

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

**LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN DEL JUEZ DE LA NIÑEZ Y LA
ADOLESCENCIA**

CARLOS OCTAVIO ENRÍQUEZ MENA

GUATEMALA, JUNIO 2010

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

LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN DEL JUEZ DE LA NIÑEZ Y LA
ADOLESCENCIA

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CARLOS OCTAVIO ENRÍQUEZ MENA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio 2010

**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. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciriaiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Enextón Emigdio Gómez Meléndez
Vocal: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Secretario: Lic. Rafael Morales Solares

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ana Mireya Soto Urizar
Vocal: Lic. Jorge Alejandro Córdova Herrera
Secretario: Lic. David Sentés Luna

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).



Alveño & Asociados
Lic. Marco Aurelio Alveño Ovando
Abogado y Notario

Guatemala 30 de mayo de 2008

Señor Jefe de la Unidad de la Asesoría de Tesis
Lic. Carlos Manuel Castro Monrroy
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Atentamente le informo que conforme al nombramiento emitido por esa casa de estudios, procedí a asesorar la tesis elaborada por el estudiante **Carlos Octavio Enríquez Mena**, intitulado **"LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN DEL JUEZ DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA"** por lo que hago de su conocimiento lo siguiente:

1. La tesis antes identificada tiene el carácter técnico y científico que permite al Bachiller Carlos Octavio Enríquez Mena sustentar el examen público para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, teniendo en consideración que el tema se abordó con conocimiento de la materia y con la investigación necesaria para exponerlo con propiedad.
2. Para la realización de esta tesis se utilizó el método científico adecuadamente, lo que permitió someter a prueba las hipótesis propuestas y obtener conclusiones y recomendaciones satisfactorias. Se utilizó correctamente los métodos inductivo, deductivo, analítico y sintético. Con la aplicación de estos métodos se extrajo la información de documentos e instituciones públicas y se obtuvieron resultados que son expuestos en cuatro capítulos. El primer capítulo contiene una reseña histórica de la evolución de los derechos de la niñez y la adolescencia. El segundo capítulo contiene un estudio minucioso de los conceptos y definiciones que permiten entender el problema de estudio. El tercer capítulo esboza una secuencia de los casos más comunes de conflicto de competencia y sugiere las soluciones posibles, teniendo como fundamento la ley nacional e internacional, criterios judiciales y la experiencia personal. En el último capítulo se realiza un




Alveño & Asociados
Lic. Marco Aurelio Alveño Ovando
Abogado y Notario

estudio de sentencias judiciales en las que se compara criterios en diferentes
judicaturas de la república.

3. La contribución científica de esta tesis consiste en la delimitación de la jurisdicción del juez de la niñez y la adolescencia, lo que permite crear un marco de acción para el juez de esta materia. Este aporte puede ser útil para los profesionales del derecho y para los usuarios del sistema de justicia que deben acudir ante esta judicatura. Además se realizó una investigación responsable que dio como resultado el análisis de los principios que inspiran los derechos de la niñez y adolescencia, una definición propia de derechos de la niñez y adolescencia y la propuesta de incluir en la legislación vigente una norma que establezca que en caso de duda debe atenderse los derechos que mejor favorezcan al niño o adolescente.
4. El contenido de la tesis, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada se ajusta a los requerimientos del tema y las tendencias actuales del derecho.

En virtud de lo anterior expuesto apruebo el trabajo que asesoré y en consecuencia rindo dictamen favorable, ya que el mismo cumple con los requisitos que exige el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Atentamente,


Licenciado Marco Aurelio Alveño Ovando
Abogado y Notario
Col: 2161

Marco Aurelio Alveño Ovando
ABOGADO Y NOTARIO



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MALVINA BEATRIZ ARMAS ESPAÑA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CARLOS OCTAVIO ENRIQUEZ MENA, Intitulado: "LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN DEL JUEZ DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA".

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


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



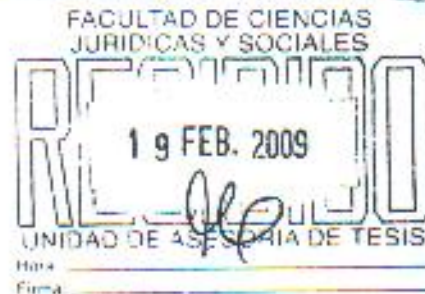
cc. Unidad de Tesis
CMCM/ragm

Licenciada Malvina Beatriz Armas España
Abogada y Notaria



Guatemala 28 de octubre de 2009.

Señor Jefe de la Unidad de la Asesoría de Tesis
Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Atentamente informo a usted que procedí a revisar la tesis elaborada por el estudiante **Carlos Octavio Enríquez Mena**, intitulado "**LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN DEL JUEZ DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA**" por lo que hago de su conocimiento lo siguiente:

1. El estudiante Enríquez Mena en mi opinión realizó el trabajo en forma acertada. El tema investigado es de importancia pues su contenido amplía el conocimiento sobre el tema, resaltando su abordaje en materia histórica para describir con profundidad la evolución del abordaje de los derechos de la niñez y adolescencia y explicar el por qué de su planteamiento actual, basado en las necesidades de transformación que implican los acuerdos de derechos humanos que han integrado el marco jurídico de nuestro país.
2. El sustentante del presente trabajo utilizó los métodos inductivo y deductivo para estudiar el tema y obtener resultados particulares de los conocimientos generales y viceversa. Además utilizó el método científico apropiadamente para la selección y tratamiento de la información contrastando elementos teóricos con hechos fácticos de la realidad vigente en el tema de niñez y adolescencia, para luego someter a prueba los resultados que posteriormente lo llevaron a conclusiones y recomendaciones con respecto al tema estudiado.
3. El aporte científico de esta tesis consiste en la delimitación de la jurisdicción del juez de la niñez y la adolescencia, lo que permite crear un marco de acción para el juez de esta materia. Este aporte puede ser útil para los profesionales del derecho y para los usuarios del sistema de justicia que deben acudir ante esta judicatura. Además se realizó una investigación responsable que dió como resultado el análisis de los principios que inspiran esta materia, una definición propia de derechos de la niñez y adolescencia y la propuesta de incluir en la

Licenciada Malvina Beatriz Armas España
Abogada y Notaria



legislación vigente una norma que establezca que en caso de duda debe atenderse los derechos que mejor favorezcan al niño o adolescente, lo que puede ser útil para dirimir cualquier conflicto de competencia no previsto en esta tesis.

4. El contenido del trabajo de tesis se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que debe cumplir, de conformidad con la normativa correspondiente. La metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones son congruentes y consistentes entre sí. La bibliografía utilizada se ajusta a los requerimientos del tema y las tendencias actuales como a los autores consagrados del derecho.

Por tanto considero que al haber finalizado la etapa de revisión del trabajo de tesis antes identificado, me permito emitir DICTAMEN FAVORABLE, en virtud de que el trabajo de tesis cumple con todos los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público

Atentamente,

Licenciada Malvina Beatriz Armas España
Abogada y Notaria

MALVINA BEATRIZ ARMAS ESPAÑA
ABOGADA Y NOTARIA
Col: 2242

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dieciocho de mayo del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CARLOS OCTAVIO ENRÍQUEZ MENA, Titulado LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN DEL JUEZ DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/slh.



DEDICATORIA

- A Dios: Esencia de vida sin la que nada existiría.
- A la Universidad de San Carlos y al pueblo de la República de Guatemala: De quienes me reconozco deudor.
- A Lety, mi madre: Quien hizo el más inspirador ejemplo de abandono de sí misma y me dio el apoyo necesario para llegar a este día.
- A Carlos, mi padre: Quien ha estado constantemente preocupado, en los días más intensos, que preceden a éste.
- Iris Elena, mi compañera de viaje: Ahora colega y con quien hemos compartido desde los estudios hasta el milagro de la paternidad. Por los años que nos quedan por venir.
- Danna Lua, mi pequeña mejor amiga: Por el amor cotidiano y la paciencia que ha tenido durante los años de estudio y por los juegos que compartimos.
- A mis hermanos, Edgar y Luz: Por los viejos y dorados días de la infancia, sueños que forjaron nuestros destinos y ahora permanecen en la distancia. Por el perdón y el amor.
- A David, Argelia y Lucía: Otros padres en mi vida.
- Manuel y Víctor: Los hermanos de la infancia.
- A los compañeros del 36: Por ser el medio para una nueva vida.
- A Herber R: El padrino.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Evolución histórica de los derechos de la niñez.....	1
1.1 Cronología de instrumentos internacionales en protección de la infanto-adolescencia.....	4
1.2 De la situación irregular a la protección integral.....	4
1.2.1 Doctrina de la situación irregular.....	5
1.2.2 Doctrina de la protección integral	11
1.2.3 Evolución histórica de los derechos de la niñez en Guatemala.....	14
1.3 El Código de Menores.....	14
1.4 El Código de la Niñez y la Juventud	16
1.5 La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia	19

CAPÍTULO II

2. Definición de jurisdicción, competencia y derechos de la niñez.....	21
2.1 Jurisdicción.....	21
2.1.2 Jurisdicción especializada del juez de la niñez y la adolescencia	23
2.2 Competencia.....	25
2.3. Definición de derechos de la niñez.....	28
2.3.1 Naturaleza jurídica.....	28
2.3.2 Análisis y síntesis del concepto.....	31

	Pág.
2.4 Derecho comparado de la definición de niñez y adolescencia en América Latina.	38
2.5 Construcción del concepto.....	39
2.6 Principios del derecho de la niñez.....	40

CAPÍTULO III

3. Relación del derecho de la niñez con otras materias.....	43
3.1. Derechos de la niñez y derecho de familia.....	43
3.2. Ley para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia Intrafamiliar.....	57
3.3. Aspectos adjetivos.....	65
3.4 Derechos de la niñez y derechos civiles (patrimoniales).....	68
3.5 Derechos de la niñez y derechos humanos.....	70
3.6. Derechos de la niñez y derecho penal.....	72
3.7 Derechos de la niñez y derecho constitucional.....	74
3.8 Derechos de la niñez y derechos laborales.....	75

CAPÍTULO IV

4. Análisis comparativo de sentencias judiciales.....	79
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	95

INTRODUCCIÓN

Esta investigación pretende establecer de manera concreta cuáles son los límites de la jurisdicción del juez de la niñez y la adolescencia y otros jueces que en sus gestiones pueden afectar derechos de niños, niñas y adolescentes que son sometidos a su conocimiento.

El objetivo de esta investigación es crear una herramienta técnica científica, que permita conocer los límites de acción del juez de esta materia. Esta herramienta debe estar a disposición de aquellas personas que por su profesión o por las circunstancias, deben acudir ante los juzgados de la niñez y adolescencia.

En el diseño de la investigación se plantearon dos hipótesis de trabajo: a) los derechos de la niñez es una rama emergente del derecho con independencia de las otras materias ya que posee los elementos necesarios para serlo, b) los derechos de la niñez por su evolución histórica son parte integrante de los derechos humanos. Ambas hipótesis fueron comprobadas en de la investigación que devino cada vez más compleja e interesante.

El problema afrontado es la inseguridad que existe en el juez y usuarios, que desconocen quién es competente cuando se trata de actuar en protección de los niños, niñas o adolescentes. La respuesta a priori es que debe ser el juez de la niñez y adolescencia, pero cuando se trata, por ejemplo, de pensiones alimenticias, negación de asistencia económica, derechos laborales de los menores de edad, derechos constitucionales de los niños y el maltrato infantil ¿a quién corresponde la competencia?. A mayor práctica el problema es más complejo ya que un niño como sujeto de derecho, juega varios roles dentro de la sociedad, así como sus padres pueden ser sus representantes legales, administradores de bienes, responsables de su educación y también, pueden convertirse en sus victimarios. Esa complejidad se ve reflejada al resolver el problema de fondo, los jueces y usuarios pretenden pronunciamientos que afectan otras materias del derecho como la tutela legal, la

sucesión hereditaria, inscripción extemporánea en los registros públicos y muchas más.

La investigación se estructuró de la siguiente forma: en el capítulo uno se estudió la evolución histórica de los derechos de la niñez y adolescencia. En el capítulo dos se profundizó en la definición de los conceptos más importantes. En el capítulo tres se elaboró una relación sistemática entre los derechos de la niñez y adolescencia y otras materias del derechos, para proponer de esta forma, una delimitación armoniosa dentro del sistema de justicia y en el capítulo cuatro se realizó una secuencia comparativa de sentencias judiciales del 78 por ciento de los jueces de la materia.

La metodología empleada fue la siguiente: a) inductiva, que permitió partir de conocimientos generales para arribar a conocimientos particulares, b) deductiva, permitió arribar a conocimientos concretos, a partir de conocimientos generales, c) Analítico, con él se descompuso el todo en sus partes para obtener un conocimiento detallado del problema y sus manifestaciones, d) sintético, con el cual se redujo la complejidad del análisis a conclusiones específicas; lo que permitió hacer posteriores recomendaciones. En general, el trabajo se realizó empleando el método científico, por lo que se partió de conocimientos empíricos, la identificación de un problema, la formulación de hipótesis que fueron sometidas a comprobación y así se obtuvieron conclusiones demostrables. Las técnicas empleadas fueron: a) derecho comparado con los cuales se obtuvieron comparaciones que permiten contrastar la legislación nacional con la de otros países; b) sistematización de casos los cuales fueron presentados en forma comentada; estos casos fueron recabados de los expedientes y archivos de los juzgados; c) análisis de sentencias judiciales, las cuales fueron proporcionadas en los archivos de la Procuraduría General de la Nación.

Para el análisis interpretativo se privilegió la doctrina de la protección integral, por ser la regente en la actualidad, incluida en la mayoría de legislaciones del mundo y apoyada por las naciones unidas.

CAPÍTULO I

1. Evolución histórica de los derechos de la niñez

Los derechos de la niñez tienen su primer antecedente formal en la Declaración de Ginebra, que fue “aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924, redactada por Eglantyne Jebb fundadora de la organización internacional Save the Children”¹.

Años después, las Naciones Unidas aprobaron en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, implícitamente, incluía los derechos del niño, sin embargo, posteriormente se llegó al convencimiento que las necesidades particulares de los niños debían estar especialmente enunciadas y protegidas. Por ello, “la Asamblea General de la ONU, aprobó en 1959 la Declaración de los Derechos del Niño”².

Paralelo a esto, se creó el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para los niños (UNICEF) con funciones de organismo especializado y permanente para la protección de la infancia (denominándolo oficialmente Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia).

Los Estados signantes de la declaración, coincidieron que los niños del mundo debían estar protegidos por sus sociedades y gobernantes, atendiendo a un decálogo de principios que constituyó el ideal para la protección y cuidado de los niños de la tierra, delimitando la niñez hasta los 18 años de edad o antes si así lo establecen las legislaciones internas. A esta etapa el doctor Fernando Velásquez se refiere como “etapa de prepositivación”³ en la que se da la afirmación filosófica de los derechos del niño, como derechos naturales.

Fue hasta 1997 cuando el Estado de Polonia presentó al pleno de las Naciones Unidas

¹ Velásquez, Fernando. **Módulos sobre los derechos del niño en Guatemala**. Pág. 35

² Ibid.

³ Ibid.

una propuesta escrita para crear un cuerpo normativo unificado y coherente, que sirviera de instrumento en la protección de los derechos del niño. Con esta propuesta se intensificó la discusión del tema en los foros internacionales. La Comisión para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas creó el grupo de trabajo abierto para la cuestión de una convención sobre los derechos del niño, en el que se discutió la propuesta de Polonia.

Dos años después, el ocho de marzo de 1989 la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, aprobó el texto final de la Convención sobre los Derechos del Niño y lo remitió a la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde fue signado el 20 de noviembre de 1989.

Esta Convención es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante, por medio del cual los Estados parte adquieren el compromiso de reconocer que los niños y niñas son sujetos de derechos, especialmente de derechos humanos y que estos deben ser respetados con carácter obligatorio y coercitivo.

La Convención establece estos derechos en 54 Artículos y dos protocolos facultativos en los cuales identifica los derechos humanos básicos de los niños y niñas tales como: el derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección contra influencias peligrosas, los maltratos y la explotación y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social. Los principios fundamentales de la Convención son la no discriminación, la dedicación al interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo y el respeto por los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas.

Al aceptar las obligaciones de la Convención, las naciones se han comprometido a proteger y asegurar los derechos de la infancia y han aceptado que se les considere responsables de este compromiso ante la comunidad internacional. Los Estados parte de la Convención están obligados a estipular y llevar a cabo todas las medidas y

políticas necesarias para proteger el interés superior del niño. La Convención sobre los Derechos del Niño reúne los derechos humanos de la infancia que estaban articulados en otros instrumentos internacionales. Esta Convención articula, a su vez, los derechos de un modo más completo y proporciona una serie de principios rectores que conforman el concepto fundamental de justicia infantil.

La recopilación y clasificación de los derechos humanos de la niñez, ofrece los medios necesarios para que todos los seres humanos desarrollen su pleno potencial. La Convención además de establecer los principios básicos que sirven de base a la realización de esos derechos, exige la prestación de recursos, aptitudes y contribuciones específicas, necesarias para asegurar al máximo la supervivencia y el desarrollo de la infancia. También exigen la creación de mecanismos para proteger a la infancia contra el abandono, la explotación y el maltrato.

La Convención Sobre Derechos del Niño, es en consecuencia, la objetivación de los principios filosóficos que fueron reconocidos en la Declaración de los Derechos del Niño; a esta fase, el doctor Fernando Velásquez la identifica como “etapa de especificación”⁴, en la que se reconocen al niño, niña o adolescente, derechos humanos específicos, congruentes con su desarrollo físico, moral y espiritual.

Entre la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y la Convención Sobre Derechos del Niño de 1989 existen 30 años de diferencia. Al estudiar la Convención se observan cambios que hacen transitar a los derechos de la niñez de enunciados ideales a compromisos de Estado (Los Estados parte se comprometen a presentar a las Naciones Unidas, informes cada dos años, de las medidas adoptadas para la aplicación de la Convención en sus respectivos países).

Además de continuar con los enunciados de la Declaración de Derechos del Niño, en la Convención se reconoce una serie de derechos que no habían sido valorados previamente: el derecho intrínseco a la vida, lucha contra los traslados ilícitos de niños

⁴ Ibid. Pág. 2

al extranjero, derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan y la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le concierna. El niño tiene libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, libertad de pensamiento, de conciencia y muy especialmente de religión, aunque no sea la misma que profesan sus familiares. Ningún niño será víctima de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, la de su familia, su domicilio o correspondencia. Los niños cuyos padres trabajan tienen derecho a beneficiarse del servicio de guardería de los Estados y otros.

1.1 Cronología de instrumentos internacionales en protección de la infanto-adolescencia

- La Declaración de los Derechos del Niño (Sociedad de las Naciones, 1924).
- La Carta Fundacional de la ONU -Carta de San Francisco- (1945).
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
- La Declaración de Derechos del Niño (1959).
- El Año Internacional del Niño, que inicia la discusión a nivel, mundial, sobre la situación de la infancia y sus derechos (1979).
- La Convención sobre los Derechos del Niño (1989).
- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985).
- Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores privados de Libertad (1991).
- Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1990).

1.2 De la situación irregular a la protección integral

En esta etapa de la investigación se estudiarán las doctrinas que marcan la historia de esta materia. La mal llamada doctrina de la situación irregular, como la califican algunos autores, es un intento de los estados por proteger a los niños que se

consideraban en riesgo, esto creó una exclusión de aquellos niños que eran considerados en situación irregular.

Se percibe en esta etapa histórica, el deseo de aislar al niño que representaba un peligro o riesgo (a quien denominaban menor) de la sociedad, por lo que proliferan los internados, orfanatorios o escuelas internas con ello se pretende la rehabilitación o reinserción de los niños. Los centros son considerados como lugares de exclusión y marginación al que llegan aquellos niños que han salido del sistema de tutela familiar y deben llegar a esas instituciones como última alternativa.

Surge en contra de estas prácticas, la llamada doctrina de la protección integral que es producto del reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Ambas corrientes serán expuestas de forma sucinta en esta etapa de la investigación.

1.2.1 Doctrina de la situación irregular

El primer antecedente científico que se conoce, es la llamada doctrina de la situación irregular, que ha generado prolíferas discusiones que cuestionan si realmente es una doctrina o si únicamente se trata de prácticas generalizadas que reproducían patrones de pensamiento. Con respecto a esta discusión el profesor Emilio García Méndez arguye: “En el mundo jurídico se entiende por doctrina, el conjunto de la producción teórica elaborada por todos aquellos de una u otra forma están vinculados con el tema desde el ángulo del saber, la decisión o la ejecución. Los avances en la doctrina, aparecen invariablemente acompañados por contradicciones y discrepancias”⁵.

La doctrina de la situación irregular, cuyo origen data de fines del siglo XIX da lugar a la creación del primer Tribunal de Menores de la historia. Nace en Estados Unidos como una reacción de la sociedad hacia los niños y jóvenes que provocaban algunas dificultades por su situación de pobreza. Esta nueva dimensión jurídica le otorga a la

⁵ García Méndez, Emilio. **Derechos de la infancia-adolescencia en América Latina**. Pág. 170

infancia una posición desconocida que se caracteriza por la intervención del Estado para hacerse cargo, a través de tutores o instituciones en sustitución de la familia biológica, de niños y niñas con problemas sociales como mendicidad, trabajo precoz, falta de escolaridad, de capacitación, de modelos familiares normales, es decir, de la infancia privada de políticas sociales que beneficien su desarrollo y garanticen los derechos a la salud, educación, a la protección familiar y social.

Se debe mencionar que la proliferación de niños en las calles, en los Estados Unidos fue consecuencia de la industrialización y de este fenómeno surge la necesidad de resolver el problema de los niños desprotegidos: “Este nuevo enfoque específico del desajuste social, producto de un modelo de desarrollo basado en la exclusión, es decir, en la incapacidad política de universalizar los servicios básicos (salud, educación) tenía en la nueva figura del juez de menores el centro de irradiación de las prácticas concretas.”⁶.

Dentro de este planteamiento, generado por un movimiento moralista denominado Los Salvadores del Niño, surge la necesidad de invisibilizar a quienes arruinan el modelo de desarrollo sin necesidad de la existencia de delitos, sino por la situación de calle o desprotección. Para delimitar la acción del Estado en sus políticas tutelares se creó el concepto de situación irregular, de esto se deriva la necesidad de defender a la sociedad de los posibles delincuentes. “La tutela es el reemplazo que se arroga el Estado como nuevo padre público por considerar que la familia o grupo encargado de la disciplina no es el adecuado. Esta función la ejerce a través del juez de menores, quien acorde a lo demandado, institucionaliza a niños y niñas por tiempo indeterminado. La legislación de América Latina se caracteriza por dividir el mundo de la infancia en niños (socialmente correctos) y menores (conjunto de niños excluidos de la escuela, familia, salud y protección). El criterio de internación se basó en la presunta peligrosidad o riesgo de los menores, situación que invariablemente terminaba en la institucionalización como mecanismo de defensa social”⁷.

⁶ Ibid. Pág. 7

⁷ Platt, Anthoni. **Los salvadores del niño. La invención de la delincuencia.** Pág.23

Esta manera tan limitada y excluyente de reconocimiento de la niñez y de la adolescencia, por parte de la doctrina de la situación irregular, condujo a que las políticas y el concepto de protección social fueran dirigidas exclusivamente a los niños, niñas y adolescentes pobres, generando restricción de sus derechos por ser considerados en riesgo.

El resto de las acciones estatales, que tenían como beneficiarios a los niños y niñas, eran gobernadas por objetivos más bien relacionados con la sobrevivencia y eran consideradas como parte de las prioridades de salud pública o de la educación, que como el cumplimiento de derechos específicos reconocidos a la niñez y la adolescencia. “La garantía de las necesidades por parte de los estratos altos fue vista como una responsabilidad de carácter privado mientras que la de los niños que forman parte de los segmentos de menores ingresos, tanto en la provisión de programas compensatorios destinados a paliar las carencias derivadas de la escasez de recursos, como por medio de medidas consistentes en la separación de los niños de su entorno familiar cuando los tribunales y los organismos administrativos de bienestar infantil determinan que se encuentran en situaciones de alto riesgo. De este modo, se legitiman formas concretas de intervención estatal en la vida de las familias de los sectores populares, mismas que asumen la forma de un paternalismo protector en el que a menudo se confunden los abordajes propios del asistencialismo con funciones más afines a la vigilancia y control”⁸.

En la doctrina de la situación irregular, se entiende que el niño (a quien se denominado menor) es un objeto y en su etapa de desarrollo no debe tener derechos, menos aún cuando está afectado por situaciones sociales.

Bajo esta doctrina, los niños tienen amplias posibilidades de ser captados por el sistema de control social punitivo de las instituciones, la situación se agrava con la intervención del Estado, judicializando a la infancia por problemas sociales, lo que

⁸ Pilotti, Francisco. **Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto.** Pág.9.

equivale a decir que se les incorpora al sistema judicial de menores por temas que en otros ámbitos son de la esfera privada o en todo caso de políticas sociales (salud, educación, recreación). Este menor es asimilable a la idea de la discapacidad, de la falta, de la carencia, de la peligrosidad y de un futuro delincuente.

La doctrina de la situación irregular, tuvo una amplia difusión en América Latina, donde las consecuencias de la institucionalización fueron y son deplorables. Además, el encierro indeterminado provocó más vulnerabilidad y deterioro que los problemas sociales que generaron su origen.

La característica de este modelo se organizó a partir de la “judicialización de los problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo, con una clara tendencia a patologizar situaciones de origen estructural, centralizando el poder de decisión en la figura del juez de menores con competencia omnímoda y discrecional que se tradujo en una negación explícita y sistemática de los principios básicos y elementales del derecho, incluso de aquellos contemplados por la propia constitución nacional como derechos de todos los habitantes”⁹.

De esta forma la pobreza se criminaliza, es decir, se le otorga un potencial de peligrosidad a partir de las condiciones socio-económicas de los niños, a quienes se presume delincuentes. Allí surge un espacio novedoso para el control social, esta vez formal, dejando en manos del Estado el cuidado o protección de niños y jóvenes que no tenían acceso a una socialización normal. Este modelo de explicación y abordaje acerca de los problemas sociales que desencadenan los niños pobres, se disemina rápidamente por todo América y por varios países europeos dando lugar a un nuevo enfoque acerca de quién, cuándo y bajo qué circunstancias debe actuar en nombre de la tutela de un sujeto nuevo en el derecho que se caracteriza expresamente por tener pocos años y pertenecer a un sector social empobrecido. La pobreza es una característica común en esta nueva justicia, la que surge para responder a ese problema social a través de una nueva institucionalidad.

⁹ García Méndez, Emilio. **Ob Cit.** Pág. 7

Al convertir los problemas sociales en situación de riesgo y abandono, dejaron de ser problemas económicos y sociales estructurales para ser conductas de responsabilidad individual. De esta manera se sanciona a familias pobres y parte del castigo es la separación de sus hijos. “En situaciones de desamparo la institucionalización jurídica y asistencial dirige su acción de protección hacia los menores, disponiendo la internación de los mismos, prescindiendo de considerar que los problemas que motivaron su intervención afectan al grupo familiar en su conjunto; por ello no intentan acciones dirigidas a restaurar la situación familiar ni a reconstruir los lazos afectivos intrafamiliares, sino que apelan más bien al desgaste de la relación materno-filial mediante la separación, la limitación de visitas, lo cual finalmente provocará la ruptura entre padres e hijos”¹⁰.

El maestro Emilio García Méndez en su ensayo Legislaciones Infanto-Juveniles en América Latina, ya citado, demuestra como antes de la Convención, todas las legislaciones de menores se inspiraban sin excepción en la doctrina de la situación irregular. Una doctrina que, aunque vagamente formulada, marcó decisivamente las legislaciones de menores de nuestro continente, otorgándole cuatro rasgos principales:

- Crea el concepto de menor, en el cual concentra la existencia de niños que vienen al margen de la escuela, la familia y la salud, y los divide de los niños y adolescentes que sí disfrutaban de sus derechos.
- Centralización del poder de decisión en la figura del juez de menores con competencia absoluta y discrecional.
- Consideración del niño (llamado menor) como objeto de protección
- Criminalización de la pobreza, disponiendo internamientos por motivos vinculados a la carencia de recursos materiales.

Parafraseando a García Méndez, la doctrina de la situación irregular, a pesar de que es considerada formalmente por la mayoría de los Estados latinoamericanos, como una corriente obsoleta, que no responde a las exigencias de la vida social de los niños en la

¹⁰ Bisig Elinor, María Inés: **Abandono de menores, un enfoque jurídico-sociológico**. Pág.54

actualidad.

A pesar de que la mayoría de países de la región adoptaron la Convención sobre Derechos del Niño desde la década de los ochenta, mantenían en sus legislaciones ordinarias códigos que se basaban en la doctrina de la situación irregular hasta finales de la década de los noventa, lo que constituía un conflicto de leyes en un mismo Estado; este fue el caso de Guatemala que mantuvo el Código de Menores hasta el año 2003 y que además prolongó en el interior de sus funcionarios o empleados públicos, el sustrato de esta tendencia de pensamiento, lo que generó enormes dificultades para llevar a la práctica el contenido de la Convención.

Por último, García Méndez hace una exposición de los factores políticos y sociales que permitieron la subsistencia de la doctrina de la situación irregular en Latinoamérica que son los siguientes.

- a. “El conservadurismo jurídico corporativo, el cual define como la omnipotencia del Juez en las decisiones judiciales, lo que traduce las normas en sugerencias. Este punto se vio resaltado en la última etapa de esta corriente, cuando se combinó con el principio de Interés superior del niño protegido, lo que permitía al juzgador anular o ignorar derechos vigentes de los sujetos procesales.
- b. El decisionismo administrativo: con este rasgo, hace alusión a las decisiones políticas coyunturales que afectan la función jurisdiccional; es decir, una ingerencia de las decisiones administrativas de los gobernantes lo que relega la función judicial a segundo plano.
- c. El basismo de la atención directa: este rasgo se refiere a la acción de grupos no gubernamentales generalmente, que se dedican a brindar atención a casos aislados o a grupos con características particulares como niños en la calle, drogadicción, huérfanos. Etc.
- d. gubernamentales generalmente, que se dedican a brindar atención a casos aislados o a grupos con características particulares como niños en la calle, drogadicción, huérfanos. Etc. Sin embargo el más riguroso al criticar esta doctrina es el historiador

Philippe Aries quien califica la doctrina de la situación irregular como: “fantasma ideológico o mito seudojurídico, la llamada doctrina de la situación irregular que introduce una cultura socio jurídica de la protección-represión, con mecanismos punitivo-asistenciales”¹¹.

1.2.2 Doctrina de la protección integral

Después de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, realizada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989, el enfoque sobre la niñez y la adolescencia adquirió una importancia y vitalidad que nunca antes había alcanzado, aún cuando los temas relacionados con la sobrevivencia de la niñez y de la adolescencia venían siendo punto importante de la agenda mundial.

La razón por la cual este tema adquirió tal significación fue que la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoció a este grupo social como un sujeto de derecho, integrante de una comunidad jurídica.

La noción de niñez, como ha señalado Francisco Pilotti: “es una construcción histórico-estructural que surgió a partir de la modernidad, particularmente gracias al proceso de individualización y a la construcción del Estado, pero fue desarrollada más bien desde sus aspectos funcionales: necesidades biológicas y cognitivas, más que desde el reconocimiento de su especificidad sociopolítica. Desde el punto vista científico-racional, no es casualidad que haya sido construida principalmente por la medicina, la educación y la psicología, quienes centraron su preocupación en los aspectos objetivos de la niñez”¹².

Con respecto a la protección integral Tejeiro López ha dicho que " se encuentra en la búsqueda de la proyección general del niño y el adolescente como entes éticos, el

¹¹ Ariel, Philippe. **El niño y la vida familiar en el antiguo régimen**. Pág. 34.

¹² Pilotti, Francisco. **Ob Cit.** Pág. 9

desarrollo de su misma personalidad en términos de sus potencialidades”¹³.

La definición de este autor está dirigida, sin duda, al objeto final de la protección como acción dirigida a un grupo social determinado. Interesaría además, formular una definición de protección integral a niños y adolescentes que incluya las funciones y acciones intrínsecas de su ser socio-jurídico. A partir de la expansión de la democracia como forma política viable, se instala la discusión acerca de la necesidad de incluir a los niños en el legado moderno de persona.

Esta nueva visión de la infancia es un paso importante en la humanidad. La mayoría de Estados la aprobó aún cuando es muy difícil hacerla positiva. La nueva doctrina plantea la necesidad de reconocer al niño como sujeto de derechos, cuya etapa vital necesita protección y atención especiales, además del respeto de todas las garantías de las que goza cualquier ciudadano. Insta a atender el interés superior como categoría indispensable, en toda decisión acerca de los niños, para lo que se debe contar con su participación. Los niños y niñas que se encuentran en situación de vulnerabilidad social deben ser debidamente atendidos y protegidos por el estado, para lograr su desarrollo eficaz. “Del menor como objeto de compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos, es la expresión que mejor podría sintetizar sus transformaciones. La Convención constituye un instrumento jurídico para el conjunto del universo de la infancia”¹⁴.

Dentro del nuevo enfoque humanista, el niño es un portador y titular de derechos que deben ser reconocidos, en cualquier situación y sobre todo cuando ingresa en el sistema de justicia. En éste se incorporan todas las garantías procesales y el debido proceso a través de una justicia específica para aquellos adolescentes que infringen la ley penal.

La doctrina de la protección integral pretende materializarse en todos los niños, niñas y

¹³ Lopez, Tejeiro. **Teoría general de la niñez y adolescencia**. Pág. 65

¹⁴García Méndez, Emilio. **Ob.Cit.** Pág. 7

adolescentes, sin ninguna distinción entre los que gozan de mejor posición social y quienes viven condiciones de marginación, a quienes ahora reconoce como sujetos de derechos y pueden participar y ser oídos en todas las decisiones que los involucren. El niño se transforma en un nuevo ser social, que es reconocido como un igual y a la vez más protegido por la etapa vital que atraviesa. Cuando las circunstancias afecten sus derechos debe recibir atención especial, respetando su procedencia, su familia, su comunidad y necesidades, sin que opere ninguna acción estatal que conculque sus derechos en nombre de la protección o interés superior. Esta es la visión de integralidad que permite que un ser humano se desarrolle plenamente, procurando que sus necesidades individuales, materiales, afectivas o espirituales sean satisfechas.

La función del Estado dentro la doctrina de protección integral, tiene como finalidad reparar los derechos conculcados del niño para que continúe en su pleno goce. Conmina al Estado para que conserve una mirada humanista especialmente desde el punto de vista de los derechos humanos, teniendo en cuenta el respeto a la dignidad de los niños, niñas y adolescentes. El concepto dignidad tiene una especial trascendencia cuando se afrontan casos concretos y debe siempre tenerse presente como parte de la doctrina de la protección integral; es un concepto que tiene lugar en el siglo XX, traducándose en norma a través del derecho internacional. La Iglesia Católica aportó una definición de dignidad; refiriéndose a ella como una condición intrínseca a la cualidad humana, independientemente de la conducta del sujeto; la cual fue acogida por grandes grupos de miembros de esa religión que se dedican a la asistencia de niños y niñas en situación de riesgo.

La dignidad es un atributo de los seres humanos, por lo que fue necesario construirla como objeto de un derecho específico que la proteja, que la reconozca, que la considere y no la viole. Al respecto el autor Héctor Gross Espiell al realizar una definición de este concepto indica que “la dignidad humana es objeto y base de una concepción común de derechos humanos.

Es un concepto entrañablemente unido a ellos y en consecuencia, inseparable de su

naturaleza, declaración, promoción, respeto y protección, pero no es lo mismo. La dignidad humana implica un reconocimiento de que todos los seres humanos, iguales entre sí, de igual dignidad ontológicamente hablando y que ésta se integra con todos los derechos humanos, los civiles, los políticos, los económicos y sociales”¹⁵.

Por último, se concluye, que la doctrina de la protección integral es un presente en construcción y representa el futuro al que pretendemos acceder, si se trabaja firmemente en su desarrollo.

1.2.3 Evolución histórica de los derechos de la niñez en Guatemala

En esta fase de la investigación, se estudiará la historia jurídica y social de los derechos de la niñez y la adolescencia. Se recurrirá tanto a leyes nacionales como internacionales, para crear un verdadero marco jurídico que se presenta en forma cronológica hasta llegar a la legislación vigente.

1.3 El Código de Menores

El primer antecedente histórico de derecho de la niñez en Guatemala, es el Código de Menores, que reproducía la doctrina de la situación irregular. Estuvo vigente desde 1979 hasta mediados del 2003. De acuerdo con un informe elaborado en el año 2002 por la Misión de Verificación de las Naciones Unidas para Guatemala, la aplicación de este Código presentaba las siguientes características: No delimita claramente las diferencias entre jóvenes transgresores y niños en situación de peligro y abandono. A consecuencia de ello, varias de sus disposiciones no son compatibles con la dignidad y derechos humanos fundamentales que la Constitución actual y los tratados sobre derechos humanos reconocen y garantizan para todas las personas, sin discriminación en razón de su edad. En forma global, el régimen que establece este Código incluye a los menores de 18 años dentro de una categoría que no los reconoce como sujetos de derecho, considerándolos “menos personas y objetos de una actividad protectora

¹⁵ Gross Epiell, Héctor. **La dignidad humana en los instrumentos de derechos humanos**. Pág. 34

estatal, sin límites jurídicos establecidos por la ley”¹⁶.

Agrega en el informe ya citado, que no hay una definición clara de menores en situación irregular, lo que permite que en la práctica no se establezcan diferencias entre los niños, niñas y adolescentes que son víctimas de maltrato, abandono, delitos u otras violaciones a sus derechos fundamentales, por una parte, y quienes son adolescentes transgresores de la ley. También es propenso al castigo de niños y adolescentes que encuadra en conductas irregulares.

Durante muchos años, el Código de Menores fue denunciado por activistas de derechos humanos en el país, así como observadores y académicos en el extranjero. La Coordinadora de Organizaciones no Gubernamentales para la Defensa de la Niñez expuso que el Código de Menores vigente y otras leyes de aplicación a niños y niñas no se ajustaban a esta doctrina, ni a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por esa particular situación, se encuentran en una situación altamente vulnerable, ya que si el enfoque de gobierno cambia, ellas tendrán que responder a esas directrices.

Destaca también el informe presentado por Param Coomaraswamy, en su calidad de relator especial de las Naciones Unidas, quien afirmó en relación al Código de Menores, que este coloca a todos los menores necesitados de asistencia o supervisión gubernamental en la misma categoría de los que han observado conducta irregular.

Según el Artículo 5 del Código de Menores, los menores de edad que incurrir en conducta irregular, incluyen a los niños de la calle, los menores que han cometido delitos violentos y los menores a quienes sus familias han abandonado o hecho víctimas de abusos. De este modo, cualquiera de esos niños puede ser internado por un juez de menores.

¹⁶ Coordinadora institucional de las organizaciones no gubernamentales. **Segundo informe independiente de las organizaciones no gubernamentales sobre el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.** Pág. 11

Se ha denunciado que en el 95% de los casos, cualquiera que sea la situación del niño, el juez ordena su detención en un centro de observación, durante ocho días, y fija una audiencia en un plazo de 45 días. Los niños carentes de antecedentes criminales se colocan junto con menores que han cometido delitos, poniendo en peligro su integridad mental y física.

La vigencia del Código de Menores se prolongó por tanto tiempo, que parecía un absurdo jurídico; así lo percibió la Misión de Verificación de los Derechos Humanos en Guatemala en el informe de niñez donde expone: “la regulación de la situación de las personas menores de edad por el Código de Menores y por la Convención sobre los Derechos de la Niñez, dio lugar a un fenómeno que ha sido denominado esquizofrenia jurídica; es decir; vigencia simultánea de dos leyes, que regulando el mismo tema, resultan de naturaleza antagónica”¹⁷.

1.4 El Código de la Niñez y la Juventud

Este cuerpo normativo, fue el primer intento de adoptar en la legislación guatemalteca un instrumento legal, acorde a la doctrina de protección integral y a la Convención sobre los Derechos del Niño, vigente en el país. De esa cuenta, en el año 1996 en medio de un fuerte debate público, el Congreso de la República de Guatemala aprobó el Código de la Niñez, que inmediatamente fue impugnado ante la Corte de Constitucionalidad por varios sectores de tradición conservadora como: ex integrantes del ejército, partidos políticos de derecha y algunas iglesias.

En contraposición, se gestaron los movimientos de la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales y grupos de izquierda, apoyados por la Unión Europea, Unicef y la Misión de Verificación de los Derechos Humanos en Guatemala. El debate político fue dominado por los sectores conservadores y en consecuencia, los Magistrados de la Corte de Constitucionalidad dictaminaron la existencia de varias inconstitucionalidades

¹⁷ Programa de Naciones Unidas Para el Desarrollo/Guatemala. **Sobre el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.** Pág. 36

y ordenaron suspender su vigencia hasta enmendar los errores.

A pesar de la fuerte inversión que representó el Código de la Niñez y la Juventud, no fue posible para sus defensores lograr su vigencia. La sociedad guatemalteca se encontraba viviendo el cese de hostilidades entre el ejército y la insurgencia armada. Ese mismo año se firmó los acuerdos de paz entre los grupos en conflicto, pero la vigencia del Código de la Niñez y la Juventud se interpretó como un triunfo de la izquierda por la opinión pública, que aún aplicaba los paradigmas de la guerra fría. Prueba de ello es que siete años después, se aprobó la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia que no aporta más que cambios formales y menores en el texto, conserva la esencia del Código de la Niñez y la Juventud y en la mayoría de los capítulos transcribe literalmente su redacción.

El viacrucis legal que sufrió el Código de la Niñez y Juventud, fue muy bien descrito en el Segundo Informe Independiente de Organizaciones no Gubernamentales el cual se incluyen en su parte conducente, porque ilustra de muy buena forma la conmoción que generó en la sociedad, la posibilidad de una ley acorde a la doctrina de la protección integral y que mantuvo como expectativa el debate sobre la potestad de los padres de educar y corregir a sus hijos contra la injerencia del Estado en la formación de los niños.

El Estado de Guatemala a través del Organismo Legislativo aprobó el 26 de septiembre de 1996, por medio del Acuerdo 78-96, el Código de la Niñez y la Juventud, estipulando que su entrada en vigencia sería el 27 de septiembre de 1997, en sustitución del Código de Menores. No obstante varias organizaciones de gobierno manifestaron estar listos para la vigencia del código, el Organismo Judicial adujo falta de presupuesto, a pesar del apoyo que ofrecieron organismos y agencias internacionales de cooperación. Adicionalmente, una fuerte campaña de desinformación que grupos conservadores y económicamente poderosos opositores al código, provocó que el Congreso de la República pospusiera su entrada en vigencia para el 27 de marzo de 1998.

La suspensión de la vigencia del Código estuvo marcado tanto por la falta de voluntad

política del gobierno, como por una campaña de desinformación y tergiversación de los grupos opositores. A pesar de que en 1997 el gobierno de la república presentó al comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, el segundo informe de avances en el cumplimiento de la convención sobre los derechos del niño, en donde reconoce la necesidad de la aprobación del código, en marzo de 1998 se concretiza la suspensión de su vigencia y la pospone para el 27 de septiembre de 1998, decisión de alto nivel que pasa por alto los procedimientos establecidos por la Comisión de la Mujer, el Menor y la Familia del Congreso de la República. Las verdaderas razones para esta suspensión se desconocen; sin embargo, algunas se vinculan con la cercanía de las elecciones políticas de 1999 y los intereses del partido en el poder. El 27 de septiembre de 1998, nuevamente el Congreso pospone la vigencia del Código hasta el uno de marzo del año 2000, aduciendo la necesidad de una nueva prórroga a efecto de que se logre llegar a los consensos necesarios.

Durante el año de 1999 se formó dentro del Congreso de la República de Guatemala una comisión especial de seguimiento y se intentó desarrollar un proceso de análisis, discusión, y reformulación con los sectores interesados y opositores, sin llegar al consenso. En noviembre de 1999, el Movimiento Social por los Derechos de la Niñez y la Juventud con el sector religioso, conforman una mesa de consenso, la cual logra que se presente ante la Comisión citada una propuesta del Código.

Tras las elecciones generales realizadas en 1999, asumen la mayoría de los escaños en el Congreso, diputados del Frente Republicano Guatemalteco, quienes suspenden nuevamente la vigencia del código, esta vez por tiempo indefinido. Esto, a pesar de haberse demostrado técnicamente que su vigencia e implementación era posible; de los compromisos que Alfonso Portillo, candidato del Frente Republicano Guatemalteco, entonces presidente de la república, había asumido en noviembre de 1999 cuando firmó las Agendas Mínimas Sectoriales donde se comprometía a ponerlo en vigencia; y de la recomendación del señor Param Comarasquamy, y de la señora Ofelia Calcetas Santos: “a) El Código de la Niñez y de la Adolescencia y la Ley sobre la Adopción deberían aprobarse y aplicarse sin más demora...En general, las repercusiones de la no

aprobación del código nuevamente sitúan en posición de desventaja y riesgo a los niños y niñas guatemaltecos, en relación a los intereses de los grupos de poder que se manifestaron opuestos al mismo”¹⁸.

No obstante las luchas sociales y los compromisos gubernamentales ante la comunidad internacional, el Código de la Niñez y la Juventud nunca fue positivo en Guatemala y ahora solo se conserva como un antecedente histórico.

1.5 La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia

Después del fracaso del Código de la Niñez y la Juventud, la comunidad internacional continuó presionando al gobierno guatemalteco para que demostrara voluntad de cambio en sus instituciones, que permitiera aplicar las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, vigente en el país desde mayo de 1990. En tal virtud, en el mes de junio del año 2003 el Congreso de la República de Guatemala aprobó el Decreto 27-2003, el cual está vigente hasta hoy.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia es un cuerpo legal dividido en dos partes; la primera dedicada a la protección a los derechos de la niñez y la adolescencia conocida como derechos tutelares de la niñez y la adolescencia y la segunda al proceso de enjuiciamiento de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Para esta investigación se estudia únicamente la primera parte para ser congruentes con la delimitación del tema. La parte dedicada a la protección de los derechos humanos conculcados o amenazados a niños, niñas o adolescentes está contemplada del Artículo 1 al 131 y puede ser dividida para su estudio en tres partes:

1. Derechos sustantivos: Enumeración de principios y normas abstractas contenidas del Artículo 1 al 79.
2. Disposiciones organizativas: Que establecen las políticas e instituciones gubernamentales que velaran por la protección de los derechos de la niñez y

¹⁸ Ibid. Pág 23

adolescencia de la república, del Artículo 80 al 108.

3. Derechos Adjetivos: Los que regulan las normas procesales que se aplican en la protección y restitución de los derechos de la niñez y la adolescencia, contenidos en los Artículos 109 al 131.

En la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, encontramos nuevamente los principios contenidos en la Declaración de Derechos del Niño y posteriormente regidos en la Convención de esta materia. Al ser transportado a la legislación guatemalteca, estos principios adquirieron caracteres particulares a nuestro país y sobre todo la obligación de coincidir con la visión de país que se consagra en la Constitución Política de la República. La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia es la culminación de un proceso legislativo que inició con un decálogo de principios concebidos en la Declaración de Derechos del Niño, pasando por la Convención Sobre Derechos del niño para concluir en una ley de carácter ordinario en nuestro país; sin embargo, lo más destacable de ésta, es la creación de las instituciones públicas encargadas de realizar lo estipulado y especialmente los juzgados de la niñez y la adolescencia; y la creación de un proceso preestablecido para la aplicación de las normas y garantías mínimas que deben observar los juzgadores.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia fue definida como: “un instrumento de integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos”¹⁹.

¹⁹Ecpat Internacional. **Fortalecimiento de la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes ante la Explotación Sexual Comercial en Centroamérica.** Pág. 52.

CAPÍTULO II

2. Definición de jurisdicción, competencia y derechos de la niñez

Resulta necesario estudiar estas tres definiciones, para poder hacer una correcta delimitación de la competencia por razón de la materia, en el caso de derechos de la niñez y adolescencia o bien, cuál es el límite de la jurisdicción del juez de la niñez y la adolescencia.

2.1 Jurisdicción

Etimológicamente, el vocablo jurisdicción proviene del latín *iurisdictio*, que se encuentra integrado por las voces *iuris*, que significa derecho, y *dicere*, que alude a decir, declarar, dar. Desde este punto de vista, la jurisdicción puede ser concebida como: “la facultad de declarar el derecho”²⁰.

Sin embargo, la facultad de declarar el derecho, “tiene un campo de acción muy extenso, pues se refiere también al legislativo y al ejecutivo, por cuanto dar o declarar el derecho es reglamentar las relaciones sociales, sea creándolo o aplicándolo”²¹. En sentido práctico del derecho no es válida esta discusión ya que constitucionalmente corresponde al Organismo Judicial con exclusividad la potestad de impartir justicia, sin embargo doctrinariamente si ha existido la discusión, como indica Carnelutti al manifestar “esa potestad corresponde, no sólo al juez sino a toda persona cuya declaración posea el carácter de fuente del derecho”²².

Al respecto de la jurisdicción, el doctrinario Antonio Di Dorio expone: “Debe entenderse a la jurisdicción como una de las manifestaciones de la potestad del Estado que ha de ser ejercida por órganos independientes, determinados con antelación a la cuestión que les habrá de ser sometida a su consideración y especializados en la particular función

²⁰ Azula, Juan. **Introducción al estudio del derecho** Pág.131

²¹ Ibid.

²² Carnelutti, Francesco. **Derecho procesal civil** Pág.156

que se les ha encomendado: que no es otra que dar satisfacción o tutela a los intereses jurídicos relevantes de los justiciables mediante la justa aplicación del derecho. En segundo lugar, debe entenderse que la jurisdicción sólo es posible ejercerla mediante el proceso, que nace cuando se conjugan dos poderes jurídicos de naturaleza constitucional: la acción de las partes y la jurisdicción del juez, de modo que éste viene a ser, de alguna manera, tanto el ejercicio y desarrollo del poder jurídico de la acción como de la jurisdicción. Por lo tanto, cualquier definición que pretenda darse de la jurisdicción, debe conjugar, necesariamente, todos estos factores”²³.

Couture al discernir sobre la jurisdicción, hace referencia a lo difícil que es en la práctica la aplicación del concepto por sus múltiples significados, afirmando que en el derecho de los países latinoamericanos este vocablo tiene, por lo menos, cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del Poder Público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia”²⁴.

Pese a la posible confusión, generada por los diferentes significados que se acostumbra atribuirle a la jurisdicción, es preciso definirla desde un enfoque jurídico que aporte mayor certeza de su significado, en ese sentido se propone la definición aportada por Marcos Solís Valdivia quien define la jurisdicción como: “la potestad dimanante de la soberanía popular, que ha sido asumida por el Estado como consecuencia directa de haber restringido la posibilidad de que los particulares se hicieran justicia por su propia mano, que es indispensable, junto con el poder correlativo de la acción, para constituir válidamente el proceso, único mecanismo por el cual se la ejerce, a través de órganos esencialmente independientes, determinados con antelación a la cuestión que les habrá de ser sometida a su consideración y especializados en la tutela judicial de los intereses jurídicos de los particulares, mediante la justa aplicación de la ley y el derecho al caso concreto”²⁵.

²³ Canelutti, Francisco. **Lineamientos de la teoría general del derecho procesal**. Pág. 26

²⁴ Di Dorio, Antonio. **Introducción al estudio del derecho** Pág. 27

²⁵ Couture, Eduardo. **Nociones fundamentales sobre jurisdicción y competencia**. Pág. 3

2.1.2 Jurisdicción especializada del juez de la niñez y la adolescencia

Por la naturaleza misma del derecho de la niñez, que no solo necesita de sensibilidad humana sino de una formación académica especializada para los jueces y auxiliares de la administración de justicia, en ese sentido un juez de la niñez debe conocer el derecho internacional y nacional vigente, las fases del desarrollo psicológico del niño y el adolescente, su nivel cognocitivo desde la formación académica; es decir conocimientos básicos de pedagogía. Debe conocer el rol social del niño en la familia y los diferentes tipos de familia que componen una sociedad y la doctrina de la protección integra así como la doctrina de la situación irregular, entre otras cosas.

A todo esta exigencia de conocimientos, se le denomina desde la doctrina una jurisdicción especializada. El jurista Guillermo Cabanellas define así: “Especializada: Singularidad, particularidad, condición privativa. Conocimientos teóricos o prácticos de índole genuina en una ciencia o arte. Intensificación del estudio o del ejercicio en alguna de las ramas concretas de la Enciclopedia Jurídica y de las actividades conectadas con ella”²⁶.

Posteriormente expone: “Este criterio de clasificación de la jurisdicción tiene relación estrecha con el relativo a la jurisdicción especial o especializada. Más que tratarse de una clasificación de materias, esta división es de los asuntos que se ventilan a través de la función jurisdiccional, y se enfoca al contenido del proceso y no al proceso mismo. Es decir, se refiere más a la naturaleza de los litigios que de los procesos. Todo esto provoca una distribución de funciones, de competencias. Ello ocasiona que en algunos sistemas los tribunales se dividan en civiles y penales, en otros sistemas hay además tribunales laborales, administrativos, fiscales, mercantiles, clasificaciones todas basadas en la naturaleza del conflicto o litigio y que redundan en una especialización sustantiva la cual, en términos generales, es de gran utilidad y que se funda, como ya lo hemos dicho, en un criterio de división del trabajo”²⁷.

²⁶ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Pág. 547

²⁷ Ibid. Pág. 548

Eduardo Pallares, en su diccionario de derecho procesal civil define: Jurisdicción Especial. “Extraordinaria o privilegiada, es la que se ejerce con limitación a asuntos determinados o respecto de personas que están sujetos a ella, como por ejemplo la jurisdicción militar, la mercantil, la del trabajo, etc. Esta clase de jurisdicción es la que da lugar a los diversos fueros que existen y existían con mayor abundancia en la legislación colonial. Respecto de la jurisdicción privilegiada, rige el principio de que en caso de duda, debe decidirse a favor de la jurisdicción común”²⁸.

Por las razones acotadas, si el juez (o jueza) de la niñez desconoce aspectos esenciales en la formación del niño y su rol dentro de la sociedad, puede incurrir en equivocaciones de apreciación que provoquen traumas en el desarrollo de los niños que son presentados ante su competencia. Se ha visto jueces de esta materia que recurren a la institucionalización como un castigo a los padres, por su supuesta negligencia; que confrontan a los niños para que digan la verdad aunque esto signifique declarar en contra de sus padres y por ende causarle un sentimiento de traición a sus seres queridos y otros tantos ejemplos que exigen que un juzgador de esta materia tenga conocimientos teóricos y prácticos como psicología infantil, pedagogía, pediatría básica, trabajo social, sociología, fisiología y derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

Con esa intención, la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia incluye el Artículo 100 que establece algunos requisitos para ser juez de la niñez: “Para ser juez o magistrada de la niñez y la adolescencia, se deberá reunir los requisitos exigidos por la Constitución Política de la República. Además, tener amplios conocimientos y experiencia en derechos humanos de la niñez y la adolescencia”.

Esta es la mejor oportunidad para acotar, que la norma citada tiene buenas intenciones pero no fue exhaustiva al detallar el perfil profesional del juez de la niñez por lo que en la práctica no ha tenido ninguna injerencia en el nombramiento del juez y personal

²⁸ Pallares, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**, Pág. 509 y 510.

auxiliar de los juzgados de la niñez y la Adolescencia.

2.2 Competencia

Del latín *competere*, que tiene doble traducción, primero: pertenecer, corresponder (asociado a *competere*), y segundo exigir (asociado a *competir*). Etimológicamente la competencia es la correspondencia para que alguien pueda exigir o pedir lo que le corresponde y que ha sido pretendido por otro.

Esta acepción etimológica, implica que la competencia es una atribución del poder del ejercicio de la actividad jurisdiccional realizada por el juez, ante quien acude el ciudadano en calidad de sujeto procesal para exigir que le reconozcan sus derechos en particular.

La competencia conlleva derechos y obligaciones a quien la ostenta, ya que debe aplicar la ley sin considerarse superior a ella y cumplir con los deberes que la ley le impone, no puede delegarla, transferirla ni rehusarla únicamente en los casos y con los procedimientos que la ley establece. Para definir la competencia es importante atender a la doctrina procesal y sus expositores:

Eduardo Couture define: "La competencia es la medida de la jurisdicción asignada a un órgano del poder judicial, a efecto de la determinación genérica de los asuntos en que es llamado a conocer por razón de la materia, de la cantidad y del lugar"²⁹.

Hugo Alsina define como: "La competencia es la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado"³⁰.

Francisco Carnelutti "La Competencia es el poder propio del oficial de justicia para

²⁹ Couture, Eduardo **Fundamentos del derecho procesal civil**. Pág. 34

³⁰ Alsina, Hugo. **Instituciones del proceso civil**. Pág. 76.

ejerger la jurisdicción del caso”³¹.

Usando como elementos de interpretación las definiciones anteriores, se entiende que la competencia es la limitación de la jurisdicción que corresponde a los funcionarios del Organismo Judicial facultados para administrar justicia (sin importar su jerarquía) y que todo juez o magistrado tiene jurisdicción para conocer cualquier asunto sometido a los órganos jurisdiccionales, pero no necesariamente competencia, esto lo afirma Eduardo Coutoure al manifestar que: “los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia para conocer en un determinado asunto”³²

De cuanto hemos tenido la oportunidad de estudiar, puede concluirse que la competencia no es más que el poder o facultad que, habiéndose requerido la actuación jurisdiccional del Estado, por ministerio de la ley, es atribuida a un determinado órgano perteneciente al poder judicial y no a otro, para decidir un particular asunto que (atendiendo a las circunstancias referidas a la materia, cuantía, territorio o por expresa asignación de ley), es sometido a su consideración y, de ser necesario, hacer ejecutar lo que ha sido decidido por él. También existe la cuantía por razón de grado que es aquella que faculta la existencia de instancias superiores que puedan confirmar o revocar la resolución impugnada.

Para proceder a la delimitación de la competencia, por razón de la materia, vamos a estudiar su definición y clasificación desde los autores básicos del derecho procesal.

El doctor Mario Aguirre Godoy clasifica de la siguiente forma:

a) “Por razón del territorio: Es la más ostensible, pues por razón de la extensión territorial de los Estados, resulta más cómoda la administración de justicia, dividiendo el territorio estatal en jurisdicciones, que por lo general coinciden con las divisiones político-administrativa. De este modo se ve favorecido el elemento humano de los

³¹ Carnelutti, Francisco. **Ob Cit.** Pág. 33

³² Couture, Eduardo. **Ob. Cit.** Pág. 4

Estados, que se encuentra repartido en las parcelas administrativas de las naciones. Entonces como los jueces tiene plena jurisdicción en su territorio, la ejercerá sobre las personas allí domiciliada y sobre las cosas allí situadas.

b) Competencia por razón de la materia: En el mismo imperativo de la división de trabajo y la diversidad de litigios en cuanto a su naturaleza, hace que por categorías se agrupen aquellos que tienen mayor analogía, apareciendo así, los penales, los civiles, los mercantiles, los laborales, etcétera; que dan origen a una nueva división de la competencia por razón de la materia. Habrá entonces jueces, con la misma competencia territorial, pero con distintas competencias por razón de la materia.

c) Competencia por razón de grado: Se da en los sistemas de organización judicial con varias instancias, para la revisión de las decisiones, en virtud de los recursos oportunos.

d) Competencia por razón de la cuantía: La importancia económica de los litigios, determina mayores formalidades procesales, para unos juicios y conocimiento diverso, en cuanto a tribunales jerárquicos. La necesidad motiva esta clase de competencia.

e) Competencia por razón de turno: Esta denominación sugiere el comentario del procesalista Hugo Alsina, al referirse a jueces de la misma competencia a quienes se les fija determinados días para la recepción de las causas nuevas, a fin de hacer una distribución equitativa del trabajo, entre los mismos.

Así un juez, no obstante ser competente para conocer una causa, debe negarse a intervenir si es iniciada fuera del turno que le ha sido asignado³³.

En consecuencia la competencia de los Juzgados de la niñez es la siguiente:

a) Por razón de territorio: Por razón de territorio la competencia está determinada en los

³³ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil**. Pág. 90-91

Decretos 28-2003 y 29-2003 de la Corte Suprema de Justicia en los que crea los nueve juzgados de la niñez y la adolescencia actualmente activos.

b) Por razón de la materia: Se puede ubicar como derechos de la niñez y la adolescencia.

c) Por razón de grado: En calidad de primera instancia.

d) Por razón de la cuantía: No se establece cuantía.

e) Por razón de turno: En algunos municipios de Guatemala existen los juzgados de primera instancia penal de turno, quienes fueron creados según Acuerdo 3-2006 de la Corte Suprema de Justicia y conocen en jornada extraordinaria de trabajo.

Con la delimitación anterior, se establece el ámbito de acción de del juez de la niñez y la adolescencia quien, como se estudia en la doctrina, a pesar de haber sido investido con jurisdicción, debe respetar los límites a los que está restringida la misma, por lo que es necesario que exista en la ley, de forma expresa, una demarcación del camino que el juez de la niñez y adolescencia puede transitar.

2.3. Definición de derechos de la niñez

Puede parecer innecesario acceder a las definiciones de esta materia, pero resulta importante cuando se pretende tomar una postura científica y no asistencialista con respecto al tema. En múltiples oportunidades instituciones abordan el tema de niñez y no necesariamente derechos de la niñez como una rama de la ciencia del derecho; con esto se obtienen muchas subjetividades que dependen de la tendencia ideológica de cada institución o investigador y muchas veces se perciben sentimentalismos y parcialidades que se apartan del rigor científico y académico de la materia.

2.3.1 Naturaleza jurídica

Para generar un concepto de esta materia, analizaremos la discusión teórica sobre su naturaleza jurídica y los elementos que la componen:

Sin llegar a un consenso entre las corrientes que discuten sobre los derechos humanos; la lid entre su origen o naturaleza se extiende a los derechos de la niñez, como especificación de los primeros. Es decir, para explicar la existencia y naturaleza de los derechos humanos, diferentes juristas, filósofos y sociólogos han asumido una posición que se resume a tres posturas: la iusnaturalista, la historicista y la ética; cada una con suficientes argumentos y potentados expositores. Para conocer mejor las posturas se utilizará como base el texto realizado por Fernando Velásquez.

La postura iusnaturalista expone, que los derechos de la niñez (como parte de derechos humanos) son inherentes a la condición de ser humano y no requiere de su reconocimiento por parte de los Estados, o normativas internacionales. Son propios de la naturaleza del ser y se adquieren desde la concepción. No son atributo del ciudadano o la nacionalidad y deben ser respetados en cualquiera de las circunstancias en que estén en riesgo; no importa si es como migrantes, hijos o hijas de convictos o prófugos, personas en tránsito, con enfermedades contagiosas o terminales o cualquier condición que pueda generar discriminación ya sea racial, económica, por preferencias sexuales u otros. Los principales promotores de esta doctrina son Antonio Truyol y Sierra, Gregorio Peces-Barba, Norberto Bobbio y Antonio Fernández Galiano, este último se cita: “Derechos que ostenta la persona como reflejo subjetivo de un orden normativo natural”³⁴.

“La postura historicista considera que los derechos humanos (y entre ellos se refiere a los derechos de la niñez) son productor de la evolución de las sociedad y que estas batallas se van afirmando en el ordenamiento político y jurídico de las naciones. En decir, que los derechos que contemporáneamente se reconocen dentro del universo de los derechos humanos son resultado de reclamaciones históricas como puede ser la libertad relativa a la abolición de la esclavitud, la igualdad relativa al derecho del voto de las mujeres o la justicia a la revolución francesa. Con lo anterior pretenden establecer los historicistas que los derechos de la niñez son producto del desarrollo humano y no producto espontáneo de la esencia humana. La estructura del pensamiento historicista

³⁴ Fernández Galiano, Antonio. **Derecho Natural, introducción filosófica al derecho**. Pág. 133.

se trasluce en la definición aportada por Manuel Peris: el concepto y formulación de los derechos humanos se ha ido decantando a través de la historia a partir del núcleo teórico mas amplio de humanidad, entendida esta no en su apoyo sentimental, sino como un proceso de autoconciencia, mediante el cual se ha objetivado la esencia del hombre como un concepto unitario y abstracto, los derechos humanos se fundamentan no en la naturaleza humana, sino en las necesidades humanas y en las posibilidades de satisfacerlos dentro de la sociedad; por lo tanto la temática de los derechos humanos está en función de los valores constituidos en una comunidad histórica completa y de los fines que ella misma pretenda realizar, siempre que se respete como principio ineludible la propia esencia de la dignidad de la persona humana como fin de sí misma”³⁵.

La corriente ética o axiológica, según lo expuesto por Fernando Velásquez, puede concretarse en los siguientes términos “el origen o fundamento de estos derechos (humanos) nunca puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico. El derecho (me refiero siempre al derecho positivo) no crea los derechos humanos, su notable labor, sin la cual el derecho humano no tendría plena efectividad, está en reconocerlos, convertirlos en normas jurídicas y garantizarlos también jurídicamente.”³⁶.

Ahora bien, la discusión sobre su naturaleza jurídica no termina, ya que existe otra postura paralela que propone definir su naturaleza jurídica como una corriente nueva de derecho. “Algunos de estos tratadistas son González García, Sergio Mico y Emilio García Méndez que aseguran que los derechos para los niños son los derechos de un adulto menor”³⁷

La discusión teórica sobre la naturaleza jurídica de los derechos de la niñez, se encuentra inconclusa, ya que no existe acuerdo entre los ponentes; sin embargo como parte de esta investigación proponemos una postura conciliatoria, que permita servirnos de soporte para identificar la delimitación de la competencia material de los jueces de la

³⁵ Velásquez, Fernando. **Ob. Cit.** Pág. 4.

³⁴ Ibid.

³⁷ Ibid.

niñez. En ese sentido se afirma que los derechos de la niñez, son inherentes a la persona, por el solo hecho de ser un ser humano; que estos se afirman a través de la historia como resultado de pequeñas o grandes batallas que libran las sociedades para alcanzar aquellos anhelos que les inspiran, como la dignidad, la libertad, la justicia, la igualdad, el respeto a las minorías, la atención especial a seres con necesidades especiales y otros; entre ellos la niñez.

Se puede afirmar entonces, que los derechos humanos de la niñez, tienen su origen en la evolución histórica de los derechos humanos pero aspira a ser un derecho nuevo e independiente en el ordenamiento jurídico de las naciones.

Una prueba de esta afirmación, es que no existen juzgados de derechos humanos, más que las cortes internacionales, pero si existe en la mayoría de Estados, jueces especiales en materia de niñez, lo que puede inducir a concluir que los derechos de la niñez empiezan a tomar ventajas sobre los derechos humanos en general y especialmente independencia.

2.3.2 Análisis y síntesis del concepto

En la búsqueda de un concepto, de derechos de la niñez se descompondrá el todo en sus partes para después unirlo, ya con elementos que aporten una definición, además se cotejará y ampliará con los conceptos existentes en la doctrina.

Niñez. Para la Real Academia de la Lengua Española, la infancia es un periodo de la vida humana que se extiende desde el nacimiento hasta la pubertad, y según la Convención Sobre Derechos del Niño, es la etapa comprendida desde el nacimiento hasta a los 18 años de edad; sin embargo la niñez es más que una etapa en la vida de la persona, debe entenderse integralmente desde un enfoque sociológico, filosófico, psicológico e histórico; así lo dijo García Méndez “la historia de la niñez es la historia de

su control³⁸. Para internarse en la historia de la percepción social del niño y la niña, existe una magistral investigación denominada: La Historia de la Infancia. Se incluirá una breve reseña sobre sus acotaciones: durante la edad media no estaba claramente definido el concepto de infancia o de niñez. Después del destete (a los dos años de edad) se trataba a los niños esencialmente como si fuesen adultos en miniatura, este es uno de los mas marcados rasgos de ese periodo histórico en el que da por ejemplo, la ropa para niños era del mismo estilo de la de los adultos; y la mayoría de niños entre dos y siete años de edad hacían una buena parte del trabajo obligatorio en el hogar, según su sexo. Después de los tres o cuatro años de edad, los niños intervenían en los mismos juegos, usaban los mismos juguetes y escuchaban los mismos cuentos que eran comunes entre los adultos. Ningún esfuerzo se realizaba para proteger al niño del mundo de los adultos, de manera que observaban y escuchaban casi todo lo que no era propio de ellos. Los niños se reunían jubilosamente con los adultos en celebraciones hogareñas y en festivales de la comunidad; jugaban a los naipes y a los dados, comían y bebían y escuchaban las conversaciones y chistes sociales de los adultos. En varias pinturas que investiga Aries hay niños debajo de las mesas mientras los padres están borrachos.

Existen pinturas que describen el mundo de la lujuria, en la que también están presentes los niños. La investigación está destinada a mostrar la evolución de la niñez también como un largo proceso; algunas prácticas para cuidar al infante pretendían fortalecerlo y se denominaban endurecimiento; prácticas que probablemente contribuyeron al incremento de la tasa de mortalidad infantil, y que consistían en sumergir repetidamente al infante en agua fría, o en envolverlo en toallas húmedas y frías; a la edad de los dos años, la mayoría de los infantes habían sido destetados y los padres comenzaban a exigirles disciplina.

La disciplina paterna era, en general, drástica, comparada con las normas disciplinarias actuales. Cita una ley del siglo XIII que aprobaba las golpizas que provocaban hemorragias y sólo reprobaban a los padres de familia en los casos en que el niño

³⁸ **Ob.Cit.** Pág.7.

moría. Aries encuentra en él, una nostalgia como investigador cuando da cuenta de otras pinturas en donde el niño aparece en el centro de la familia, es centro de atención; ahora viste ropas diferentes, pero el alto precio que pagará por esta centralidad en el retrato familiar, se traducirá en la pérdida de autonomía y en la seguida proliferación de centros de protección de la época (orfanatos, comunidades religiosas y voluntariados), desembocando en la génesis del fantasma ideológico o mito seudojurídico: la llamada doctrina de la situación irregular que introduce una cultura socio jurídica de la protección-represión, con mecanismos punitivo-asistenciales.

Adolescencia: Es una de las etapas más complejas en el desarrollo psico-social del ser humano, tiene el mayor porcentaje de riesgo en el desarrollo de la personalidad y si no se protege, al ser en esa etapa es susceptible de atravesar por graves trances que definirán el resto de su existencia como drogadicción, desorientación sexual, embarazos prematuros, asociaciones ilícitas y muchos riesgos más que pueden ser evitados con una atención especializada. Por ello es que los derechos tutelares de la niñez y la adolescencia marcan el énfasis que existe en estas dos etapas que son muy diferentes entre sí, pero ambas son etapas que requieren cuidados y protección especializada.

Se estudia a continuación, algunos rasgos de la adolescencia que deben ser tomados en cuenta para entender y definir el concepto de derechos de la niñez y adolescencia. Desde un enfoque psicológico la adolescencia es un lapso en la vida del sujeto que varía según la madures que adquiere del entorno y del propio desarrollo biológico así que puede estar comprendida entre los 12 y los 18 ó 20 años y representa una transición entre la niñez y la edad adulta. Esta percepción variable se diferencia de la definición legal que sitúa la adolescencia entre los 13 y los 18 años como en el caso de Guatemala el Artículo dos de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia hace esta clasificación y posteriormente divide a los adolescentes en dos a lo que denomina los grupos etarios.

La adolescencia entendida desde la percepción de la Real Academia Española es: a)

Una época de la vida del hombre o de la mujer en que comienzan a manifestarse caracteres como el cambio de voz, el desarrollo de las funciones genitales, etc. b). Edad que sucede a la niñez y que transcurre desde la pubertad hasta el pleno desarrollo del organismo. Se caracteriza por numerosos cambios físicos acompañados de tensión y confusión psicológica. c) Época de la vida que sigue a la infancia. Comprende varios años de la vida humana en el curso de los cuales, tanto en el hombre como en la mujer, se producen profundas modificaciones anatómicas, fisiológicas y psicológicas que permiten la transformación progresiva del niño o niña. d) Período de la edad, que sucede a la infancia, que comienza con la manifestación de la aptitud para la reproducción, y comprende desde la pubertad hasta el pleno desarrollo del cuerpo.

Etimológicamente procede del Latín, del verbo *adolescere*, que significa madurar, por lo que debe ser considerada como un proceso y no como un período de la vida humana. La psicología divide la vida humana en distintos períodos o estadios dependiendo de la época que pueden concretarse en cuatro: infancia, adolescencia, madurez y vejez.

La consideración de adolescente implica una edad cronológica diferente, según las distintas disciplinas, así por ejemplo si se estudia la historia del derecho existen antecedentes que pueden ser consultados en la historia de la infancia, a continuación se presenta un resumen.

a. Derecho romano: Dependía del desarrollo físico de cada individuo, mas siendo esta medida poco precisa y excesivamente individual, Justiniano puso fin a esta incertidumbre fijando la edad del comienzo de la adolescencia en 14 años para los hombres y 12 para las mujeres.

b. Derecho penal español: Comienza a los 15 años y termina a los 18.

c. Derecho civil español: Desde los 12 ó 14 años, dependiendo del sexo, hasta los 23 años.

d. Derecho canónico: Comienza a los 14 años para el hombre y a los 12 para la mujer, y se extiende hasta los 21 años, edad en la que comienza la mayoría de edad.

Los psicólogos identifican la adolescencia por sus manifestaciones ya que puede observarse en la persona que finaliza su infancia que después de una etapa de transparencia en la que, como niño o niña, decía lo que pensaba y expresaba sus sentimientos con poca censura, llega un momento en que empiezan a ocultar lo que sienten y a manifestarse de manera crítica, aunque todavía de forma esporádica. Estas son expresiones de la adolescencia y la atención jurídica, pedagógica, psicológica y social debe ser adecuada a la etapa de su desarrollo como ser humano.

Antiguamente, el paso de la niñez a la adolescencia era acompañado de ritos y ceremonias específicas, costumbres que siguen conservando algunas tribus marginadas de la modernidad o grupos de adolescentes en tribus urbanas que también sufren la marginación pero de las fuentes de poder político y económico.

A la adolescencia también se le acostumbra nombrar como la edad difícil, de la rebeldía o de la incompreensión, esto sólo demuestra lo desinformados y poco preparadas que están las sociedades ante el inevitable proceso de la adolescencia. Así como se descalifica una etapa inevitable y tan concreta como es la adolescencia, también se tiende a excluir y obviar en los procesos judiciales o políticas públicas donde no se acostumbra tomar acciones específicas para aprovechar el potencial de las generaciones que atraviesan esa periodo que, siendo optimistas podría también llamarse la edad de la voluntad, la fuerza o las grandes expectativas.

La adolescencia es una época de grandes y rápidos cambios, y se producen en el aspecto fisiológico y psicológico. Otros elementos a tomar en cuenta son los físicos o biológicos, conociéndolos y aceptándolos es mucho mas fácil y objetivo acercarse a un concepto de adolescencia que debe entenderse como una etapa en sí misma y no una extensión de la niñez.

La adolescencia representa biológicamente una fase intermedia que completa la de crecimiento, precediendo a la de pleno desarrollo. Los fenómenos más acusados son la evolución ósea y la evolución muscular. Se suelda las epífisis a las diáfisis y adquiere

mayor volumen el aparato locomotor en sus partes blandas (ligamentos, tendones y músculos).

Este crecimiento afecta en primer lugar a los miembros inferiores y luego al tronco. En las muchachas, las caderas se ensanchan, tomando el aspecto ginoide (hombros más estrechos y pelvis más ancha). En los muchachos el ensanchamiento del diámetro bihumeral produce el aspecto androide (hombros más anchos y pelvis más estrecha). La distribución de la grasa subcutánea se modifica. En las muchachas, el espesor de grasa se acentúa a nivel de la región glútea, de la cara interna de la rodilla y de la región perimamaria. En los muchachos es más importante a nivel de la nuca y de la región lumbar.

El hecho capital de la adolescencia, es la diferenciación sexual completa. En los muchachos se observa el desarrollo del pene, del escroto (que se pigmenta), de los testículos, del epidídimo, de la próstata y de las vesículas seminales. La maduración testicular se traduce en la aparición de las primeras erecciones completas (13 años) y por la presencia de espermatozoides maduros en el esperma (15 años). Además se produce el cambio de voz y la aparición de bello en distintas partes del cuerpo. En las adolescentes se señala como fenómeno culminante la menstruación. El desarrollo del esqueleto en ambos sexos depende del funcionalismo de las glándulas endocrinas. La mayor actividad de las glándulas suprarrenales, típica de zonas cálidas y de ambientes urbanos, es la causa de muchos casos de precocidad, aunque también influyen otros factores como la educación y la clase social de los progenitores.

La psicología también se ha esforzado en definir esta etapa del desarrollo humano y es motivo de bastos estudios que pretenden lograr la adaptación del niño a la edad adulta a través de la adolescencia. Uno de sus principales retos es la aceptación de si mismos como seres sociales en un entorno más allá del hogar, donde las reglas cambian y su posición de seres en crecimiento suele dejarlos en un papel de poca trascendencia. Especial énfasis en la vida estudiantil y constantes retos frente a la creciente tasa de desintegración familia en que suele agudizar los traumas de la adolescencia.

Para aportar al concepto de adolescencia desde la psicología, se construyó una sinapsis de la enciclopedia de ciencias psicológicas: La adolescencia, desde el punto de vista psicológico, es un período de experimentación, de tanteos y errores. El comportamiento está caracterizado por la inestabilidad en los objetivos, conceptos e ideales derivados de la búsqueda de una identidad propia.

Es una época en la que los estados afectivos se suceden con rapidez y pueden encontrarse disociados de cualquier causa aparente, aspecto que desorienta enormemente a los adultos. Existe también una fuerte tendencia a la melancolía. Suelen ser proclives a extender las consecuencias de un fracaso a todos los planos de la actividad, tendiendo al fatalismo y la obsesión ante pequeños problemas físicos pasajeros como el acné, la obesidad, anomalías en el crecimiento, etc. En muchos casos llevan un diario íntimo, que no es más que una conversación consigo mismo al no poder dialogar con alguien. El movimiento hacia los demás y la creación de pandillas es una expresión del deseo de darse a conocer o hacerse reconocer, del deseo de aprobación y de comprensión que son esenciales en este período.

Comienzan los primeros galanteos, con los que descubren los juegos de seducción y los sentimientos amorosos con motivo de las relaciones interpersonales con compañeros del sexo opuesto. Progresivamente las experiencias sexuales directas van sustituyendo al flirteo, como consecuencia de las transformaciones de la mentalidad social general y el desarrollo de los métodos anticonceptivos. La adopción de todas las formas de rebelión es otro de los aspectos destacados que caracterizan el comportamiento en esta etapa. Primeramente enjuician y acusan a su familia, actitud necesaria para la construcción personal de los valores que le permitan emanciparse; los padres captan perfectamente este movimiento y, por regla general, se resisten.

La rebelión contra la sociedad se plasma en el clásico anticonformismo despreciando o desaprobando cualquier ley, disciplina o convención, provocando su adhesión a las corrientes extremistas. En su rebelión contra el todo, enjuician el sentido de su propia existencia, de la vida misma y el significado de todo el universo. Por contra, la

necesidad de recrear valores desemboca en personalidades ricas y fecundas, en una inspiración auténtica y en realizaciones integrales.

2.4 Derecho comparado de la definición de niñez y adolescencia en América Latina.

A continuación se presenta una síntesis de derecho comparado sobre legislación latinoamericana. para establecer la determinación legal de este concepto. Se tomó en cuenta principalmente Latinoamérica porque es la región geográfica con mayor relación a la Guatemalteca y se investigó especialmente los pueblos con características interraciales semejantes a las de este país.

Bolivia: Código del Niño, Niña y Adolescente: “Artículo 2 (Sujetos de protección).- Se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescentes desde los doce a los dieciocho años de edad cumplidos. En los casos expresamente señalados por ley, sus disposiciones se aplicarán excepcionalmente a personas entre los dieciocho y veintiuno años de edad. Artículo 4 (Presunción de minoridad).- En caso de duda sobre la edad del sujeto de este Código se presumirá su minoridad, en tanto no se pruebe lo contrario mediante documento público o por otros medios, previa orden judicial”.

Brasil: Estatuto del Niño y del Adolescente: “Artículo 2.- Se considera niño, para los efectos de esta Ley, a la persona hasta doce años de edad incompletos, y adolescente a aquella entre doce y dieciocho años de edad. En los casos expresos en ley, se aplica excepcionalmente este Estatuto a las personas entre dieciocho y veintiún años de edad”. Artículo 3.- El niño y el adolescente gozan de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, sin perjuicios de la protección integral de que trata esta Ley, asegurándoles, por ley o por otros medios, todas las oportunidades y facilidades, con el fin de facultarles el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad”. Esta es la definición aportada por la legislación.

Paraguay: Código de la Niñez y la Adolescencia: “Artículo 2. A los efectos de este

Código, es considerado niño toda persona humana desde su nacimiento hasta que cumpla los 14 años y adolescente la persona desde los 14 años hasta que cumpla los 18 años de edad. Artículo 3. En caso de duda sobre la edad de una persona, se presumirá cuanto sigue: a) entre niño o adolescente, la condición de niño; y b) entre adolescente y adulto, la condición de adolescente. Se entenderá por adulto la persona que haya cumplido 18 años”.

Perú: Ley 27337 Código de los Niños y Adolescentes: “Artículo 1.- Definición.- Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad”.

Uruguay: Código del Niño. “Artículo. 224.- Los menores de 14 años y mayores de 12, podrán ser empleados en la pequeña industria donde trabajan los miembros de su familia, bajo la autoridad del padre, de la madre o del tutor, siempre que ese trabajo sea contralorado por la autoridad pública que el Consejo del Niño designe y que haya completado su instrucción primaria”.

Venezuela: Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente “Artículo 2°. Definición de niño y de adolescente. Se entiende por niño toda persona con menos de 12 años de edad. Se entiende por adolescente toda persona con 12 años o más y menos de 18 años de edad. Si existieren dudas acerca de si una persona es niño o adolescente se le presumirá niño hasta prueba en contrario. Si existieren dudas acerca de si una persona es adolescente o mayor de 18 años, se le presumirá adolescente, hasta prueba en contrario. Artículo 7°. Prioridad absoluta. El Estado, la familia y la sociedad deben asegurar, con prioridad absoluta todos los derechos y garantías de los niños y adolescentes”.

2.5 Construcción del concepto

Mientras las legislaciones se concentran en definir cuál es la etapa que corresponde a la niñez y cual a la adolescencia, la sociología se esmera en la definición de la niñez

como nuevo sujeto social, el derecho como ciencia no aporta conceptos para la discusión ya que se trata de un derecho emergente; prueba de ello es que el concepto derechos de la niñez no puede ser consultado en un diccionario jurídico clásico; por lo que a ello se debe que en este trabajo de investigación se proponga, o se pretenda proponer una definición del concepto con propias palabras.

Después de estudiar los elementos que lo componen, se entiende como derechos de la niñez lo siguiente: Conjunto de normas jurídicas de carácter tutelar, que regulan la protección de niños, niñas y adolescentes víctimas de violación o amenaza a sus derechos establecidos en la Convención sobre Derechos del Niño y otras leyes específicas; por acción u omisión cometida por cualquier miembro de la sociedad o el Estado, que tiene como finalidad restituir sus derechos, tomando en cuenta su opinión, y en observancia de su interés superior, para garantizarles un desarrollo integral con respeto a su identidad y derecho a la familia.

2.6 Principios del derecho de la niñez

Ya se ha estudiado ampliamente en esta investigación los principios que inspiran los derechos de la niñez, incluidos en instrumentos internacionales, por lo que para complementar la definición de derechos de la niñez aportada se presentan los principios que le sustenta en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

a. Interés superior del niño protegido: La ley de Protección Integral, en su Artículo 5 “El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en todas las decisiones que se adopten con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala y en esta ley.”.

b. Tutelaridad: Definido en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia en su Artículo 6: “El derecho de la niñez y la adolescencia es un derecho tutelar de los niños, niñas y adolescentes, otorgándoles una protección jurídica preferente. Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de carácter irrenunciable...”.

c. Identidad: La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia lo define en su Artículo 14, con los siguientes términos: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tener su identidad, incluidos la nacionalidad y el nombre, conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, las expresiones culturales propias y su idioma. Es obligación del Estado garantizar la identidad del niño, niña y adolescente, sancionando a los responsables de la sustitución, alteración o privación de ella. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a no ser separados de su familia, sino en las circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de restituirle sus derechos”.

d. Protección Integral: El concepto de integral es definido por el Diccionario Hispánico Universal como lo relativo a las partes que conforman un todo; y en términos usuales, la protección integral se entiende como la estimulación de todos los elementos que permiten la realización del niño, niña o adolescente. Es decir que este principio, en términos procesales, orienta al juez competente a promover las acciones que sean necesarias para resguardar las garantías fundamentales en caso concreto y en términos generales, obliga al Estado a impulsar las políticas necesarias para su cumplimiento.

e. Derecho a la familia: El derecho de los niños a no ser separado de sus padres, salvo orden judicial, se vio en el Artículo cinco arriba transcrito; sin embargo, sobre este tema se encuentra en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, una ampliación y especificación considerable del tema. Los Artículos 1, 3, 4, 5, 13, 18, 19, 20, 21, 116 inciso J) entre otros, hacen referencia a la protección de los vínculos familiares. Es destacable el Artículo 21 que como garantía indica: “La falta o carencia de recursos materiales de los padres o de la familia no constituye motivo suficiente para

la pérdida o la suspensión de la patria potestad”.

f. Derecho a la Igualdad: Contenido en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el Artículo 10: “Los derechos establecidos en esta ley serán aplicables a todo niño, niña o adolescentes sin discriminación alguna, por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional, étnico o social, posición económica, discapacidad física, mental o sensorial, nacimiento o cualquier otra índole o condición de éstos, de sus padres, familiares, tutores o personas responsables”.

CAPÍTULO III

3. Relación del derecho de la niñez con otras materias

Como parte del estudio que se desarrolla, se abordó la relación del derecho de la niñez y adolescencia, con otras materias del derecho, habiéndose realizado un estudio relacionando los derechos de la niñez son las siguientes:

3.1. Derechos de la niñez y derecho de familia

El derecho de familia afecta a la niñez, por ser los niños y niñas parte fundamental en las relaciones familiares. Se estudiará cómo el juez de familia debe decidir sobre aspectos que afectan expresamente el futuro de éstos, con respecto a sus familias. Para responder a un orden que permita culminar correctamente el tema, se usará como base el título II, capítulo uno, del Código Civil; estudiando cada una de las instituciones relativas al derecho de familia y posteriormente las leyes de tribunales de familia y Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.

El matrimonio: Es definido por el Código Civil en el Artículo 78 como “una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”.

En el acto constitutivo del matrimonio, no se violenta mayormente los derechos de los niños; sin embargo si es la base o punto de partida para el surgimiento de derechos de los padres hacia los hijos y viceversa. Otros aspectos de este tema, relacionados con la niñez y adolescencia, son los siguientes: El matrimonio de los menores de edad y la administración de bienes en caso de que uno o ambos cónyuges sean menores de edad.

De conformidad con lo establecido en el Código Civil, los menores de edad pueden

contraer matrimonio con el consentimiento de los padres, cuando el adolescente haya cumplido 16 años de edad y la adolescente 14. En el caso que ambos contrayentes sean menores de edad, corresponderá la administración de los bienes a los padres o tutores del hombre, pero si la mujer es mayor de edad entonces a ella le corresponde la administración de bienes.

La separación y el divorcio: a primera vista suele pensarse que el efecto principal de la separación y el divorcio sobre los hijos e hijas es la responsabilidad de brindarles alimentos; sin embargo, esta responsabilidad surge desde el nacimiento hasta la mayoría de edad y lo que varía, en los casos de separación o divorcio, es que el juez competente fija el monto determinado de la pensión. En donde se encontró una relación directa entre la separación o el divorcio, con los derechos tutelares de la niñez es en el Artículo 162 del Código Civil.

Artículo 162: “Desde el momento en que sea presentada la solicitud de separación o de divorcio la mujer y los hijos quedarán bajo la protección de la autoridad para seguridad de sus personas y de sus bienes, y se dictarán las medidas urgentes que sean necesarias. Los hijos quedarán provisionalmente en poder del cónyuge que determine el juez, hasta que se resuelva en definitiva, a no ser que causas graves obliguen a confiarlos a un tutor provisional”.

Con base en este Artículo, el juez de familia puede otorgar medidas cautelares tendientes a preservar derechos de la mujer y los hijos tales como su integridad física o emocional, sus bienes patrimoniales, su seguridad o su salud.

Los anteriores como se estudió en el capítulo uno, son algunos de los derechos que se pretenden defender con la aplicación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y la Convención Sobre Derechos del Niño.

La diferencia entre la norma transcrita del Código Civil y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia es que en la primera se establece como

presupuesto que debe presentarse la solicitud de la separación o el divorcio y en la Ley de Protección Integral basta que exista una denuncia que evidencia la eminente amenaza o violación a estos derechos.

Es preciso destacar, que la norma permite al juez de familia ordenar una medida cautelar (no especificada) en el caso de la separación o el divorcio. El efecto jurídico en ambos casos es semejante a las medidas cautelares dictadas por el juez de la niñez y adolescencia y puede suceder que los jueces de diferente materia, como son el juez de la niñez y la adolescencia y el juez de familia, dicten medidas de protección sobre el mismo derecho y los mismos sujetos procesales. Para establecer con qué magnitud pueden mezclarse las dos decisiones judiciales se analizará un caso práctico.

El esposo de la señora X desde hace varios meses tiene otra conviviente, a causa de una discusión sostenida por su relación extra matrimonial, el esposo golpeó a su cónyuge. Sus dos hijos menores de edad al ver que la estaba golpeando, intentaron detenerlo, sin embargo, él los golpeó también causándoles lesiones en el cuerpo y en el rostro.

Al día siguiente, la agraviada promovió el divorcio por la vía ordinaria, invocando la causal determinada de infidelidad. A los pocos días su hijo más pequeño tiene dolores en las costillas, por lo que lo lleva al hospital nacional en donde detectan que tiene una hemorragia interna, provocada por los golpes que le dio su padre. Al día siguiente, la señora X es notificada que por orden de juez de familia, a ella le corresponde la guarda y custodia provisional de sus hijos, mientras se resuelve en definitiva el divorcio que promovió y horas más tarde, el juez de la niñez y la adolescencia ordena el abrigo provisional de los niños en entidad pública o privada invocando el inciso h), Artículo 112 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, el cual a continuación se transcribe.

Artículo 112. Medidas: “Los juzgados de la niñez y la adolescencia podrán determinar

entre otras las siguientes medidas: a), b), c), d), e), f), g), h) Abrigo temporal del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada, conforme las circunstancias particulares del caso”.

Ese mismo día por la tarde, la señora X es notificada que provisionalmente, sus hijos van a permanecer internos en una institución privada, mientras se determina qué medida es más adecuada para restituir el derecho de integridad física que fue violado a sus hijos.

En el ejemplo planteado, se puede establecer cómo se entrelazan las dos competencias, provocando efectos jurídicos diferentes sobre los mismos sujetos y por el mismo objeto (proteger la integridad de los niños). Debe notarse que el juez de familia como el juez de la niñez y la adolescencia son jueces de primera instancia; por ende de igual jerarquía, en el ordenamiento jurídico nacional. La resolución del juez de familia queda sin efecto ante la resolución del juez de la niñez, en virtud que la institución privada no entrega sus hijos a la señora X por temor a consecuencias judiciales. Así como este caso sucede constantemente en la práctica que ambas competencias se confrontan.

La unión de hecho: Este acto declarativo, en cuanto a los hijos, tiene efectos semejantes al matrimonio. En los Artículos del 173 al 189 que desarrollan esta institución se encontró dos alusiones a los menores de edad que son relevantes para esta investigación y son las siguientes: A) los casos que desean unirse de hecho los menores de edad y B) En lo relativo a la administración de bienes en común se aplica supletoriamente lo establecido para el matrimonio. En ambos casos, se continúa con la tendencia registrada en la normativa relativa al matrimonio por lo que los menores de edad no pueden declarar la unión de hecho sin el consentimiento de los padres. En cuanto a la administración de los bienes corresponde a los padres del hombre, si ambos son menores de edad o a la mujer si ella es mayor de de edad.

El parentesco: Entendiendo el parentesco, como el vínculo jurídico legal que une a un

grupo de personas que por consanguinidad o afinidad pertenecen a la misma familia, es destacable la importancia que el tema reviste ante los derechos de la niñez y la adolescencia, que por definición teleológica es un instrumento jurídico de integración familiar; como se puede establecer de la lectura del Artículo uno de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia: “Artículo 1. Objeto de la ley. La presente ley es un instrumento jurídico de integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y la adolescencia guatemalteca dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos”.

Del Artículo citado, la definición de parentesco y el contenido del Código Civil se establece que ambos se complementan y pueden actuar armoniosamente, sirviendo el parentesco como base en las consideraciones del juez de la niñez quien por imperativo legal debe priorizar los vínculos familiares.

Paternalidad y filiación: Entendiendo estos como los vínculos jurídicos existentes entre los padres y los hijos debidamente inscritos en el Registro Civil como tales. Esta relación jurídica es causante de derechos y obligaciones entre ambos, sin embargo, esto tiene poca relación con los derechos tutelares de la niñez y la adolescencia mientras ambos cumplan con el rol que les corresponde. Además es preciso destacar que los padres tienen responsabilidad con sus hijos, únicamente cuando esta relación esté legalmente reconocida.

El Código Civil, en el título designado para este tema, norma el reconocimiento de la paternidad y filiación, impugnación de la paternidad y lo relativo a las relaciones entre el padre, la madre y los herederos.

En la práctica se observan cotidianamente los efectos de la migración, en los que niños o niñas (incluso varios hermanos) son abandonados por padres que viajaron al extranjero, con el tiempo se pierde el contacto y las familias sustitutas (que han cuidado de los niños como si fueran sus propios hijos) necesita legalizar su relación

con los niños, para poder responder por ellos en el colegio o escuela, en los hospitales, pasaporte o en cualquier procedimiento que requiera la autorización de un encargado. Véase entonces qué posibilidad tienen los padres sustitutos para regularizar su situación en el marco de los derechos de la niñez.

Los padres sustitutos pueden requerir la medida cautelar contenida en el inciso g) del Artículo 112 antes citado: Colocación provisional del niño, niña o adolescente en familia sustituta. El juez de la niñez y la adolescencia con base en esta norma puede ordenar que los niños continúen provisionalmente bajo su cuidado y protección quienes contarán con el amparo legal de juez competente. Posteriormente el juez de la niñez y la adolescencia continúa con el proceso de investigación que la ley determina, y después de celebrada la audiencia definitiva debe dictar sentencia.

La sentencia en este caso, no existiendo padres, familiares ni otros interesados y atendiendo al principio de interés superior de los niños, al derecho que les asiste a ser educados y cuidados en el seno de su familia biológica y de no ser posible, en familia sustituta; será resuelta en sentido favorable para los denunciantes a quienes se les entrega los niños para su cuidado y protección y ordenará que se inicien proceso de adopción, solicitando a la Procuraduría General de la Nación que actúe como representante del niño, niña o adolescente.

El juicio promovido en el juzgado de la niñez y la adolescencia no genera filiación ni parentesco, a diferencia del juicio promovido en el juzgado de familia, sin embargo, hay efectos jurídicos de ambos juicios que son semejantes. Con ambas sentencias los padres sustitutos quedan facultados para comparecer en nombre de los niños o niñas para gestionar ante cualquier dependencia privada o pública como sus representantes y ellos son responsables de las decisiones que adopten en cuanto a su bienestar. Hay que hacer la aclaración de que esta clase de solicitudes de familia sustituta son promovidas constantemente por diferentes causas y declaradas con lugar a los solicitantes, atendiendo a los principios y derechos

contemplados en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y la Convención sobre los Derechos del Niño.

En un caso probable, podrían promoverse ambas acciones paralelas y obtenerse dos sentencias con identidad de sujetos y que persiguen los mismos efectos que incluso podrían ser contradictorias entre sí. Debe hacerse la aclaración que el juicio de familia tiene un alcance más profundo y duradero en la vida de los niños ya que por medio de sus instituciones se crean relaciones de parentesco entre los padres sustitutos y los niños, con esto se genera derechos y obligaciones mutuas que subsisten mas allá de la mayoría de edad. Es importante hacer notar como ejemplo que de las instituciones del derecho de familia surgen, además, derechos sucesorios lo que no sucede en el caso de los derechos de la niñez y la adolescencia donde se buscan soluciones rápidas que como máximo se pueden supervisar hasta la mayoría de edad. Se denota de lo antes expuesto que en este caso existe conflicto entre lo establecido por las leyes civiles vigentes y el derecho de la niñez también vigente. Que ambos juicios son tramitados ante juez de igual jerarquía y que si bien es cierto, las normas se contradicen, otorgando competencia semejante a ambas judicaturas, también pueden complementarse si el juez de la niñez y la adolescencia ordena en su sentencia que la familia sustituta, en un plazo prudente, promueva el juicio de paternidad ante el juez de primera instancia de familia.

Adopción: en el caso de esta institución existe una correcta armonización entre ambas judicaturas, que en ningún caso interfieren entre sí, sino que se complementan para lograr que exista el marco jurídico que permita la protección y el resarcimiento de los derechos de los niños y niñas en proceso de adopción. Lo anterior teniendo en cuenta la vigencia del decreto 77-2007 del Congreso de la República (Ley de Adopciones) que norma el proceso a realizar para concretar una adopción. En la Ley de Adopciones se establece que el niño debe ser presentado ante el juez de la niñez y adolescencia quien al emitir sentencia declarará al niño, niña o adolescente en estado de adoptabilidad, posteriormente el Consejo Nacional de Adopciones realiza un procedimiento administrativo para seleccionar a los padres e hijos adoptivos,

respetando el Convenio de la Haya y concluido el procedimiento ordena que las partes acudan al juez de familia quien declara con lugar la adopción y ordena su registro.

Patria potestad: Manuel Ossorio define este concepto como "conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en igual período"³⁹.

En otras palabras, la patria potestad es el derecho que ejercen los padres sobre sus hijos y los bienes de sus hijos.

Los juzgados de la niñez y la adolescencia, como ya se ha visto, tienen la posibilidad de entregar al niño o adolescente en familia sustituta o en institución privada o pública que le brinde abrigo, aunque existan ambos padres y se encuentren en pleno uso de sus derechos con relación a ellos. Si bien es cierto, el juez de la niñez no se pronuncia en cuanto a la patria potestad, el hecho de separar a los hijos de sus padres y entregarlos con personas adultas o instituciones que los representen, constituye una limitación al libre ejercicio de la patria potestad.

Se puede observar que el Código Civil establece que la patria potestad puede suspenderse o perderse por causas preestablecidas:

Artículo 273. "La patria potestad se suspende: 1. Por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente, 2. Por interdicción, declarada en la misma forma, 3. Por ebriedad consuetudinaria, y 4. Por tener el habito del juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes".

Artículo 274. "La patria potestad se pierde: 1. Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares. 2. por dedicar a sus hijos a la mendicidad, o darles ordenes,

³⁹Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 45

consejos, insinuaciones o ejemplos corruptores. 3. Por delitos cometidos por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de los hijos, 4. Por la exposición o abandono que el padre o la madre hiciera de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado, 5. Por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediera de tres años de prisión por cada delito”.

Muchas de las causas que expone el Código Civil para la pérdida o suspensión de la patria potestad, son motivo de protección por el juez de la niñez y la adolescencia quien también es competente. Para comprenderlo es necesario hacer un ejercicio de comparación, tomando cada una de las causales que invoca el derecho de familia y comparándolo con la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia o Convención sobre los Derechos del Niño.

En el Código Civil se establece como causas para la pérdida de la patria potestad las siguientes:

1. Costumbres depravadas o escandalosas de los padres.
2. Dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares.
3. Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos insinuaciones o ejemplos corruptos.
4. Por delito cometido por el padre contra el otro o contra la persona de algunos de sus hijos.
5. Por la exposición o abandono que el padre o la madre hiciera de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado.
6. Por haber sido condenado dos o más veces por delitos del orden común, si la pena excediera de tres años de prisión por cada delito.

Por su parte la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y/o Convención sobre, Derechos del Niño, en su parte conducente establece:

1. Los Estados parte adoptaran todas la medidas para proteger al niño contra toda

forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente (...) mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres.

2. Tratos crueles, inhumanos o degradantes.

3. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protegido contra la explotación económica.

4. Siempre que exista delito cometido por alguno o ambos padres contra el niño o la niña, afectará simultáneamente derechos humanos de éstos, por lo que el juez de la niñez y adolescencia debe actuar en protección de la o las víctimas menores de edad, tomando las medidas que sean convenientes para su protección. Artículo 112 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

5. Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a ser protegido contra toda forma de descuido, abandono o violencia.

6. De este presupuesto no hay semejante en las leyes de la niñez y la adolescencia.

Con el estudio comparativo de normas anteriores, se establece que cuatro de los cinco presupuestos que establece el Código Civil para la pérdida de la patria potestad, son causas para iniciar un proceso ante el juez de la niñez y la adolescencia. Con esto deducimos que por un mismo hecho, pueden promoverse dos juicios de primera instancia, ante dos diferentes competencias y que persiguen efectos semejantes; es decir, el juez de familia declara la pérdida de la patria potestad y el juez de la niñez la entrega del niño en familia sustituta lo que en esencia es la separación del niño de sus padres y en forma tácita la pérdida o suspensión de la patria potestad.

Es necesario hacer notar que el juicio de pérdida o suspensión de la patria potestad, es un proceso prácticamente en desuso, ya que, al consultar estadísticas del Centro de Documentación del Organismo Judicial (CENADOJ), se estableció que en los últimos tres años, se han promovido diez juicios de esta naturaleza, todos promovidas por la Procuraduría General de la Nación en casos de niños huérfanos con padres ausentes. La pérdida de la patria potestad es una práctica anterior a la evolución de derechos humanos de la niñez y la adolescencia, ya que la patria potestad se remonta a los

orígenes del derecho civil, en tiempo del imperio romano, en el que los niños pertenecían al patrimonio familiar. Con el tiempo se estableció que el mal uso de este derecho debía dar origen a la protección del niño abusado y de allí surge la suspensión o pérdida de la patria potestad. Con los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, se facultó en la legislación del Código Civil al juez de familia para que actúe en protección de los niños en los siguientes casos.

a) El Artículo 256 del Código Civil indica "Siempre que haya pugna de derechos entre el padre y la madre en ejercicio de la patria potestad. La autoridad judicial respectiva debe resolver lo que más convenga al bienestar de los hijos", en esta norma se aprecia la esencia del principio de interés superior del niño protegido, piedra angular del derecho de la niñez.

b) El Artículo 260 del Código Civil indica: "Los hijos menores de edad deben vivir con el padre o la madre que los tenga a su cargo; no pueden sin permiso de ellos dejar la casa paterna, o materna o aquellas en que sus padres los han puesto; debiendo en todos los casos ser auxiliada la autoridad domestica por la fuerza pública para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores". Este Artículo concentra la esencia de la responsabilidad de los padres, la obligación de obediencia de los hijos; además este Artículo es usado en forma complementaria con el Artículo 20 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia para ordenar la localización de los niños que abandonan su hogar o los niños extraviados, girando ordenes a la Policía Nacional Civil como órgano auxiliar de justicia.

c) En el Artículo 262 del Código Civil (parte conducente) " Cuando la conducta de los padres sea perjudicial al hijo y se demande la suspensión o pérdida de la patria potestad, debe el juez ordenarlas providencias urgentes que exija el interés y conveniencia del menor..." aquí se encuentra el principio de interés superior del niño protegido, el cual faculta al juzgador para que con libertad de criterio decida lo que es más conveniente para los hijos y una vez más puede dictar medidas cautelares que en este caso pueden representar incluso la institucionalización de los niños para

proteger su integridad física, psicológica o sexual.

Alimentos: Los alimentos con relación al derecho de la niñez, consisten en la obligación que tienen los padres de brindar a sus hijos, educación, salud, vestuario, sustento, habitación y lo necesario para su subsistencia. Así como los padres tienen obligación de brindar alimentos a sus hijos, también el Estado tiene la obligación de facilitar a los niños el disfrute de estos derechos (ya ampliamente estudiados y consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia).

En consecuencia, los padres deben ser el vehículo que permita al niño (a), el goce y disfrute de los derechos de subsistencia básica de conformidad con sus capacidades económicas (tómese en cuenta que la carencia material no es motivo suficiente para la pérdida de la patria potestad. Artículo 21 de Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia); para concluir este razonamiento, es necesario hacer la aclaración que las normas citadas constituyen un ideal, en la mayoría de los casos y el Estado guatemalteco ha demostrado ser incapaz de satisfacer las necesidades básicas de los niños y niñas del país como: alimentación, vivienda, salud, protección contra el maltrato, educación y otros.

La Tutela: El Código Civil en sus normas reconoce seis clases de tutela: Testamentaria (297), legítima (299), judicial (300), legal (308) especial (268) y específica (308). Se entiende por tutela: “el poder otorgado por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados”⁴⁰.

Al analizar la definición que antecede, es evidente que la institución de la tutela tiene estrecha relación con el derecho de la niñez y la adolescencia; es decir, ya se ha estudiado cómo el juez de la niñez y la adolescencia es facultado para entregar un niño, niña o adolescentes con familia sustituta o en institución de beneficencia pública

⁴⁰ Casso, Romero y otro. **Diccionario de derecho privado** Pág. 3885.

o privada y, aunque el juez de la niñez no se pronuncie expresamente sobre la tutela (por ser esta competencia del juez de familia), al entregar un niño para su cuidado y protección con familia sustituta o en institución privada o pública, está otorgando tácitamente la tutela. Véase el siguiente Artículo del Código Civil.

Artículo 308. “Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso y su cargo no necesita discernimiento”.

Con respecto a esta norma, se ha observado que a pesar de encontrarse vigente en el Código Civil, los jueces de la niñez y adolescencia pocas veces hacen uso de ella, o le dan valor en los juicios a su cargo, así también los titulares del derecho, en este caso los directores o directoras de los establecimientos no exigen su cumplimiento.

Además en los casos en los que se entrega al niño, niña o adolescente con familia sustituta, cuando son familiares dentro del grado de ley, se está otorgando tácitamente la tutela legítima (Artículo 299 del Código Civil). Pero también, la familia sustituta puede ser conformada por personas que no tienen ningún vínculo con el niño, niña o adolescente, por lo que, el juez de la niñez y la adolescencia, estaría otorgando tácitamente la tutela judicial.

Artículo 300. “La tutela judicial procede por nombramiento del juez competente cuando no haya tutor testamentario ni legítimo. Para este efecto el Ministerio Público y cualquier persona capaz, debe denunciar a la autoridad el hecho que da lugar a la tutela no prevista”.

El caso de la tutela puede ser cuestionado, por quienes se detienen en el tecnicismo de las palabras. Formalmente no es lo mismo decir tutela (con base en el Código Civil) que familia sustituta (con base en el derecho de la niñez); pero, analizando nuevamente la definición estudiada, se observa que tutela es el poder otorgado por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa

de los menores de edad o incapacitados, definición que coincide completamente con la de familia sustituta. Si bien es cierto, familia es un término más amplio que persona; pero la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia no define cuántos miembros deben conformar una familia y por otra parte, la persona, en muy pocas circunstancias está completamente aislada de su familia.

Se puede analizar otra definición de tutela, para compararla con la anterior: “La tutela, es una institución creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad ni emancipados y de aquellas personas incapaces para gobernarse por sí mismos”⁴¹.

En el caso de la tutela, como en el de la patria potestad, se puede observar que los efectos del juez de familia son más profundos que los del juez de la niñez que tiene más bien, el carácter de medidas cautelares. Por ejemplo, el tutor, además de encargarse del cuidado y protección de la vida, integridad y necesidades básicas del niño, también debe velar por la administración de su patrimonio y está obligado por ley a rendir cuentas cuando concluya con su tutoría, además que existe la figura del protutor que fiscaliza sus actos.

Estas garantías no protegen a los niños que son entregados en familia sustituta; limitándose el derecho de la niñez a realizar supervisiones periódicas y que en caso sea necesario cambiar al niño de familia, además de no poder representar legalmente a los niños, niñas y adolescentes.

Es de hacerse notar, que el juez de la niñez como conocedor del derecho tiene obligación de promover mayor y mejores condiciones para el niño, niña o adolescente que es sometido a su competencia y actuando dentro del marco jurídico vigente está facultado para emplazar a la familia sustituta para que gestione la tutela en caso que el niño tenga bienes que deben ser resguardados.

39 Ibid. Pág. 17

Con esta visión de integración de las normas, el conflicto latente entre las judicaturas niñez y familia pueden armonizarse y complementarse para fortalecer la protección integral del niño, niña o adolescente en riesgo.

3.2. Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar

Esta ley contiene una serie de medidas preventivas o restitutivas, que tienen por objeto cumplir con lo que su nombre enuncia. Además de las facultades que otorga al juez de familia, contiene atribuciones y obligaciones que deben observar las instituciones del Estado, que por el ejercicio de sus funciones, deben coadyuvar al combate de la violencia intrafamiliar.

Con relación a los jueces se la niñez y la adolescencia tiene desde su esencia una estrecha relación. Así puede verse que los objetivos de la ley están especificados en el Artículo uno.

Artículo 1. “La violencia intrafamiliar, constituye una violación a los derechos humanos y para los efectos de la presente ley, debe entenderse como cualquier acción u omisión que de manera directa o indirecta causare daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a persona integrante del grupo familiar, por parte de parientes o convivientes o exconvivientes, cónyuges o con quien se haya procreado un hijo”.

Véase ahora lo establecido en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, las atribuciones del juez de la materia.

Artículo 104 (parte conducente) “son atribuciones de los juzgados de la niñez las siguientes: a) Conocer, tramitar y resolver aquellos casos que constituyan violación o amenaza a los derechos humanos de los niños”.

Lo importante a destacar en esta comparación, es que el campo de acción de la ley

para prevenir la violencia intrafamiliar, abarca la protección de los niños integrante del grupo familiar. La diferencia en este caso, es que los juzgados de la niñez, abarcan a la niñez en general, sin importar si pertenecen o no a un núcleo familiar o si el agresor es parte del mismos. Sin embargo, es evidente que el juez de la niñez y el juez de familia pueden ordenar medidas cautelares en el mismo caso.

A continuación, se presentan los casos más frecuentes que pueden motivar conflicto entre la competencia del juez de la niñez y adolescencia y la competencia del juez de familia.

- Niños víctimas de maltrato físico producido por un miembro de la familia

Este es el caso en el que personas unidas por vínculos familiares conviven en círculos de violencia. Debe tomarse en cuenta que víctimas y victimarios tienen además roles familiares de padres, abuelos, primos o hijos. En los círculos de violencia el agresor juega otros roles familiares de padre o madre como: proveer seguridad, alimentos y afecto a sus hijos quienes identifican en los padres no sólo a sus agresores sino también a un ejemplo de vida y su único referente de amor.

En este caso, el juez de la niñez y adolescencia, teniendo como base la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, debe ordenar una medida de seguridad inmediatamente después de recibida la denuncia. Puede elegir por separar al agresor (padre, abuelo, tío, primo, etc.) o en último caso separar a los niños de su entorno familiar, entregándolo con familia sustituta o con institución de abrigo y resolver en definitiva a más tardar en 30 días después de dictada la medida. Durante esos días, está obligado a ordenar supervisión periódica que asegure su cumplimiento.

El juez de familia, tomando en cuenta el marco jurídico que delimita su competencia material puede resolver con base en la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia intrafamiliar y al ordenar una medida de seguridad puede obligar al agresor que se abstenga de acercarse a la vivienda de las víctimas o bien, que las víctimas

sean puestas en protección de otros familiares. La medida tiene una vigencia máxima de seis meses y no recibe acompañamiento del juzgado para su ejecución.

Delimitación de competencia: en el caso que la violencia sea directa sobre los niños, niñas o adolescentes, es necesario que el juez especializado conozca, ya que tiene mejores elementos para asegurar el bienestar de los niños y niñas sometidos a su jurisdicción. En ambos casos los jueces son competentes para conocer; ya que actúa sobre normas jurídicas vigentes y positivas, sin embargo, la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar no prevé las dificultades para la ejecución de las medidas de seguridad y en la práctica es sumamente difícil hacer que se cumplan. Los jueces y juezas de familia han utilizado como alternativa legal, la creación de un incidente, lo que es completamente apegado a derecho, sin embargo se sostiene que de tratarse de niños o niñas víctimas de cualquier forma de violencia, es necesario que conozca el juez especializado en la materia.

- Niños o niñas víctima de maltrato producido por persona ajena al círculo familiar

Este caso es menos común que la violencia intrafamiliar, ocurre cuando vecinos o compañeros de estudios ejercen violencia ya sea física, psicológica o sexual en contra de niños o adolescentes y que, por la peligrosidad del entorno, no es posible a los padres defenderlos.

El juez de la niñez y adolescencia al resolver puede: ordenar que los niños sean protegidos en instituciones públicas o privadas, especialmente cuando hay amenazas de muerte o antecedentes de violencia física; pero principalmente debe certificar lo conducente a un juzgado de instancia penal y darle soporte psicológico y orientación a la familia para que afronte de la mejor forma posible el riesgo. Puede ordenar además vigilancia o apoyo de la policía nacional civil y ordenar constante supervisión.

El juez de familia tomando en cuenta el marco jurídico que delimita su competencia materia deben establecer que no es un caso de violencia intrafamiliar, por lo que los

jueces de familia no podrían actuar, sin embargo se ha observado que dictan medidas de seguridad ordenando al agresor que no puede acercarse a cierta distancia de la víctima. En este caso, los jueces de familia se están arrogando competencia que nos le corresponde, a no ser que sea como una medida de urgencia y que inmediatamente remitan el expediente al juez de la niñez y adolescencia.

Delimitación de competencia: en este caso, es competencia indiscutible del juez de la niñez y adolescencia ya que la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar define su competencia a agresiones que sufra cualquier miembro de la familia por parte de otro miembro de la familia. En este caso, deben tomarse decisiones que aseguren la integridad y la vida de los niños y en la medida de lo posible, que no pierdan el contacto con su núcleo familiar.

- Niños abandonados por padres desconocidos

Es el caso de los niños o niñas que son abandonados en hospitales, residencias, estaciones de bomberos o en la vía pública; incluso en basureros. Hay muchas formas de abandono que van desde el nacimiento hasta la adolescencia; pero ellas tiene como factor común, que los padres huyen de su responsabilidad, pretendiendo no ser encontrados. Es más frecuente que este abandono suceda en los primeros años de vida, ya que es en esta etapa que el niño no puede orientarse.

El juez de la niñez y adolescencia puede al resolver debe dictar medida cautelar, ubicando a los niños víctimas en el mejor hogar posible y garantizando su protección. Concluido el proceso, de no haber una familia biológica que pueda responsabilizarse de dichos niños, deben ser declarados en estado de adoptabilidad y puesto a disposición de la Comisión Nacional de Adopciones para lo que proceda.

En este caso, por no haber padres o familiares legitimados para el ejercicio de la representación, puede hacerlo la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio del Artículo 108, inciso a) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y

deberá seguir el procedimiento establecido en la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala.

Delimitación de la competencia: el juez de la niñez debe actuar inmediatamente, como juez especializado en la materia y complementar su actuación ordenando que, en un plazo muy breve, se inicien las gestiones para completar un proceso de adopción que restituya los derechos vulnerados y garantizarle el derecho a una familia. La Procuraduría General de la Nación actúa como representante de los niños en sustitución de los padres biológicos.

- Niños abandonados por padres conocidos

Es el caso de niños o niñas y adolescentes que son abandonados por sus padres con familiares o personas que se comprometen a cuidarlos. Típicamente sucede en los hijos de padres migrantes, madres dedicadas a la prostitución o padres drogadictos. En este caso, los padres mantienen relaciones eventuales con sus hijos y representan su imagen materno-paterna. Muchas veces, con el tiempo, van distanciándose hasta que se pierde el contacto.

El juez de la niñez y la adolescencia, dependiendo las circunstancias, puede iniciar un proceso para reintegrar a los niños con sus padres o para separarlos definitivamente si han desaparecido. En este caso el juez de la niñez enfrenta un problema de competencia, ya que está facultado para entregar a los niños con familia sustituta, pero no puede pronunciarse en cuanto a la pérdida o suspensión de la patria potestad.

El juez de familia tomando en cuenta el marco jurídico que delimita su competencia material al resolver tiene varias opciones, dependiendo de las pretensiones del accionante; puede declarar la pérdida o suspensión de la patria potestad o puede declarar la tutela legítima o judicial. Las dificultades que afronta ante estos procesos es que generalmente se desconoce la residencia de los padres, por lo que es muy difícil notificarles.

Delimitación de la competencia: en estos casos el juez de la niñez y adolescencia es competente, pero depende de la coordinación de ambas jurisdicciones para lograr una efectiva protección de niños, niñas y adolescentes.

- Niños víctimas de explotación económica

Este es el caso en que los padres o responsables aprovechan la fuerza de trabajo de los niños, niñas y adolescentes. Pueden ser diferentes casos, como el servicio doméstico, la mendicidad, trabajos agrícolas, trabajos con pólvora, comercio informal, construcción y muchos otros, dependiendo la región y la actividad de los padres. Es una violación a la prohibición del trabajo infantil que constituye un derecho humano y además representa una violación a otros derechos humanos, como derecho a la educación, a la recreación, a la salud o a la integridad.

El juez de la niñez y adolescencia, al resolver, debe dictar medidas cautelares que detenga inmediatamente la explotación económica y dependiendo el caso, puede iniciar un proceso, para apartar a los niños de sus padres; como el caso de la explotación sexual, la venta de drogas, otras conductas delictivas o la mendicidad.

El juez de familia, tomando en cuenta el marco jurídico que delimita su competencia material al resolver puede suspender o declarar la pérdida de la patria potestad, pero depende de la existencia de una demanda y no cuenta con las condiciones objetivas para la protección inmediata de los niños.

Delimitación de la competencia: en este caso, es competente el juez de la niñez y adolescencia, quien tiene la obligación de restituir los derechos que están siendo violados, evitar que se perpetúe la violación y asegurar el soporte psico-social de los niños, niñas y adolescentes sometidos a su jurisdicción. Sin embargo, el juez de la niñez, no tiene la capacidad para declarar la pérdida de la patria potestad, por lo que debe complementar su trabajo, con un juicio posterior, en juzgado de familia, que puede ser iniciado por familia sustituta o por la Procuraduría General de la Nación.

- Hijos de padres en proceso de separación o divorcio

Este caso, corresponde por naturaleza a los jueces de familia, pues ante ellos se acciona la separación y el divorcio y ellos deben decidir sobre la guarda y custodia. Sin embargo, dependiendo de la tensión con la que se realice este proceso, puede que los niños, niñas y adolescentes sean víctimas de diferentes violaciones a sus derechos como: agresiones físicas o psicológica, que se les retire de la escuela, se les prohíba comunicarse con el otro padre, etcétera. Depende de la intensidad de la violación para que sea competencia del juez de familia.

El juez de la niñez y adolescencia a menos que exista otra violación a derechos de la niñez, no tiene competencia para actuar. El juez de familia tomando en cuenta el marco jurídico que delimita su competencia material, al resolver le corresponde decidir sobre la guarda y custodia, velar por el derecho de alimentos y controlar que dentro del proceso se respeten los derechos de los niños y adolescentes.

Delimitación de competencia: en este caso la jurisdicción competente es la del juez de familia, por lo que el juez de la niñez debe inhibirse de conocer cuando se haga de su conocimiento. La excepción en este caso es cuando la violación a los derechos de la niñez sea de tal magnitud, que haga necesario que el juez de la niñez actúe en defensa inmediata de los derechos que están siendo violados. El juez de familia puede dictar diversas resoluciones que persigan proteger a niños y adolescentes con base en la Convención sobre Derechos del Niño y procesalmente puede valerse del juicio de los incidentes.

- Niños o adolescentes que se fugan de sus hogares, extraviados o que son retenidos por familiares

Por diversas, razones hay niños, niñas o adolescentes que no están bajo cuidado y protección de sus padres, puede ser adolescentes que huyen de sus hogares, niños que se pierden en mercados, centros comerciales, hospitales u otros; recién nacidos

robados para adopciones ilegales o niños que están en cuidado de familiares mucho tiempo y cuando los padres regresan por ellos no quieren devolverlos.

El juez de la niñez y adolescencia resuelve: en el caso de niños extraviados o evadidos ordena su localización por medio de la Policía Nacional Civil. En el caso de niños que conviven con otras personas que no son sus padres, dicta medida cautelar e inicia investigaciones para establecer qué conviene a los niños, ordena supervisión y acompañamiento psicológico para que los niños acepten los cambios que puedan suceder. El juez de familia en este caso no tiene competencia para actuar.

Delimitación de competencia: aunque es evidente la competencia del juez de la niñez y adolescencia, se han visto jueces de familia que dictan medidas de seguridad a favor de niños, niñas y adolescentes para que sean entregados con sus padres. Es criterio personal que deben abstenerse de hacerlo, ya que no cuenta con suficientes recursos para asegurar que el niño sea protegido.

Es común en estos casos, que la huida de los niños o adolescentes es un síntoma de maltrato. También se ha visto que cuando familiares o adultos no desean entregar a los niños con sus padres, es porque tienen conocimiento de que sufren algún abuso. Para poder establecer qué es lo conveniente para los niños, es necesario que se realice el proceso ante juez de la niñez y adolescencia.

- Niñas y adolescentes víctimas de explotación sexual

La mayoría de las veces son adolescentes que abandonan sus hogares para ir a trabajar en labores domésticas, cafeterías o bares. Los victimarios suelen ser personas que se ganan su confianza o la de los padres y paulatinamente inducen a las adolescentes a la práctica de la prostitución.

El juez de la niñez y adolescencia debe ordenar las medidas cautelares que sean necesarias para restituirle sus derechos. En contraposición el juez de familia, tomando

en cuenta el marco jurídico que delimita su competencia material, no tiene competencia en estos casos, a menos que sean los padres quienes induzcas a sus hijas a la prostitución, en ese caso puede ordenar la pérdida de la patria potestad, pero debe ser solicitado por parte interesada. Esta acción puede ser ejercida por la Procuraduría General de la Nación con base en el Artículo 108 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

Delimitación de la competencia: en este caso el juez de familia debe declinar su competencia y remitir de inmediato al juez de la niñez para que actúe según lo regulado en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

3.3. Aspectos adjetivos

En esta etapa de la investigación, se pretende estudiar los aspectos procesales que generan conflicto de competencia, entre el juez de la niñez y el derecho de familia.

Es conocimiento básico de la teoría general del proceso, que los juicios se clasifican por la decisión que ha de tomar el juzgador en: “a) juicios de conocimiento, b) juicios ejecutivos y c) procesos cautelares”⁴². Es preciso comprender en cuál de estas categorías se sitúa el derecho de la niñez por lo que se hará un repaso de la doctrina relacionada.

El juicio de conocimiento, es aquel que pretende que el juez declare o se pronuncie sobre las pretensiones de las partes sobre un hecho controvertido o citando Guasp “se pretende que el juez declare algo influyendo en la situación existente entre las partes”⁴³. Al contrario de esto, el juicio ejecutivo pretende que el juez intervenga entre las partes para obligar por medio del poder coercitivo, a una de las partes, para que haga o deje de hacer a favor del demandante, quien está obligado a demostrar el derecho que ejercita.

⁴² Aguirre Godoy, Mario. **Ob Cit** Pág.40

⁴³ Guasp, Jaime. **Derecho Pecesal Civil**. Pág. 33

Por último, el proceso cautelar es aquel que pretende generar una acción veloz para cesar la violación de un derecho o prevenir ante su inminente violación: “El proceso preventivo o cautelar llena un cometido singular dentro de la función de prevención de consecuencias perjudiciales, que posiblemente surgirán en un futuro inmediato de no ponerse en juego una medida cautelar”⁴⁴.

El criterio que se sostiene en este trabajo de investigación, es que el juicio regulado en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es cautelar, ya que pretende restituir de manera inmediata el derecho que está siendo violado o amenazado al niño, niña o adolescente. Para sustentar esta tesis, se usará de referencia las “características del juicio cautelar que propone Piero Calamandrei”⁴⁵.

a) Provisoriedad. Con esta característica entendemos que sus efectos no son definitivos. Analizando lo dicho, con relación al derecho de la niñez sí se aplica porque en esta materia no existe cosa juzgada; veamos el Artículo 110 de la LPINA. Adopción y sustitución de medidas. Las medidas previstas en esta sección podrán adoptarse separada o conjuntamente, así como ser sustituidas en cualquier tiempo.

La instrumentalidad. De esta característica se entiende que el proceso cautelar pretende ligar la providencia cautelar con un juicio posterior, ya sea de conocimiento o ejecutivo. El derecho de la niñez pretende como fin último la restitución de los derechos humanos violados a la niñez y la adolescencia y no necesariamente la existencia de un juicio posterior; sin embargo en muchos caso la existencia de un proceso posterior sí es necesaria para reafirmar o garantizar la protección otorgada al niño o niña.

b) Así fue expuesto en el caso de la tutela, la adopción y otras instituciones del derecho civil que fueron estudiadas en este mismo capítulo o como puede ser el caso

⁴⁴ Aguirre Godoy, Mario. Ob. Cit Pág. 40.

⁴⁵ Calamandrei, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.** Pág. 36

que deba realizarse una inscripción extemporánea en el registro civil, rectificación de partida de nacimiento u otros.

c) Son verdaderos procesos jurisdiccionales: esta característica se aplica totalmente a la materia ya que el juez de la niñez y adolescencia tiene la calidad de un juez de primera instancia.”.

Se puede ver que las características de las antes descritas, corresponden al proceso de la niñez y la adolescencia vigente; sin embargo, para establecerlo, se estudiarán las fases del proceso.

- Inmediatamente de recibida la denuncia, el juez ordena una medida cautelar y señala audiencia de conocimiento de los hechos, en un plazo no mayor de 10 días. (Artículo 118 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia).

- El día de la audiencia de conocimiento de hechos, el juez estima si es procedente investigar el caso y restituir los derechos humanos del niño que considere que estén siendo violados o amenazados y en un plazo de 30 días máximo, señala audiencia definitiva. (Artículo 119 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia).

- En la audiencia definitiva, el juez recibe la prueba y dicta oralmente la sentencia, ordenando las diligencias que sean necesarias para la restitución de derechos. (Artículo 123 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia).

- La supervisión de la sentencia, consiste en informes periódicos de quien corresponda, para comprobar el cumplimiento de las medidas; por el tiempo que sea necesario. (Artículo 124 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia).

Si se analiza el proceso antes descrito, se observa que está diseñado para diligenciarse en un plazo que no exceda de 40 días. Además de la celeridad

característica de un proceso cautelar y que el juez no emite opinión sobre un hecho controvertido, sino mas bien, se circunscribe a ordenar medidas que servirán para restituir los derechos vulnerados al niño o niña y éstas, no tienen un carácter definitivo, sino que puede ser sustituidas en cualquier tiempo o complementado por un proceso posterior.

Con base en el estudio realizado, se sostiene que el juicio de la niñez y adolescencia contenido en el Decreto 27-2003 del Congreso de la República es cautelar y puede ser complementado (cuando sea necesario) por un juicio posterior, que fortalezca la medida de protección de los niños, niñas y adolescentes.

Como ejemplo, podemos mencionar el caso de la explotación económica, de los padres hacia sus hijos; en este caso el juez de la niñez puede ordenar en forma cautelar que el niño se integre con una familia sustituta y que ésta, en un plazo prudente, inicie el juicio de pérdida de la patria potestad, invocando como causal que los padres biológicos dedicaban a sus hijos a la mendicidad. En el caso de la tutela, el juez puede ordenar que la familia sustituta, inicie el juicio para conseguir la tutela judicial (declarada por juez de familia). También puede tenerse en cuenta inscripciones extemporáneas en el Registro Civil, imputación de la paternidad, reconocimiento judicial, dispensa judicial y procesos sucesorios.

3.4 Derechos de la niñez y derechos civiles (patrimoniales)

Si bien el derecho de familia es parte de los derechos civiles, por su estrecha relación con el objeto de estudio, se dedicó un espacio especial para su comparación. En esta etapa se estudiará el Código Civil en general.

En el Artículo 1 del Código Civil, la legislación guatemalteca adopta la teoría ecléctica de la personalidad, o sea que reconoce los derechos del niño desde su concepción, siempre que nazca en condiciones de viabilidad. A su vez, los

derechos de la niñez se inclinan por la teoría de la concepción.

Artículo 9 (parte conducente): ...Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la protección, cuidado y asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, social y espiritual. Estos derechos se reconocen desde la concepción. (LPN y la A) Como podemos ver, en dos leyes ordinarias vigentes, se legisla sobre el mismo tema, con dos posturas diferentes. Sin embargo es importante destacar que la postura asumida por la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es acertada ya que se encuentra acorde a lo establecido en el Artículo tres de la Constitución Política de la República que en su parte conducente establece: “El estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción...”

El Artículo 4 del Código Civil se pronuncia con respecto al nombre como forma para identificar a la persona. En el penúltimo párrafo indica: Artículo 4 (parte conducente): ... “Los hijos de padres desconocidos serán inscritos con el nombre que les dé la persona o institución que los inscriba”. Por otra parte, el derecho de la niñez insiste en la importancia del nombre como parte del derecho a la identidad y faculta al juez de la niñez para que inscriba al niño en el registro correspondiente; este efecto es definitivo siempre que no sea adoptado por alguna persona.

En este tema se observa que ambas normas pueden ser complementarias en cuanto a los sustantivo, sin embargo, la contradicción surge en sentido procesal. Porque si el juez de la niñez invocando el derecho a la identidad, inscribe al niño o niña en el registro correspondiente cuando ya ha cumplido cinco años, estaría obviando el proceso voluntario de inscripción extemporánea que se encuentra vigente en el Código Procesal Civil y Mercantil. En este caso atendiendo al principio de interés superior del niño protegido el juez de la niñez y adolescencia es competente para realizar este acto, pero, debe prestarse atención a que los procesos de jurisdicción voluntaria dejan de ser positivos. Es necesario retomar las ideas del subtítulo anterior, porque el juicio de la niñez es cautelar, pero no necesariamente depende de un juicio posterior para su subsistencia, por lo que en muchas ocasiones

se ha observado resolución judiciales de la niñez y adolescencia que ordenan la inscripción extemporánea del nacimiento y en este caso se actúa en atención al interés superior del niño protegido, evitando que deba afrontar otro proceso judicial y retardos burocráticos.

3.5 Derechos de la niñez y derechos humanos

En el capítulo uno de este trabajo se estudió la relación histórica que vincula los derechos humanos con derechos de la niñez. En esta parte se continuará con ese estudio pero, centrándose ya no en la evolución histórica, sino en la esencia de los derechos humanos y su relación a los derechos de la niñez.

La corriente naturalista de derechos humanos los define como: “derechos que ostenta la persona como reflejo subjetivo de un orden normativo natura”⁴⁶ es decir que son derechos intrínsecos a la condición de humano. En la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia encontramos en el Artículo 8 un intento de los legisladores por seguir la tendencia naturalista.

Artículo 8 (parte conducente) “Los derechos y garantías que otorga la presente ley, no excluye otros, que aunque no figuren expresamente en él, son inherentes a los niños, niñas y adolescentes”.

Sin embargo, en oposición a esta norma encontramos el Artículo 109 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Artículo 109. “Las medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes serán aplicables, siempre que los derechos reconocidos en esta ley sean amenazados o violados”. Es decir que el juez de la niñez y la adolescencia no es competente para conocer un caso por violación o amenaza a un derecho humano, si no existe una norma previamente establecida; lo que se sustenta en la corriente positivista.

⁴⁶ Galeano, Antonio. **Derecho natural, Introducción filosófica al derecho.** Pág. 133

La Declaración de Derechos del Niño, Convención sobre Derechos del Niño y Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, constituyen el marco jurídico de la materia. Estos instrumentos fueron creados para la protección de los valores fundamentales como la vida, la dignidad, la integridad, la libertad de pensamiento y opinión, etc. En la Ley de Protección Integral, podemos encontrar una serie de referencias a los derechos humanos que relacionan estas dos materias.

- En el Artículo uno, objeto de la ley, encontramos referencia a los derechos humanos. Artículo 1 (parte conducente) “La presente ley es un instrumento jurídico de integración familiar... que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez... dentro de un marco de irrestricto respeto a los derechos humanos”.
- El título dos del libro uno está intitulado derechos humanos, en él se hace la enumeración de derechos fundamentales (vida, integridad, familia, etc.) que son protegidos por la ley.
- En el Artículo 103, inciso a), se hace relación a la actuación del juez de paz, en la protección de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia; como la .primera de sus atribuciones. Artículo 103. “Son atribuciones de los Jueces de Paz en materia de los derechos de la niñez y la adolescencia. a) Conocer y resolver las solicitudes de medidas cautelares que sean necesarias para el cese de la amenaza o violación de un derecho humano de la niñez y adolescencia....”.
- El capítulo 2 del libro tercero se titula "Medidas de Protección para la, niñez y la adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos" en este capítulo se detallan las medidas que, entre otras, puede ordenar el juez competente.
- La sección III del libro tercero se titula "derechos y garantías fundamentales en el proceso de la niñez y la adolescencia amenazada o violada en sus derechos

humanos".

- Sección cuatro, libro tercero: "Inicio del proceso de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos". Siguiendo este orden de ideas, se entiende que a pesar que la ley no define la naturaleza jurídica de los derechos de la niñez de manera expresa, si lo hace paulatinamente en el desarrollo de su contenido.

El hecho que constantemente se repita el concepto derechos humanos demuestra la estrecha relación que persiste entre este derecho y los derechos de la niñez y la adolescencia. Lo anterior se concatena con el objeto del proceso que es la restitución de los derechos humanos a un niño, niña o adolescente que ha sido vulnerado en ellos o se encuentra amenazado de un perjuicio inminente.

3.6. Derechos de la niñez y derecho penal

Para empezar, debe hacerse una vez más la distinción entre derechos de protección de la niñez y derechos de adolescentes en conflicto con la ley penal, en el presente trabajo de investigación, es vital comprender que una materia no tiene necesariamente relación con la otra, ya que la primera pretende proteger a la niñez víctima y la segunda la resolcialización de adolescentes que realizan conductas delictivas, pero que por su edad y condición de inimputables, no pueden ser penados como adultos.

Ambos derechos están regulados en el mismo cuerpo legal porque ambos aspiran a la protección integral de la niñez y la adolescencia, pero son especies diferentes en el sistema de justicia. La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia está dividida en tres partes.

- Disposiciones Generales: del Artículo 1 al 74
- Medidas de protección para la niñez y adolescencia, amenazada o violada en

sus derechos humanos: del Artículo 75 al 131

- Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal: del Artículo 132 al 263.

Para hacer un acercamiento al derecho penal se propone la definición siguiente: “Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”⁴⁷.

La materia penal persigue la conducta del sujeto activo, aquel cuyos actos, acciones u omisiones encuadran en un hecho punible, típico y antijurídico; no así los derechos tutelares de la niñez y la adolescencia que se centra en la víctima, ubicándolo como prioridad en el proceso y encaminando la acción estatal y sus recursos a su reivindicación; principalmente la restitución de sus derechos violados. En materia tutelar de la niñez y la adolescencia el victimario o agresor pasa a segundo grado de importancia, el Juez competente en materia tutelar, no lo es en materia penal, por lo que se limita a certificar lo conducente al Ministerio Público o juzgado penal, para que en esta instancia se promueva la persecución penal.

Es posible afirmar que la relación entre estas materias es complementaria, ya que una vez restituidos los derechos humanos violados al niño, niña o adolescente, se repara el agravio con la aplicación de una pena al victimario; que debe ser acorde al daño causado. Si únicamente se ofrece ayuda a la víctima y el agresor es protegido por la impunidad, el mensaje que se proyecta a la población en general, y a la víctima en particular, es que el que actúa como agresor puede continuar haciéndolo según su voluntad y en el caso de niñez, se está fomentando generaciones de niños víctimas que reproducirán el ciclo de la violencia.

En el caso de los niños o niñas menores de doce años, no tienen ninguna relación con

⁴⁷ Jiménez, Asúa. **Diccionario de derecho elemental**, Pág. 326

el derecho penal ya que además de ser inimputables se considera que no tienen ninguna responsabilidad por los actos o hechos que realizan, aunque riñan con el ordenamiento penal vigente. A partir de los 13 años la ley clasifica a los jóvenes como adolescentes y en ese caso, aunque siguen siendo inimputables, si tienen un nivel de responsabilidad por sus decisiones y es responsabilidad del Estado tomar medidas que permitan orientar la actitud del adolescente para crear de él, una persona satisfecha, realizada y que aporte a la sociedad una actitud constructiva.

3.7 Derechos de la niñez y derecho constitucional

Si bien, resulta interesante discutir el concepto y definición de la Constitución desde su interpretación formal y su interpretación real, el objeto de este capítulo es establecer similitudes y diferencias sustantivas y adjetivas que permitan delimitar la actuación del juez de la niñez y la adolescencia frente a otras materias. Para comenzar se propone la definición siguiente: Derecho constitucional: “Rama del derecho público que tiene por objeto la organización del Estado y sus poderes, la declaración de derechos y deberes individuales y colectivos y las instituciones que los garantizan.⁴⁸”.

Es de dominio público, que la Constitución Política de la República de Guatemala es de observancia general y jerárquicamente superior a las normas ordinarias. La Constitución representa la consumación ideal del Estado y el máximo instrumento jurídico, adoptando una posición preeminente. Ahora bien, como quedó demostrado en el capítulo uno de esta investigación, la materia de estudio deviene de la Declaración Universal de Derechos humanos, Declaración de Derechos del Niño, y la Convención Sobre Derechos del Niño; esta última se encuentra vigente en el Estado guatemalteco desde 1990. En ese orden de ideas, siendo la Convención citada un instrumento de derechos humanos, por disposición de la misma Constitución Política de la República, Artículo 46, los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos tienen preeminencia sobre la misma Constitución. En ningún caso puede confundirse la preeminencia del derecho internacional en materia de derechos humanos, como una

⁴⁸ Manuel Ossorio. **Ob. Cit.** Pag. 107

facultad de actuar del juez de la niñez y adolescencia, superior a la Constitución Política de la República.

En materia procesal, el análisis es más sencillo, se parte de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que da origen a los juzgados de la niñez y la adolescencia y específicamente el Artículo 99, en el cual en su parte conducente establece: “Organización...tendrá la naturaleza y categoría de los Juzgados de Primera Instancia” en tal virtud, para efectos adjetivos, se encuentra supeditado jerárquicamente a las leyes Constitucionales y el actuar del Juez de la materia de estudio, debe ser cuidadoso por respetar las normas constitucionales relativas al debido proceso.

3.8 Derechos de la niñez y derechos laborales

El Título IV, capítulo único de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es un apartado especial para la protección de adolescentes trabajadores; está compuesto por 12 Artículos que regulan derechos fundamentales de los y las adolescentes trabajadores, ya sea en círculos familiares, en el sector formal o informal.

Este grupo de normas básicas, de aplicación directa a adolescentes trabajadores corresponde a la competencia del juez de primera instancia de trabajo y previsión social, pero, se encuentra regulado dentro del instrumento jurídico destinado a los jueces de la niñez y adolescencia (Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia) por lo que surge la pregunta lógica para determinar la competencia material: ¿quién es el juez competente para conocer lo relativo al título IV de la ley citada?.

Para establecerlo es necesario hacer la siguiente comparación de las normas: Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia establece en el Artículo 72. Prohibición. “Al adolescente empleado, aprendiz, en régimen familiar de trabajo, alumno de escuela técnica, con asistencia en entidad gubernamental o no gubernamental, le es

vedado el trabajo:

- a) Nocturno, realizados entre veinte horas de un día y las ocho horas del día siguiente.
- b) Peligroso, insalubre y penoso
- c) Realizado en locales perjudiciales en su formación y a su desarrollo físico, psíquico, moral y social.
- d) Realizado en horarios que no le permitan comparecer en la escuela.

Artículo 66. Es prohibido cualquier trabajo a adolescentes menores de catorce años de edad...”.

El Código de Trabajo, Decreto 14-41 en su Artículo 147. (conducente) “El trabajo de ... menores de edad debe ser adecuado especialmente a su edad, condiciones o estado físico y desarrollo intelectual y moral.

Artículo 148. Se prohíbe: El trabajo en lugares insalubres y peligrosos para... menores de edad...:

- a) Suprimido,
- b) El trabajo nocturno y jornada extraordinaria...
- c) El trabajo ...a menores de edad en cantinas, u otros establecimientos análogos en que se expendan bebidas alcohólicas destinadas al consumo inmediato. El trabajo a los menores de catorce años.”.

De la lectura de las normas anteriores, se puede observar que pese a sus diferencias de redacción, los legisladores se pronuncian sobre supuestos idénticos, situación que induce preguntarse ¿quién es el juez competente para conocer las denuncias que se formulen con base en éstas normas?. En el caso de los jueces de trabajo y los de la niñez, la delimitación de la competencia es aún más difícil ya que ambos gozan de una jurisdicción privativa o especializada. En ambas materias son protegidas por tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos. El Código de Trabajo en su Artículo 283 establece: “Los conflictos relativos a Trabajo y Previsión Social están sometidos a la jurisdicción privativa de los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, a quienes compete juzgar y ejecutar lo juzgado” esta norma asigna el carácter de

privativo a la jurisdicción de juez de trabajo; según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, privativo se define como: "... propio de una sola cosa o persona".

En este orden de ideas, se puede establecer que las normas contenidas en el capítulo IV del Decreto 27-2003 del Congreso de la República, exceden de la competencia del juez de la niñez y la adolescencia, quien en su calidad de juez de primera instancia, debe ceder la competencia por razón de la materia a los jueces de trabajo, cuando las denuncia promovidas ante él, sean de carácter laboral.

Esto únicamente si concurren todos los elementos para que la denuncia sea de adolescentes trabajadores; es decir mayores de catorce años e inscritos en el régimen especial de esta categoría. Si la denuncia trata de niños menores de catorce años la competencia es exclusiva de los jueces de la niñez.

Es preciso hacer la distinción entre adolescentes trabajadores y niños, niñas o adolescentes que sufren explotación de su fuerza laboral. En el último de los casos los padres o cualquier adulto decide aprovecharse de la fuerza e inexperiencia de los niños, niñas o adolescentes para obtener un beneficio económico de ellos; en este caso es competencia y obligación de los jueces de la niñez dictar las medidas cautelares que restituyan los derechos que estén siendo violados, especialmente el de protección contra la explotación económica: "Artículo 51. Explotación económica. Los niños y adolescentes tiene derecho a ser protegidos contra la explotación económica, el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso para su salud física y mental o que impida su acceso a la educación..." esta protección y derecho al que se refiere el Artículo anterior, debe interpretarse de carácter tutelar a niños y adolescentes menores de catorce años, quienes por definición legal, no pueden ser reconocidos como trabajadores, por lo que no están sometidos a la jurisdicción privativa de los jueces de trabajo.

CAPÍTULO IV

4. Análisis comparativo de sentencias judiciales

En el presente capítulo, se estudiarán sentencias de seis jueces de la niñez y la adolescencia; lo que representa el 67% de los juzgados activos en la república de Guatemala.

Para su estudio se dividirán las sentencias en cuatro fases: a) objeto del proceso, b) consideraciones de derecho, c) consideraciones de caso concreto o fáctico, y d) parte resolutive.

Con ésta división, se pretende deducir el criterio de los jueces del ramo con respecto a la naturaleza jurídica de la materia que juzgan y los límites que con los que actúan frente a otras materias. Para establecerlo se analizará comparativamente, cada una de las fases de la sentencia, para después deducir de su contenido, si el juzgador estima que los derechos de la niñez son una materia independiente o pertenece a derechos humanos y especialmente qué límites reconoce frente a otras judicaturas.

Para el análisis de las sentencias, se estudia la parte denominada objeto de proceso, en la cual, los jueces y juezas establecen la razón de ser del proceso que están a punto de resolver, con esto se puede establecer qué delimitación material, expresa o tácita, realizan los juzgadores de niñez y adolescencia.

En los siguientes casos, se observa que al resolver definen el proceso de niñez y adolescencia como:

- Juez primero de la niñez y adolescencia de Guatemala: “Medidas de protección a favor de la niña...”
- Segundo de la niñez y adolescencia de Guatemala: “Restituir los derechos humanos

individuales violados al niño”.

- Juez de la niñez y adolescencia de Mixco: “esta judicatura define como objeto del proceso o razón de ser de la causa que juzga “Medidas de protección a favor de la adolescente...”
- Juez de la niñez y adolescencia de Chimaltenango: No indica objeto del proceso.
- Juez de la niñez y adolescencia de Quetzaltenango: “Clase y tipo del proceso: de la niñez y la adolescencia violada en sus derechos humanos”.
- Juez de la niñez y adolescencia de Petén: “Restituir los derechos humanos violados al niño ...”.

Análisis comparativo de la parte denominada objeto del proceso: de lo manifestado por los jueces y juezas de la niñez y la adolescencia, podemos establecer que en su determinación del motivo o la causa del proceso, destaca el concepto de derechos humanos como la razón de ser del actuar jurisdiccional.

La jueza de Mixco y la jueza primero de Guatemala se inclinan por indicar que la clase del proceso es de carácter cautelar (medidas de protección), lo que no establece el fondo del asunto sino más bien la clasificación del proceso por los efectos que persigue. Se percibe determinación en los juzgares, que reconocen los derechos humanos como razón de ser del proceso de protección. Se limitan a actuar en cuanto a la protección de estos derechos.

Se considera que el estudio de la determinación del objeto del proceso, es necesario para conocer la naturaleza del proceso. Este es uno de los requisitos fundamentales de la sentencia y el objetivo de este requerimiento es que el juez haga una enunciación conceptual de la razón de ser de una sentencia.

Si la sentencia en este caso, persigue la restitución de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, el juez está afirmando que la naturaleza jurídica del proceso es de materia de derechos humanos. Esto nos lleva a pensar que es un proceso pionero en la historia del derecho, ya que los tribunales en materia de derechos humanos

únicamente han tenido carácter internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros.

Incluso en Guatemala el Procurador de los Derechos Humanos tiene un carácter de juez de conciencia y sus fallos no son vinculantes.

En el caso de los jueces, que establecen que el proceso es para dictar medidas cautelares están afirmando la clase de proceso del que se trata, pero no el fondo de derechos en conflicto. En este caso, al decir que el objeto del proceso es dictar medidas cautelares, merece la pena preguntarse para qué son estas medidas cautelares, ya que dichas medidas seguramente pretenden defender algún derecho o alguna persona. La respuesta a esta pregunta hipotética, solo puede ser la protección de derechos de la niñez y la adolescencia y específicamente los derechos reconocidos en la Convención Sobre Derechos del Niño y en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

La siguiente parte de la sentencia que se analiza, es la denominada consideraciones de derecho, en ésta se pretende establecer qué fundamento jurídico invoca el juez al resolver y comparar las sentencias de cada uno de los jueces o juezas que se estudian para concluir que delimitación realizan los juzgadores con respecto a la legislación y la aplicación de leyes vigentes.

En ésta etapa de la sentencia, el juez está compelido a hacer una exposición de normas jurídicas que de forma integrada, constituyen el andamiaje normativo sobre el que sustenta el fallo. Se acostumbra partir de las normas Constitucionales, indicando cuales son los derechos fundamentales que se tomaron en consideración al momento de dictar sentencia.

En este caso, también debe incluirse la Convención Sobre Derechos del Niño, que es cuerpo legal de carácter internacional público, sin embargo que ya ha sido incorporado en el ordenamiento jurídico guatemalteco, por el procedimiento previamente

establecido, lo que le confiere carácter de derecho interno. Éste cuerpo legal es de naturaleza de derechos humanos, por lo que de acuerdo con la propia Constitución Política de la República de Guatemala, tiene primacía sobre el derecho interno. Después de analizar las normas constitucionales y tratados y convenios internacionales, se debe establecer cuáles son las normas de derecho interno que fundamentan su respuesta.

En este caso, las normas regentes pueden ubicarse de manera preferente en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, las cuales incluyen los principales derechos que se pretende proteger en la niñez guatemalteca. Además puede el juzgador auxiliarse de otras normas ordinarias cuando el caso lo amerite. La propia Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia establece que en lo procesal puede auxiliarse con los derechos contenidos en el Código Procesal Penal.

Sobre éste último extremo, es necesario comentar que ha causado múltiples dificultades prácticas y constantes debates jurídicos entre operarios de justicia, quienes en su mayoría consideran que la norma procesal más afín a la materia de derechos de la niñez, es el Código Procesal Civil y Mercantil, ya que éstas normas son las que se aplican en derechos de familia y porque como ya se dijo anteriormente, los derechos de la niñez históricamente correspondía a los derechos civiles, pues los niños se consideraban parte del patrimonio familiar.

En conjunto, los tres cuerpos legales a los que recurren los jueces de la niñez y la adolescencia para la aplicación de normas a caso concreto, es la Constitución Política de la República, la Convención Sobre Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. En cuanto a la Constitución, el pronunciamiento es relativo a normas generales como la obligación del Estado de proteger a la familia o la prioridad para el Estado del niño huérfano, la Convención Sobre Derechos del Niño y el Decreto 27-2003 son aplicados invocando el interés superior del niño protegido y normas sustantivas relativas a la protección de garantías fundamentales como identidad, familia, protección contra el maltrato; dependiendo del caso.

De la lectura de las consideraciones legales de los Jueces sujetos de estudio podemos percibir que existe una tendencia a consolidar la materia como derechos tutelares de la niñez y la adolescencia, enfocada a la protección de los derechos humanos de niños y adolescentes. En cuanto a los límites de la competencia los jueces de la niñez no trasgreden límites de otras materias concretándose a fundamentar sus criterios en la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

A continuación, se estudia la parte de la sentencia denominada consideraciones en caso concreto, con esto se pretende establecer el pensamiento lógico jurídico del juez o jueza que emite la sentencia. Cabe resaltar que en ésta parte de la sentencia es en la que el juzgador emite la mayor cantidad de criterio personal y por consecuencia, de ésta parte puede ser extraído su criterio profesional y su experiencia respecto al hecho que juzga.

La parte de la sentencia denominada consideraciones de hechos, consideraciones fácticas o consideraciones de caso concreto, contiene la esencia del análisis jurídico del juez, en esta parte, podemos encontrar el impacto que los hechos discutidos ha causado en la conciencia del juez.

Si el juez está obligado a resolver el asunto que es sometido a su conocimiento, es obligatorio que indique las razones jurídicas que lo impulsan a resolver a favor o en contra, de cada una de las pretensiones de las partes. Sin embargo más allá que las razones jurídicas puede establecerse las razones lógicas, filosóficas y basadas en la experiencia del propio juez, ya que, el que juzga, es también un ser humano quien se apoya de las leyes para emitir un juicio apropiado.

La mayor utilidad de las consideraciones de hecho, es que sobre ellas puede apelarse el fallo emitido, ya que si las razones que fundamentaron al juez a resolver son desprovistas de sustento jurídico, alejado de la lógica, del sentido común o de la conciencia colectiva; la sentencia puede ser sometida a conocimiento de la segunda

instancia. En éste tribunal denominado Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia, se deberá discutir si el fallo debe emitirse en diferente sentido, si debe ampliarse, modificarse, repetirse o bien lo confirma.

En síntesis al analizar las sentencias que se estudian, se establece una tendencia a respetar los derechos fundamentales de los niños, niñas o adolescentes, tales como el derecho a crecer y ser criados en el seno de una familia, ya sea biológica o sustituta, el respeto a la opinión tomando en cuenta la edad de cada niño y el derecho a ser protegido contra cualquier forma de maltrato por acción u omisión.

La tendencia de los jueces estudiados, es privilegiar los derechos humanos específicos para la niñez y adolescencia; esta especialización a su vez, fortalece la posición de que los derechos de la niñez y la adolescencia se establecen firmemente como una materia independiente del derecho y en la totalidad de las sentencias estudiadas se omite hacer cualquier análisis jurídico que pueda inducir a vincular sus fallos, con otras ramas del derecho. Llama la atención, por ejemplo, que se observan decisiones definitivas como el caso del juez de Chimaltenango, que separa a la niña de su progenitora y en sus consideraciones omite cualquier referencia al ejercicio de la patria potestad.

La última parte de la sentencia es denominada parte resolutive, en ella se encuentran las decisiones asumidas por el juez de la materia, quien en forma enumerativa ordena a aquellos que son afectados por la sentencia, la obligación de dar, hacer o abstenerse de hacer algún acto.

Con el análisis y síntesis de esta parte de las sentencias estudiadas, se pretende establecer los límites autoimpuestos por el juez, quien como profesional del derecho y conocedor de las leyes establece por sí mismo los alcances de su resolución. Se puede observar si el juez decide resolver sobre aspectos que históricamente han pertenecido a otras materias como el derecho de familia, el derecho laboral, derecho penal y otros.

Es importante observar que en la parte resolutive, emitida por el juez primero de la niñez y la adolescencia al resolver expone: “Con lugar la amenaza de violación a los derechos humanos de integridad, al de familia y la violación al derecho humano a la educación, así como al goce y ejercicio de los mismos de la niña ..., por las razones consideradas. II) En consecuencia se ordena para rectificarle en sus derechos humanos conculcados: A) Se confirma la medida cautelar dictada y se ordena la entrega en forma definitiva de la niña...con su hermana ... a quien se le hace una declaración de responsabilidad de cuidar y proteger a la niña, manteniéndola a salvo de cualquier violación a sus derechos. B) Que la niña continúe con su educación formal, III) Notifíquese”.

En la parte resolutive que emitió el juez primero de la niñez y la adolescencia, se afirma que los derechos de la niñez pertenecen a los derechos humanos y que lo que se pretende es rectificarle sus derechos violados. La obligación impuesta en este caso es que la hermana se responsabilice de cuidar y proteger a la niña, por quien se emite la sentencia. Puede observarse que la resolución declara en forma implícita la tutela legítima a favor de la hermana, sin embargo omitió establecer la existencia de un juicio posterior de tutela para que la niña obtenga una protección de más alcances como la existencia del protutor o la obligación de rendir cuentas del tutor.

Por su parte el juez segundo de la niñez y adolescencia de Guatemala al resolver declara “Que los derechos humanos individuales de integridad personal, identidad, a la salud, dignidad, respeto y a la familia, le fueron violados al niño... II) Se deben restituir los derechos humanos vulnerados al menor de edad protegido, decretando las siguiente medidas: a) Se confirma el abrigo temporal del niño en la Asociación de Módulos Maternales para la Protección Infantil; institución que con base en el Artículo 308 del Código Civil ejerce su tutela legal y se responsabiliza al director de dicha asociación para que en el plazo de un mes promueva las diligencias necesarias para realizar la adopción de Edgar Eduardo a favor de los señores, B) que la Procuraduría General de la Nación, asigne al representante legal del niño ..., para que comparezca en las diligencias relativas a su adopción. III. Practíquese supervisión de la medida decretada,

por la trabajadora social de este juzgado quien debe rendir su informe cada dos meses. Notifíquese.”.

En este caso, el juez si hace una relación directa a la tutela, ya que la tutela legal se adquiere con el solo hecho de que el niño sea albergado en la institución de caridad pública y por imperativo legal la tutela corresponde al director o directora de la entidad.

Con respecto a lo resuelto por el juez de la niñez y adolescencia de Mixco, se puede observar que resuelve: “I) Se ordena que la adolescente... quede en abrigo definitivo al lado de su señora madre... con quien debe de quedar para su correcta orientación y cuidado; II) Que la adolescente de mérito y sus progenitores inicien tratamiento y seguimiento psicológico con la profesional adscrita a este juzgado, con el objeto de que reciba la orientación adecuada y mejoren sus relaciones familiares, oficiándose como corresponde; III) Se ordena que la trabajadora social adscrita a este juzgado practique supervisión social en el lugar de residencia de la madre de la adolescente relacionada, por espacio de tres años, debiendo informar por escrito a este juzgado en forma trimestral, oficiándose como corresponde; IV) Al cumplirse con lo ordenado en el numeral romano dos y tres de esta misma resolución, archívense las presentes actuaciones; V) Notifíquese.”.

En este caso no es necesario hacer referencia a un juicio posterior, ya que al entregarla nuevamente con la madre, continúa bajo la patria potestad, la que no se ha suspendido o perdido por parte de la progenitora, dentro de esta situación basta con las supervisiones periódicas.

Por su parte el juez de la niñez y adolescencia de Chimaltenango al resolver indicó: “En virtud del estudio y análisis de las actuaciones se establece que a la niña...y a ... se les ha violado sus derechos humanos de protección contra el maltrato, integridad, educación, respeto, integridad, toda vez que según declaraciones de las mismas, han sido objeto de maltrato por parte de su señor padre ..., quien según lo argumentado por dichas hermanas se dedicaba a ingerir licor, habiendo sufrido asimismo abandono

y descuido por parte de éste y su derecho a la educación; y la forma de restituirle sus derechos violados es dejando a la niña... en forma definitiva en el hogar donde actualmente se encuentra, en la Casa para Niños Aleluya, donde se le está brindando todas las atenciones y cuidados necesarios, así como la educación que necesita para su desarrollo integral. II.- Tal como lo solicita la representante de la Procuraduría General de la Nación, licenciada ... y a solicitud de la misma niña quien manifestó su deseo de seguir en el hogar y estar contenta en el mismo, por lo que se toma muy en cuenta su opinión de conformidad con la ley de la materia y Convención de los Derechos del Niño, II.- En cuanto a la señorita ... por haber arribado a la mayoría de edad, la misma queda bajo su propia responsabilidad.- III.- Se revoca la medida cautelar de abrigo temporal a favor de la niña ... y la adolescente ... en el hogar Casa para Niños "Aleluya"; IV.- Se amonesta drásticamente al señor Progenitor de ..., por ser el responsable de la violación de los derechos humanos antes indicados de sus hijas referidas.- V. Se autoriza que la señora ... tía de la niña ... pueda visitar en el hogar donde actualmente se encuentra, de acuerdo al reglamento interno de dicho hogar, para que continúe la relación familiar en beneficio de la niña protegida.- VI.- En tal sentido procedente resulta ordena el archivo de las presentes actuaciones. VII.- Notifíquese”.

En este caso, es evidente que el juez omite ordenar a la Procuraduría General de la Nación que impulse el juicio de suspensión de la patria potestad, ya que de lo contrario existe un conflicto de derechos, pues la madre continúa con el ejercicio de la patria potestad y la casa hogar ostenta la tutela legal por lo que hay doble representante legal de la menor de edad, lo que eventualmente puede repercutir en contradicciones. Si la decisión es que la niña continúe en el hogar de protección de forma permanente, posiblemente se le está vedando el derecho a vivir en familia, por lo mismo debe considerarse que la niña pueda estar en un futuro próximo al cuidado de una familia ya sea biológica o sustituta.

Al estudiarse la sentencia emitida por el juez de la niñez y adolescencia de Quetzaltenango, podemos observar que resuelve en el siguiente sentido: “El derecho

de integridad del niño ... fue violado restituyéndole el mismo con la permanencia del niño, bajo medida de Abrigo y Protección en el Hogar Campestre Adventista “Los Pinos” por medio de su representante legal; II) Se declara la responsabilidad de los progenitores del niño por el abandono de su hijo; III) Se declara en estado de adoptabilidad al niño conocido como ...otorgándole la tutela judicial y representación legal del niño a Hogar Campestre Adventista “Los Pinos”; IV) Certifíquese lo conducente en contra de los progenitores del niño ... por el delito de abandono de niños y personas desvalidas al Ministerio Público para que realice la investigación del caso. V) Se ordena al Registrador Civil de la ciudad de Huehuetenango del departamento del mismo nombre que proceda al asiento de la partida de nacimiento del niño identificado como ... quien nació aproximadamente el día veintitrés de marzo de dos mil uno en dicha ciudad, de sexo masculino, desconociéndose los demás datos requeridos por el Código Civil para el asiento de dicha partida, debiendo hacer la anotación de mérito al margen de la partida de nacimiento, que se realizó el asiento por orden de este juzgado y en sentencia de ésta fecha así como que la tutela judicial y representación legal del niño se le otorga al Hogar Campestre Adventista “Los Pinos”, y que el mismo se encuentra en calidad de abandono, sujeto a la medida de abrigo y protección; VI) Oportunamente extiéndase certificación del presente auto y expediente a costa del interesado. VII) Líbrese los oficios y despacho de mérito. VIII) Notifíquese.”.

En este caso, la resolución es más completa y al resolver el juez tiene una visión de protección integral del niño sujeto a proceso. Se puede observar que al resolver se pronuncia con respecto a la tutela legítima y representación legal, declara al niño en estado de adoptabilidad por lo que se garantiza la posibilidad de una familia en el futuro, ordena certificar lo conducente en contra del agresor lo que representa otra forma de justicia y de restitución de derechos violados y ordena la inscripción extemporánea en el Registro Civil con lo que se garantiza el derecho de identidad.

Por su parte el juez de la niñez y adolescencia de Petén resuelve: “Se declara que al niño ... se le violaron los derechos humanos individuales de familia e integridad; b) Se revoca el internamiento institucional provisional del niño ... que tiene vigencia en el

Centro de Atención a Niños y Adolescentes en Situación de Riesgo Social, San José Pínula, departamento de Guatemala; c) Institucionalizar al niño ... en el hogar Cánticos de Gozo, situado en San Jacinto, kilómetro ciento ochenta y cuatro y medio de la carretera que conduce a Esquipulas, departamento de Chiquimula, cuya medida tendrá efecto hasta que el niño alcance la mayoría de edad; d) Libra despacho al Juzgado de Paz de Sayaxché, Petén, para que notifique esta sentencia a la señora ..., quien reside en aldea Tierra Blanca de aquella competencia municipal.”.

En este caso, es destacable que el juez de Petén se pronuncia en relación a la institucionalización del niño, lo que confirma al decretar que el niño debe permanecer institucionalizado hasta alcanzar la mayoría de edad, con esto se establece claramente que el juez resuelve con base en los paradigmas de la doctrina de la situación irregular y como consecuencia, veda al niño la posibilidad de vivir y convivir integrado en una familia ya sea biológica o sustituta. El hecho de declarar definitivamente que el niño debe estar institucionalizado afirma que no tiene posibilidades de tener una familia.

Al hacer una síntesis de la parte resolutive de las sentencias analizadas, se establece una postura definida que sitúa el actuar del juez de la niñez y la adolescencia en la materia de los derechos humanos. La parte resolutive es dividida en dos fases: la primera es la declarativa, en la que el juez se pronuncia sobre los derechos que han sido violados o amenazados al niño, niña o adolescente y la segunda es la resolutive, en la que el juez ordena las medidas que considera acertadas para restituir los derechos que han sido violados o suspender la amenaza. Se observa la tendencia a delimitar su competencia a los derechos propios de la materia, en consonancia con la evolución histórica de los derechos de la niñez y omitir, cualquier pronunciamiento que pueda vincular su acción, con otras materias del derecho; la excepción a ésta preferencia, es perceptible en la juez de Quetzaltenango, que en su sentencia confiere la tutela judicial, lo que corresponde al juez de familia, ordena la inscripción de nacimiento con base en el Código Civil y declara el estado de adoptabilidad del niño, lo que inicia la posibilidad de un proceso de de adopción.

CONCLUSIONES

1. El juicio de niñez y adolescencia inicialmente persigue una medida de protección; sin embargo, en algunos casos, se dictan las sentencias y se archivan, sin que posteriormente se inicie un proceso definitivo que proteja los derechos de la niñez.
2. Los Jueces de la niñez y la adolescencia, en algunos casos, dictan sentencia con base en dictámenes del equipo técnico, conformados por psicólogos, trabajadores sociales, pediatras y pedagogos; pero dichos dictámenes, no siempre son congruentes con la realidad.
3. Existe injerencia en los jueces de familia y los jueces de la niñez y la adolescencia, ya que ambos dictan medidas de protección, lo que origina conflicto en la aplicación de leyes.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala, debe reformar la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, para que los jueces, después de dictar sentencia, le den el seguimiento a los procesos de protección de niños y adolescentes; a efecto de no vulnerar sus derechos.
2. Que el Organismo Judicial capacite al equipo técnico-científico de los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia, conformado por psicólogos, trabajadores sociales y pedagogos, a efecto de que cuenten con el conocimiento necesario para emitir dictámenes acorde a las exigencias del proceso y que de esta forma, los juzgadores puedan dictar sentencias que garanticen de mejor forma, la protección integral de niños, niñas y adolescentes.
3. Que el Congreso de la República de Guatemala, realice una reforma a la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, para establecer el principio que en caso de duda sobre la competencia o la aplicación de una norma, se aplique la que más favorezca al niño, niña o adolescente.

BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, Hugo. **Derecho procesal civil**. Argentina. Ed. Universidad de Córdoba, 1996.

Tratado teórico práctico del derecho procesal civil y mercantil. Argentina Ed. Compañía, 2001

ARIES, Philippe. **El niño y la vida familiar en el antiguo régimen**. Madrid. Ed. Comptulense. 1987

AZULA, Juan. **Introducción al estudio del derecho**. Madrid. Ed. Figueredo. 2000

BISIG, Elino. **Abandono de menores. Un enfoque jurídico-sociológico**. Córdoba, Argentina, Ed. Aposanto, 1989

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Argentina. Ed. Universidad de Córdoba. 2006

CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Argentina. Ed. Europamerica, 1994

CASSO, ROMERO y otros. **Diccionario de derecho privado**. Barcelona, ed. Esprinter, 1954

COUTOURE, Eduardo. **El arte del derecho y otras meditaciones**. México. Ed. Universitaria, 1990

Coordinadora Institucional de Promoción de los Derechos de la Niñez y Adolescencia COPRODENI. **Segundo informe independiente de las organizaciones no gubernamentales sobre el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes**. Guatemala 2000

CORNELUTTI, Francesco. **Fundamentos del derecho procesal civil.** México. Ed. Jurídica, 1998

FERNANDEZ, Antonio. **Derecho natural, introducción a la filosofía del derecho.** Madrid. Ed. Comptense, 1998

DE MAUSE, Lloy. **Historia de la infancia.** Madrid. Ed. Arazandi, 1991

DI DORIO, Antonio. **Lineamientos de la teoría general del derecho procesal.** Argentina. Ed. Unidos, 1995

DEL PALACIO, Alejandro. **Introducción a la teoría del derecho.** México. Ed. Edilex, 1995

End Child Prostitution, Chil Prostitution. **Fortalecimiento de la protección de niños, niñas y adolescentes ante la explotación sexual y comercial en Centroamérica.** Guatemala 2004

FERNANDEZ, Eusebio. **Los derechos humanos y la historia.** Madrid. Ed. Borja. 2004

GARCIA MAYNES, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho.** México, Ed. Chaultepec. 1988

GARCÍA MENDEZ, Emilio. **Legislación infanto juveniles en América latina: modelos y tendencia en informe final. Reunión de puntos focales. Áreas derechos del niño.** Colombia. Ed. Proceso, 1993

GARCÍA MENDEZ, Emilio. **Derecho de la infanto adolescencia en América Latina: de la situación integral a la protección integral.** Colombia, Ed. Poces, 1994

GARCÍA, Socorro. **Análisis de los cambios en las políticas públicas de infancia.** Montevideo. Ed. Monserrat, 1999.

GROSS ESPIELL, Héctor. **La convención americana y la convención europea de derechos humanos, análisis comparativo.** Santiago de Chile. Ed. Morrofo. 1991.

HOFFMANN, Roberto. **Introducción al estudio del derecho.** México. Ed. Universitaria. 2002.

JIMENEZ, Asúa. **Diccionario de derecho elemental.** Madrid. Ed. Jurídica. 1995

KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del Estado.** México, Ed. Fondo de Cultura Económico.1996.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Argentina. Ed. Beuvedrais. 2006.

PALLARES, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil.** Argentina. Ed. Cardona. 1990.

PILOTTI, Francisco. **Crisis y perspectivas del sistema de bienestar infantil en América Latina: infancia en riesgo total y políticas sociales en Chile.** Santiago de Chile. Ed. Morrofo.1994.

PILOTTI, Francisco. **Globalización y Convención Sobre los Derechos del Niño.** Montevideo. Ed. Monserrat. 1995

PLATT, Anthony. **Los salvadores de los niños o la invención de la delincuencia.** Madrid. Ed. Comptense. 1997.

Programa de Naciones Unidas Para el Desarrollo. **Sobre el cumplimiento de la protección de niños y adolescentes ante la explotación sexual.** Guatemala 2005.

Real Academia de la Lengua Española. **Diccionario de la lengua española**. Vigésima segunda edición. Madrid, 2001

SOLIS VALDIVIA, Marcos. **Nociones fundamentales sobre justicia y competencia**. Colombia. Ed. Proceso. 2001

TEJEIRO LOPEZ. Carlos Enrique. **Teoría general de la niñez y la adolescencia**. Argentina. Ed. Vichenze. 2005

UNICEF. **Informe final, reunión de puntos focales. Área derecho del niño**. Colombia. 1988.

VELASQUEZ. Fernando. **Módulos sobre derechos del niño en Guatemala**. Guatemala. UNICEF. 2001

Legislación:

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

Declaración de los Derechos del Niño. Naciones Unidas 1924

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Naciones Unidas 1948

Convención Sobre los Derechos del Niño. Naciones Unidas 1959

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores. Naciones Unidas 1985

Las Directrices de las Naciones Unidas Para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. Naciones Unidas 1990

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de Facto. Decreto Ley 106

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de Facto. Decreto Ley 107

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

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

Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. Dcreto 97-1996 del Congreso de la República de Guatemala. 1996.