro fundado de que se oculte o intente entorpecer por cualquier medio la averiguación de la verdad o que se resista a comparecer, desobedeciendo la orden del tribunal, con el fin de que esté presente en una diligencia por el tiempo que sea necesario.

Retención: es la facultad que tienen los jueces y fiscales para ordenar que las personas que se encuentran presentes en determinada diligencia o lugar de investigación,

permanezcan en el mismo hasta que no se ordene lo contrario. Incluso, podrían ordenar que las personas no se comuniquen entre sí antes de informar de lo sucedido.

La aprehensión y la detención: “La aprehensión consiste en el acto físico de limitar la libertad de locomoción de una persona que se le vincula en la comisión de un hecho delictivo, ya sea por orden judicial o flagrancia. Una vez que la persona ha sido aprehendida surge la figura procesal de la detención, es decir la aprehensión es el acto que crea la situación jurídica y procesal de la detención.”¹³

La detención tiene por objetivos:

- a) Evitar que se siga produciendo un hecho delictivo;
- b) Evitar que se produzcan las consecuencias ulteriores del delito;
- c) Asegurar la prueba y la presentación del adolescente, imputado, probable, responsable de la comisión de un hecho delictivo, ante un juez competente.

Al ser la aprehensión un acto violento, su práctica se encuentra limitada constitucionalmente a dos casos:

- a) El caso de flagrancia: el cual concurre cuando un adolescente es sorprendido en el momento mismo de cometer el delito, o cuando es descubierto instantes después de ejecutado el mismo, con huellas, instrumentos o efecto del delito que

¹³ García Morales. **La detención de los jóvenes en conflicto con la ley penal.** Pág. 34

hagan pensar fundadamente que se acaba de participar en su comisión; tal y como lo establece el Artículo 257 del Código Procesal Penal.

Si no ha sido posible la aprehensión del adolescente en el momento mismo de la comisión del delito, la policía iniciará la persecución inmediata. En este caso únicamente procederá la aprehensión si existe continuidad entre la comisión del hecho y la persecución

La aprehensión podrá ser realizada también por cualquier persona particular. Ésta deberá presentar al adolescente aprehendido ante la Policía Nacional Civil, Ministerio Público o autoridad judicial más próxima. Además, deberá comparecer ante el juez a prestar su declaración sobre el hecho, ya sea en su calidad de ofendido o de testigo del mismo.

- b) En caso de orden judicial: Que concurre cuando un juez de adolescentes en conflicto con la ley penal, a cargo del control de la investigación de un caso, ha girado una orden judicial y por escrito de detención, con base en la solicitud e información que le presentó oportunamente el fiscal de adolescentes.

Para que una orden sea legal, debe de reunir como mínimo, los requisitos siguientes:

- a) Indicación de la autoridad que ordena la detención;
- b) La fecha en que se emite la orden;

- c) La identificación del adolescente;
- d) El motivo de la detención: indicando el delito que se le atribuye al adolescente;
- e) Cita de las disposiciones legales aplicables;
- f) Si es posible indicación del lugar donde el adolescente puede ser encontrado;
- g) Orden de respetar los principio y derechos especiales del adolescente al momento de su detención, principalmente el de respetar su imagen e identidad.

Derechos del detenido: una vez que el adolescente ha sido aprehendido como se mencionó, adquiere la situación jurídico-procesal de detenido y adquiere lo siguientes derechos:

Derecho a ser notificado inmediatamente, en forma verbal y por escrito, de la causa que motivó su detención: Cuando existe orden judicial, deberá indicársele la autoridad que ordenó su detención y deberá, entregársele la orden por escrito. Esta notificación deberá realizarse de una forma adecuada y comprensible para el adolescente.

Derecho de notificación a la persona que el adolescente indique: al adolescente se le deberá, informar que tiene el derecho de que su detención le sea notificada a la persona que él designe, hecho que debe realizarse inmediatamente y por el medio más apropiado y rápido. Como señala el Artículo 7 de la Constitución Política de la República, la autoridad será responsable de la efectividad de dicha notificación.

Derecho a que se preserve su identidad e imagen: el adolescente tiene el derecho a que sus datos de identificación personal e imagen, queden en estricta reserva y privacidad.

Para el caso de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en los Artículos 153 y 154 segundo párrafo, que los datos sobre los hechos cometidos por adolescentes, son confidenciales y que, en todo momento, deberá respetarse su identidad e imagen. Además, se establece que es prohibido divulgar, por cualquier medio, la identidad e imagen del adolescente acusado, procesado o sancionado y la de los miembros de su familia. Se fijan sanciones económicas para los transgresores de esta prohibición.

Derecho a ser presentado inmediatamente ante un juez competente para que se resuelva su situación jurídica: la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en el Artículo 195, establece, que según la reforma que sufrió dicho Artículo, en caso de aprehensión flagrante de un adolescente en conflicto con la ley penal, éste deberá ser puesto a disposición de un juez competente, inmediatamente después de su detención, con el objeto de que éste resuelva su situación jurídica y se pronuncie sobre su situación procesal. Además, la detención deberá ser comunicada simultáneamente al Ministerio Público, el que actuará de conformidad con la ley; ya que se persigue un contacto inicial del fiscal e adolescentes con el caso, en virtud, que al tener, el proceso penal de adolescentes, plazos más cortos que el proceso penal

ordinario, el fiscal debe contar con toda la información lo más pronto posible, es decir, deberá obtenerla personalmente desde el momento de la detención flagrante.

El objetivo de esa comunicación el Ministerio Público, es asegurar que el caso pueda ser resuelto, incluso en la primera declaración del adolescente, dado que es obligación del fiscal estar presente en la primera declaración. El fiscal podrá, desde ese momento, solicitar la aplicación de una forma anticipada de finalización del proceso, tal como la conciliación, la remisión o el criterio de oportunidad, así como, pronunciarse sobre la medida de coerción más adecuada para el caso concreto, según los medios de convicción con que se cuente hasta ese momento.

Lo que la Ley quiere evitar es que el adolescente sea llevado a otro lugar que no sea ante el juez. Por esto, en el mismo Artículo, se establece que, en ningún caso, el adolescente detenido puede ser llevado a cuerpo, cuartel, estación de policía o, centro de detención para adultos. Quien traslade o detenga a un adolescente en un lugar distinto del señalado, incurrirá en el delito de abuso de autoridad y el juez, bajo su estricta responsabilidad, certificará lo conducente para los efectos de la persecución penal del responsable.

Al prohibirse legalmente el traslado del adolescente, a un lugar distinto que no sea ante el juez, éste no debe ni puede exigir otro requisito para su presentación y primera declaración, como por ejemplo la entrega del informe escrito, o sea, la prevención policial de la detención, o bien la denuncia. El juez, una vez que el fiscal o la policía le

presentan al adolescente, debe proceder a escucharlo, sin mayores requisitos. Cuando se trate de un hecho que no sea de su competencia, deberá conocer a prevención y resolver la situación jurídica del adolescente.

El derecho de presentación ante autoridad judicial competente, implica el derecho a no ser interrogado sobre el hecho por autoridad distinta de un juez, por ello, la policía o el fiscal únicamente podrán solicitar al adolescente información sobre su identidad personal.

Con el objeto de no caer en irregularidades, en la detención de los adolescentes, una vez que la Policía Nacional Civil, ha detenido a un adolescente por delito flagrante u orden judicial, lo comunicará al fiscal de adolescentes, y presentará al adolescente inmediatamente ante el juez competente según el lugar en donde sucedió el hecho y el horario; junto con el adolescente se presentará el agente aprehensor y los medios de convicción que en ese momento se hayan recabado.

Derecho a que su situación jurídica sea resuelta inmediatamente después de su presentación ante la autoridad judicial competente: el adolescente podrá ejercer su derecho de defensa a través de su declaración, el juez deberá escuchar a la persona que realizó la aprehensión y detención, así al fiscal y el defensor y, si fuera posible, a testigos y ofendidos.

Con base en toda la información obtenida, el juez de paz, deberá resolver la situación jurídica del adolescente. Si existen medios de convicción con los que se pueda establecer, razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del adolescente en él, el juez de paz podrá:

- a) Si el caso es de su competencia y no amerita investigación, dictará la sanción que corresponda o aplicará una forma anticipada de finalización del proceso, como la conciliación, la remisión o el criterio de oportunidad. Si fueren necesarias mayores diligencias, sujetará al adolescente a proceso judicial mediante el auto de procesamiento; se pronunciará sobre la medida de coerción que corresponda y, señalará audiencia oral y reservada en un plazo no mayor de diez días.
- b) .Su el caso no es de su competencia, escuchará al adolescente y resolverá su situación jurídica y procesal, lo remitirá así como lo actuado, al juez de primera instancia de adolescentes en conflicto con la ley penal, en la primera hora hábil siguiente. Si no concurren los presupuestos de ley, podrá dictar la falta de mérito.

Derecho a revisión de la legalidad de la detención: el adolescente tiene derecho a que, en todos los casos, el juez se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de su detención. Esta regulación pretende maximizar el derecho a la detención legal, pues desde el momento inicial, de la primera declaración, se obliga al juez a pronunciarse sobre la

legalidad o no de la detención. El juez debe considerar tanto los aspectos sustantivos como adjetivos de la detención legal, así como los derechos especiales que deben hacerse valer en una detención de adolescentes en conflicto con la ley penal, por ejemplo, asegurar la preservación de la identidad e imagen del adolescente, y el respeto a su dignidad.

En el Artículo 195 se desarrolla el principio de protección especial a la adolescencia transgresora de la ley penal, que regulan los Artículos 20 y 51 de la Constitución Política de la República. La ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, maximiza la protección del adolescente frente a las detenciones ilegales o arbitrarias, al obligar al juez, a que resuelve la situación jurídica del adolescente y se pronuncie sobre la legalidad de la detención. Este pronunciamiento deberá realizarlo en la misma resolución en que resuelve el caso, ya sea al dictar la falta de mérito, al imponer una sanción, al aplicar una forma alterna de terminar el proceso o al dictar el auto de procesamiento. En consecuencia, esta valoración debe constar tanto en la parte considerativa como en la resolutive del auto, siendo el juez responsable de este pronunciamiento.

CAPÍTULO III

3. El sistema judicial de protección de los derechos de la niñez y adolescencia

3.1. Medidas de protección

Se entiende por medida de protección, toda decisión judicial que genera una obligación de hacer o no hacer, por parte de una persona individual o jurídica, pública o privada, con el objeto inmediato de evitar que continúe la amenaza o violación de un derecho humano de la niñez y adolescencia, por tanto, evitar la continuidad del daño físico o psicológico que la amenaza o violación, conlleva y con el fin inmediato de restaurar el derecho violado o amenazado y, de que el niño, la niña o el adolescente puede ejercerlo y disfrutarlo libremente

3.2. Presupuestos

Tal y como lo establece, el Artículo 109 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, las medidas de protección a los niños, niñas y adolescentes, serán aplicables siempre que los derechos reconocidos en la ley, sean amenazados o violados. En este sentido, los presupuestos de toda medida serán:

La existencia de una amenaza de un derecho de la niñez: se entiende por amenaza, toda acción y omisión, que dé a entender que se quiere hacer un mal a través de actos o palabras a un niño, niña o adolescente. El mal debe implicar una violación a los derechos de la niñez reconocidos en la ley.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su vigésima primera edición, define el verbo amenazar como: dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro, en este sentido figurado se entenderá como: “dar indicios de estar inminentemente alguna cosa mala o desagradable: anunciarla y presagiarla”.¹⁴

La existencia de una violación a un derecho de la niñez: se entiende por violación todo incumplimiento, por acción u omisión, de un derecho a través de su no realización, o de su transgresión.

Para Manuel Ossorio violación se puede definir de la manera siguiente: “infracción, quebrantamiento o transgresión de la ley o mandato. Incumplimiento de un convenio. Acceso carnal con mujer privada de sentido, empleando fuerza o grave intimidación o si es menor de 12 años, en que se supone que carece de discernimiento para consentir un acto de tal trascendencia para ella.”¹⁵

¹⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Pág. 56.

¹⁵ Ossorio Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 784.

Los derechos que la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia reconoce, son los establecidos en la propia Ley, en la Constitución Política de la República y la Convención Sobre los Derechos del Niño. El juez debe tener presente que los derechos que la nombrada ley reconoce, son inherentes a la niñez y, por esto en ella, les corresponden por su condición de niños, niñas y adolescentes. Estos deben ser aplicables sin discriminación alguna, por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional, étnico social, posición económica, discapacidad física, mental o sensorial, nacimiento o cualquier otra causa o condición de los propios niños, niñas y adolescentes, o de sus padres.

A la niñez que pertenece a un pueblo indígena, tal y como lo establece el Artículo 10 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, se le reconoce el derecho a vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales, en tanto no contradigan el orden público y el respeto debido de la dignidad humana.

En relación con los derechos individuales, toda amenaza o violación de un derecho humano, de la niñez constituye, además de un probable hecho delictivo, maltrato o abuso infantil. El maltrato se puede manifestar, como abuso físico, emocional, sexual o como descuido o trato negligente. Con tal propósito, el juez debe de tomar la medida provisional que más proteja y garantice los intereses del niño, la niña o el adolescente.

3.3. Individualización

Para individualizar la medida por adoptar, el juez, debe realizar previamente una labor de investigación y análisis del caso concreto, que le permita determinar:

- a) Si el hecho denunciado constituye una amenaza o una violación;
- b) Sobre qué derecho de la niñez recae la amenaza o violación;
- c) En caso de constituir un probable caso de maltrato infantil, debe indicar cómo se manifiesta;
- d) Debe analizar las consecuencias fácticas y jurídicas de la medida por adoptar, en relación con, el bienestar y protección del niño, niña o adolescente; y la persecución penal del probable responsable.

En este contexto, ante una denuncia de amenaza o violación de un derecho de la niñez, el juez debe calificar jurídicamente el hecho, e indicar:

- a) Qué tipo de acción u omisión constituye la amenaza o violación;
- b) El derecho lesionado o puesto en peligro, especificando el artículo en donde se enmarca de la ley que lo garantiza.
- c) En el caso de constituir un probable maltrato infantil, debe indicar cómo se manifiesta.
- d) La orden de adoptar la medida cautelar, para evitar que continúe la generación del daño, ésta la debe dictar sobre la base de la información que tiene y siempre velando por el bienestar del niño, la niña o el adolescente, y atendiendo, a que sea su interés el que prevalezca;

- e) Además debe dictar las medidas adecuadas que aseguren las futuras consecuencias jurídicas del hecho, por ejemplo, en el caso de que el hecho también constituye un hecho delictivo, debe ordenar las diligencias necesarias y oportunas para su esclarecimiento. En todo caso debe siempre escucharse la opinión del niño, niña o adolescente afectado y tomarse debidamente en cuenta para la decisión de su caso, debe recordarse, además, que el derecho de opinión incluye lo que el niño o niña pueda expresar y todo el contexto en que se desenvuelve.

Toda decisión judicial que implique la adopción de una medida de protección a favor de la niñez, debe ser debidamente razonada y justificada, en virtud de que, en caso contrario, daría lugar a su impugnación por violación de garantías constitucionales, tal y como, en diversas sentencias, lo ha señalado la Corte de Constitucionalidad; por ejemplo en sentencia de amparo del expediente 49-99 establece: en los casos de los derechos de la niñez, el juzgador debe siempre agotar la investigación y posteriormente autoridad judicial debe de tener en cuenta los diversos factores socioeconómicos, físico y morales que permitan determinar la verdadera situación del niño, niña o adolescente, antes de resolver su caso, pues estos conforme lo preceptuado en la Convención, deben ocupar atención preeminente, como se deduce de lo establecido en los Artículos 3.1., 9.1., 20.1., que resaltan el interés superior del niño. Asimismo en sentencia de apelación de amparo la Corte de Constitucionalidad ha resaltado que: al ser la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada y ratificada por Guatemala, en todo caso, relativo a los derechos de la niñez y adolescencia, debe ser aplicada, y en los

casos en donde no aparezca en los razonamiento que el elemento de su interés y bienestar supremo hayan sido valorados y tomados en cuenta, como se ordena en la citada Convención, se vulnera el principio del debido proceso y los derechos del niño.

Al aplicar la medida de protección cautelar, el juez, debe tener en cuenta las necesidades del niño, niña o adolescente afectado, que incluyen tanto las materiales, como las afectivas, emotivas, espirituales, etc. según lo establece el Artículo 111 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Por ejemplo, la necesidad de acompañamiento por una persona de su confianza, que le brinde cariño, afecto, comprensión, etc. Por esto la ley en mención, favorece siempre las medidas que no impliquen alejar al niño, niña o adolescente de su medio familiar y social, la medida de abrigo provisional debe ser la última que el escoja pues ésta es la que más afectará las necesidades no materiales del niño, niña o adolescente. En ese sentido, el Artículo 111 establece, que deben prevalecer las medidas que fortalezcan los vínculos familiares y comunitarios del niño, niña y adolescente, respetando siempre su identidad personal y cultural.

3.4. Las amenazas o violaciones de los derechos y garantías de la niñez y adolescencia y sus implicaciones jurídicas y penales

Para determinar la implicación jurídico-penal de un hecho que amenace o viole un derecho de la niñez, el juez debe analizar cuidadosamente la conducta típica. Ésta se regula en el Código Penal, como una conducta típica activa: es decir que prohíbe, estos casos no presentan mayor problema de interpretación, basta con que la conducta del

hecho coincida con la acción u omisión descrita en el tipo penal, tal y como podría suceder con la conducta típica omisiva: que es imperativa y prohíbe una conducta distinta a la esperada, como el caso de omisión de auxilio.

El concepto de omisión sólo puede fundamentarse en el método axiológico del deber ser, por esto la omisión es un juicio axiológico negativo que se define como: un no hacer la acción posible y esperada por la ley.

La omisión se define como pura, cuando:

- a) Se realiza una acción distinta a la esperada por el Código Penal;
- b) La puede realizar cualquier sujeto;
- c) Se basa en un principio de solidaridad y;
- d) Cuando está tipificada penalmente de forma expresa, como los delitos de omisión de auxilio o el de omisión de denuncia, según los Artículos 156 y 456 del Código Penal.

Los casos que si pueden presentar algún problema de interpretación son los de comisión pro omisión, es decir, cuando:

- a) Se realiza una acción que no evita un resultado prohibido:
- b) La realiza el sujeto garante, y;
- c) No está tipificada expresamente, sin embargo, se deduce de la prohibición de lesionar un bien jurídico o ponerlo en peligro.

La omisión se define como pura cuando:

- a) Se realiza una acción distinta a la esperada por el Código Penal.
- b) La puede realizar cualquier sujeto;
- c) Se basa en un principio de solidaridad y,
- d) Cuando está tipificada penalmente de forma expresa, como los delitos, de omisión de auxilio o el de omisión de denuncia, según lo establecen los Artículos 156 y 457 del Código Penal.

Los casos que sí pueden presentar algún problema de interpretación, son lo de comisión por omisión, es decir, cuando:

- a) Se realiza una acción que no evita un resultado prohibido;
- b) La realiza el sujeto garante. el sujeto garante, es cuando tiene una específica función de proteger el bien jurídico afectado o cuando tiene una función personal de control sobre una fuente de peligro. Por eso, no todo aquel que no evita un resultado penalmente típico es responsable, sino sólo aquel que con respecto al bien jurídico afectado tiene la posición de garante.
- c) No está tipificada expresamente, sin embargo, se deduce de la prohibición de lesionar un bien jurídico o ponerlo en peligro.

En los casos de comisión por omisión, el juez debe evaluar la situación del sujeto activo del delito y si en él concurre alguna fuente de la posición de garantía, que la puede deducir de la Ley o de la situación creada, pues según el Artículo 18 del Código Penal: quien omita impedir un resultado que tiene el deber jurídico de evitar, responderá como si lo hubiera producido.

“El deber jurídico de evitar, se fundamenta en una relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Cuando existe una amenaza o violación de un derecho de la niñez el juez debe evaluar, en primer lugar, si el agente que participó en el hecho, participación generada por su omisión; está obligado jurídicamente a descartar el peligro, porque por ley le designa una obligación especial de cuidado sobre el niño, niña o adolescente víctima, como el caso de los padres, tutores, educadores, etc., o, porque él ha creado un peligro para el niño, niña o adolescente, que está obligado personalmente a evitar que se convierte en una lesión para éstos.”¹⁶ Por ejemplo: un adulto puede generar una expectativa de confianza en un niño o niña o adolescente, que los lleva a correr riesgos que de otro modo no asumirían. Expectativa que puede proceder de una relación anterior o simultánea el hecho, como de una determinada posición familiar o social que genere ciertas expectativas sociales de dependencia o control.

¹⁶ Mir Puig Santiago. **Derecho penal, parte general.** Pág. 305.

Es importante recordar que existen diversas formas de adquirir la posición de garante, primero, el deber que nace de la Ley de proteger determinados bienes jurídicos expuestos a peligros indeterminados, por ejemplo: los deberes que se derivan de las normas que regulan las obligaciones de los padres, tutores o responsables en relación con sus hijos o pupilos, del profesor respecto de sus alumnos, del médico en relación con sus pacientes, del policía con respecto a los ciudadanos, de los jueces con respecto a los usuarios del servicio de administración de justicia, etc., segundo, el deber de vigilar ciertas fuentes de peligro que amenazan bienes jurídicos de manera indeterminada.

En síntesis, ante todo hecho que contenga una amenaza o violación de un derecho humano de la niñez, el juez debe analizar las consecuencias jurídico-penales de la acción u omisión que dio lugar a tal situación, teniendo presente que la realización e una conducta típica surge no sólo de haber efectuado la acción u omisión descrita en el tipo penal sino, también, y en la mayoría de ocasiones, en consecuencia de una comisión por omisión, pues generalmente se enfrentan los niños y las niñas no actúan y por esto se provocan resultados gravosos.

3.5. Clases de medidas de protección

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, establece dos tipos de medidas, según las funciones, fines y etapa procesal en que se encuentre el caso. Las medidas de protección cautelar y las medidas de protección definitiva.

Las medidas de protección cautelar: tienen por objeto evitar que continúe el daño físico o moral que el niño, niña o adolescente está sufriendo, como consecuencia de una amenaza o violación a sus derechos. Por esto, la medida debe dictarse inmediatamente después de conocido el hecho y siempre debe orientarse a la protección del interés del niño, niña o adolescente víctima sobre cualquier otro interés.

El juez debe procurar que la medida sea lo menos perjudicial posible para el niño, niña o adolescente, es decir, que no afecte el libre ejercicio de sus derechos. En este sentido, si el juez se encuentra ante la disyuntiva de perjudicar los derechos de un adulto, o lo de un niño, niña o adolescente, debe optar por lo primero, pues el interés que prevalece siempre es el de la niñez, por ser preeminente. Tal y como lo señala la doctrina legal, generada por la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de amparo, expediente 368-2000: ya se ha expresado en fallos anteriores esta corte, que conforme a la Convención sobre Derechos del Niño, en la jurisdicción de menores de edad, resulta primordial atender el interés superior de la niñez, que supedita los Derechos que puedan alegar instituciones o personas adultas al deber de procurar mayor beneficio que para las personas menores de edad pueda obtenerse.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, establece un listado de medidas cautelares, pero esto no implica que en caso de que se necesite dictar una medida no establecida en la ley; el juez no la pueda adoptar. En ese sentido, las medidas cautelares no pueden regularse según el criterio de *numerus clausus*, sino

que se deja abierta la posibilidad de que el juez dicte la medida que el caso amerite, según lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente víctima. En consecuencia, los jueces deben ser creativos y buscar siempre que las medidas que adopten tomen en cuenta las necesidades del niño, niña o adolescente afectado y fortalezcan, de ser posible, los vínculos familiares y comunitarios, dentro del respeto de la identidad personal y cultural del niño, niña o adolescente.

Las medidas cautelares pueden adoptarse de forma separada o conjunta, así como ser sustituidas en cualquier tiempo, lo importante es que cumplan con la función, el fin y objetivo de su creación, es decir, la inmediata protección del niño, niña y adolescente y el cese de la violación o amenaza de sus derechos, mientras el caso es investigado y resuelto.

Para lograr un efectivo cumplimiento y respeto de la medida cautelar impuesta, el juez podrá designar a una autoridad comunitaria u oficial, o a una persona individual o jurídica, particular o pública, para su seguimiento, supervisión y monitoreo. Esto deberá hacerlo constar en el auto, y deberá notificarse tal designación mediante oficio, en el que se indique el tipo de medida que se acordó y el tipo de supervisión, seguimiento y monitoreo que debe realizar el designado. En todo caso la responsabilidad del niño, niña o adolescente, estará a cargo del juez que conoce el caso.

Las medidas que contempla la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, son las establecida en los Artículos 112, 114, 115 de la Ley, pero el caso

del juez de paz, se limitan a las establecidas en las literales de la e) a la i) del Artículo 112 y la contemplada en el Artículo 115. De las medidas establecidas, el abrigo temporal en una entidad público o privada, constituye una excepción, y en los casos de ser necesaria, únicamente podrá utilizarse como medida transitoria, mientras el niño, niña o adolescente, es ubicado con su familia u hogar sustituto. En ningún caso podrá constituirse como medida privativa de libertad.

En esa línea, el juez debe optar, en primer lugar, por retirar y alejar al agresor el niño, niña o adolescente víctima de la amenaza o violación, si esto no es posible debe ubicar al menor de edad con un familiar o persona de su confianza, o podrá utilizar las familias sustitutas que se organicen en su comunidad para recibir menores de edad, con problemas de maltrato y, en última instancia, siempre que compruebe que se han agotado otros medios, podrá acudir al abrigo temporal. En la misma resolución, donde se ordena el abrigo temporal, se deberá ordenar la localización de familiares, personas de confianza o familia sustituta que se haga cargo del menor de edad, mientras se resuelve su situación, indicando el número días que durará la medida y las personas responsables de la ubicación de un recurso familiar y/o comunitario.

En este sentido, la Declaración de las Naciones Unidas, de 1986, sobre Los principios Sociales Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda; establece que cuando los propios padres, sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de quedar a cargo de otros familiares de los padres, u otra familia sustituta, adoptiva o de guarda, y

en caso necesario, una institución apropiada. En todos los casos, el juez debe velar porque el menor de edad reciba afecto y que hagan efectivo su derecho a la seguridad y al cuidado continuado. Además, también establece que el funcionamiento de dichos hogares debe ser reglamentado y que, pese a que la colocación de niños, niñas o adolescentes en hogares de guarda tiene carácter temporal, puede continuar de ser necesario, hasta la edad adulta, siempre que se excluya la posibilidad de restitución a la propia familia o familia sustituta.

Por su parte, el Artículo 20 de la Convención sobre Derechos del Niño, se refiere a los niños, niñas y adolescentes, que se encuentran en la imposibilidad material, debidamente comprobada, temporal o permanente, de vivir con su familia debido a las circunstancias de su caso concreto, ya sea por muerte, abandono o desplazamiento de padres, o porque el estado ha determinado la separación por su interés superior. Dichos niños, niñas o adolescentes tienen el derecho a una protección, asistencia o cuidado especial del estado, que puede consistir, entre otras cosas en la colocación:

- a) En su familia legal y ampliada.
- b) En hogares sustitutos (de la propia comunidad u otra afín).
- c) En hogares de guarda.
- d) La adopción.
- e) La colocación en instituciones adecuadas de protección.

Al momento de decidir la solución del caso, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño, niña o adolescente y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. “Esto sugiere, como lo señala el comité de los derechos del niño, una jerarquía de opciones:

- a) Primer lugar: los familiares.
- b) Segundo lugar: una familia sustituta de la misma comunidad u otra afín.
- c) Tercer lugar: como última opción una institución apropiada.”¹⁷

Las medidas de protección definitivas: éstas, son dictadas por el juez de la niñez y la adolescencia, competente y tienen por objeto restituir el derecho violado y/o cesar la amenaza de violación de derechos. En ambos casos, debe garantizar que el hecho que provocó dicha situación no se repita. Para poder dictar esta medida el juez de la niñez y la adolescencia debe agotar la investigación del caso concreto, escuchar a los interesados, principalmente al niño, niña o adolescente afectado y, a las instituciones llamadas por ley a intervenir en este tipo de proceso, como el abogado procurador de la niñez y adolescencia, de la Procuraduría General de la Nación.

Una vez recibidos los medios de prueba en audiencia oral y reservada, el juez resolverá sobre la existencia o no de una amenaza o violación de un derecho humano de la niñez y fijará un plazo perentorio para que dicha situación se modifique, puede dictar las medidas que fueren necesarias para ese objeto. Vencido el plazo sin que las

¹⁷ Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño. Ginebra, UNICEF. 2001. Pág. 269.

obligaciones se hayan cumplido deberá certificar lo conducente al Ministerio Público para los efectos de la persecución penal correspondiente, por el incumplimiento de la resolución judicial y, por los hechos delictivos que de esta situación se desprendan.

De la misma forma, que en las medidas cautelares, la ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, no establece para las medidas definitivas un listado numerus clausus. Sería imposible, una regulación de ese tipo, por la diversidad de situaciones que pueden provocar una amenaza o violación a un derecho de la niñez, y, por ende, por las distintas soluciones que cada caso amerita. Por esto, el juez debe ser creativo y cuidadoso al dictar una medida definitiva, debe procurar que ésta sea la más adecuada, según la ley, para la solución del conflicto social que se le presenta. Ésta para ser válida debe ser coherente con el espíritu de la Ley y la Convención, y debe ser siempre la menos perjudicial para el niño, niña o adolescente adoptado y la más adecuada para asegurar la restauración del derecho violado o el cese de la amenaza. Puede consistir en obligaciones de hacer, dejar de hacer o no hacer. Su control estará a cargo del mismo juez que la dictó, sin embargo, éste puede designar a una persona o autoridad para que le dé seguimiento y monitoreo.

Las medidas que se imponen no pueden ser considerada como resoluciones judiciales con la calidad de cosa juzgada, dada la naturaleza del sujeto víctima de la situación y los hechos. En este sentido, se debe tener presente el carácter flexible de las resoluciones judiciales en esta materia, eso sí, para poder ser modificadas debe realizarse una revisión judicial del caso concreto y de las circunstancias que pueden

generar la modificación de la resolución judicial. Por otra parte, la Corte de Constitucionalidad, ha manifestado que las resoluciones judiciales que afecte intereses de la niñez, en ningún caso pueden ser consideradas, formal y materialmente, como cosa juzgada, en virtud de que la naturaleza de estos casos siempre ofrece hechos nuevos y circunstancias distintas que pueden, sin limitación alguna, orientar el cambio de un decisión judicial, en aras de lograr el bienestar de los menores de edad afectados. Como mayor razón si se toma en cuenta que es obligación de los tribunales lograr una eficaz protección a los derechos de la niñez.

En consecuencia, la situación de los niños, niñas y adolescentes, carece de la rigidez de las decisiones de los adultos y por el contrario, es su interés el objeto que debe prevalecer.

3.6. Derechos y garantías fundamentales en el proceso de protección

El procedimiento judicial para aplicar una medida de protección hasta la fecha ha tenido una pobre regulación. El antiguo Código de Menores, no establecía ningún procedimiento adecuado al respecto, pero se refería al mismo a través de tres artículos, sin indicar plazos, derechos, ni garantías. Esta situación cambió con la actual ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, dado que ésta se orienta por la doctrina de la protección integral, que reconoce al niño y la niña como seres humanos, sujetos de derecho; en consecuencia, esta ley desarrolla una serie de derechos y

garantías mínimos que el juez y la sociedad deben respetar para lograr una eficaz y leal protección de los derechos de la niñez.

Antes de analizar su contenido, se debe establecer la diferencia existente entre derechos y garantías.

“Los derechos, implican el reconocimiento de los atributos esenciales que posee una persona integrante de una comunidad jurídica por ejemplo: los derechos de los niños, niñas y adolescentes, reconocidos en la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia; en cambio, las garantías, representan las seguridades que se otorgan para impedir que el goce y disfrute de esos derechos sean conculcados por el ejercicio del poder estatal o privado, ya en forma límite al ejercicio de ese poder o como remedio específico para repelerlo.”¹⁸

En consecuencia, las garantías denominadas procesales por la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en el Artículo 116, aseguran básicamente el ejercicio y disfrute de los derechos sustantivos de los niños, las niñas y los adolescentes, enmarcados en la propia Ley y en la Convención sobre Derechos del Niño. Por ejemplo, para hacer efectivo el derecho de opinión, del Artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, la Ley en cuestión, establece la garantía procesal de que todo niño, niña o adolescente, deberá ser escuchado en su propio idioma, en

¹⁸ Maier, Julio. **Los fundamentos constitucionales del derecho procesal penal, en módulo institucional proceso penal I.** Guatemala USAID. 2001. Pág. 236.

todas las fases del proceso, señala también que su opinión y versión de lo hechos será tomada en cuenta y considerar en todas las resoluciones judiciales que le afecten.

La Ley Protección Integral la Niñez y Adolescencia, intenta responder a la triste realidad de la niñez, víctima de amenazas o violaciones de sus derechos, pues con la antigua legislación, tutelar, en lugar de ser protegidos eran doblemente victimizados. Basta recordar que la única solución que ofrecía el sistema tutelar frente a cualquier violación de un derecho de la niñez, era su internamiento. El niño, niña o adolescente, víctimas eran separados de su ambiente socio-familiar, sin tomar en cuenta sus necesidades no materiales, como el afecto el cariño y la atención y cuidado especial; y, por ende, sin asumir el trauma que implica para un niño, niña o adolescente estar solo, en un lugar desconocido, durmiendo con extraños, etc. Las medidas de derecho tutelar creaban más riesgo e inseguridad que protección. Por ese motivo, la actual Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, establece como garantía procesal que el abrigo temporal únicamente será utilizado cuando el juez agote otros recursos de colocación y protección para el niño, niña o adolescente, además, prohíbe internar a niños y adolescentes con victimarios, como sucedía en nuestro país hasta fechas recientes.

El derecho del niño, niña y adolescente, a ser sujetos de derecho, implica reconocer que éstos tienen sentimientos, intereses y opiniones que pueden y deben ser valorados en todos los asuntos que le afecten. Para que este derecho sea asegurado, frente al ejercicio del poder estatal, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia,

establece como garantía procesal: la participación efectiva del niño en lo procesos judiciales que afecten sus intereses y, para que esa participación sea efectiva se asegura de que el niño, niña o adolescente sean asistidos técnica y humanamente. Por eso se regula la garantía de que éstos sean acompañados por un psicólogo o trabajador social, además de la asistencia jurídica que el estado debe proporcionarles de forma gratuita.

El derecho de participación efectiva del niño, niña y adolescente en el proceso judicial se garantiza, también, con el derecho de información, éste establece que el niño, niña y adolescente deben de ser informados por el juez, de una forma clara, precisa y comprensible, sobre el significado de cada diligencia judicial, así como sobre el contenido y razones de cada decisión que el juez adopte. El juez debe explicarle al menor de edad, de acuerdo con su edad y madurez, el motivo por el cual seleccionó la medida, y le indicará en qué consiste los alcances y límites de la misma.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece la garantía de que toda resolución judicial, en que se afecten los intereses del menor de edad, está sometida al principio de jurisdicción especializada. El menor de edad tiene el derecho a que su caso sea conocido, tramitado y resuelto, por un juez especialmente entrenado y calificado para ello, por esto se justifica este módulo. El juez de paz debe esforzarse por conocer el significado y alcance de los derechos de la niñez y adolescencia, pues sólo eso le permitirá garantizar ese derecho.

Otra garantía procesal que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, desarrolla a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, es el derecho del niño, niña o adolescente a no ser separado, contra su voluntad, de sus padres o responsables, salvo que a reserva de revisión judicial se determine que tal separación es necesaria en el interés superior del menor de edad, como por ejemplo en el caso particular de que el niño, niña o adolescente, sean objeto de maltrato por abuso sexual, físico o negligencia por parte de sus padres.

Además, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en su Artículo 116, establece el derecho del niño, niña o adolescente, a un trato digno por parte de las autoridades policiales y judiciales. Es decir, a no ser objeto de una segunda violencia o victimización secundaria, por parte del sistema de justicia. Este derecho exige de los operadores de justicia un esfuerzo orientado a humanizar su labor, principalmente en los casos de los menores de edad, pues éstos, al encontrarse en un proceso de desarrollo son más vulnerables frente a cualquier acto de los adultos.

La cotidianidad y la carga del trabajo generan una dinámica que difícilmente permiten ver al menor de edad, como una persona con problemas. Cada caso que llega al juzgado tiene un drama humano detrás, ante todo cuando se trata de los menores de edad, éstos se enfrentan a personas extrañas en quienes tendrá que confiar, pues de ellos depende lo que sucederá. El menor de edad, siempre llega con miedos al tribunal, para él o ella el lugar es nuevo y desconocido. Por esto, los jueces y su equipo de trabajo deben hacer el esfuerzo de crear un ambiente agradable para el menor de edad, un ambiente que no les intimide ni provoque violencias agregadas a las ya

sufridas. Todo niño, niña o adolescente necesita, de una atención especial y ésta aumenta cuando han sido víctimas de una amenaza o violación en sus derechos.

3.7. Sujetos procesales y el procedimiento y competencia de los tribunales

El principal sujeto procesal del procedimiento judicial, es el menor de edad que ha sufrido una amenaza o violación en sus derechos humanos, por esto, sus derechos de opinión e interés superior se encuentran debidamente asegurados a través de las garantías mínimas que el juez, debe observar en este tipo de casos. El niño, niña o adolescente, podrán participar activamente durante todo el desarrollo del proceso y tendrá la asistencia social podrá prestarse a través de los profesionales del propio juzgado de la niñez y adolescencia, quienes deberán realizar los estudios y acompañamiento que corresponde a cada caso y según lo exijan las circunstancias particulares, éstos deberán intervenir cuando tengan conocimiento previo del caso y hayan realizado los estudios que correspondan, asimismo, podrán participar en la preparación del niño o niña para su intervención en la audiencia y darán las recomendaciones que son indispensables para evitar la victimización secundaria del menor de edad durante todo el desarrollo del proceso.

Otro sujeto procesal indispensable para el desarrollo del proceso judicial de protección es el abogado procurador de la niñez de la Procuraduría General de la Nación, éste deberá dirigir de oficio o a requerimiento de parte o del juez, la investigación de los hechos en donde se alegue se han violado o amenazado los derechos de la niñez, para

el efecto deberá intervenir de forma activa en el proceso judicial de protección promoviendo y procurando el respeto de los derechos y garantías que la Constitución Política de la República, la Convención sobre Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

La Procuraduría General de la Nación deberá tener, como mínimo, un abogado procurador de la niñez en cada juzgado de la niñez y la adolescencia, que deberá contar con un equipo técnico de investigación, pues él será responsable de dar seguimiento a cada caso y emitir las opiniones jurídicas en las audiencias. Dado que corresponde al abogado procurador de la niñez, la investigación del caso, así como el ofrecimiento de pruebas, es recomendable que, en cada juzgado, se asignen por lo menos tres o cuatro abogados, pues las diversas funciones que tienen asignadas necesitan de tiempo y atención especial. Se debe tener presente que el abogado procurador de la niñez no sólo debe promover la investigación, sino, también, deberá apersonarse al proceso penal como querellante adhesivo y actor civil para la defensa de los intereses del menor de edad víctima del delito, cuando la amenaza o violación constituya un delito y el menor de edad carezca de representante legal o exista conflicto de intereses con sus responsables.

El abogado procurador de la niñez deberá, en todos los casos, estar presente en las audiencias que el juez señale, además debe investigar y aportar de los medios de prueba que el caso amerite y siempre:

- a) Los estudios socioeconómicos y familiares del niño, niña y adolescente de quien se alegue ha sufrido una amenaza o violación en sus derechos humanos.
- b) Los informes médicos y psicológicos que sean necesarios, según las circunstancias particulares del caso concreto, de los padres, tutores o responsables;
- c) declaraciones de las personas o instituciones involucradas en el hecho y que sean útiles para esclarecer el mismo y lograr el restablecimiento de los derechos del afectado.

El procedimiento judicial de protección se inicia por conocimiento de oficio o por denuncia presentada ante el juez de paz o de la niñez y adolescencia.

Cuando se trata del juez de paz, una vez recibida la denuncia, éste debe citar y escuchar al niño, niña o adolescente ofendido y al denunciante, así como a otras personas involucradas en el caso. Con toda esa información podrá dictarla medida de protección cautelar que más proteja al menor de edad, y podrá ordenar las diligencias que sean necesarias para esclarecer el hecho y asegurar la persecución penal del responsable; oportunamente deberá remitir lo actuado al juez de primera instancia de la niñez y adolescencia. El juez de paz está facultado sólo para actuar a prevención con el objeto de dictar las medidas cautelares que sean necesarias y evitar el cese de la amenaza o violación de un derecho humano de la niñez.

Una vez, que se ha recibido el expediente de protección tramitado por el juez de paz, o se ha recibido la denuncia, el juez de la niñez y adolescencia deberá revisar las medidas cautelares dictadas y señalará día y hora para la celebración de la audiencia de conocimiento de hechos, dentro de los diez días siguiente. Cuando en la propia denuncia o expediente se detecte la comisión de un hecho delictivo deberá certificar lo conducente al Ministerio público, para que éste inicie la investigación y persecución penal que corresponda. En todos lo casos deberá darse intervención inmediata a la Procuraduría General de la Nación, y se citará a las partes interesadas en el proceso: al niño, niña o adolescente, su representante legal, el representante de la institución involucrada, los testigos del hecho, los peritos involucrados, etc. El juez debe asegurar la presencia de los órganos y objetos de prueba que sean indispensables para aclarar el caso, con los requerimientos y prevenciones de ley.

El responsable de la investigación es el abogado procurador de la niñez y adolescencia designado, éste debe promover desde el primer momento las diligencias que sean necesarias para el esclarecimiento de la supuesto amenaza o violación, solicitando al juez que cite o recabe los órganos y objetos de prueba que logre obtener hasta antes de la audiencia de conocimiento de los hechos. El abogado presentará los estudios sociales, familiares y psicológicos que estime oportunos, para el esclarecimiento del caso, y los informes que sean necesarios.

Esa audiencia tiene por objetivo conocer los hechos denunciados, con el fin de establecer si efectivamente existe una amenaza o violación a un derecho humano de la niñez y, de ser posible, promover una solución definitiva a esa situación. Si no se llega a una solución definitiva, el juez deberá suspender la audiencia y señalará día y hora para la continuación dentro de un plazo razonable, el cual no podrá exceder de treinta días hábiles. En el auto razonado que suspende la audiencia, el juez deberá pronunciarse sobre la medida cautelar ordenada, confirmándola, revocándola o modificándola. Asimismo, deberá ordenar a la Procuraduría General de la Nación, que realice la investigación que corresponde con el propósito de lograr la restauración del derecho amenazado o violado.

Dentro del plazo señalado para la continuidad de la audiencia de conocimiento de los hechos denunciados, al abogado procurador de la niñez, deberá dirigir la investigación del caso y solicitar los medios de convicción que sean necesarios para:

- a) Determinar la existencia de la amenaza o violación de un derecho humano de la niñez.
- b) Establecer el autor o responsable de la amenaza o violación.
- c) Orientar la solución de dicha situación, promoviendo el cese de la violación o amenaza y procurando la restitución del derecho violado o amenazado.

- d) Asegurar y preparar las consecuencias jurídicas que se derivan del caso, de carácter penal, civil o familiar.

Con el objeto de establecer esto presupuestos, el abogado procurador de la niñez, podrá proponer los medios de prueba señalados en el Artículo 122, los cuales se recibirán de forma oral y reservada en la audiencia fijada con ese propósito y oportunamente se valorarán por el juez de conformidad con las reglas de la sana crítica razonada. Con el objeto de asegurar la presencia de los órganos y objetos de prueba, el procurador informará al juez de la niñez y adolescencia donde están los medios de prueba que aportará en la audiencia definitiva, indicando cuáles deben ser citados o solicitados por el juez y cuáles presentará. Las pruebas para ser valoradas deben ser recibidas en la audiencia señalada para tal fin.

El juez actuará como un árbitro imparcial del caso, será el procurador de la niñez el responsable de realizar la investigación y presentar las pruebas para el esclarecimiento y solución del caso denunciado. Siempre el juez debe escuchar la opinión del menor de edad afectado y al dictar sentencia declarará qué derechos del niño, niña o adolescente se encuentran amenazados o violados y la forma en que deberán ser restituidos, deberá fijar, además, un plazo perentorio, dentro del cual deberá restituirse el o los derechos violados. El mismo juez que dictó la sentencia será el responsable de su ejecución, para el efecto solicitará los informes que sean necesario, por lo menos cada dos meses.

En la sentencia el juez deberá hacer constar la operación racional que lo hizo dictar la medida definitiva, así como fijar el plazo y las garantías adoptadas para asegurar su cumplimiento. Al hacer uso de la sana crítica razonada, el juez deberá justificar su decisión, tal como señala Maier, “el juez debe encadenar sus argumentos racionalmente, con respecto a las leyes del pensamiento humano lógicas, como la identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente; y, las de psicología y la experiencia común, y a las provenientes de los medios de prueba diligenciados en la audiencia e idóneos para ser valorados.”¹⁹

Las resoluciones que establezcan una medida cautelar o aquellas que no resuelvan el procedimiento de forma definitiva serán revocables de oficio o a solicitud de parte, el juez revisará la resolución impugnada y tomará en cuenta los argumentos presentados para resolver dentro de las veinticuatro horas siguientes. Serán apelables la sentencia o el auto que ponga fin al procedimiento, así como los autos que determinen la separación del menor de edad de sus padres, tutores o encargados.

¹⁹ Maier Julio. **Los fundamentos constituciones del proceso penal argentino**. Ob. Cit. Pág. 432.

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico de la opinión de la Corte de Constitucionalidad en materia de derechos y garantías de la niñez y adolescencia

La Corte de Constitucionalidad, en diversas sentencias, principalmente en materia de amparo y, y opiniones consultivas, se ha pronunciado favorablemente por el respeto y consideración de los derechos de la niñez y la adolescencia.

En este sentido, al existir más de tres fallos contestes sobre este tema se sienta una doctrina legal, que los tribunales de justicia del país deben respetar, de conformidad con lo establecido en el Artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, del Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.

Resoluciones, principalmente redactadas, sobre lo relativo al respeto de los derechos, principios y garantías establecidos en la convención sobre los derechos del niño. Respeto que puede hacerse efectivo a través de una adecuada valoración judicial de

cada caso en concreto, reflejada en la argumentación de los autos y sentencias que resuelvan asuntos que afecten, directa o indirectamente, los derechos de niños, niñas y adolescentes.

En la práctica judicial, el reconocimiento efectivo de los derechos de la niñez y la adolescencia, implica el respeto de su diferencia ontológica y social, frente al adulto.

Un principio base, para el desarrollo y respeto de sus derechos sustantivos y procesales lo constituye el principio de igualdad, pues solo su materialización, a través de un trato normativo y judicial, desigual frente a desigual, garantiza una igualdad real y efectiva del niño, la niña, el adolescente y el adulto. En este sentido, la Corte de Constitucionalidad, se ha pronunciado en diversas sentencias y opiniones consultivas tal y como lo veremos a continuación:

4.1. Sobre el principio de pluralidad en el tratamiento jurídico, fundamentado en la diferencia de edades

Sobre el principio de la pluralidad en el tratamiento jurídico fundamentado en la diferencia de edades, a través de la generalización, en virtud de la imposibilidad de regular un tratamiento jurídico, individual que garantice una materialización del principio de igualdad de una forma real y efectiva en cada ser humano. Principio introductorio en la recién aprobada Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, al establecer diversos grupos etarios para la aplicación de la Ley.

La edad de las personas, es el elemento sustancial para el ejercicio de sus derechos y el acreditamiento de capacidad y responsabilidad. Los comentaristas reconocen la existencia de diversos sistemas regulatorios, que comprenden desde fórmulas simples que trazan una edad básica fundamental, que una vez alcanzada; atribuye independencia jurídica a la persona, con capacidad plena para obligarse y para adquirir derechos.

Otros sistemas siguiendo la tradición jurídica, contemplan una pluralidad de edad con diferente connotación jurídica para cada una, atribuyendo a distintas capacidades específicas según los diferentes estadios vitales.

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

La separación entre mayores y menores de edad, implica tanto limitaciones como beneficios anteriores y posteriores; es perfectamente coherente con el orden jurídico la ampliación o restricción de la capacidad de obrar, según la trascendencia del acto a realizarse.

El sistema constitucional guatemalteco admite el pluralismo de edades, puesto que aparte de reconocer los derechos ciudadanos a los mayores de 18 años, tal como lo

establece el Artículo 147 de la Constitución Política de la República; establece también, edades especiales para el ejercicio de determinados derechos, particularmente los de orden político, para el acceso a determinados cargos, al resolver la ley acerca de las limitaciones a los derechos individuales debe observar una estricta coherencia con los enunciados constitucionales, de manera que, en principio, solamente serán admisibles aquellas limitaciones estrictamente razonables y únicamente en relación con el interés de la sociedad.

4.2. Sobre la obligación de hacer efectivo el derecho de opinión de los niños, niñas y adolescentes, en los procesos judiciales

La Corte de Constitucionalidad, el ocho de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, se pronunció sobre este tema, al confirmar una sentencia de amparo que revocó la sentencia de un tribunal de familia, por no haber tomado en cuenta el deseo y voluntad de los niños y las niñas involucradas en un juicio oral de guarda y custodia y fijación de pensión alimenticia.

En este caso en concreto, al resolver, la Cámara de Amparo de la Corte Suprema de Justicia, consideró:

En el presente caso luego de ser escuchados los niños, cuya guarda y custodia, se discute, no se tomó en cuenta el mencionado interés superior; antes bien en el

razonamiento de fondo la autoridad impugnada lo supedita a un mero formalismo jurídico cuando expresa:

Que si bien los cuatro menores ya indicados manifestaron ante este tribunal su deseo de vivir al lado de su madre, manteniendo relaciones con el padre y que el informe socioeconómico, se desprende la misma actitud en ellos y que la madre les proporciona todo lo necesario para su cuidado y alimentación, no se dan las causas justificadas que permitan variar el acuerdo de voluntades plasmado en el convenio voluntario de divorcio, ya que esa sola manifestación de voluntad no es suficiente para acoger la pretensión; con lo que se consuma la violación a que la postulante se refiere.

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

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

Como expresa la ley y, tomando en cuenta el principio de la supremacía constitucional y de la jerarquía normativa, según el cual los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la convención sobre derechos del niño, tienen preeminencia sobre la normas del derecho interno.

Por las consideraciones anteriores, esta cámara, estima que el amparo deviene procedente y en ese sentido deberá ser resuelto, haciéndose el pronunciamiento respectivo en cuanto a las costas y multa a imponer, por estimar que la autoridad impugnada actuó con evidente buena fe. Y resuelve:

- a) Otorga el amparo solicitado por la requirente, en nombre de sus menores hijos, en contra de la Sala de la corte de Apelaciones de Familia.

- b) En consecuencia, deja en suspenso en cuanto a los reclamante, la sentencia de fecha catorce de enero de mil novecientos noventa y siete dictada por la autoridad impugnada, en el expediente oral de guarda y custodia y fijación de pensión alimenticia número cuatrocientos cuarenta y tres, guión noventa y seis; restablece la situación jurídica afectada; fija el término de cinco días, a partir de recibir la ejecutoria de este fallo, para que la autoridad impugnada dicte la resolución que en derecho corresponde, bajo apercibimiento de imponer multa de doscientos quetzales a cada uno de los magistrados, en caso de desobediencia; exonera a la autoridad impugnada, del pago de costar procesales por la razón considerada.

En sentencia, de la apelación del amparo, la corte de Constitucionalidad consideró y resolvió;

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

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

Estima violados sus derechos porque no se tomo en cuenta la manifestación de voluntad de los menores, ni su interés de bienestar. Del estudio de los antecedentes se aprecia lo siguiente:

- a) que los menores de edad, viven actualmente al lado de la madre,

- b) De acuerdo a los informes socio-económicos viven en condiciones adecuadas y orientados en sus estudios, manifestándole a la trabajadora social su deseo de permanecer al lado de la madre y poder comunicarse con su padre;
- c) Ante los magistrados de la Sala respectiva, los niños manifestaron su deseo de continuar viviendo con su madre y relacionarse con su padre;
- d) La sala de familia, confirmó la sentencia de primer grado con el argumento preferente de que la sola voluntad de los niños no era suficiente para variar su guarda y custodia dispuesta en las bases del divorcio.

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

Tales normas referidas como se aprecia, otorgan a la declaración de voluntad del niño, de acuerdo a su edad y a su interés y bienestar supremos, un valor preponderante para decidir judicialmente asuntos que le afecten y le conciernan.

Tal convención fue aprobada y ratificada por Guatemala por lo que en materia de derechos del niño, es ley de la república y debe ser aplicada. Sin embargo, en la sentencia emitida por la autoridad reclamada, no aparece en los razonamientos que los elementos de opinión de los niños e interés y bienestar supremo hayan sido valorados y tomados en cuenta, como se ordena en la citada Convención.

Antes bien, se aprecia que no fueron tomados en cuenta con la intensidad regulada. Esta situación vulnera el debido proceso y derechos del niño representados por el postulante, por lo que debe otorgarse el amparo promovido y habiendo resuelto en tal sentido el tribunal a que, debe confirmarse la sentencia apelada.

En sentencia, de la apelación del amparo, sobre la obligación de hacer efectivo el derecho de opinión de los niños y las niñas, en los procesos judiciales, la Corte de Constitucionalidad consideró y resolvió:

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

En el presente caso, la postulante reclama en contra de la sentencia de catorce de enero de mil novecientos noventa y siete de la Sala Corte de Apelaciones de Familia, que confirmó la dictada por el juez quinto de familia que declaró sin lugar la demanda de fijación de pensión alimenticia a favor de sus menores hijos, ordenando que quedaran bajo la guarda y custodia de su padre. Estima violados sus derechos porque no se tomo en cuenta la manifestación de voluntad de los menores de edad, ni su interés y bienestar.

4.3. Sobre la flexibilidad de las resoluciones judiciales en donde se afectan intereses de la niñez, en virtud del principio del interés superior del niño de la Convención sobre los Derechos del Niño

En esta sentencia se enmarca la no violación de los principios de seguridad jurídica y el de legalidad en apelación de sentencia de amparo, expediente No. 743-99, de la Corte de constitucionalidad, el veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, consideró y resolvió:

Que es improcedente el amparo, en materia judicial, cuando en la acción se persigue sustituir la tutela judicial ordinaria, a la que corresponde decidir las pretensiones materiales de las partes en el proceso; su función, es la de examinar si se han respetado o no derechos fundamentales de las partes y, en su caso brindar la máxima protección en esta materia.

En el presente asunto el interponente estima que la Sala de la Corte de Apelaciones de Familia, violó sus derechos constitucionales de defensa y al debido proceso en la sentencia de dieciséis de abril de mil novecientos noventa y nueve, que confirmó y modificó la dictada por el Juez Cuarto de Familia del departamento de Guatemala, declarando sin lugar la demanda oral de guarda y custodia promovida por el postulante. Se ve de los antecedentes que la sentencia de primera instancia declaró, en esencia, que la guarda y custodia de los menores, será ejercida exclusivamente por la madre, autorizándolos para viajar con la última por tener ésta su residencia en el exterior.

La Sala de la Corte de Apelaciones, que conoció en apelación, la confirmó con modificaciones en cuanto fija la república de Costa Rica como residencia de los menores, y modifica el régimen de la relación paterno filial, referidos especialmente al modo y tiempo en que el menor pasará vacaciones de medio y fin de año con el padre; y en lo que refiere a su otra hija, por hallarse cerca, en el momento del fallo de alcanzar la mayoría de edad, le deja en libertad de tomar su decisión al respecto.

Es a este último fallo, al que el postulante imputa violación al principio de legalidad y al de seguridad jurídica afirmando, en relación al primero, cuestiones relativas a la prueba aportada el proceso por que, a su juicio, no fueron apreciadas o valoradas adecuadamente; y, respecto del segundo, que ignoró la sentencia dictada en las diligencias voluntarias de divorcio solicitado por las partes, porque, también a su juicio, constituye, sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada legalmente y, doctrinariamente, de manera formal y material.

Por su parte, el tribunal ad quo constitucional denegó el amparo porque, en ningún caso y bajo ningún motivo puede considerarse como definitiva e inmutable una decisión de un órgano jurisdiccional respecto de la designación de quien de los padres o de los parientes consanguíneos, o de la Procuraduría General de la Nación, las providencias que considere beneficiosas para los hijos y que sean requeridas por hechos nuevos; de tal suerte que, si se estableciere la existencia de circunstancias que así lo aconsejen, puede sin limitación alguna, cambiar esa decisión en aras de lograr el bienestar de los hijos, con mayor razón si se toma en cuenta que es obligación de los tribunales de familia lograr una eficaz protección al núcleo familiar y de procurar que la parte más débil en las relaciones familiares quede debidamente protegida.

La Corte de Constitucionalidad, tampoco advierte la violación que alega el accionante, dado que, por aplicación, tanto de las motivaciones y normativa que contiene la ley de tribunales de familia, que data del año de mil novecientos sesenta y cuatro, como de la Convención sobre los Derechos del niño, que adoptada en mil novecientos ochenta y nueve fue posteriormente ratificada por Guatemala, emerge como primordial el interés superior del niño, a cuya protección adecuada deben tender todas las medidas legislativas y administrativas, y, desde luego, la orientación judicial.

En ese sentido, no puede respaldarse la existencia de una situación jurídica fija, señalada en una sentencia de divorcio, como no sea a que pone fin al vínculo matrimonial, desde luego que ello, es lo que especialmente persigue; empero, si como

consecuencia decide también aspectos que afectan a menores, la situación de los últimos carece de aquella rigidez y, por el contrario es su interés el objeto de apreciar posteriormente.

De ahí que no puede existir la pretendida violación al principio de seguridad jurídica, como tampoco se aprecia al e legalidad, ya que frente a los tribunales ordinarios las partes han accionado sin obstáculos y decidido los tribunales competentes conforme a sus facultades dentro de los que permite el derecho de familia, sin perjuicio de que eventuales circunstancias de hecho, puedan justificar la modificación de lo resuelto.

Por las razones anteriores, el amparo debe denegarse y, habiendo resuelto en ese sentido el tribunal de primer grado la sentencia apelada debe confirmarse.

CAPÍTULO V

5. Violación al principio jurídico del debido proceso en los juzgados de adolescentes en conflicto con la ley penal

El debido proceso: el término procede del derecho anglosajón, en el cual se usa la expresión *due process of law* (traducible aproximadamente como debido proceso legal). Su nacimiento tiene origen en la magna carta *libertatum* (Carta Magna), texto sancionado en Londres el 15 de junio de 1215 por el Rey Juan I de Inglaterra, más conocido como Juan sin tierra.

Este principio procura tanto el bien de las personas, como de la sociedad en su conjunto:

- Las personas tienen interés en defender adecuadamente sus pretensiones dentro del proceso.

- La sociedad tiene interés en que el proceso sea llevado de la manera más adecuada posible, para satisfacer las pretensiones de justicia que permitan mantener el orden social.

Concepto general: conceptualmente, el debido proceso, constituye un límite a la actividad estatal y, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del estado que pueda afectarlos. Es útil observar el carácter altamente protector de este régimen, puesto que incluye tanto las garantías mínimas previstas en el Artículo ocho, de la Convención Americana de Derechos Humanos, como otras adicionales que pudieran resultar necesarias para la adecuada integración del concepto de debido proceso. Se requiere, en suma, que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.

No existe definición universalmente aceptada acerca del debido proceso. Algunas constituciones nacionales reciben esta idea, a su manera, con diversas expresiones que acentúan o incorporan, con tendencia extensiva, elementos relevantes de la compleja figura destinada a la defensa de los derechos fundamentales, y en ocasiones la proyectan hacia órdenes externos al estrictamente judicial, cosa que también sucede en la jurisprudencia interamericana. La ausencia de mención expresa sobre el debido proceso no significa, por supuesto, desconocimiento de la figura. Esta puede hallarse abarcada por la Constitución en calidad de garantía innominada.

En todo caso, la ley suprema aloja los principios del debido proceso a título de bases, referencias, normas rectoras, instrucciones, fundamentos del enjuiciamiento penal. Esta es una materia clásica de los textos supremos, a partir de las declaraciones del siglo XVIII. En fin de cuentas, el debido proceso se instala entre las grandes decisiones constitucionales, cualesquiera que sean su denominación o tratamiento, deducidas de la determinación política fundamental de colocar al hombre en el centro de la escena, honrar la dignidad humana, asegurar la libertad y la igualdad de los individuos, todo lo cual acredita la calidad antropocéntrica de la constitución y del estado.

El debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez

Regulación y aplicación del debido proceso en Guatemala: en un estado de derecho, tal y como el que se encuentra instituido en Guatemala, toda sentencia judicial debe basarse en un proceso previo legalmente tramitado. Quedan prohibidas, por tanto, las sentencias dictadas sin un proceso previo. Esto es especialmente importante en el área penal. La exigencia de legalidad del proceso también es una garantía de que el juez deberá ceñirse a un determinado esquema de juicio, sin poder inventar trámites a su gusto, con los cuales pudiera crear un juicio amañado que en definitiva sea una farsa judicial.

No existe un catálogo estricto de garantías que se consideren como pertenecientes al debido proceso. Sin embargo, en general, pueden considerarse las siguientes como las más importantes:

Derecho al juez predeterminado por ley: el contenido esencial del derecho señala la prohibición de establecer un órgano jurisdiccional *ad-hoc* para el enjuiciamiento de un determinado tema, lo que la doctrina denomina tribunales de excepción. Como consecuencias adicionales se establece el requisito que todos los órganos jurisdiccionales sean creados y constituidos por ley, la que los inviste de jurisdicción y competencia. Esta constitución debe ser anterior al hecho que motiva el proceso y debe contar con los requisitos mínimos que garanticen su autonomía e independencia.

Este derecho va de mano con lo que es la predictibilidad que debe garantizar un sistema jurídico ya que los particulares deben estar en la concreta posibilidad saber y conocer cuáles son las leyes que los rigen y cuáles los organismos jurisdiccionales que juzgarán los hechos y conductas sin que esa determinación quede sujeta a la arbitrariedad de algún otro órgano estatal.

Derecho a un juez imparcial: no puede haber debido proceso si el juez es tendencioso o está cargado hacia una de las partes. El juez debe ser equidistante respecto de las mismas, lo que se concreta en la llamada bilateralidad de la audiencia. Para evitar estas situaciones hay varios mecanismos jurídicos:

- En la legislación guatemalteca, se contempla la posibilidad de recusar al juez que no aparezca dotado de la suficiente imparcialidad, por estar relacionado de alguna manera (vínculo de parentesco, amistad, negocios, etc.) con la parte contraria en juicio.
- Una de las garantías básicas en el estado de derecho, es que sea un tribunal preestablecido con anterioridad a los hechos que motivan el juicio, y además, atienda genéricamente una clase particular de casos, y no sea por tanto un tribunal ad hoc, creado especialmente para resolver una situación jurídica.

Legalidad de la sentencia judicial: En el área civil, la sentencia judicial debe ceñirse a lo pedido por las partes en el proceso, lo que se concreta en la proscripción de la institución de la ultra petita. En el área penal, la sentencia judicial sólo puede establecer penas establecidas por la ley, por delitos también contemplados por la misma.

Derecho a defensa técnica: toda persona tiene derecho a ser asesorado por un abogado que entienda de cuestiones jurídicas. En caso de que la persona no pueda procurarse defensa jurídica por sí misma, el estado de Guatemala contempla la institución del defensor o abogado público o de oficio, a través del Instituto de la Defensa pública Penal, que le procura ayuda jurídica gratuita.

Con la finalidad de garantizar que cualquier particular inmerso en un proceso judicial pueda contar con las mejores formas de defender su derecho y de estar realmente informado del verdadero alcance del mismo es que se consolida dentro del derecho al

debido proceso el derecho de toda persona a contar con el asesoramiento de un abogado, una persona versada en derecho. De esa forma se busca garantizar el cumplimiento del principio de igualdad y el uso efectivo del derecho de contradicción.

Derecho a usar la propia lengua y a ser auxiliado por un intérprete: basado en el reconocimiento al derecho fundamental de la identidad cultural, se señala que toda persona tiene el derecho de ser escuchada por un tribunal mediante el uso de su propia lengua materna. Asimismo, en el caso que una persona comparezca ante un tribunal cuya lengua oficial no es la del particular, éste tiene el derecho a ser asistido por un intérprete calificado.

Este derecho adquiere peculiar significado en zonas geográficas donde la variedad lingüística es amplia.

El problema de asegurar el debido proceso a las personas: la institución del debido proceso fue una conquista de la revolución francesa, en contra de los jueces banales y corruptos que aplicaban no la justicia más estricta, sino la voluntad del rey. En ese sentido, dentro del moderno estado de derecho, se entiende que todas las personas tienen igual derecho al acceso a la justicia.

Sin embargo, ello no coincide con las condiciones del mundo actual. Es evidente que los jueces tenderán a juzgar con mayor benevolencia a aquellas personas mejor contactadas socialmente, porque la promoción en sus cargos hacia judicaturas superiores depende de esos contactos sociales que puedan conseguir. Por otra parte,

no siempre las partes están en equivalencia de condiciones, debido a que el litigante con mayores recursos tendrá la oportunidad de contratar mejores abogados, mientras que los litigantes de menores recursos dependerán muchas veces de defensores de oficio ofrecidos por el estado.

Por otra parte, el acceso del ciudadano común y corriente a la justicia se ve dificultado por el hecho de que el quehacer jurídico genera su propia jerga o argot, lleno de términos incomprensibles para el profano, que por tanto no siempre entiende con claridad qué es lo que sucede dentro del proceso. Todas estas situaciones son atentatorias contra el debido proceso, pero hasta la fecha, no se ha conseguido encontrar una solución satisfactoria que las resuelva por completo.

5.1. Regulación del debido proceso en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En un Cuarto de Siglo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha acuñado una variada y estimable jurisprudencia; los criterios alojados en ésta trascienden cada vez más los casos planteados ante ese tribunal y se proyectan hacia la legislación, la jurisprudencia y la práctica de los estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, sobre todo aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la corte, tomando en cuenta la amplia admisión del Pacto de San José en los ordenamientos internos y la función de la corte como intérprete de

la Convención.

Esta es la principal aportación de la justicia interamericana, que no podría resumirse solamente en la solución de un reducido número de casos particulares no obstante su notoria importancia, ni actuar como última instancia de los procesos iniciados y desarrollados ante la jurisdicción interna. La recepción nacional de la jurisprudencia internacional constituye un factor crucial en el sistema tutelar de los derechos humanos, considerado en su conjunto: unión de normas, medios e instrumentos nacionales e internacionales. Así lo aprecia, por lo que respecta a su propia función como órgano jurisdiccional regional, la Corte Europea. A su turno, los tribunales nacionales procuran la conformidad de las soluciones locales con los criterios continentales.

Los temas del debido proceso han figurado con gran frecuencia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto contenciosa como consultiva. Aquella está dotada de fuerza vinculante para los fines del caso sub iudice, así como de trascendencia en la formación de normas, resoluciones y prácticas nacionales, y la segunda funge como criterio relevante para la interpretación de disposiciones internacionales aplicables en los estados americanos. Algunos tratadistas y ciertas resoluciones jurisdiccionales nacionales consideran que las opiniones consultivas poseen, asimismo, eficacia vinculante, aun cuando no es éste el parecer prevaleciente en un amplio sector de la doctrina, hasta hoy, y en las decisiones de la propia Corte.

También la Corte Europea ofrece testimonio sobre la abundante presencia de cuestiones vinculadas con el debido proceso, con gran acento en la vertiente penal. Algunos analistas nacionales destacan la frecuencia de casos planteados a esa corte sobre puntos del enjuiciamiento, como también la de asuntos conocidos por la jurisdicción nacional a partir del Artículo 6 de la Convención de 1950.

De hecho, esta materia se halla presente en la mayoría de las sentencias sobre asuntos contenciosos y, en un buen número de opiniones consultivas, del tribunal interamericano. Todo hace suponer que la reflexión jurisdiccional acerca del debido proceso, un concepto crucial para la tutela de los derechos humanos, colocado en la difícil convergencia entre el interés individual y el apremio social, no disminuirá en el futuro cercano.

Desde luego, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como, la Comisión, que exploran las cuestiones del debido proceso frente a los casos de los que conocen o a las consultas que se les dirigen, no son ajenas al estudio y a la solución de los problemas que aquél suscita en el propio procedimiento interamericano de protección de los Derechos Humanos.

En estos momentos existe un panorama mundial renovado acerca del debido proceso, en constante revisión y precisión, que se ha visto fuertemente influido por el derecho internacional de los derechos humanos y por la jurisprudencia proveniente de los tribunales que tienen a su cargo la interpretación y aplicación de los tratados sobre

esta materia. El debido proceso, bajo alguna expresión que recoge las mismas exigencias, tiene carácter de naturalización en el derecho internacional de los derechos humanos. Por ello se ha considerado que se tiene a la vista un nuevo paradigma del debido proceso y que es preciso replantear éste al amparo de las novedades que trae consigo aquella rama notable del Derecho de Gentes.

En buena medida, el problema central de la justicia penal en nuestro tiempo, que se proyecta sobre las contiendas acerca de derechos humanos, gira en torno al falso dilema entre debido proceso (due process) y contención del crimen (crime control), o bien, a la eficacia de la persecución penal instalada sobre el respeto a los derechos humanos, por una parte, y la seguridad pública, por la otra.

El debate acerca del debido proceso, proyectado sobre asuntos judiciales penales de gran relevancia e influencia, pone de manifiesto la tensión existente entre las concepciones que acentúan el valor de los derechos humanos más allá de consideraciones prácticas, que pudieran relativizar su alcance, y aquellas otras que reclaman ponderación en el entendimiento del debido proceso, de manera que no melle el interés social en la seguridad pública.

Esto se advierte en los casos sometidos al conocimiento de la Corte, en los que se aduce la existencia de crímenes gravísimos como motivo para la reacción severa del estado. Desde luego, la corte ha sostenido que el estado debe combatir el delito y proteger a la sociedad, pero ha de hacerlo con respeto a los derechos humanos y

estricta observancia de los principios y las normas del estado de derecho, orientación que también campea en otros actos de la Comunidad Interamericana.

Al debate se añade el concepto de mal menor, elemento de una tercera postura que pretende conciliar en una especie de justo medio realista las exigencias extremas en un punto, absoluto respeto de los derechos, y en el otro, satisfacción imperiosa de la seguridad, que se plantean en situaciones de crisis.

Esa tercera postura reconoce el carácter intrínsecamente reprobable de ciertas medidas que, en determinadas circunstancias, resultan, sin embargo, admisibles, siempre bajo riguroso escrutinio. El alcance de aquéllas, debiera hallarse cuidadosamente acotado; la resistencia a emplearlas y los límites a los que se les somete derivan de su aceptada condición de medidas necesarias, pero moralmente problemáticas. Nos hallamos, pues, ante argumentos fincados en el estado de necesidad, tema ampliamente explorado en el derecho penal, e invocado lo mismo por regímenes autoritarios que por defensores de la democracia. Habrá que tomar en cuenta, en todo caso, las orientaciones que se desprenden de los propios instrumentos internacionales, entre ellos la Convención Americana, sobre limitaciones, restricciones y suspensiones de derechos y libertades, tema que la corte ha examinado en algunas ocasiones.

Es preciso destacar las orientaciones que la jurisdicción Interamericana ha definido y reiterado en esta materia y la creciente recepción que han tenido en la normativa, la

jurisprudencia y las prácticas nacionales. Esta es una doctrina jurisprudencial apreciable, abundante y útil para orientar las soluciones que es preciso arraigar en estos temas, de cuya oportuna y adecuada solución depende, a menudo, el tratamiento de los problemas que surgen en torno al respeto y la garantía de los derechos sustantivos en general. Como se ha dicho, las soluciones internacionales, de las que ya no pueden distanciarse las nacionales, prolijan una unificación regional, que apuntala la seguridad jurídica. Se mira aquí, de nueva cuenta, el apremio de contar con garantías procesales accesibles para proteger los derechos materiales proclamados en declaraciones y convenciones.

De esta circunstancia proviene el gran alcance que se asigna al concepto de debido proceso. Esta consideración se aloja también en las reflexiones de la corte acerca de la naturaleza de los derechos y las garantías, y la relación que aquéllos guardan con éstas, concebidas como medios de defensa. Tómese en cuenta que el debido proceso se instala principalmente bajo el rubro de garantías judiciales.

Si se consideran las llamadas Obligaciones Generales de los Estados, acogidas en los primeros Artículos de la Convención Americana, y se toma en cuenta que aquéllos asumen, en virtud del artículo uno, deberes de reconocimiento, respeto y garantía acerca de los derechos contenidos en el pacto, como ha establecido la Corte Interamericana a partir de sus primeros pronunciamientos en cuestiones contenciosas, se llega a la conclusión de que el debido proceso posee cierto carácter programático e implica la existencia, suficiencia y eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo

para garantizar ese derecho fundamental a la justicia.

Se establece entonces, particularmente, al debido proceso adjetivo, que a su turno enlaza, con el acceso formal y material a la justicia y con respecto al cual se utilizan diversas denominaciones, en ocasiones equivalentes y a veces relativas a cuestiones aledañas de mayor o menor amplitud, que han ingresado en las disposiciones y la tradición jurídica de los estados modernos. El debido proceso adjetivo, generalmente caracterizado por invocación de los elementos que lo integran. Sus méritos derivan de la conformidad entre el enjuiciamiento y la ley, pero también entre ambos y la justicia. Esto conduce a establecer un tipo de proceso que tribute a la justicia, es decir, un juicio justo.

No obstante la relevancia central de esos preceptos, el debido proceso adjetivo no se agota en ellos. Tiene expresiones y aplicaciones de suma importancia en otras normas. Por el orden de aparición en la escena de la Corte Americana. El derecho a la tutela de la vida abarca la posibilidad de que el condenado a muerte pueda combatir la sentencia a través de indulto, amnistía o conmutación, debidamente reglamentados.

5.2. Aplicación del debido proceso al procedimiento de menores de edad, en conflicto con la ley penal

La debida aplicación del debido proceso, en el procedimiento con adolescentes en conflicto con la ley penal guatemalteca, se debe de analizar des de el momento de la detención; en virtud, que existen limitaciones que el estado ha reconocido a través de

la Ley, para garantizar que la libertad individual, no sea limitada arbitrariamente. Los presupuestos legales, son aquellas circunstancias que deben existir en la realidad para que la policía pueda realizar la detención de los jóvenes en conflicto con la ley penal. Fuera de estos casos no puede realizarse ni permitirse detención alguna.

Del Artículo 6 de la Constitución Política de la República, se desprenden los presupuestos legales para proceder a realizar una detención legal, apegada a derecho:

- a) Que se haya cometido un delito o falta, ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta: el delito es una acción típica, antijurídica y culpable. El proceso penal juvenil se desarrolla en varias etapas y la detención es una medida de coerción personal, cuyo objetivo principal, es el de evitar que se produzcan consecuencias ulteriores del delito o bien traer al joven ante juez competente para tomarle su primera declaración sobre el delito que se le imputa. Por tal razón, al momento de realizarse la detención, debe tenerse certeza de que la acción realizada por el joven es típica, es decir, que se encuentra tipificada en una norma penal.
- b) Que exista orden librada con apego a la ley, por autoridad judicial competente: el presupuesto que reconoce con carácter primario nuestra Constitución, es la detención; en virtud de orden de juez competente. El Artículo 6 establece: ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente.

El juez competente, que únicamente puede dictar órdenes de aprehensión contra jóvenes en conflicto con la ley penal, es el juez de primera instancia de menores, pues los jueces de paz, únicamente están facultados para escuchar las declaraciones de los jóvenes en conflicto con la ley penal, detenidos y pronunciarse sobre el caso concreto, cuando la detención se produce en hora inhábil.

c) Que exista flagrancia en la detención de un ilícito penal: este precepto tiene carácter de excepcional; nótese que en segundo párrafo del Artículo 6 Constitucional establece: ... se exceptúan los casos de flagrante delito o falta... la norma constitucional es clara, al establecer la detención por flagrancia como una excepción. En la práctica guatemalteca, muchas veces se indica por parte de los funcionarios policiales, que la detención se realizó en flagrancia cuando no ha sido así.

Para establecer de una manera adecuada, se debe de explicar la definición de flagrancia, según el Artículo 257 del Código Procesal Penal: Se entiende por flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento mismo de cometer el delito. Por supuesto que sólo la persona que lo sorprendió cometiendo la acción delictiva, es quien puede detener al joven. Si únicamente le cuentan o le indican que un joven cometió un hecho delictivo no existe flagrancia alguna. Puede abrirse proceso juvenil en estos casos, pero no puede iniciarse por medio de la detención sino mediante una denuncia,

seguida de una investigación que concluya con la individualización del joven y que permita al juez de menores dictar una orden de detención contra el mismo.

El adolescente de quien se alegue ha infringido la ley penal, podrá presentarse y comparecer ante el juez de paz o de adolescentes en conflicto con la ley penal, por:

- a) Presentación voluntaria;
- b) Citación o conducción,
- c) Aprehensión y detención por delito flagrante y,
- d) Aprehensión y detención por orden judicial.

En todos los casos el juez deberá recibir la primera declaración del adolescente, en audiencia oral y reservada, previamente debe escuchar a los agentes o personas particulares aprehensores y, si es posible, al ofendido y testigos del hecho, al fiscal y abogado defensor del adolescente. Además, el juez debe valorar los medios de convicción que se le presenten y ordenar las diligencias que el caso exija, para lograr los objetivos del proceso.

La primera declaración del adolescente, es un mecanismo que materializa el derecho de defensa del adolescente, frente al hecho que se le atribuye, para que pueda ser valorada por el juez debe cumplir con los requisitos que para el efecto establece la Constitución Política de la República, el Código Penal y Procesal Penal, así como la

Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia; por supuesto, el adolescente tiene el privilegio de abstenerse a declarar.

La resolución de la situación jurídica del adolescente en el caso en concreto; la toma el juez, una vez ha oído las declaraciones de los testigos, peritos, recibidos los medios de convicción y al fiscal de adolescentes y el abogado defensor respectivamente.

Una vez, recibidas las declaraciones, medios de convicción y opiniones de la fiscalía y la defensa del adolescente, el juez, está en la capacidad de:

- a) Dictar falta de mérito,
- b) Si el caso lo permite, promover la conciliación, criterio de oportunidad o remisión del caso.
- c) Si el caso lo permite, dictar la sanción que corresponde.
- d) Si el caso amerita ser investigado, para recopilar más medios de convicción, el juez deberá sujetar a proceso judicial al adolescente, a través del auto de procesamiento, en el cual se pronunciará sobre la medida de coerción más apropiada.

- e) En todos los casos de detención por flagrancia o por orden judicial, el juez deberá pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de la detención del adolescente.

En caso, de que el juez dicte auto de procesamiento, el mismo deberá cumplir con los requisitos siguientes:

- a) Denominación del juzgado que lo dicta, e identificación del proceso.
- b) Lugar y fecha,
- c) Datos de identificación personal del adolescente;
- d) Enunciación de la imputación necesaria, o sea, los hechos que se le atribuyen,
- e) Valoración jurídica de los medios fácticos de convicción recibidos hasta ese momento y tipificación del hecho; indicando qué motivos tiene el juzgador para decidir, es ese caso en concreto, que sujeto a proceso judicial al adolescente.
- f) Si procede, hace la valoración jurídica y fáctica de las medidas de coerción más adecuada.
- g) Fundamento legal, cita de artículos y leyes aplicables al caso.

- h) Parte resolutive, donde se indicará como mínimo: la legalidad o ilegalidad de la detención, si se sujeto o no ha proceso penal, en virtud de atribuírsele un hecho calificado por la ley penal como delito o en su caso la falta de mérito y orden de libertad; la medida de coerción por aplicar, con el objetivo de cumplir los fines generales del proceso.
- i) Notificar la resolución, así como la forma y plazo en que el adolescente o abogado defensor pueden recurrirla.

El auto que establece el procesamiento y la medida de coerción debe ser motivado, por tal razón el juez tiene que argumentar su decisión en base a las valoraciones fácticas y jurídicas que realice. Sus argumentos deben ser claros, precisos y sencillos, utilizando un lenguaje comprensible para el adolescente. La valoración jurídica, debe ser sustantiva y procesal, sustantiva de acuerdo con el tipo penal, según los principios de legalidad y de libertad de acción y procesal, según los presupuestos establecidos por la Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia para aplicar las medidas de coerción.

CONCLUSIONES

1. En los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia a menudo se transgreden los derechos y garantías de los niños y adolescentes, dejando por un lado el interés superior del niño y adolescente, cuando en realidad este interés tendría que ser lo primordial que se tiene que observar en los procedimientos de adolescentes en conflicto con la ley penal.
2. La entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia no ha sido suficiente para respetar estos derechos y garantías que le son inherentes a la persona como parte de sus derechos humanos, a pesar que contiene los elementos suficientes para la protección a los derechos y garantías de los niños y adolescentes.
3. En la actualidad las diferentes instituciones que son las encargadas de administrar la justicia en Guatemala, no se encuentran fortalecidas, para el cumplimiento de la debida de protección integral de la niñez y la adolescencia, quedando el sistema judicial guatemalteco desprovisto de efectividad al momento de la aplicación de la ley penal en los casos en concreto.
4. En materia de derechos de la niñez y la adolescencia existen una serie de principios rectores que al momento de realizar un análisis jurídico respecto a casos concretos se logra establecer que se ha omitido la observancia de ellos

dentro de los procedimientos en los que se van a establecer derechos y garantías de niños y adolescentes.

5. Dentro de los procesos de adolescentes en conflicto con la ley penal existe una violación inminente al principio jurídico del debido proceso, puesto que al momento de emitirse una resolución no se han observado los derechos que poseen las personas solo por el hecho de estar siendo sometidas a un proceso judicial.

RECOMENDACIONES

1. Que el estado de Guatemala a través de la Procuraduría de los Derechos Humanos, vele porque no se incumpla con los derechos y garantías que protegen a los menores de edad sujetos a un proceso penal; creando las instituciones ordenadas por la ley, para que con ello se proteja el interés superior del niño y adolescente.
2. La Corte Suprema de Justicia debe colocar a personas especializadas en la materia a cargo de los procedimientos de adolescentes en conflicto con la ley penal, para el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías de los niños y adolescentes establecidos en la Ley de Protección Integral de la niñez y la adolescencia.
3. Para que el sistema judicial guatemalteco y las deferentes instituciones reguladas dentro de la normativa penal se apliquen con apego al principio jurídico del debido proceso, es necesario su fortalecimiento por medio de la difusión de la normativa penal y específicamente de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

4. La Corte Suprema de Justicia debe velar que en los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, en cada procedimiento en donde intervienen niños y adolescentes se cumpla con la observancia de los principios jurídicos que conlleva en si el concepto derechos y garantías de la niñez y adolescencia.

5. Para que en los Juzgados de la Niñez y Adolescencia se respete la aplicación del principio jurídico del debido proceso, en los procedimientos se debe observar la existencia de los presupuestos legales desde el inicio de un procedimiento de adolescentes en conflicto con la ley penal.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTON ONECA, José **Derecho Penal, Parte General**. 2a. ed.; Madrid, España: (s.e.), 1986.
- BACIGAPUL E. **Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica**. Revista del foro canario No. 89, (s.l.i.); (s.e.); (s.f.).
- BARBEL INHELDER\JEAN PIAGET. **De la lógica del niño a lógica del adolescente trat. De María Teresa Cevasco**. Barcelona, (s.e.), 1985.
- BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo. **Derecho procesal penal guatemalteco**. Ed. Magna Terra. Guatemala: 1995.
- BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo. **Derecho y democracia**. Ed. Del Organismo Judicial, Guatemala: 1991.
- BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho**. Fondo de cultura económica. ed., 8a. Reimpresión; México: 1983.
- BORJA, Emiliano. **La inimputabilidad de los menores de edad, en inimputabilidad y responsabilidad penal especial de los adolescentes transgresores de la ley**. Guatemala, proyecto implementación de la CDN, Organismo Judicial UNICEF 2001.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Manual de derecho penal español**. Ed. P.G. Barcelona, España: 1984.
- CANTARERO. **La responsabilidad civil y el menor inimputable, en un derecho penal del menor**. Buenos Aires, Ed. jurídica cono sur, 1992.
- CRUZ PRADO \ GUTIERREZ, Francisco. **El cambio de paradigma, en violencia de género, derechos humanos e intervención policial, San José, Costa Rica, programa regional de capacitación contra la violencia doméstica**. Alto comisionado de derechos humanos para las naciones unidas, (s.e.), 2002.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal. 1T. 18a. Ed.**; España: 1981
- Fundación Mirna Mack, **Autoría y participación criminal, selección de materiales**. Guatemala: (s.e.), 1997.
- GARCÍA MORALES. **La detención de los jóvenes en conflicto con la ley penal**. Guatemala. OJ – UNICEF - junio 2,000.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **Panorama del proceso penal.** México, Ed. Porrúa, 2a. ed., 2004.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. **Teoría jurídica del delito derecho penal, parte general.** España: (s.e.), 1984.

MANUAL DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, **Ginebra Suiza, fondo de las naciones unidas para la infancia.** 2001.

Ministerio Público. **Manual del fiscal.** Publicaciones del Ministerio público. Guatemala; 2001.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal, parte general.** 5ª. ed.; Barcelona: (s.e.), 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito.** 2a. ed.; Colombia: (s.e.), 2004.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Derecho penal, parte general.** Barcelona España: (s.e.), 1986.

SÁNCHEZ GARCÍA. **Minoría de edad penal y derecho penal juvenil, estudios de derecho penal.** (s.l.i.); (s.e.); (s.f.).

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. **Política criminal.** Madrid; 5ª. ed.; (s.e.); (s.f.).

Legislación:

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

Código Penal de Guatemala. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 17-73.

Código Procesal penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 51-92.

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

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