

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

**LA INCONGRUENCIA DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA
DOCTRINA DE LA SITUACION IRREGULAR EN GUATEMALA**

CARLOS ALBERTO DONIS GONZÁLEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2011

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

**INCONGRUENCIA DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA
DOCTRINA DE LA SITUACION IRREGULAR EN GUATEMALA**

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 ALBERTO DONIS GONZÁLEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2011

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

DECANO:	Dr. Bonerge Amilcar Mejia Orellana
VOCAL I:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Licda. María del Carmen Mancilla Girón
Vocal:	Licda. Sandra Marina Ciudad Real Aguilar de Charchal
Secretaria:	Licda. Hilda Margarita Franco Hernández

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Otto René Vicente Revolorio
Vocal:	Lic. Héctor David España Pinetta
Secretario:	Lic. Gamaliel 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)



Lic. Nelson René Rivas Ruiz
Abogado y Notario
Col. 6-198

Guatemala, 1 de septiembre de 2,011

4a. Calle 5-10 Zona 1
Edificio Luvia 3er. Nivel
Oficina 302, Guatemala
Tels: 22321404 - 57044144
66353447. Fax: 22321404
lic.nelson_rivas@hotmail.com

LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
PRESENTE

En cumplimiento a la resolución emanada de esa jefatura de esa Unidad, de fecha once de mayo de dos mil diez, procedí a **ASESORAR** el trabajo de tesis del Bachiller **CARLOS ALBERTO DONIS GONZÁLEZ**, sobre el tema intitulado **“LA INCONGRUENCIA DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA DOCTRINA DE LA SITUACION IRREGULAR EN GUATEMALA”**, me permito informarle lo siguiente:

1. El trabajo de investigación del sustentante, es un aporte técnico, al establecer un amplio contenido jurídico y doctrinario en relación al derecho de la niñez, abarcando sus principales fundamentos y elementos, al referirse a la incongruencia de la convención de los derechos del niño y la doctrina de la situación irregular en Guatemala.
2. La metodología y técnicas utilizadas en la realización del trabajo de tesis, fueron acordes para el desarrollo de cada uno de los capítulos, introducción, conclusiones y recomendaciones, para lo cual utilizó los métodos siguientes: analítico; para establecer los derechos que ostenta la niñez; el sintético, para tomar en cuenta la forma en que se deben garantizar esos derechos, tanto en materia internacional como a nivel nacional; e, inductivo, al analizar los derechos y deberes que la niñez representa.
3. De acuerdo a lo expuesto en el cuerpo capitular, el trabajo evidencia una adecuada redacción, lo que permite entender los elementos que analiza el sustentante, los criterios técnico-jurídicos que fundamentan cada argumento, así como el uso adecuado de las reglas gramaticales de acuerdo a lo estipulado por la Real Academia Española de la Lengua.





Lic. Nelson René Rivas Ruíz
Abogado y Notario
Col. 6498

4a. Calle 5-10 Zona 1
Edificio Lobia 3er. Nivel
Oficina 302, Guatemala
Tels: 22321404 - 57044144
66353447. Fax: 22321404
lic.nelson_rivas@hotmail.com

4. Respecto a las conclusiones y recomendaciones, el trabajo realizado es coherente, ya que las conclusiones reflejan adecuado nivel de síntesis, puesto que se establecieron los elementos centrales que configuran los supuestos teóricos y la reflexión doctrinaria para fundar y definir los principios doctrinales en torno a cada capítulo realizado, asimismo evidencia un adecuado uso de la información bibliográfica actualizada.
5. El trabajo de tesis asesorado contiene aportes de carácter técnico dentro del marco legal internacional como guatemalteco, utilizando el sustentante un lenguaje altamente técnico-jurídico en cuanto al área de los derechos del niño.

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorando.

Atentamente



Licenciado NELSON RENÉ RIVAS RUÍZ
ASESOR

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, seis de septiembre de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **CÉSAR ANIBAL NAJARRO LÓPEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **CARLOS ALBERTO DONIS GONZÁLEZ**, Intitulado: **“LA INCONGRUENCIA DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR EN GUATEMALA”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las 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 estime pertinentes”.


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



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.



Guatemala 28 de septiembre de 2011

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe De La Unidad Asesoría De Tesis
Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales
Universidad De San Carlos De Guatemala
Presente

En cumplimiento a la resolución emanada de esa jefatura de esa unidad de fecha seis de septiembre del dos mil once, procedí a **REVISAR** el trabajo de tesis del Bachiller **CARLOS ALBERTO DONIS GONZÁLEZ**, sobre el tema intitulado **"LA INCONGRUENCIA DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA DOCTRINA DE LA SITUACION IRREGULAR EN GUATEMALA"** razón por la que a través del presente me permito manifestar:

1. El trabajo de tesis revisado contiene aportes de carácter técnico dentro del marco legal internacional como guatemalteco, utilizando el sustentante un lenguaje altamente técnico-jurídico en cuanto al área de los derechos del niño.
2. La metodología y técnica de investigación utilizada en el presente trabajo evidencia la puesta en práctica de métodos y técnicas de investigación que ayudaron a la búsqueda de soluciones al problema planteado, de los cuales resaltan los métodos analítico-sintético e inductivo y deductivo. En virtud de que se partió de las consideraciones a generales.
3. Con relación a la redacción del contenido de la tesis, es correcta y adecuada, habiendo utilizado el sustentante un lenguaje tecnico-juridico aceptable.
4. Es importante resaltar las conclusiones a las que arribó el sustentante, son válidas, en virtud de que entre otras, menciona la necesidad de darle a la niñez su importancia de la sociedad ya que en ellos se encuentra el futuro de la nación otorgándoles los derechos inherentes que ellos gozan por su calidad de menores de edad.
5. La bibliografía utilizada para cada uno de los temas abordados, que incluye fundamentación en autores nacionales y extranjeros.

BUFETE JURÍDICO PROFESIONAL
LIC. CÉSAR ANÍBAL NAJARRO LÓPEZ


6a- avenida 0-60 Zona 4, Torre Profesional of. 202 Centro Comercial zona
Tel: 23352058 FAX: 23351876



6. En consecuencia la información refleja, la realidad del problema planteado; el autor manifestó su capacidad de investigación en la elaboración del trabajo, aceptó diligentemente las sugerencias que le hice, es por ello que me permito informarle a usted que el trabajo elaborado por el estudiante es meritorio, acucioso y llena los requisitos contenidos en el artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis.

En consideración a lo anterior **OPINO**: que el trabajo del bachiller, **CARLOS ALBERTO DONIS GONZÁLEZ**, se ajusta al reglamento para la elaboración de tesis, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE** puede ser aceptado para el examen público de graduación profesional de su autor.

Atentamente



Licenciado CÉSAR ANIBAL NAJARRO LÓPEZ
Abogado y Notario
Colegiado 4746

Lic. César Anibal Najarro López
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de noviembre del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CARLOS ALBERTO DONIS GONZÁLEZ, Titulado LA INCONGRUENCIA DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA DOCTRINA DE LA SITUACION IRREGULAR EN GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.

effl



DEDICATORIA



A DIOS:

Por ser la luz en mi camino.

VIRGEN MARÍA:

Por su intercesión.

A MIS PADRES:

CARLOS ENRIQUE DONIS SÁNCHEZ,
DORA MARINA GONZÁLEZ PÉREZ,
por su gran esfuerzo y dedicación que
me han brindado durante mi vida y
sacrificios que hoy estoy culminando;
mamá, papá, éste es su triunfo.

A MIS HERMANOS:

LESLIE MARICRUZ, MAX ANTONIO y
ROBIN GEOVANNI, por la unión que ha
estado siempre y todos los momentos
felices que hemos pasado juntos.

A MIS CUÑADOS:

AURA NOEMÍ Y CÉSAR AGUSTÍN, por
su apoyo incondicional que me han
brindado siempre.

**A MIS ABUELOS PATERNOS Y
MATERNOS**

MAXIMILIANO DONIS MONTÚFAR
(Q.E.P.D.), MARÍA ANTONIA
DOLORES SÁNCHEZ RODRÍGUEZ
(Q.E.P.D.) Y ANTONIO GONZÁLEZ
DEL CID (Q.E.P.D.), SARA PÉREZ
ALVARADO, por sus sabios consejos
brindados a lo largo de mi vida.

EN ESPECIAL:

A mi segunda madre que hoy no estás
con nosotros, pero desde el cielo estás
gozado de mi sueño alcanzado, que hoy



estoy culminado; **LOLITA** como todos conocíamos.

A MIS SOBRINOS:

JOHAN ALEXANDER, CÉSAR ALBERTO, BRYAN ANDRÉS, EDGAR JOSUÉ, STHEFANIE LUCÍA. Por ser la alegría de la familia y la inspiración de la elaboración de la tesis.

A MIS TÍOS:

Por su valioso apoyo y cariño.

A MIS PRIMOS:

Gracias por estar siempre conmigo.

A LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA Y FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:

Por abrirme las puertas y permitirme culminar mi sueño.

A COLEGIO SAN SEBASTIÁN:

Por darme los conocimientos y valores para guiarme, porque a tu sombra somos mejores.

A MIS AMIGOS:

Por los momentos alegres que pasamos juntos, sus consejos, y gracias por su apoyo incondicional, en especial a ELIZABETH, LISBETH, MORIAH, HAYDEE, VELVETH, WILMER, SANDRA, EDUARDO, ARMANDO, VIRGINIA, DIEGO, CAROLYN, GEORGE, MARVIN, JOSE, ZOILA, MARIA RENE, MERCY, ZENIA, VANNESA, LUISA, GABY, MIRZA, FREDY...

A MIS PADRINOS:

Ingeniero MAX DONIS Y la Licenciada
EUDA MUÑOZ.



A LOS LICENCIADOS:

NELSON RENÉ RIVAS RUÍZ Y CÉSAR
ANÍBAL NAJARRO LÓPEZ, por su
apoyo en la elaboración del trabajo de
tesis.

A USTED:

Gracias por su apoyo incondicional.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. La niñez y su entorno	1
1.1. Antecedentes.....	2
1.2. La personalidad	6
1.2.1. Generalidades.....	6
1.2.2. Teorías.....	7
1.3. Fuentes del derecho del niño	8
1.3.1. Fuente formal.....	8
1.3.2. Fuentes reales o materiales.....	8
1.3.3. Fuentes históricas	9
1.4. Niñez y adolescencia en Guatemala	9
1.4.1. Definición legal de niñez y adolescencia	9
1.4.2. Niñez y adolescencia en Guatemala.....	10

CAPÍTULO II

2. Desarrollo de las doctrinas que determinan la condición Jurídica de la Infancia.....	15
2.1. Aspectos generales de la doctrina de la situación irregular.....	15
2.1.1. Definición	15
2.1.2. Orígenes de la doctrina de la situación irregular.....	17



2.1.3.	Principales características de la doctrina de la situación irregular.....	20
2.1.4.	Características	21
2.1.5.	Corrientes que sustentan la continuación de las leyes que emergen de la doctrina de la situación irregular	25
2.2.	Aspectos generales de la doctrina de la protección integral.....	27
2.2.1.	Antecedentes	28
2.2.2.	Definición	31
2.2.3.	Principios rectores de la doctrina de la protección integral	32
2.2.4.	Principales características de la doctrina de la protección Integral.....	34
2.2.5.	Interés superior de la persona menor de edad	35
2.3.	Análisis comparativo de las doctrinas mencionadas	42
2.4.	De la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral.....	43

CAPÍTULO III

3.	Instrumentos legales que brindan la base para la protección de la niñez y adolescencia.....	45
3.1.	Principales instrumentos internacionales	45
3.1.1.	Declaración de Ginebra de 1924.....	45
3.1.2.	Declaración de los Derechos del Niño 1959	46



Pág.

3.1.3.	Declaración Universal de los Derechos Humanos	51
3.1.4.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	54
3.1.5.	Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	57
3.1.6.	La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)	59
3.1.7.	Protocolo Facultativo a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)	62
3.1.8.	La Convención internacional sobre los Derechos del Niño	64
3.2.	Leyes aplicables en Guatemala	67
3.2.1.	Constitución Política de la República de Guatemala	69
3.2.2.	Ley de la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Decreto 27-2003	70

CAPÍTULO IV

4.	La incongruencia de la convención de los derechos del niño y la doctrina de la situación irregular	73
4.1.	Interés superior del niño/ a o adolescente	73
4.2.	Autonomía versus protagonismo	75
4.3.	Capacidad progresiva y responsabilidad parental	79
4.4.	El discernimiento de los jóvenes infractores de la ley	80



Pág.

4.5. La incongruencia entre paternalismo y liberalismo	89
4.6. La incongruencia entre desarrollo evolutivo y configuración jurídica de edades	89
4.7. La incongruencia entre inimputabilidad y seguridad jurídica	90
CONCLUSIONES	93
RECOMENDACIONES.....	95
ANEXOS.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	103



INTRODUCCIÓN

En esta tesis se tiene como objetivo central, establecer las incongruencias de la Convención de los Derechos del Niño y la doctrina de la situación irregular en Guatemala, debido a que por delimitar una afirmación que, con tanta frecuencia y poco fundamento, suele acompañar a los alegatos a favor de los derechos de la niñez, creando conciencia, debido al mal manejo de políticas económicas y la ineficiencia del Estado de Guatemala al implementar estas obligaciones que adquirió al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, mediante Decreto 27-90 el 26 de enero de 1990, entrando en vigencia el 2 de septiembre de 1990 y es hasta el año 2003 cuando es creada la Ley de la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003.

El objetivo de la investigación es por parte del Estado de Guatemala, la fuente principal de identidad colectiva para los individuos; asimismo, como el ámbito en el que se concentra la autoridad encargada de orientar el progreso nacional e individual. En la hipótesis planteada en la presente tesis, se resalta que los procesos se difunden ampliamente a nivel mundial, que el Estado adoptó mediante la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, en la práctica son objeto de elaboraciones diversas, sobre todo en lo que respecta a las formas jurídicas y políticas por medio de las cuales se resuelve la cuestión fundamental relativa a la primicia de los derechos individuales sobre la autoridad del Estado o de esta última sobre los primeros. Siendo un instrumento de carácter internacional; en Guatemala se evidencia un avance lento, pero inexorable, hacia el reconocimiento de la niñez como sujeto de derecho, pasando de la excesiva protección ejercida por los adultos y el Estado, a las garantías necesarias para que puedan disfrutar libertades individuales, la incongruencia, que parece más procedente concluir con la construcción social y jurídica de la infancia, en un proceso que posee la virtud de permitir que los adultos asuman, simultáneamente, los compromisos para proteger y liberar a la niñez. Entre las diversas incongruencias implícitas en esta situación quizá sea la más llamativa, la edad penal: la que decidirá los mínimos morales a imponer penalmente, pero era considerado capaz de asumir el grado de culpabilidad que la ley penal supone para ser imputable. La construcción social y jurídica de la niñez, como objeto de protección y control por parte de los



adultos y las instituciones del Estado, se torna en la concepción dominante durante el siglo XX, la dinámica que adquiere el fortalecimiento de los derechos, genera un contexto favorable para el surgimiento de la consideración de niño como sujeto del derecho.

La investigación consta de cuatro capítulos: en el primero, se incluyen los antecedentes a la situación de niñez, así como la personalidad en sus diversas teorías. También podemos mencionar las fuentes del derecho del niño, donde surgen los aspectos generales; asimismo, la definición legal de niñez y adolescencia que actualmente se ha de utilizar en Guatemala. En el segundo se citan las teorías que son materia de investigación, la doctrina de la situación irregular que sólo protegía al menor de edad que era afectado en sus derechos y, más tarde, surge la doctrina de la protección integral que emana de la Convención de los Derechos del Niño; esta teoría, que protege al menor de edad sin importar que haya sido violentado, ya que aquí, es donde se establece el interés superior del niño que se enfoca en las prioridades del menor de edad; en el tercero, donde se establecen los diversos instrumentos, tanto nacionales como internacionales, que protegen al menor de edad, dándole importancia a sus derechos que son inherentes. Y, en el último capítulo, se considera el análisis que existe en la incongruencia de la Convención de los Derechos del Niño y la doctrina de la situación irregular en Guatemala.

Las técnicas y métodos utilizados fueron: el método analítico-sintético, un análisis a los instrumentos internacionales y nacionales que velen por los derechos de la niñez, así para reunir cada uno de los elementos de la investigación y llegar a la esencia y conclusión de la investigación. Descriptivo, siendo la naturaleza del tema de la niñez que sólo con el simple hecho de reconocer sus derechos y que puedan gozar de los mismos.

Sirva a la población, niñez, y adolescencia guatemalteca, asimismo a los operadores de justicia esta investigación ya que en ella se explican los derechos inherentes de dicha población para su conocimiento de su aplicación.



CAPÍTULO I

1. La niñez y su entorno

1.1. Antecedentes

La Convención de los Derechos del Niño está sumamente relacionada con los derechos humanos, de esta manera, todo lo relacionado con estos derechos corresponde a una ardua tarea para la creación de nuevas disposiciones generales a favor de la niñez. Por lo tanto, en el siglo XX antes de dar inicio a los acuerdos de la Convención de los Derechos del Niño, surgieron diversas propuestas que iniciaron un proceso de renovación en torno a la niñez. La idea de crear una asociación para brindar protección internacionalmente a la niñez nace en 1913.

En 1919 surge la creación del comité de protección de la niñez en el cual, "los Estados son los únicos que pueden tomar decisiones respecto a los niños y es dirigido por la sociedad de naciones Sociedad de los Derechos del Niño".¹ La primera idea de formular la declaración de los derechos del niño también llamada declaración de Ginebra de 1923. Egtantyne jebb, la fundadora de Save the Children fundó, con sede en Londres en el año de 1919 y la unión internacional de auxilio al niño con sede en Ginebra en 1920, como consecuencia. El 26 de septiembre de 1924, la sociedad de naciones decide adoptar la declaración de los derechos del niño.

¹ Cronología de algunos hechos que llevaron a la convención, los derechos del niño en el siglo XX
http://www.iin.oas.org/2009/convencion-derechos_nino/breve-historia.htm



"Después, en 1927 el instituto interamericano del niño suscribe su acta de fundación la cual se encuentra integrada por diez países de América Latina.

Diez años después la sociedad de naciones decide aprobar nuevamente la Declaración de los Derechos del Niño en 1934, reafirmando así, la importancia que esta tiene"2 con el fin de comprometer a los pueblos del mundo en el consejo económico y social de las naciones unidas fundada en 1945, retoma la declaración de ginebra.

Al finalizar la segunda guerra mundial se manifiesta un movimiento a favor de los niños porque la Asamblea General de las Naciones Unidas crea el Fondo Internacional de Auxilio a la Infancia (FISE-UNICEF).

"La Asamblea General de las Naciones Unidas proclama la Declaración de los Derechos del Hombre de 1947 que contiene los derechos y libertades de los niños. El 20 de noviembre de 1959, la declaración de los derechos del niño propuesta por diez principios es adoptada por unanimidad en la asamblea general de las naciones. Aun así, este documento no representa un compromiso dentro de la sociedad" (MarcadorDePosición1)3 sin embargo en 1961 la aprobación del pacto de los derechos civiles y políticos, así como el pacto de derechos económicos, sociales y culturales conduce al fortalecimiento del ambiente internacional.

2 Ibid.

3 Ibid.



“En estos pactos se convirtieron en instrumentos obligatorios para los Estados partes en 1976, cuando entraron en vigor, y como tales proporcionaron una obligación jurídica y moral para que los países respetaran los derechos humanos debían tener una fuerza que lograra impulsar su oportunidad, es así es así como en el año 1978 por iniciativa de las autoridades de Polonia se elabora un texto formal Convención de los Derechos de Niño.”⁴

Sin embargo, la comprensión de este texto resultaba complicada ya que no incluía los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, no había sido consultada con otros países y no tomaba en cuenta el año internacional del niño, se incluía las ideas de los derechos civiles y políticos, enfatizando los derechos proclamo en 1979, siendo así, la comisión de los derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas, decide integrar a un conjunto de personas llamado “grupo de trabajo abierto para la cuestión de una convención sobre los derechos del niño este grupo se integro en 1983 por representantes de diversos países, de derechos humanos especialistas de la salud, personas dedicadas a la educación, líderes religiosos etc.”⁵ constituido por 43 Estados miembros de Comisión de los Derechos Humanos, UNICEF, Organización Internacional del Trabajo, “Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados Y Ong’s DEL Económico, Social y Culturales.”

4 La convención de los derechos del niño. El camino hacia la convención.
<http://www.unicef.org/spanish/crc/convention.htm>
5 La convención de los derechos del niño. El camino hacia la convención.
<http://www.unicef.org/spanish/crc/convention.htm>

“Los integrantes de este grupo se encargarían de analizar y completar cualquier norma relativa a los derechos de los niños.”⁶ es así, como este tratado toma en cuenta ámbitos culturales, valores tradicionales, todo lo relacionado con la protección de los niños, así como el desarrollo con armonía, sin duda, La Convención de los Derechos del Niño representa a cualquier sistema jurídico del mundo, reconoce que cada país tiene necesidades específicas, y por lo tanto es aplicable a cualquier estado, que para llegar a esto se tomo como base un análisis exhaustivo de La Declaración Universal de los Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que llego a la elaboración de 41 Artículos de la Convención de los Derechos del Niño.

A su vez, analizando estos tres documentos, “confirman la declaración internacional de los derechos y garantías.”⁷ el último cotejo que se hizo a este texto lo hizo el vital impulsor de esta iniciativa profesor polaco Adam Lopakta. Así es como da inicio la integración, especificación y precisión de la Convención de los Derechos del Niño, que resulta aprobada el 8 de marzo de 1989. Finalmente y después de haber enviado este texto al Consejo Económico Y Social de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 en la ciudad de Nueva York la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta Consejo Económico Y Social de las Naciones Unidas. Es así, como se “da un carácter vinculatorio que hasta entonces se encontraba plasmado en los diez principios de la declaración de los derechos del niño.”⁸

6 Viveros j. Fernando. **La convención de los derechos del niño. Antecedentes.** <http://www.uciop.org.mx>

7 **Ibíd.**

8 **Cronología de algunos hechos que llevaron a la convención, los derechos de los niños en el siglo XX** http://www.iin.oas.org/2009/convencion_derechos_niñohistoria.htm Pág. 1-3



Por lo tanto, aunque anteriores se haya reconocido formalmente la importancia de los Derechos de los Niños, con esta Convención la idea se refuerza nuevamente, entro en vigor el 2 de septiembre de 1990, después de haber sido depositada en el Vigésimo Estado y convirtiéndose así en una ley de carácter internacional, de acuerdo con el Artículo 49 se menciona que entrara en vigor 30 días después a la fecha en que se haya ratificado o adherido.”⁹

“Generalmente a todo Acuerdo Internacional que establezca obligaciones que se vinculen jurídicamente y en el cual se establezca los deberes y las obligaciones de los estados, definiendo los deberes y obligaciones a cada estado.”¹⁰

Existen diversos tipos de tratados, algunos incluyen cartas o pactos o protocolos o convenciones, estatutos, etc. Pero a este tratado se le denomina Consejo Económico Y Social de las Naciones Unidas por el hecho de abordar el tema de los derechos humanos, es conveniente mencionar que “la declaración se representa únicamente mediante un compromiso moral y no presenta ningún vínculo jurídico, en cambio la Convención de los Derechos del Niño es jurídicamente vinculante.”¹¹

Antes de ser escrita la Convención de los Derechos del Niño, todos los derechos que existían habían sido plasmados en distintos instrumentos de acción jurídica, de los cuales se pueden mencionar pactos, declaraciones y desde luego convenciones, sin

9 UNICEF: **Un mundo apropiado para los niños y las niñas.** Convención sobre los derechos del niño Pág. 96

10 OACNUDH. **Diagnostico sobre la situación de los derechos humanos en México.** Pág. 21

11 UNICEF. **El proceso: de la firma a la ratificación: firma y adhesión.**
<http://www.unicef.org/spanish/process/crc.htm>



embargo, este último tratado ha sido el de mayor interés y aceptación entre los estados, porque ha sido creado desde diversos puntos de vista y con el fin de hacer hincapié en respaldar los derechos de los niños. Por tal motivo, es necesario transmitir los conocimientos de este texto íntegro, para lograr una mejor aplicación, sencilla y satisfactoria en el tema de cualquier ámbito.

De alguna u otra, tal manera esto resultaría de carácter obligatorio, principalmente por ayudar a generar el mayor interés dentro de la población, y de ayudar a incentivar, aplicando las ideas, de los derechos del niño así como protegerlos creando y mejorando la conciencia de las personas que somos y que tenemos derecho a hacer válidos y a respetar los derechos de la niñez.

1.2. La personalidad

1.2.1. Generalidades

La personalidad jurídica, se concibe como la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. El ser humano es depositario de ciertos derechos, bienes o atributos, que permiten su desarrollo psico-somáticos de manera cabal.

A lo largo del tiempo, no ha sido uniforme tal consideración, atribuciones como el honor, la honra, la dignidad, figura entre los objetos mayor aprecio del ser humano.

Aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones.

Diferencia individual que distingue a cada uno de los demás... Capacidad para comparecer en juicio.

“Representación legal y bastante para litigar.”¹²

“Representación legal y bastante con que alguien interviene en él”.¹³

1.2.2. Teorías

Respeto a las teorías que tratando de establecer la personalidad del individuo cabe enunciar las siguientes:

- **Del nacimiento**

En esta se señala que la personalidad comienza desde el principio de la vida intrauterina, tiene su fundamento en el Artículo 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”

- **De la concepción**

Establece que la personalidad comienza desde que la persona se separa del claustro materno. Por lo que comienza una vida independiente de la madre.

- **De la viabilidad**

En ella se establece, que la persona nazca en condiciones de viabilidad; es decir que esté en condiciones de subsistir normalmente fuera del claustro materno.

¹² Guillermo Cabanellas, *Ob. Cit.*, Pág. 304.

¹³ Diccionario de la Real Academia Española, Pág. 1739

- **Ecléctica**

Esta teoría contempla a las tres anteriores, especificando en el Artículo 1 del Código Civil, establece: “ La personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad.”¹⁴

1.3. Fuentes del derecho del niño

Al tratar de discernir la palabra fuente, encontramos que su significado es de origen o fundamento de algo, lugar de donde fluye o se produce algo, acepción que los jurisconsultos aplican al derecho para estudiar sus fuentes, “para estudiar los hechos o actos humanos que crean el derecho”,¹⁵ en cuanto a las fuentes del derecho la clasificación más utilizada es la siguiente:

Fuente formal

Distintos modos o formas en que se manifiestan los preceptos jurídicos; mediante la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho.

1.3.1. Fuentes reales o materiales

Elementos o factores en la creación de las normas jurídicas, los cuales se reflejan en su contenido, como los recursos naturales, el clima, la cultura, las ideas políticas y

¹⁴ Código Civil Guatemalteco Decreto Ley número 106 artículo 1.

¹⁵ Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Derecho de Menores* Pág. 14.



sociales, etc.¹⁶

1.3.2. Fuentes históricas

Documentos y objetos demostrativos de la evolución en los sistemas e instituciones jurídicas con el transcurrir del tiempo; al relacionar estas fuentes con nuestro Derecho de la Niñez y Adolescencia, basándonos en el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala aceptadas y ratificadas por Guatemala, mas nuestra ley interna ordinaria, establecemos el origen de nuestra legislación para la niñez y adolescencia en el orden siguiente:

- a) Declaración de las Organizaciones de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, conocida más comúnmente como la Declaración de 1,959.
- b) Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (ratificada por Guatemala en 1990).
- c) Código de menores (derogado).
- d) Ley de la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

1.4. Niñez y adolescencia en Guatemala

1.4.1. Definición legal de niñez y adolescencia

La legislación guatemalteca, al haber reconocido que era necesario promover el desarrollo integral de la niñez y la adolescencia, especialmente aquellos con sus

¹⁶ Don C. Gibbons. DELINCUENTES JUVENILES Y CRIMINALES Pág. 7



necesidades parcial o totalmente insatisfechas; adecua la realidad jurídica el desarrollo de la doctrina y normativa internacional sobre la materia.

Con la entrada de vigencia del Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece en su Artículo 2 la definición de la niñez y adolescencia en los siguientes términos: "Para los efectos de esta ley se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad y adolescente a toda aquella persona de los trece años de edad hasta que cumple dieciocho años de edad."

1.4.2. Niñez y adolescencia actual en Guatemala

Una cultura de derechos de la niñez y la adolescencia implica la divulgación y aplicación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la práctica cotidiana, en los hogares, los centros educativos y las comunidades, que son los entornos inmediatos de las personas menores de edad.

Compromiso de todos los actores sociales para con estas poblaciones, traducido en acciones concretas para la construcción y vivencia de los valores de democracia, equidad, justicia, paz, solidaridad y desarrollo humano.

Respeto y conocimiento del desarrollo del niño, niña y adolescente y su autonomía progresiva, para hacer efectivos los derechos y los deberes, con prácticas apropiadas a la edad, entorno y características individuales de cada persona menor de edad como la participación de los niños, niñas y adolescentes en los roles de las familias, estos



vienen a definir el dentro del contexto material, afectivo, de estimulación y socialización pero también dependerían de recursos internos y externos.

Su dinámica y funcionalidad establecen condiciones que limitan o promueven los derechos y participación de las personas menores de edad se definen como el acceso y manejo de recursos, incluyendo los tecnológicos y los medios de comunicación que construyen nuevas visiones de sí mismas por tal razón, urge su fortalecimiento como principal gestor directo el Estado y encargado de crear políticas sociales universales y garantías de acceso a servicios de calidad para cumplir derechos y promover desarrollo integral y como garante de apoyo a la familia en aspectos socio-económicos y psico-sociales el responsable de prevenir factores de riesgo y vulnerabilidad teniendo entes de vigilancia y de control de lo que atenta contra los derechos de las personas menores de edad, especialmente la violencia, incluyendo la de los medios de la restitución de derechos y hacer responsable a cada niño, niña y adolescente dándole oportunidades para el desarrollo de sus potencialidades.

La sociedad civil, como las organizaciones no gubernamentales, de cumplimiento de derechos en sus servicios e impulso a promoción de derechos en contexto comunitario por medio de capacitaciones y crecimiento constante de vigilancia y proyección constructiva, con un trabajo coordinado entre ellas y con el sector gubernamental, dándole el aporte de conocimiento, mejores prácticas y experiencia.

Las iglesias deben de aprovechar su poder de convocatoria para difusión e incrementar su participación y compromiso con el tema para garantizar capacitación en derechos de sus líderes, predicadores y otros integrantes, dándole una visión a la niñez y



adolescencia positiva y fortalecer los derechos en los niños, niñas y adolescentes por medio de servicios y programas de apoyo a las familias para promover una cultura de paz.

En cambio, las universidades deben de dar una investigación profesional y estudiantil por medio de evaluación de metodológicas e incorporación del tema niñez y adolescencia en el pensum de estudios. La atención profesional de la niñez y la adolescencia como las pasantías y trabajos universitarios por medio de producción de materiales y divulgarlos que contengan sus derechos.

La Iniciativa privada debe de asumir responsabilidades sociales para promover la equidad y favorecer la inversión social y reconocer la relevancia del período de la infancia y la adolescencia, capacitándose en derechos y así poder promover la educación sobre niñez y adolescencia, tanto como apoyar iniciativas aprobadas e impulsar nuevas ideas y proyectos así como propiciar ambientes saludables.

Los medios de comunicación en los espacios escritos, radiales, televisivos, Internet, videojuegos, publicidad deben de dar la sensibilización y capacitación y estas condiciones estipuladas en el Art. 17 de la Convención de los Derechos del Niño y leyes nacionales, como la libertad de expresión versus mejor interés de las personas menores de edad.

La familia como eje central de la vida de los niños, niñas y adolescentes requiere ser fortalecida por un Estado comprometido con su desarrollo, garante de los derechos de sus integrantes, especialmente las personas menores de edad, con el apoyo de la



sociedad civil y de los medios de comunicación, los cuales se constituyen en formadores de opinión. Solamente con la participación de todos y todas, se podrá construir una cultura de derechos.



CAPITULO II



2. Desarrollo de las doctrinas que determinan la condición jurídica de la infancia

2.1. Aspectos generales de la doctrina de la situación irregular

En términos teóricos, se ha sostenido que las leyes que regulaban la situación de la infancia y la juventud con anterioridad a la Convención Internacional pertenecen a lo que se ha dado en llamar la “doctrina de la situación irregular”. Estas leyes conciben a los niños y a los jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa de estos actores sociales, en donde una definición basada en lo que no saben, no tienen o no son capaces.

2.1.1. Definición

Previo al análisis de los principales aspectos de la Doctrina de la Situación Irregular, se considera pertinente mencionar algunas de las definiciones que se manejan con respecto a esta doctrina para tener un panorama más claro acerca de lo que se conoce y se ha conocido como ella a través de los tiempos.

De acuerdo con el Lic. Vicente Salazar, la Doctrina de la Situación Irregular es conocida como: “La doctrina de las dos niñeces y de las dos adolescencias. No se dirige a todos los niños, pero sí a una parte de los niños que son los niños carentes, los



niños abandonados, inadaptados, los niños infractores. Tampoco trata de todos los derechos; solamente de la protección y de la vigilancia. La protección para los carentes y los abandonados y la vigilancia y la represión para los inadaptados y los infractores."¹⁷

A su vez, nos señala el Licenciado Emilio García Méndez: "Esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad. Definido a un "menor" en situación irregular (recuérdese que al incluirse las categorías de material o moralmente abandonado, no existe nadie que potencialmente no pueda ser declarado irregular), es así donde se exteriorizan las deficiencias de las políticas sociales, optándose por soluciones de naturaleza individual que privilegian la institucionalización o la adopción".¹⁸

Por su parte, el Lic. Marvin Rabanales indica: "La situación Irregular es una doctrina en el mundo jurídico, se entiende por doctrina "al conjunto de producción teórica elaborada por todos aquellos que de una u otra forma vinculados con el tema, desde el ángulo del saber la decisión o la ejecución, aquella que estudia un segmento de personas a quienes denomina menores, ubicándose dentro de estos a todos aquellos que por causas sociales, económicas y hasta culturales, se encuentran viviendo en condiciones distintas al común".¹⁹

Para el autor de la presente tesis se puede decir que manera general la categoría jurídica "menor" y, en particular, "menor en situación irregular" es residual con respecto

¹⁷ VICENTE SALAZAR, Rodolfo. Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños. Pág. 2

¹⁸ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Derecho de la Infancia / Adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral. Pág. 22.

¹⁹ RABANALES, Marvin. El nuevo derecho de la niñez. Guatemala: Pronice, Pág. 20.



al concepto de infancia, atendiendo a que el menor tiende a ser la persona mas vulnerable, a las violaciones de sus derechos, pues necesita la comprensión y protección necesaria ante las circunstancias, las que puedan ser afectados, tanto en tu integridad física como en la psicológica.

2.1.2. Orígenes de la doctrina de la situación irregular

De acuerdo con lo que señala el jurista lic. Emilio García Méndez, "en un análisis histórico riguroso, de la infancia es la historia de su control." ²⁰

Además, cabe recordar que, en cuanto a sus orígenes, se puede ubicar alrededor del siglo XVII, ya que antes de esta época las personas menores de edad no eran diferenciadas de los adultos.

Por otro lado, sabemos que a pesar de que los niños, las niñas y adolescentes aparecen en el panorama sociocultural en el siglo XVII, deben éstos sacrificar su autonomía ya que su protección, según lo demuestra la historia, se debía a que eran conocidos con algún tipo de incapacidad.

Además, se puede hacer mención a lo que señala el Jurista García Méndez: "la construcción social de la categoría infancia sería imposible de entender sin hacer mención a la institución que contribuyó decisivamente a su consolidación y reproducción ampliada: la escuela." ²¹

²⁰ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Prehistoria e Historia del Control Socio-Penal de la Infancia: Política Jurídica y Derechos Humanos en América Latina*. Pág. 1.

²¹ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Ob. Cit.*, Pág. 1



Tal expresión señalada por tan reconocido jurista en el ámbito de la niñez y la adolescencia, permite ubicar la génesis de la Doctrina de la Situación Irregular, ya que desde el momento en que la educación se convirtió en la herramienta de control de este sector de la sociedad, se comienza la diferencia de categoría de los niños, las niñas y la de los menores de edad, de forma que para su protección inicia la intervención del Estado.

La educación puede considerarse como uno de los responsables de la diferenciación creada entre los niños, las niñas y las personas menores de edad, por cuanto provoca que exista un grupo de ellos que tienen acceso a la educación y socialización, y otro que se encuentra excluido de dicho control.

Para controlar a este último grupo excluido de la educación, se vuelve la necesaria protección del Estado mediante la "creación de una instancia diferenciada de control socio-penal: el tribunal de menores".²²

Como producto de esta nueva intervención estatal, nace la Doctrina de la Situación Irregular, la que se dirige sólo a los "menores" pobres, abandonados, inadaptados e infractores, y no al conjunto de la población de niños, niñas y jóvenes.

Ahora bien, dejando de lado la parte histórica sobre la Doctrina de la Situación Irregular, podemos señalar que esta fue el patrón prevaleciente a partir del siglo XIX hasta finales del siglo XX, por lo que predominó en América Latina durante dos siglos, en donde se consideró a la persona menor de edad como objeto de protección por

²² GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Ob. Cit., Pág. 2.



parte del Estado y la familia. Se concibió a la persona menor de edad como objeto de intervención y tutela jurídica, que debía ser protegida por el Estado siempre que se juzgara que se hallaba en "peligro material o moral".

En el marco de esta concepción que se va a distinguir, la niñez de la minoridad, de manera que el término "menor de edad" quedará en reserva para aquellos niños, niñas y los adolescentes que se hallan en situación irregular teniendo insatisfechas sus necesidades básicas, mientras que "niño", "niña" correspondía a aquella parte de la niñez con sus necesidades básicas satisfechas.

En el tiempo de vigencia de esta doctrina, los jueces resolvían los conflictos aplicando la ley como "buen padre de familia", es decir, asumían que solo las personas menores de edad, abandonadas, que pertenecían a los estratos más bajos y se encontraban en riesgo social merecían ser protegidas, ya que se les tenía lástima.

Debido a lo anterior, cuando un "menor" cometía algún delito, era castigado, detenido y se le aplicaba la Ley Tutelar de Menores; mientras que si ese mismo delito era cometido por un "niño" "niña", la legislación resultaba inútil, debido a que sus conflictos no eran objeto de sanción alguna.

Durante muchos años en Latinoamérica se produjo legislación de las personas menores de edad dentro de la cual se legitimaba la protección de la infancia que se encontraba supuestamente abandonada y en situación de peligro.



2.1.3. Principales características doctrina situación irregular

Antes de señalar las características que distinguen la mal llamada Doctrina de la Situación Irregular, es preciso mencionar que se basa en la intervención del Estado para la protección de los menores de edad que se encuentran en situación de peligro y que, como lo señala el jurista García Méndez:

"La esencia de esta doctrina se resume en la creación de un marco jurídico que legitime una intervención estatal discrecional sobre esta suerte de producto residual de la categoría infancia, constituida por el mundo de los menores. La indistinción entre abandonados y delincuentes es la piedra angular de este magma jurídico."²³

El Estado interviene, para "salvar" al "menor". Esta intervención se da por los diferentes movimientos en pro de la protección de la niñez y la adolescencia, pero se ha considerado que lejos de remediar el problema, lo agravan porque los niños, las niñas y adolescentes a partir de esto fueron protegidos, pero tratados como si fueran seres "naturalmente" dependientes, que requirieran constante y omnipresente vigilancia.

Entonces la noción de "situación irregular" considera al niño a la niña y al adolescente como un objeto de tutela por parte del Estado. Se puede afirmar que este lineamiento ideológico configura las dos infancias:

1. La de los niños, las niñas y adolescentes propiamente dichos, con posiciones de sujeto, por su pertenencia a una familia legítima y al sistema de educación pública.

²³ GARCÍA MENDEZ, Emilio. "Las legislaciones Infanto-Juveniles en América Latina: Modelos y Tendencias. Antología derechos de la niñez y la adolescencia. Pág. 60



2. La de los menores de edad, con posiciones de sujeto-objeto relacionadas con la carencia de familia, recursos o desamparo moral y pupilo del Estado.

El primer grupo era considerado como el de los niños, las niñas y adolescentes que tenían sus necesidades básicas satisfechas, teniendo quién los representara y, por otra parte, estaban "los y las menores", entendiéndose por estos últimos el universo de los excluidos de la escuela, la familia, la salud, en cuyo caso se intentaba dar una solución judicial.

Las personas menores de edad en esta concepción eran "objeto de compasión y lástima" pues no eran considerados titulares de derechos, sino objeto de tutela por parte del sector judicial.

2.1.4. Características

- **División de la categoría "infancia":** Muchos autores llegan a la conclusión de que la característica principal del Paradigma de la Situación Irregular es la división de la infancia, debido a que al interior de la categoría "infancia" se da un tratamiento desigual.

Tal y como lo señala el Lic. Vicente Salazar, "esta odiosa expresión de la Doctrina de la Situación Irregular reposa en la consideración minorista del niño como resultado de la expresión clasista de la sociedad, y en particular, de los niños; estableciendo un "trato"

24 VICENTE SALAZAR, Rodolfo. Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños. *Compilación de Derechos del Niño*. Op. Cit., Pág. 1



diferenciado y diferencial entre los excluidos y los incluidos sociales.”²⁴

La discriminación es evidente dentro de esta doctrina, ya que la protección al menor de edad se da siempre y cuando se encuentre en situación de peligro, abandono, más comúnmente, que en situación irregular. Esta discriminación intentó ser apoyada mediante las diferentes legislaciones, con el fin de conseguir sustento legal, siendo evidente la violación al principio de igualdad consagrado en los diferentes instrumentos protectores de los Derechos Humanos.

Esta protección frecuentemente viola o restringe derechos, debido a que no fue pensada desde una perspectiva legal.

- **Judicialización:** La judicialización se da en el momento en que conflictos meramente sociales, excluidos por completo del ámbito jurídico, pasan a ser conocidos arbitrariamente por órganos judiciales. La solución de los conflictos relativos a las personas menores de edad por parte de las instancias judiciales provocaron en esa época que el Estado interviniera hasta tal punto de que era capaz de decidir y disponer de la vida de la persona menor de edad, cuando se encontrara en situación de peligro o abandono, es decir, en circunstancias particularmente difíciles.

El juez de las personas menores de edad no sólo tiene competencia para los asuntos judiciales, sino también para las materias vinculadas a otros temas, tales como el abandono y el peligro material o moral. Se espera que el juez actúe sobre los menores de edad como "un buen padre de familia", de ahí que tenga facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y el niño, niña, sin limitación legal. De esta



manera, podía resolver sobre cualquier asunto sin explicación alguna por parte de las personas menores de edad, sus padres o madres.

Interesante resulta el hecho de que la situación irregular de la persona menor de edad era vista desde cualquier perspectiva y no solamente de la legal, de forma que las diferentes circunstancias en las que se encontraba podían calzar dentro de las figuras, por la plena discreción del juez; por ejemplo, el abandono podía ser configurado en caso de pobreza del grupo familiar y, por este motivo, era factible que se separara al menor de edad de su hogar.

De igual manera, si el niño o la niña incurrían en alguna falta que fuera tipificada penalmente, no tenían derecho a ningún tipo de defensa o, incluso, podían ser declarados inocentes, pero privados de su libertad. Entonces, la decisión de privar de libertad a los niños, niñas y adolescentes no depende exclusivamente de sus acciones, sino de la situación de riesgo en que se encuentren.

- **Impunidad:** La impunidad en esta mal llamada Doctrina de la Situación Irregular corresponde a declarar jurídicamente irrelevantes los delitos graves cometidos por niños, niñas y adolescentes pertenecientes a sectores sociales medio y alto. Por lo tanto, no todos ellos eran sancionados por sus delitos, ya que solo las personas menores de edad que reunían ciertas condiciones sociales y personales eran siempre consideradas culpables. En la práctica los infractores eran quienes se ubicaban como abandonadas material y moralmente.

- **Privación de libertad como medida de control social de las personas menores de edad:** En los casos de personas menores de edad en situación de abandono, como en los de peligro, así como el tratamiento de infractores, la figura de la institucionalización fue configurada como el medio privilegiado de solución de los conflictos sociales o penales en donde estuviera involucrado un niño o una niña.

En la primera mitad del siglo XX, todas las legislaciones producidas daban especial importancia a la privación de libertad de las personas menores de edad sometidas a su jurisdicción desde la fase de iniciación o apertura de los respectivos procesos, hasta la decisión o sentencia.

- **Se criminalizaba la pobreza:** Se privaba de libertad a las personas menores de edad, con la supuesta justificación de que eran internamientos debido a la carencia de recursos materiales.
- **La infancia era considerada como objeto de protección:** No solo protegerlos, sino al extremo de tomar decisión de parte de los adultos por ellos en donde hasta se podría afectar su vida, e integridad física y psicológica.
- **Negación semántica y explícita:** De los derechos fundamentales de las personas menores de edad, incluso, de los establecidos en la Constitución Política, que son para todos los habitantes.

“Se produce una construcción semántica eufemística que condiciona al sistema para



que no verifique las consecuencias reales.”²⁵

Las características señaladas constituyen los rasgos fundamentales de la Doctrina de la Situación Irregular, según García Méndez, que poco tiene de doctrina y nada de jurídica.

Se puede concluir de manera general, sobre la presente doctrina, que desde el momento en que se dividió la infancia en dos y el Estado procuró intervenir para proteger a las personas menores de edad desprotegidas y en situación de peligro, el carácter de irregular fue configurado por sus diferentes políticas. Esto por cuanto el Estado es el responsable de hacer posible que a lo largo de muchos años existieran niños y niñas desprotegidos.

De acuerdo con lo anterior, el carácter de irregular no es en realidad de los niños, niñas y adolescentes que fueron excluidos del sistema.

2.1.5. Corrientes que sustentan la continuación de las leyes que emergen de la doctrina de la situación irregular

De acuerdo con el ilustre jurista Emilio García Méndez, tres corrientes han contribuido a que las leyes de “menores” se mantengan:

²⁵ GARCÍA MENDEZ, Emilio. *Op. Cit.*, págs. 21 y 22.

- **El conservadurismo jurídico corporativo:**

Se basa en textos con eufemismos tales como "en América Latina tenemos maravillosas legislaciones de personas menores de edad que infelizmente no se aplican". Este enfoque nos lleva al juez que debe actuar como buen padre de familia, permitiéndose ignorar las reglas y técnicas de funcionamiento del Derecho. Las facultades jurídicas omnímodas del "buen" juez subsanarían los defectos normativos, convirtiendo la reforma de la ley en superflua y hasta peligrosa. Esta posición solo parece sustentarse en argumentos de carácter corporativo.

- **El decisionismo administrativo:**

Esta posición se apoya en el supuesto de mayor eficacia y poder de la acción directa de la esfera administrativa, dejando atrás las trabas y formalidades propias del sector judicial. Aquí la ley resulta superflua, ya que es más cómodo trabajar en el contexto de una ley relegada y desprestigiada que ofrece vacíos prácticamente infinitos de discrecionalidad (posición típica de ciertos organismos gubernamentales responsables de ejecutar programas y políticas de protección especial).

- **El basismo de la atención directa:**

El basismo de la atención directa remite al origen, el desarrollo y la cultura de grupos que nacen, crecen y se consolidan en un trabajo realizado al margen o contra la ley



existente. Parten de que la ley es un asunto de gobierno y de jueces, mientras que las personas menores de edad serían un problema de las organizaciones internacionales.

“En la cultura de este tipo de grupos es más sencillo trabajar vagamente contra la ley vigente, que iniciar un difícil, incierto y complicado proceso de reforma legislativa, que haga una articulación crítica con el mundo jurídico y las políticas gubernamentales.”²⁶

2.2. Aspectos Generales de la Doctrina de la Protección Integral

Con la evolución del pensamiento jurídico en torno a la noción de Derechos Humanos crece la idea de que todas las personas, incluidos los niños, niñas y adolescentes, gozan de derechos consagrados para los seres humanos, por lo que los Estados deben promover y garantizar dichos derechos de manera igualitaria.

Por esta razón, comienzan a reconocer protecciones jurídicas y derechos específicos a ciertos grupos como los niños, niñas y adolescentes.

Debido a lo mencionado, la situación específica de las personas menores de edad ha cambiado constantemente y en especial en la ley. Tenemos que dentro del reconocimiento de los derechos de los niños hay tres momentos:

1. Niño, niña como potestad absoluta de la familia.
2. Niño, niña como objeto de protección-represión (doctrina de la situación irregular).

²⁶ GARCÍA MENDEZ, Emilio (2001). *Op. Cit.* págs. 65 y 66.



3. Niño, niña sujeto de Derecho (Doctrina de la Protección Integral).

De tal forma, la Doctrina de la Protección Integral viene a romper la Doctrina de la Situación Irregular, desarrollada anteriormente, por lo que obliga a repensar y a realizar un giro total de la legislación que cubría la infancia, donde ahora sí, con dicho cambio, se va a cubrir a todos los niños, niñas y adolescentes, no solo a los llamados menores.

El punto central de esta doctrina es el reconocimiento de todos los niños, las niñas y adolescentes, sin discriminación alguna, como sujetos de plenos derechos, así como proporcionarles los medios idóneos para exigirlos.

Se quiere decir con esto que el proceso de un cambio de paradigma de la Doctrina de la Situación Irregular a la de la Protección Integral no fue fácil, al contrario, fue un proceso lento y difícil, ya que no sólo se hizo un cambio en la legislación, sino que hasta de las políticas del país a fin de construir las condiciones para materializarlo dentro de la vida social.

Se hace referencia con esta doctrina a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional, por lo que repercute en la conciencia social de la infancia.

2.2.1. Antecedentes

Como nos menciona el Lic. Marvin Rabanales, el reconocimiento de la niñez y la infancia, "como seres humanos, como personas o como entes jurídicos, fue un proceso



largo y controvertido, sin embargo, las actuaciones de muchas organizaciones no gubernamentales en el nivel internacional se ven compensadas en 1989.”²⁷

“Aunque éste no es el primer instrumento cronológicamente hablando, se puede decir que el antecedente directo fue la Declaración Universal de los Derechos del Niño junto con los cuatro instrumentos básicos con los que se quiere propiciar un cambio en las instituciones sociales para activar los derechos de este grupo de personas y observar de manera estructural el problema que existe.”²⁸

Entonces, a partir de 1989, con la Declaración sobre los Derechos del Niño se fundamenta y se logra positivizar esta doctrina que le da un cambio total, y con este documento, la cultura institucionalista, en donde se destaca la infancia como sujeto de derecho, con lo que se asumen compromisos éticos y jurídicos. Se logra un cambio fundamental de la percepción y condición de la infancia.

La Convención es quizá el documento más importante que la humanidad ha creado de manera organizada para proteger y procurar el desarrollo integral de uno de los segmentos de población más marginados y vulnerables. Este instrumento es el resultado de más amplia consulta y análisis de la problemática social, económica, cultural y jurídica de la niñez a nivel mundial; es la recopilación o codificación de la dispersión a la normativa existente en cuanto a los Derechos Humanos de esta población y viene a ser el mínimo de los derechos que debe garantizar un Estados para

²⁷ RABANALES GARCÍA, Marvin “El nuevo derecho de la Niñez. Exposición de Motivos Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente”. Pág. 23.

²⁸ Convención Internacional de los Derechos del Niño, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil, el Convenio 138 y la Recomendación 146 de la OIT y la Carta de la UNESCO sobre educación para todos.

asegurar el pleno desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, en condiciones de una igualdad, dignidad y de la seguridad.

Como menciona el Lic. García Méndez, "la Convención constituye un instrumento jurídico para el conjunto del universo infancias, y no sólo para el menor abandonado delincuente como resulta de la letra y más aún de la praxis de las legislaciones inspiradas en la doctrina de la situación irregular".²⁹

Sin embargo, no podemos dejar de lado otros antecedentes como la Convención sobre los Derechos del Niño de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

Es necesario de mencionar que la legislación relativa al tema, operante en el momento en que se dio la Convención de los Derechos del Niño, no iba de la mano con el instrumento internacional, por lo que al ratificar el tratado, los países se vieron, como lo dice García Méndez, en una situación de dualidad jurídica, en donde se debía adecuar la ley "nacional".

Esta adecuación podía hacerse de dos formas diferentes: de una manera formal eufemística (pacto de "caballeros") o con una adecuación real en donde se diera la introducción efectiva de los principios de los que consta la Convención de los Derechos del Niño, con todas sus consecuencias jurídicas y político-sociales.

²⁹ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Infancia y ciudadanía en América Latina. De la situación irregular a protección integral*. Pág. 37.

2.2.2. Definición:

Para el autor García Méndez, "La Doctrina de la Protección Integral hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia."³⁰

De tal forma, se pasa del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos.

Para el autor Tejeiro López, "en este concepto se encuentra la búsqueda de la protección general del niño, la niña y adolescente como entes éticos, el desarrollo de su misma personalidad en términos de sus potencialidades."³¹

De ello se concluye que la doctrina está fundamentada en principios universales de dignidad, equidad y justicia social, así como otros que son muy particulares como la no discriminación, la prioridad absoluta, el interés superior del niño, niña, la solidaridad y la participación.

Para Marvin Rabanales, "esta doctrina se puede definir como el conjunto de estudios que los juristas han realizado sobre las instituciones, la naturaleza, los sujetos, de los Derechos Humanos de la niñez, de forma que tiene por objeto el amparo de todos ellos."³²

³⁰ *Ibidem*, Pág. 39

³¹ TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. *Teoría general de la niñez y la adolescencia*. Pág. 65

³² RABANALES GARCÍA, Marvin. "El nuevo derecho de la Niñez. Exposición de motivos Ley orgánica para la protección del niño y el adolescente". Pág. 15.



Para el autor de la presente tesis, la Doctrina de la Protección Integral se puede traducir en dos líneas de acción: la social y la jurídica. De ahí se impulsan y regulan las tareas dentro la política administrativa que propicia el desarrollo de la personalidad, para la satisfacción de las necesidades básicas y las garantías de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, de aquí surge la limitación de las intervenciones de las instituciones privilegiando el rol de la familia y la participación de las comunidades locales.

2.2.3. Principios rectores de la doctrina de la protección integral

- **Persona menor de edad como sujeto de derechos**

Con esta nueva doctrina se convierten las necesidades de los niños, niñas y adolescentes en derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Asimismo, se toman en cuenta los derechos procesales, en caso de los adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley penal.

Se atribuyen derechos específicos a las personas menores de edad, pero no excluyentes, es decir, se refuerzan los otorgados a todos los seres humanos sin importar su edad, adecuándolos a los niños, niñas y adolescentes; también, se amplían algunos que antes sólo existían para los mayores de edad como la libertad de opinión, el derecho de asociación, entre otros.

- **Interés superior de la persona menor de edad**

Éste viene a ser el principio base para la interpretación y aplicación de todo tipo de normativa para los niños, niñas y adolescentes, ya que establece los lineamientos de carácter obligatorio para todas las instancias y estipula los límites para la discrecionalidad de los actos que emanen de ellas. Este principio lo desarrollaremos más adelante de una manera más amplia.

- **Prioridad absoluta**

De la mano con el principio anterior, este pilar fundamental implica que antes que nada se deben poner los derechos y las necesidades de los niños, niñas y adolescentes, por lo que tendrán prioridad en recibir la atención necesaria.

Esta prioridad absoluta se otorga por el hecho que ellos son personas humanas en condiciones peculiares de desarrollo.

- **Participación**

Esta se divide en tres áreas: el Estado, la familia y la comunidad, por lo que en cada una se debe garantizar el respeto y cumplimiento de los derechos para los niños, las niñas y adolescentes. Es sólo con la observación de este principio que se hace posible la creación de mecanismos efectivos que garanticen dicho cumplimiento.

2.2.4. Principales características de la doctrina de la protección integral

- **Niño, niña sujetos de derechos**

Adquieren la calidad de ciudadanos, es decir, son sujetos de derechos exigibles y aunque no tienen la fuerza para valerse por sus propios medios, son portadores de Derechos Humanos.

- **Aparte de ser sujetos de derechos, los niños, niñas y adolescentes son personas con una particular condición de desarrollo**

Lo que implica que aparte de los derechos de que gozan los adultos, cuentan con una serie de derechos especiales en virtud de que no tienen acceso al conocimiento pleno de todos y cada uno de sus derechos y no están en condiciones de defenderlos frente a las posibles transgresiones; tampoco pueden responder a las leyes en la misma forma que los adultos ni cuentan con medios propios para satisfacer sus necesidades básicas.

- **La incapacidad de accionar sus derechos**

Tiene que ser suplida con adecuados instrumentos de protección social y jurídica.



- **Los niños, niñas y adolescentes constituyen una prioridad absoluta:**

Lo que implica que deben ser los primeros en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, y “ser los destinatarios de los recursos públicos en las áreas que les afecten directamente”.³³

2.2.5. Interés superior de la persona menor de edad:

Gracias a la importancia que se le ha dado a este principio, hemos debido desarrollarlo con mayor atención.

Con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989, se termina el proceso progresivo de reconocimiento y protección del derecho de los niños y las niñas desarrollado durante el siglo XX.

Estos derechos cuentan con mecanismos más efectivos de protección, ya que están unidos a la protección general de los Derechos Humanos y la protección específica de las personas menores de edad; por lo que tienen doble protección.

El nuevo Derecho de niñez y adolescencia que nace en América Latina concretizar los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de aquéllos que están comprendidos en la Convención de los Derechos del Niño.

³³ RABANALES GARCÍA, Marvin. El nuevo derecho de la niñez. Exposición de Motivos Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente. Op. Cit., Pág. 24

La nueva normativa que ha tenido que surgir por el cambio de paradigma, que conlleva ésta basada en que los derechos de la niñez son consecuencia de condición de persona, por lo que se reitera lo que se ha mencionado en el párrafo anterior de que los derechos de las personas menores de edad gozan de una supra-protección o protección complementaria, de forma que nunca van a ser sustitutivos de los mecanismos de protección general, sino complementarios.

La Convención de los Derechos del Niño es el instrumento que viene a sintetizar las normas provenientes de los mecanismos de Derechos Humanos de carácter general y los principios y derechos propios de la infancia. Uno de estos es el interés superior de la persona menor de edad. Antes de la Convención de los Derechos del Niño, se tomaba este principio como una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples consideraciones y, peor aun, no sólo de carácter jurídico, sino también de carácter social, lo que debilitaba la tutela efectiva de los derechos y permitía un amplio margen de discrecionalidad de la autoridad, impidiendo una interpretación uniforme y dejando de lado las exigencias de la seguridad jurídica.

Hay quienes opinan que este principio no debió estar en la Convención por lo anterior, sin embargo, como lo menciona el autor Miguel Cillero Bruñol "la convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas, e incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos."³⁴

³⁴ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Pág. 70.



arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, en relación con la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia.

Es con la evolución de los instrumentos internacionales en la materia y con la noción del principio del Interés superior de la persona menor de edad, principalmente en la Convención de los Derechos del Niño, en donde los derechos se van a convertir en genuinos derechos, como los niños, niñas gozan de éstos trazando un límite tanto a los padres como al Estado.

- **Concepto:**

El concepto más simple que podemos encontrar es que el interés superior de la persona menor de edad es la plena satisfacción de sus derechos.

Para el Lic. Rodolfo Vicente Salazar, "El interés superior de la persona menor de edad es la premisa fundamental de la Doctrina de la Protección Integral, base para la interpretación y aplicación de la normativa de la niñez y adolescencia".³⁵

En función de ese principio, se debe tomar en cuenta que los niños, niñas y adolescentes son personas en una condición peculiar de desarrollo con derechos exigibles, de forma que tienen derecho a tener una familia tanto sanguínea como sustituta, a un desarrollo integral, físico, psíquico y social y a contar con las condiciones para este desarrollo. También, para la formulación y ejecución de políticas en el acceso

³⁵ SALAZAR, Rodolfo. *Un vistazo a los antecedentes del Código de la Niñez y la Adolescencia y a la Ley Penal Juvenil.* Pág. 24.



público se debe tomar en cuenta este principio.

Por Interés superior se debe de entenderse como aquel que mejor procure a la persona menor de edad un ambiente que le permita prepararse para la vida independiente y responsable.

Como se ha mencionado, antes de la Convención la falta de un catálogo de derechos de la persona menor de edad hacía que este principio remitiera a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de derechos.

Se debe decir que la interpretación del contenido del Interés superior se daba a la autoridad respectiva, ya después de la Convención de los Derechos del Niño, dejó de ser un objeto sociable deseable y pasó a ser un principio garantista que obligaba a la autoridad. Por eso, debe abandonarse cualquier interpretación paternalista, al contrario, se debe armonizar con la concepción de Derechos Humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder, superando el paternalismo típico que ha caracterizado el tema relativo a la niñez y adolescencia.

Se ve, entonces, "este es el principio como una garantía de vigencia de los demás derechos inherentes, que consagra e identifica el interés superior de la persona menor de edad con la satisfacción de aquellos, es decir, el principio tiene sentido en la medida de que existen derechos titulares y que las autoridades son reguladas por esos derechos." ³⁶

³⁶ CILLERO BRUÑOL, Miguel. Op. Cit., Pág. 79.

El principio hace recordar a la autoridad competente la estricta sujeción, tanto en forma como en contenido, a los derechos de los niños, niñas y adolescentes sancionados legalmente.

Por lo anterior, también se puede ver como un límite u orientación de soluciones con la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados de los niños, niñas.

Si nos basamos en la legislación se debe decir que según la Convención de los Derechos del Niño en el Artículo tercero dice que:

1. En todas las medidas concernientes a las personas menores de edad que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior de la persona menor de edad.
2. Los Estados Partes se comprometen asegurar al niño, niña la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños, niñas cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de

seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Por otro lado la Ley de la Protección integral de la Niñez y adolescencia en su Artículo cinco reza que toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal.

La determinación del interés superior deberá considerar:

- a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades.
- b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.
- c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve.
- d) La correspondencia entre el interés individual y el social.

- **Funciones del principio**

Aparte de la función principal que viene a ser la limitación y orientación de las decisiones de la autoridad del caso, según los derechos de los niños, niñas, se tiene también un carácter interpretativo, ya que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones dándoles un carácter integral a los derechos de la persona menor de edad.

Estos deben ser interpretados sistemáticamente para, en su conjunto, aseguren la debida protección de los derechos de la vida, la supervivencia y el desarrollo de las personas menores de edad. Otra de las funciones que tiene el principio es la resolución de conflictos entre derechos contemplados hasta por la misma Convención, pues se supone que los derechos de las personas menores de edad se ejercen en el contexto de una vida social en la que dichos derechos a veces se tornan incompatibles. Por eso, el principio viene a arbitrar esos conflictos jurídicos, donde se le va a dar mayor importancia al principio que encaje más con el interés superior de la persona menor de edad.

Por último, podemos decir que se también tiene la función de llenar vacíos legales, promulgando leyes para tomar decisiones o en casos en que no exista norma expresa.

2.3. Análisis Comparativo de las Doctrinas Mencionadas

Son diversas las diferencias entre una y otra doctrinas, pero la más importante es el reconocimiento que hace la de la Protección Integral de los niños, niñas como personas sujetos de derechos, con toda la capacidad para exigirlos y responsabilizarse de sus acciones; a su vez, el protagonismo efectivo que tienen el Estado, la familia y la sociedad en la garantía y cumplimiento de esos derechos.

La Doctrina de la Situación Irregular tomaba los conflictos sociales y los convertía en meros procesos administrativos o judiciales, con una concepción institucionalizadora e incluso, hasta de carácter represivo.



Con la Doctrina de la Protección Integral, a los niños, las niñas y adolescentes se les da un papel activo, de forma que se les va a tomar en cuenta para visualizar sus necesidades y se les reconoce el derecho a ser oídos. De tal forma, lo que digan se toma en cuenta y se respeta.

2.4. De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de la Protección Integral

Las legislaciones latinoamericanas, relativas a la niñez y la adolescencia, hasta antes de la entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño, estuvieron fundamentadas en la Doctrina de la Situación Irregular, que se ocupaba únicamente de las personas menores de edad en situación irregular o conflicto de ley.

El fracaso de esta doctrina se puede ubicar en la década de los 60 en los Estados Unidos y en la década de los 80, en el nivel de la comunidad internacional. La crisis de dicha doctrina se da debido a que se vuelve evidente la inutilidad o la ilegalidad de las leyes que protegen a las personas menores de edad, ya que con ellas se configuran actos discriminatorios, se criminaliza la pobreza y se violan Derechos Humanos fundamentales. Además, durante la crisis de la doctrina, se percibe claramente que existía carencia de normativa que planteara claramente el derecho de todas las personas menores de edad, sin distinción de clase social y económica.

Con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989, finaliza el ciclo iniciado casi un siglo atrás con el movimiento de los "Salvadores del Niño" que visualizaban la protección de los niños, las niñas y adolescentes en



términos discriminatorios. De esta manera comienza la etapa de la protección integral de los derechos de la infancia.

No debe dejar de mencionarse el hecho de que si bien con la entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño, se finaliza la etapa en la cual las leyes eran basadas en la Doctrina de la Situación Irregular, muchos consideran que aún hoy en día muchas de las leyes de protección a las personas menores de edad en riesgo social corresponden a esta.

De lo anterior podemos concluir que no es conveniente conformarse con el hecho de que la etapa de la protección integral de las personas menores de edad ha iniciado, ya que podemos provocar que la protección integral siga siendo simbólica y esté lejos de ser real.



CAPÍTULO III

3. Instrumentos legales que brindan la base para la protección de la niñez y adolescencia.

Desde hace ya varios años, incluso, desde el siglo pasado, han surgido instrumentos que de una u otra manera han intentado proteger a los niños, las niñas y adolescentes. En cada uno de ellos se puede observar que existen diferencias de enfoque, precisamente por las distintas facetas por las que ha pasado la visión de este sector de la sociedad.

En algunos casos, como se va a observar más adelante, ciertos instrumentos son una sucesión cronológica que proviene de una misma base, mientras que otros son de un carácter más bien adecuado a circunstancias socio-culturales e históricas.

3.1. Principales instrumentos en el nivel internacional

En esta sección se analizan los principales instrumentos en el nivel internacional que, a nuestro criterio, son relevantes, por cuanto protegen a las personas menores de edad y sientan las bases para el desarrollo de otros específicos para la materia.

3.1.1. Declaración de Ginebra de 1924:

Las naciones unidas, ya desde su conformación original como sociedad de naciones, aprobó el 26 de septiembre de 1924, la Declaración de los derechos del niño, conocida



Declaración de Ginebra, se establece por primera vez una fórmula inicial de los derechos del niño a nivel internacional, esta primera declaración fue adoptada el 24 de septiembre de 1924, en la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones, su objetivo era constituirse como normativa internacional, es parte del desarrollo del Tratado de Versalles que en su preámbulo ya prevía la protección de las personas menores de edad, este tratado es el antecedente inmediato del movimiento surgido en el ámbito internacional en materia de derechos de la niñez y la declaración de los derechos de los niños, represento una declaración de principios que fue más allá de las previsiones del tratado.

Para mi criterio personal la Declaración de Ginebra menciona los principios básicos de atención prioritaria, tratamiento especial y diferenciado, protección y solidaridad hacia la niñez mundial, hecho que fue interrumpido en el inicio de la Segunda Guerra mundial.

3.1.2. La Declaración de los Derechos del Niño

En cuanto al origen histórico de la Declaración, cabe señalar que fue adoptada por la Liga de las Naciones en 1924 y aprobada en Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

El primer proyecto de "Carta del niño" fue puesto en estudio en Londres, el cual fue promulgado en el verano de 1922 por el Consejo Internacional de Mujeres de Oslo. La carta adoptada en 1924, en la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones de Inglaterra, decidió dar unión internacional de protección a la infancia.



Englantyne, en 1921, había establecido la Unión Internacional con sede en Ginebra (Suiza), para la salvación de los niños, niñas, ya que después de la Primera Guerra Mundial habían muchos niños, niñas abandonados, enfermos, con hambre, debido a la desaparición o muerte de sus padres.

En 1922 se redactó en Ginebra la "Declaración de los Derechos del Niño", la cual contaba con cinco puntos:

1. Darle condiciones para un normal desarrollo físico y espiritual.
2. Alimentar al que tiene hambre, cuidar al enfermo, ayudar al excepcional, rehabilitar al inadaptado social y recoger, socorrer al huérfano y al abandonado.
3. No practicar discriminación por raza, nacionalidad o creencia religiosa.
4. Enseñarle un oficio y protegerle contra toda explotación.
5. Educarlo con un sentimiento de servicio a sus hermanos.

Sus contenidos eran muy generales y, además, unos años más tarde, la humanidad vivió otra guerra, aun más brutal que la anterior, donde los derechos de las personas y de los niños, niñas, en particular, sufrieron vulneraciones sin precedentes en el orden político moderno.

Ahora bien, se puede decir que el 20 de noviembre de 1959 se recogen los principios de dicha Declaración ya que la Organización de las Naciones Unidas retoma el tema y aprueba la Declaración de los Derechos del Niño.



- **Contenido**

En 1959, la Organización de las Naciones Unidas retoma el tema sobre la protección de la niñez y aprueba la Declaración de los Derechos del Niño, resolución 1386 XIV, en la cual se consignan los derechos y las libertades que toda persona menor de edad debe disfrutar.

Se tomó esta decisión al considerar que las necesidades esenciales de la infancia justificaban ampliamente una protección especial. A pesar de que muchos de los derechos y libertades ya estaban incluidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se consideró que las condiciones especiales de la niñez justificaban una declaración aparte.

La Declaración de los Derechos del Niño, en el preámbulo, insta a los gobiernos nacionales, organizaciones particulares y autoridades locales a reconocer esos derechos, así como a que luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole, de conformidad con los principios que se enuncian en la Declaración.

Debe aclararse que, a pesar de lo anterior, dicha solicitud solo afecta moralmente a los Estados, ya que no cuenta con medidas operativas para su implementación.

Esta Declaración de los Derechos del Niño no tiene fuerza legal o sanción que obligue a su cumplimiento; sin embargo, ha inspirado a los gobiernos para la adopción de disposiciones legales para proteger a la infancia.



Se debe mencionar, además, que los pueblos de las Naciones Unidas tuvieron en consideración las siguientes proclamas: “que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y su determinación de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad; “que las Naciones Unidas han proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, “que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, “que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño...”

- **Principios**

De tal forma, la Declaración de los Derechos del Niño se encuentra ordenada en diez principios:

Principio No. 1: todos los niños, niñas disfrutarán de los derechos que se enuncian en la presente Declaración. Tales derechos serán reconocidos sin importar los motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o



social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño, niña o bien de su familia.

Principio No. 2: derecho de los niños, niñas a la protección especial para su desarrollo físico, moral, espiritual, social, de manera tanto saludable como normal en condiciones de libertad y dignidad.

Principio No. 3: derecho de todos los niños, niña a tener un nombre y nacionalidad.

Principio No. 4: derechos de los niños, niñas a la seguridad social, salud y el pleno disfrute de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos.

Principio No. 5: el goce de cuidado especial para todos aquellos niños, niñas con algún tipo de impedimento.

Principio No. 6: derecho al amor y comprensión de los padres y, en su defecto, a la protección de las entidades públicas.

Principio No. 7: derecho a la educación gratuita y obligatoria, en igualdad de condiciones. Derecho a la recreación y al juego atendiendo siempre el interés superior de la persona menor de edad.

Principio No. 8: derecho a ser el primero en cuanto a protección y socorro.



Principio No. 9: derecho a la protección para no ser objeto de ningún tipo de trata, ni de obligación al trabajo.

Principio No. 10: protección contra la discriminación racial, religiosa o de cualquier tipo, siendo educado bajo los principios de paz y fraternidad universal A pesar del espíritu de protección que se ve reflejado en los anteriores principios, no bastó para hacer cesar el tratamiento segregacionista de la infancia, por efecto de la aplicación de la normativa de la Situación Irregular.

Nos señala Emilio García Méndez con respecto a lo anterior:

“Si la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, constituyó un mínimo ético en relación a la infancia, solo 30 años después, la Convención Internacional constituye un máximo jurídico, que transformado en derecho positivo nacional e internacional pone en evidencia la enorme brecha a cubrir entre una nueva condición jurídica y la persistentemente difícil condición material de la infancia.”³⁷

3.1.3. Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 y surge como respuesta a la Segunda Guerra Mundial, en la que se cometieron algunos de los crímenes más bárbaros de la historia

³⁷ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Infancia y Ciudadanía en América Latina. De la situación irregular a protección integral*. Pág. 37.



de la humanidad.

Tal y como se mencionó anteriormente la Declaración Universal de los Derechos Humanos detalló por primera vez los derechos y las libertades de las personas y constituyó el primer reconocimiento internacional de que los Derechos Humanos y las libertades fundamentales se aplicaban a todas las personas, en todas partes.

En la actualidad, ésta sigue inspirando el activismo y la legislación de Derechos Humanos en todo el mundo. Además, ha servido como fundamento para los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, se ha utilizado como modelo de numerosos tratados y declaraciones internacionales y ha sido incorporada a las constituciones y leyes de muchos países.

- **Declaración Universal de los Derechos Humanos en Relación con los Niños, las Niñas y Adolescentes**

Con la "Declaración Universal de los Derechos Humanos", emitida por la Organización de las Naciones Unidas, se hacen claros y evidentes los derechos inherentes de todos los seres humanos de la Tierra, por lo tanto, se puede afirmar que a partir de este momento, las personas menores de edad debían ser objeto de cuidado así como de atenciones especiales.

Buscando de una manera más específica, se puede encontrar la niñez y la adolescencia en esta Declaración, en el Artículo 25 inciso 2, el cual reafirma que la maternidad y la infancia tienen derecho a ser cuidados y asistidos de una manera



especial; además, aclara en este Artículo la igualdad entre los niños, las niñas nacidos tanto dentro del matrimonio como fuera de él.

Asimismo, se puede observar que protege al niño, niña en tanto es parte de la familia, la cual señala que es elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que es objeto de protección tanto de la sociedad como del Estado. El niño, niña como parte de la familia, entonces, es reconocido como objeto de protección y de cuidado.

La Declaración de los Derechos Humanos fue útil en el ámbito de los niños, las niñas y adolescentes, ya que sirvió de conciencia al establecer, de esta manera, pautas con las cuales evaluar la actitud y el comportamiento de la sociedad en torno a la situación de la niñez en el nivel mundial, lo que se ve reflejado cuando se afirma que la "humanidad debe al niño (a) lo mejor que pueda darle."

Sin embargo, a pesar de que los derechos de los niños, las niñas y adolescentes son reconocidos, se hace de una manera muy general, lo que provoca la necesidad de desarrollar un tratado internacional que se refiera solamente a los derechos de esta población.

Además, no debe dejarse de lado el hecho de que la Declaración de los Derechos Humanos fue solamente una declaración, por lo que sus derechos eran reconocidos desde una perspectiva moral, lo que obliga el desarrollo de tratados en donde el cumplimiento sea obligatorio.



3.1.4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En el momento en que se encomendó redactar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Comisión encargada propuso redactar una Declaración Universal y, simultáneamente, que se redactara un documento que, como tratado multilateral, tuviera carácter obligatorio para los Estados.

La Comisión redactora se refería a redactar, al mismo tiempo, dos Pactos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Sobre este proyecto se trabajó a partir de 1945, en que se firmó la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, hasta 1947, por lo que se descartó la idea de elaborar los dos Pactos.

Tanto el PIDCP como el PIDESC tardaron dieciocho años en aprobarse, ya que fueron adoptados y aprobados por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966 y fue hasta diez años después que entraron en vigencia: el segundo, el 3 de enero de 1976 y el primero, el 23 de marzo de 1976.

- **Contenido**

El Pacto desarrolla con más detalle los principios consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Su Protocolo Facultativo se basa en un tratado internacional, por medio del cual los Estados partes se obligan a aceptar un procedimiento concreto y específico para examinar las denuncias sobre violación a derechos civiles y políticos protegidos por el pacto internacional correspondiente. Es

importante señalar que sólo se aplica a los Estados partes que hayan firmado el procedimiento.

Entonces, en el PIDCP se establecen normas y principios con fuerza obligatoria para los Estados que lo ratifican, por lo que no se habla ya de una simple declaración de derechos y deberes.

Tal y como su nombre lo indica, sólo comprende lo relativo a derechos civiles y políticos, además, debe aclararse que es de carácter universal, pues en el nivel regional existe otro instrumento jurídico: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado Pacto de San José, del cual se hablará más adelante.

- **Pacto internacional de derechos civiles y políticos y los niños, las niñas y, adolescentes.**

En relación con los niños, las niñas y adolescentes, se puede mencionar que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos toca el tema en cuatro o cinco Artículos que se mencionan a continuación. El Artículo seis regula el derecho a la vida inherente a toda persona humana y, con respecto a los países que no han abolido la pena de muerte, específicamente en cuanto a los menores de edad señala que "No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en Estado de gravidez."

Por su parte nos señala el Artículo diez en cuanto a las personas menores de edad procesadas que "los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán

ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento...”

En cuanto a la familia, señala el Pacto que tiene derecho a la protección tanto de la sociedad como del Estado, por ser esta el elemento natural y fundamental de la sociedad.

Además, se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, siempre y cuando cumplan con la edad necesaria. Señala, en cuanto al matrimonio, la igualdad de derechos y de responsabilidades para ambas partes. En caso de disolución, se adoptarán medidas que aseguren la protección de los hijos.

Por último, nos señala el Pacto en relación con las personas menores de edad que:

“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado... Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre... Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad...”

Se reconocen, entonces, en este último Artículo, los derechos de las personas menores de edad a las medidas de protección requeridas tanto por parte de la sociedad como del Estado, así como a tener un nombre y adquirir una nacionalidad.



3.1.5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Se pensaba erróneamente que los derechos civiles y políticos (el derecho a un juicio justo, a la vida, al voto, etc.) eran los únicos que podían ser objeto de violación, de medidas de reparación y de escrutinio jurídico internacional.

En distintas declaraciones y tratados de Derechos Humanos, se observó un creciente reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales en el plano normativo.

En el ámbito de las Naciones Unidas, además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el principal instrumento jurídico para la protección de este tipo de derechos es el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de diciembre de 1966, que entró en vigor el 3 de enero de 1976.

- **Contenido**

El Pacto cuenta con una amplia cobertura mundial, con 155 Estados partes. Busca establecer normas con mayor poder vinculante para ellos, en materia de los derechos económicos, sociales y culturales y es conocido como un instrumento importante en la materia, ya que busca su materialización.

Este tratado reconoce un amplio conjunto de derechos de esta naturaleza dentro de los cuales se destacan principalmente los siguientes: el derecho de los pueblos a su libre autodeterminación política, derechos laborales y derechos de subsistencia, por último establece los derechos culturales, e incluye derechos relativos a la protección de

ciertas categorías o sectores, especialmente de la familia en lo que respecta a la maternidad y los derechos de las personas menores de edad.

Los Estados parte del PIDESC son responsables ante la comunidad internacional y ante sus propios pueblos, por el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del Pacto, éstas son: respetar, proteger y realizar.

- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con Respeto a los Niños, las Niñas y Adolescentes.**

Tal y como se mencionó en páginas anteriores, existe en el PIDESC, una sección o, bien, un grupo de Artículos que establecen o reconocen derechos de los niños, las niñas y adolescentes.

El Artículo 10 establece que los Estados partes reconocen el "adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición."

Además, se reconoce la más amplia protección y asistencia a la familia, por ser ésta el elemento natural y fundamental de la sociedad.

Es importante señalar que se establece, en este Pacto, la protección a las personas menores de edad con respecto al trabajo. Señala en este sentido:

"Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social.

Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil..."



Se reconoce también el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

En cuanto a las medidas que se adoptan para hacer cumplimiento pleno de la salud tanto física como mental se encuentran: la reducción de la mortalidad infantil; el sano desarrollo de los niños, las niñas y adolescentes; el mejoramiento, en todos sus aspectos, de la higiene del trabajo y el medio ambiente, y la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas.

Por otro lado, la educación es un aspecto relevante para el Pacto, por lo que establece los siguientes derechos y obligaciones al respecto: el derecho de toda persona a la educación: la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

3.1.6. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José de Costa Rica o CADH) de acuerdo con lo que se mencionó anteriormente fue promulgada el 22 de noviembre de 1969, en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que se efectuó ese año en nuestro país. La CADH entró en

vigor el 18 de julio de 1978. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los derechos de la niñez y la adolescencia.

Los Artículos de la Convención que se pueden analizar con respecto a los derechos de la niñez y la adolescencia son escasos, por lo que se procede a comentar cada uno de ellos.

En cuanto la familia, podemos observar que al igual que otros instrumentos internacionales, la define de la siguiente manera:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado..., disposición conforme a nuestra legislación” (Art. 17). Continuando con el tema de la familia, se reconoce en la Convención el derecho tanto del hombre como de la mujer a contraer matrimonio, así como a fundar una familia, siempre y cuando cumplan con las condiciones requeridas, las cuales no deben afectar el principio de no discriminación establecido en la Convención.

Además, se indican las medidas apropiadas para asegurar la equivalencia de responsabilidades en el matrimonio, por lo que en caso de producirse disolución del vínculo matrimonial, se debe de tomar en cuenta el interés superior de los hijos e hijas. Respecto a la igualdad de todas las personas, la Convención reconoce la personalidad jurídica de cada integrante de la familia y reafirma los principios de igualdad ante la ley y la no-discriminación (Artículos 3 y 24).



Por su parte, se observa el Artículo 19 de la Convención Americana, el cual establece que toda persona menor de edad tiene derecho a medidas especiales de protección por parte de la familia y del Estado. Sin embargo, no estipula cuáles derechos tiene ni cómo deberían ser garantizados. El Protocolo Adicional a la Convención Americana añade que todo niño, niña o adolescente, tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y toda persona, a la educación gratuita.

En cuanto al derecho a la integridad personal, señala la Convención que “cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.”

En el Artículo 19 de la Convención se establece que la protección de las personas menores de edad debe provenir de la familia, la sociedad y del Estado, lo cual es acorde con lo que regula la Convención sobre los Derechos del Niño, en donde prevalece el interés superior del niño, la niña y adolescente.

En cuanto a la eficacia de la Convención y los derechos reconocidos en ella, debe señalarse que ambos gozan de una eficacia tanto externa como interna. Entonces, en la Convención Americana de Derechos Humanos se puede hablar de una eficacia externa, ya que cuenta con órganos dotados de competencia, los cuales vigilan el cumplimiento de los derechos.

Por otro lado, la eficacia interna depende exclusivamente de la importancia y el valor que le confiera cada Estado parte que ha ratificado la Convención.



3.1.7. Protocolo Facultativo a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)

Tal y como se mencionó en páginas anteriores, los derechos económicos, sociales y culturales no habían tenido tanta relevancia en el ámbito internacional como nacional, ya que se creía que los civiles y políticos eran los únicos que merecían la atención para su protección.

A raíz del creciente reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, en el plano normativo internacional se adoptó el PIDESC.

Ahora bien en el ámbito regional interamericano, los principales instrumentos son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la CADH de 1969.

Años más tarde se adopta el Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988.

- **Contenido**

En cuanto el contenido del presente Convenio, se puede señalar que consta de veintidós Artículos en donde compromete a los Estados parte, la creación de condiciones que permitan el desarrollo de los derechos económicos y sociales y el goce de cada persona de los en su máxima expresión.

Los derechos económicos, sociales y culturales que se reconocen en el protocolo facultativo pueden ser divididos en tres grandes grupos. El primero reconoce los



Los derechos económicos, sociales y culturales que se reconocen en el protocolo facultativo pueden ser divididos en tres grandes grupos. El primero reconoce los derechos relativos al trabajo, por lo que regula las condiciones óptimas para que el trabajador desarrolle cualquier actividad bajo condiciones satisfactorias y justas.

Además, en este mismo grupo son reconocidos los derechos sindicales. El segundo grupo de derechos está conformado por la protección a la salud, la alimentación adecuada, la seguridad social, la protección en un ambiente sano y equilibrado, así como la educación y la cultura de los seres humanos. Por último, encontramos un grupo de derechos reconocidos para la familia, las personas menores de edad, los ancianos y personas discapacitadas.

Este último grupo es de especial interés para la presente investigación, por cuanto protege una vez más los derechos de la niñez y la adolescencia.

El Protocolo de San Salvador y los niños, las niñas y adolescentes Tal y como se mencionó en el apartado sobre el contenido del Convenio, existe un grupo de derechos que reconoce la protección a la familia, así como los derechos a las personas menores de edad.

El Artículo 15 del Protocolo nos señala que: "familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. "



Asimismo este mismo Artículo señala la importancia de garantizar a las personas menores de edad una alimentación adecuada y la protección a los y las adolescentes para la plena maduración de sus capacidades físicas intelectuales y morales.

Específicamente, en cuando al derecho de la niñez el Protocolo señala en su Artículo 16 que: "Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo."

Cabe señalar, por último, que el Protocolo no solamente protege este sector de la sociedad en los Artículos que se desarrollaron anteriormente, por cuanto estipula otros tales como la educación, edad mínima del trabajo, medio ambiente sano, etc., pero para efectos de la investigación nos limitamos a desarrollar los que únicamente acordaban cuestiones directas en cuanto a las personas menores de edad.

3.1.8. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Las actuales políticas públicas a favor de la infancia tienen como su principal fundamento la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por nuestro



país mediante decreto 27-90 el 26 de enero de 1990, entrando en vigencia el 2 de septiembre de 1990.

Debido a lo anterior, en las próximas páginas se procede a estudiar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, desde una perspectiva histórico-jurídica.

La iniciativa de elaborar la Convención sobre los Derechos del Niño fue presentada a la Asamblea General en 1978 por Polonia.

En un principio se pretendió la aprobación del proyecto para la celebración del Año Internacional del niño en 1979, pero debido a la magnitud, dimensión y complejidad del proyecto no fue sino hasta noviembre de 1989, al cumplirse diez años de trabajos preparatorios, que la Asamblea General de las Organización de las Naciones Unidas la aprobó por unanimidad.

La elaboración de la Convención fue un largo y duro trabajo por parte de quienes integraron el grupo de expertos que redactaron el proyecto.

Desde el punto de vista de las suscritas, se observan dos grandes dificultades: la primera tiene relación con el objetivo primordial de la Convención, por cuanto buscaba redactar un texto que armonizara y unificara el régimen jurídico disperso que regulaba la materia en numerosos acuerdos y convenciones redactadas con anterioridad; la segunda dificultad es en relación con la gran diversidad de organismos, grupos de trabajo, organizaciones, etc., que intervinieron en la redacción.



Se puede asegurar que la aprobación de la Convención es la culminación de un largo proceso de reconocimiento y protección de los derechos de las personas menores de edad, tanto los debates, las consultas o las discusiones lograron la producción del instrumento que hoy es el rector de los principios para la protección de este sector de la sociedad.

Además, la Convención significó para los pueblos y gobiernos del mundo un reto jurídico-social de relevancia universal, ya que comprende un tratado internacional sobre Derechos Humanos que cambia la doctrina seguida durante muchos años por las legislaciones en lo que respecta a la normativa de protección de la niñez y la adolescencia.

De forma reiterada debe mencionarse que, previo a la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño, prevalecía la percepción de la infancia a partir de las ideas basadas en la Doctrina de la Situación Irregular, la cual consideraba al niño, niña objeto de protección, por cuanto producía en la sociedad el sentimiento de lástima, compasión, caridad y represión.

Por otro lado, tal como se ha mencionado en páginas anteriores, la Convención recoge los muchos de los principios que fueron objeto de protección por parte de diferentes instrumentos, siendo el principal de estos la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, desarrollada anteriormente por las suscritas.

A pesar de que la Convención desarrolla muchos de los derechos que ya en algún momento habían sido objeto de protección, no es esta una mera reformulación de ellos,



porque la Convención no solo desarrolla, sino que transforma al niño, niña objeto de derecho en sujeto de numerosos derechos y libertades.

3.2. Leyes aplicables en Guatemala

- **Evolución doctrinaria y legislativa**

Hace dos siglos la niñez Y adolescencia no era considerada como un grupo social diferenciado jurídicamente de los adultos por esto la doctrina define a ese periodo como el de la indiferencia jurídica ya que la niñez y adolescencia eran tratados de la misma manera que los adultos, eran considerados como los pequeños adultos o los hombres pequeños formando parte de un conglomerado social como un miembro mas debió satisfacer sus necesidades por si mismo. Por ejemplo, en nuestro país, la minoría de edad solo constituía un atenuante en la responsabilidad penal, al niño y niña se le aplicaba la misma pena que el adulto y la cumplía en el mismo Centro penitenciario. Si observamos los códigos penales y procesales de 1877 y 1923, podemos dar nos cuenta que el niño y la niña transgresor de la ley penal no era sujeto de ningún tipo penal de consideración especial.

El derecho tutelar se origina en los estados unidos. Con las ideas de movimientos reformistas a finales del siglo XIX y principios de XX, el cual es definido por los historiadores y criminólogos de esa época como un movimiento humanitario y progresista, que respondió a la problemática de las miserias de la vida humana, la delincuencia juvenil y las precarias condiciones de promiscuidad en las cárceles provocadas por la mezcla de mayores y menores. La propuesta reformista va dirigida a



rehabilitar a la delincuencia juvenil. La idea de tratamiento encontró fuerte acogida en el sistema reformativo, el cual se diferencia del penitenciario, en que convierte a los delincuentes juveniles en futuros ciudadanos a través de tratamiento garantizado con la sentencia indeterminada. Este nuevo sistema es adoptado en Guatemala por la ley de tribunales de menores. Decreto 2043 del periodo presidido por Jorge Ubico del 15 de noviembre de 1937, el cual desarrollado con posterioridad en el código de menores decreto 61-69 del congreso de la república de Guatemala el 11 de noviembre de 1969 y luego en código de menores decreto 78-79 del congreso de la república en noviembre 1979.

Con la aprobación y vigencia de la constitución de 1,985, y de la convención sobre los derechos del niño, en 1990, es cuestionado el sistema tutelar de menores, porque este es dirigido a un solo sector de la población infanto-juvenil y no a su totalidad. La constitución y la convención sobre los derechos del niño establecen un cambio de doctrina que deja a tras el modelo que intento tutelar a los niños y niñas, que se encontraban en situación irregular; en cambio proponen un nuevo modelo que protege a todos los niños y niñas; quienes sufren amenazas o violaciones en sus derechos humanos garantizándoles el respeto de los derechos individuales, económicos, sociales y políticos. La nueva doctrina de protección integral establece un tratamiento jurídico especial para los niños y niñas, reconoce los derechos especiales que su condición específica requiere, y diferencia el tratamiento jurídico de la niñez victima y la adolescencia transgresora de la ley penal.



3.2.1. Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1985 establece la apertura del ordenamiento jurídico guatemalteco al derecho internacional en materia de Derechos Humanos de la niñez, lo que permite una constante y dinámica actualización de los que son los derechos de la niñez guatemalteca.

En los Artículos 44 y 46 de la constitución opción de los derechos humanos en el derecho interno dirigido a una sociedad abierta, dinámica y actual, encaminada a estudiar, analizar e interpretar las leyes en general, otros argumentos que fundamentan las bases filosóficas de una sociedad abierta en la actual constitución se encuentran en su propia normativa, al reglar los procesos políticos electorales, la independencia y coordinación de los poderes del estado, el respeto por la libertad de acción y pensamiento. La constitución posee un orden constitucional abierto, no solo en el propio ordenamiento jurídico escrito y vigente, sino también al derecho natural (preámbulo) al derecho internacional los Artículos 44, 46, 149, 150 y 151 y a los sistemas cultural y jurídicos de los pueblos indígenas, los Artículos 57, 58 y 66 entre otros, como lo señala Lucas Verdú que las normas insertas en la constitución, contienen algo más solemne expresión lingüística protegida por lo general, por la rigidez constitucional; donde podríamos mencionar la incorporación de otros derechos a la normativa constitucional, a través de la ratificación y aceptación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.



Ante tal situación la constitución recoge una concepción actual y moderna de la niñez, a quienes les otorga el status jurídico de sujetos de derecho con capacidad propia para ejercerlos. A esa normativa debe de sumársele reconvención sobre los derechos del niño. Ambos instrumentos coinciden a la niñez como sujetos activos y participativos, y creativos, capaces de interactuar con su medio personal y social.

3.2.2. Ley de protección integral de la niñez y adolescencia

Es un producto del consenso alcanzado, en el seno de la sociedad civil y que viene a llenar un vacío legal que se creó con la vigencia contemporánea de dos legislaciones contradictorias, la convención sobre los derechos del niño y el código de menores, basadas en la doctrina de la protección integral y la doctrina de la situación irregular respectivamente. Ese vacío legal que surge de 1 año 1990, intento llenarse con la aprobación del Código de la niñez y la juventud Decreto 78-96 del Congreso de la república, cuya entrada en vigor enfrente una serie de obstáculos, la cual finalizó con una prórroga indefinida que declara inconstitucional. La necesidad de una nueva norma en materia de niñez y adolescencia fue incluso motivo de análisis para la corte interamericana de derechos humanos, en la sentencia del caso de los niños de la calle, expuestos. Amenazas y violaciones de sus derechos que eran violentados por ejemplo: en la prostitución, explotación laboral, drogadicción, la delincuencia, niñez con secuelas de haber sido abandonados o maltratados psicológicamente o físicamente.

Esta Ley entra en vigencia 19 de julio de 2003, después de 13 años que la vigencia de la convención sobre los derechos del niño y constituye el avance más significativo en donde recoge la nueva, puesto que a partir de la vigencia de la misma, dejó de



considerarse a este grupo poblacional, como un objeto del derecho, para pasar a ser un sujeto de derechos y se reguló el interés superior de la niñez en el Artículo 5.

En donde se estructura de la manera siguiente: en tres libros: el primer libro contempla: las disposiciones sustantivas ligadas con las disposiciones generales para la aplicación e interpretación de la ley, luego lo relativo a la niñez y adolescencia de carácter individual y colectivo, así como lo concerniente al derecho de protección integral, que tiene la niñez y adolescencia con discapacidad y la protección contra el maltrato, explotación y abuso sexual de la niñez. Además se establece deberes y límites al ejercicio de los derechos de la niñez y adolescencia; así como la regulación de los adolescentes trabajadores y las obligaciones del estado, sociedad, padre, tutores o encargados frente a las amenazas o violaciones de sus derechos humanos de la niñez y la adolescencia esto correspondería de los Artículos 1 al 79. El segundo libro, contempla las disposiciones organizativas se crean y regulan los organismos de protección integral, quienes son los responsables de la formulación, ejecución y control de políticas públicas a la Comisión Nacional y las Comisiones Municipales de la niñez y adolescencia. Se crea la defensoría de la Niñez y Adolescencia de la procuraduría de los derechos Humanos, como ente fiscalizador de los derechos de la niñez, Unidad de protección a la adolescencia trabajadora del Ministerio de Trabajo y Previsión Social y la unidad Especialista de la Niñez y adolescencia de la Policía Nacional Civil, el responsable de la asesoría y capacitación de los derechos y deberes de la Niñez establecidos en los Artículos 80 al 97. El tercer libro que contempla; las disposiciones adjetivas, referente al procedimiento judicial en el caso de la niñez víctima de amenazas y/o violaciones en sus derechos humanos y de los adolescentes en conflicto con la ley penal.



Donde se creo la sala de la niñez y adolescencia, los juzgados de primera instancia de la niñez y adolescencia y adolescentes en conflicto con la ley penal. Los juzgados de primera instancia de control de Ejecución de medidas, también se amplia la competencia de los juzgados de paz, la participación de abogados procuradores de la niñez de la procuraduría general de la nación, que interviene en el procedimiento niñez víctima y la defensa publica y la fiscalía de adolescentes para el proceso judicial de adolescentes transgresores de la ley penal regulado en los Artículos 98 al 265.



CAPÍTULO IV

4. La incongruencia de la Convención de los Derechos del Niño y la doctrina de la situación irregular en Guatemala

4.1. Interés superior del niño/a o adolescente

Tal como lo señala Baratta, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el Artículo 12 y otros Artículos (considérese, en particular, el Artículo 13.1), introduce un gran principio innovador. Según este principio el niño tiene derecho en primer lugar a formarse un juicio propio, en segundo lugar a expresar su opinión, y en tercer lugar a ser escuchado. Nunca habían sido reconocidas, de modo implícito, la autonomía y subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos. Ahora bien la Convención parece establecer ciertas limitaciones al derecho de expresión de los niños. Así establece el Artículo 12 de la Convención que: Los Estados Partes garantizaran al niño que este en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que afecten al niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo proceso judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. En este sentido, una interpretación estricta de la letra de la Convención podría permitir concluir que el derecho del niño a expresar su opinión esta quizás condicionado a que se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio.



Sin lugar a dudas, esta interpretación desvirtúa los ejes rectores de la Convención dado que la misma persigue la real y efectiva participación del niño en los asuntos que lo afectan, y no su marginación por parte de sus representantes. En este orden de ideas, la representación legal se exhibe como un supuesto de heteronimia o ficción legal por la cual se le otorga al representante un poder en la esfera jurídica ajena por el cual solo es posible la actuación del representante, única voluntad a tener en cuenta en la formación del acto jurídico.

Es innegable que esta ficción jurídica se condice perfectamente con la doctrina de la situación irregular más no con el paradigma de la Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que trae consigo la Convención. Fácil es advertir que detrás de la noción de representación subyace la idea del niño como objeto de control por parte de sus padres y del asesor de menores, y jamás la noción del niño como sujeto de derechos, con autonomía progresiva para su ejercicio.

No obstante, la falta de definición de lo que debía entenderse como interés superior requirió la elaboración doctrinaria que impidiera que el relativismo cultural o las interpretaciones fragmentarias del texto, entre otras variables, definieran en un caso concreto la interpretación de este interés desde la exclusiva mirada del adulto, o en el mejor de los casos, con la participación del niño limitada a una escucha a sus consideraciones, sesgada por la presunción de incapacidad del niño/a para ser protagonista activo como sujeto de derechos.

El rol que a este le cabe en sus distintas manifestaciones funcionales y territoriales para la promoción y protección de derechos, exige el accionar positivo que se



instrumentara a través de las políticas publicas para reconocer y apoyar las funciones sociales que cumplen las familias con repercusiones directas e indirectas que se den en el ámbito familiar. La lectura de las necesidades de las niñas, niños y adolescentes en términos de derechos implica como consecuencia abordar el problema de su exigibilidad.

Los padres tienen las obligaciones que les caben en la crianza y desarrollo, en funciones del interés superior del niño, y el estado deberá prestar la asistencia apropiada para el desempeño de sus funciones, respetando las responsabilidades, derechos y deberes que le incumben a los padres o representantes legales para que puedan ejercer sus derechos.

Para el autor de la presente tesis, deberá ser una unión de trabajo, que como entes principales serian en primer plano la familia, luego sería el estado creado políticas necesarias para poder desarrollar el interés superior del niño y aquí juega un papel importante la sociedad en si pero también la iglesia como la iniciativa privada en unificarse para desarrollar las políticas y apoyarlas para su mejor funcionamiento.

4.2. Autonomía versus protagonismo

Este hecho es especialmente problemático cuando los titulares del derecho son personas cuya capacidad para elegir es reducida por la minoría de edad. Históricamente, los niños y los adolescentes han sido tratados más como objetos que como sujetos de preocupación por su situación de pobreza o irregularidad. Se los ha



definido a partir de sus carencias -como la capacidad jurídica- y no tanto en razón de los derechos de los que son titulares.

Si bien la Convención Internacional de los Derechos del Niño cambia este paradigma, algunos adultos insisten en considerar a los niños como arcilla moldeable a la luz de sus aspiraciones y exigencias, o que la relación adulto-niño descansa sobre la base de amor, cuidado y altruismo, por lo cual el espacio familiar es protegido de intervención.

La idea del adolescente como titular de derechos colisiona, con mucha frecuencia, con los deseos de los padres. La autonomía es una condición esencial para el ejercicio real de los derechos sexuales y reproductivos.

En el caso de los adolescentes, ella es adquirida a través del tiempo, en razón de la evolución de sus facultades, de su edad y madurez. La Convención Internacional de los Derechos del Niño señala que el ejercicio de los derechos del niño será en consonancia con la evolución de sus facultades; esta es la antesala al concepto de evolución progresiva de competencia del niño para ejercer sus derechos con creciente autonomía.

El ejercicio de la autoridad, cualquiera sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al niño, considerando, además, los principios de autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten. Señala, además, las funciones parentales de orientación y dirección, y que, en subsidio, ellas recaen en el Estado.



Queda claro que el ejercicio de derechos es creciente según edad y evolución de facultades y, asimismo, la adquisición de responsabilidades por los actos individuales. Fijar una edad a partir de la cual consideremos que los adolescentes pueden actuar con autonomía sexual es complejo, y en muchos casos el límite puede ser arbitrario. Sin embargo, lo razonable sería armonizar con la legislación nacional en la que se determinan deberes y responsabilidades a los jóvenes, en lo civil y en lo penal.

De esta forma, establecemos una simetría entre la obligación de cumplir deberes y la capacidad para ejercer derechos, ya que si un adolescente es responsable socialmente y tiene deberes en conformidad a sus facultades -esto es, los 14 años para reconocer un hijo, lo mismo debiera aplicarse respecto del ejercicio de sus derechos, entre éstos los sexuales y reproductivos. La importancia de incorporar la perspectiva de autonomía progresiva en el análisis de los derechos de la infancia y adolescencia responde a la necesidad de visualizar la vulneración de importantes derechos consagrados en la Convención.

La Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando desarrolla el derecho a la salud, establece "el deber por parte de los Estados miembros de proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la toma de decisiones que afecten su salud (...) el ejercicio del derecho a la salud por parte de los adolescentes dependerá de la atención", que ésta sea respetuosa a los jóvenes, tomando en cuenta su derecho a la confidencialidad y la vida privada, y menciona la necesidad de establecer servicios adecuados de salud sexual y reproductiva. La postura de quienes niegan el derecho de los jóvenes a recibir



información y servicios sobre la salud reproductiva en confidencialidad suele revelar el temor de que se adelantaría su sexualidad en forma precoz.

En un sentido complementario, se discute que estas políticas o programas puedan propiciar la ruptura del vínculo entre sexualidad, amor, compromiso y reproducción.

Bajo estos supuestos, se suele argumentar que incorporar la presencia de los padres se ampara en el interés superior del niño recogido en la Convención americana. Quienes así arguyen sostienen la visión de que niños y adolescentes siguen siendo objeto de protección y control de parte de los padres u otros adultos. Si existe obligación del Estado de fortalecer la misión educativa de la familia, ello se produce en términos de alcanzar la autonomía del adolescente y no de negarla. La posibilidad del ejercicio de los derechos en forma autónoma -con criterios de progresividad de acuerdo con la edad- implica el abandono de prácticas de subordinación de niños y adolescentes a sus padres, a las instituciones y a los adultos en general, y el reemplazo por funciones de orientación y dirección para que ellos ejerzan los derechos de los cuales son titulares.

El desafío es aceptar las diferencias y ampliar los espacios de decisión, de diálogo y de construcción colectiva, en los cuales los adolescentes encuentren su lugar desde sus particularidades y anhelos. Es posible pensar que la idea de "suficiente madurez" -que debe ser considerada por los prestadores y que se erige como guía en la práctica clínica- no hace sino trasladar la potestad parental al control biomédico. Admitiendo esta prevención, la idea permite, al menos, que los adolescentes encuentren espacios de autonomía en el ámbito de la salud cuando ya se han iniciado sexualmente.



4.3. Capacidad progresiva y responsabilidad parental

Para poder mencionar que no solo cabe advertir que el principio de autonomía progresiva son solo incide en el régimen de la capacidad sino también en la mal llamada patria potestad toda vez que las responsabilidades (no potestades) de los adultos deben evolucionar en pos de lograr un mayor respeto por aquella autonomía, en conexión directa con la gradualidad referida en materia de capacidad, estas responsabilidades van desde una total subrogación en las decisiones hasta una mera facultad de supervisión. Este es el único camino para lograr el objetivo primordial: capacitar a los hijos para lograr su autodeterminación.

Por otra parte, también cabe interrogarse sobre cuales son los cambios que se habrían operado en materia de responsabilidad parental de los adolescentes- padres no emancipados, de conformidad con la distinción embozada entre la capacidad para ejercer todos los derechos cuando estos son violados (en este caso, siendo menores de edad tanto la madre y/o padre como el hijo) sin determinación o limitación de edad y la capacidad civil circunscripta a las cuestiones patrimoniales.

Pero se advierte la ambigüedad jurídica entre la concepción que subyace detrás del término responsabilidad parental la connotación que presenta el poder de corrección a favor de los padres. Es innegable que en el contexto bien distinto que propone la responsabilidad parental, deviene mas adecuado referirse al poder de conducción que les cabe, de manera primordial y primaria, a los padres. Termino totalmente alejado de la idea de corrección que subiste en el derecho de fondo, al igual que en todos los países de América latina.



Es muy fácil pasar de una a otra doctrina, y es también una cuestión de principio. Si no es permisible golpear a un adulto, ¿Por qué debería serlo golpear a un niño? Una de las contribuciones de la convención es llamar la atención sobre las contradicciones en nuestras culturas y actitudes.

Entonces no se podría corregir a un niño con golpes que sería la idea primordial, pero nuestros habitantes están en una cultura muy avanzada. Cuando el patrón de crianza ha sido utilizado por generaciones en donde el madre o padre por muchos factores sociales como la pobreza y que se ha dado un fenómeno que niños y/o niñas están cuidando a niños sería nuestra realidad actual, entonces no solo de mantenerlo en la ley que los niños deben ser protegidos de cualquier violación en sus derechos humanos sino también crear programas educacionales que vengán a facilitar el trabajo de nuestro niños, niñas y adolescentes, que por su falta de ignorancia los hace caer en un círculo vicioso que educan a sus hijos de la misma manera que fueron educados.

4.4. El discernimiento de los “jóvenes infractores de ley”

Cuando un adolescente menor de 18 años de edad y mayor de 13 es acusado de infringir la ley penal, puede ocurrir que cumpla una determinada pena (en cuyo caso, pasa al sistema adulto) o que se adopte, eventualmente, respecto de él una “medida de protección” (y siga entonces en el sistema de “menores”). La adopción de una u otra estrategia dependerá del juez de menores, quién deberá decidir, después de realizado un examen social y psicológico al adolescente, si éste ha actuado con o sin DISCERNIMIENTO.



- **Acerca de la capacidad de “discernir”**

Para todos los efectos, la doctrina de la situación irregular considera al menor de edad como un sujeto carente de capacidad para decidir por sí mismo, de ahí que sea necesario protegerlo. En función de esta necesidad de protección, evidentemente no tiene ningún sentido distinguir entre víctima y victimario, entre infractor y no infractor.

Por el contrario, toda vez que la situación del niño amerite la consideración de un peligro (material o moral) se justifica la puesta en movimiento del aparato estatal para brindar la protección que éste necesita. Lo anterior se traduce, muy especialmente en las llamadas “medidas de protección” (aplicadas indistintamente a todos los niños que se encuentren en situación de riesgo) que plantea que “aunque se llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido o que al menor no le ha cabido participación alguna en él, el juez podrá aplicarle las medidas de protección que contempla esta ley”.

Por aplicación, se ha permitido la innecesaria judicialización de un sinnúmero de casos que, sin haber infringido la ley, se encuentran obligados a comparecer ante un proceso que no les corresponde e injustamente expuestos a la imposición de una medida.

Al mismo tiempo, el hecho de que no exista un sistema probatorio que permita verificar si efectivamente la infracción se ha cometido conlleva a la aplicación de medidas que, siendo o no pertinentes, no cuentan con el debido fundamento al sancionarlas. Desde esa concepción entonces, el menor de 13 años siempre carece de discernimiento y, por ende, de capacidad para ser considerado como un sujeto penalmente responsable.



Entre los 13 y 18 años, el discernimiento debe ser declarado judicialmente a fin de determinar si corresponde la imputabilidad o no del adolescente. En definitiva, lo que se pide es determinar si el adolescente discierne o no (si es adulto o es niño). En efecto, el concepto jurídico de discernimiento descansa en gran medida en presupuestos psicológicos.

En ese sentido entonces y aún compartiendo las precisiones acerca del concepto de peligrosidad social y Derecho Penal de Autor que esconde la vieja doctrina de la situación irregular, lo cierto es que la institución del discernimiento supone un tipo de sujeto respecto del cual se justifica plenamente la necesidad de protección: un niño o adolescente incapaz que sólo dejará de serlo en tanto sea o se comporte como adulto (aprehenda el juicio moral maduro).

- **El discernimiento y la Convención de Derechos del Niño**

Claramente, los postulados centrales de la Convención entran en contradicción con la Ley Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. En efecto, aquella establece la presunción de inocencia ante la ley (Art 147) como pilar central del debido proceso. Así, los elementos centrales del Proyecto sobre Responsabilidad juvenil son “crear un sistema de responsabilidad juvenil que contenga los principios del debido proceso y que se encuadre en la gran reforma al sistema de justicia penal respecto de las garantías de las personas. La idea es establecer un régimen jurídico especial que reconozca las garantías constitucionales y el debido proceso, que atienda al cumplimiento de la protección del desarrollo integral del niño y adolescente y que pretenda educar al adolescente infractor en la responsabilidad de sus propios actos. En



ese sentido, aspiramos a la existencia de un genuino juicio en que el adolescente es parte dotada de derechos y que se beneficia de todas las garantías del derecho penal de adultos” Dentro de este esquema, desde luego desaparece la institución del discernimiento.

La doctrina de la protección integral a la infancia parte del supuesto de que el niño es un sujeto con capacidad de discernir y, en ese sentido, es sujeto pleno. No obstante lo anterior, cabe preguntarse en que momento puede ser imputable penalmente, respuesta que la Convención no supedita a la condición de sujeto (y en ese sentido de “juicio moral maduro”) sino a aspectos propios del proceso de socialización. Así, desde los 13 años de edad (y existiendo proceso previo que dé cuenta de la infracción efectivamente cometida) el adolescente será considerado siempre responsable, lo que no significa, sin embargo, que no puedan ser analizados casos particulares en donde puedan concurrir circunstancias que lo eximan de responsabilidad, así como tampoco significa que toda vez que se cometa una infracción la sanción necesaria deba ser la medida socioeducativas que consiste en la privación de libertad (supuesto sí presente en las medidas de protección). Por estas razones, no sólo desaparece la institución del discernimiento, sino también la aplicación de medidas indistintas para infractores y no infractores de ley.

Las distinciones entre la doctrina de la situación irregular y la doctrina de la protección integral a la infancia son conceptualmente bastante claras, sin embargo, lo cierto es que en la actualidad se evidencia un tratamiento hacia los llamados “adolescentes infractores de ley” donde coexisten elementos de ambas doctrinas. De este modo, no sólo se verifica una discrepancia teórica entre los postulados de la Convención y la Ley



Protección Integral de la Niñez y Adolescentes sino también el reflejo de una práctica profesional no exenta de dificultades en materia de atención de la infancia en “conflicto” con la justicia. Así, por ejemplo, nos encontramos con la imposibilidad de diferenciación, desde los presupuestos de la Ley Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, entre las categorías de infractores de ley de aquellos que se reputan como tales y, sin embargo, no lo son.

Al mismo tiempo, genera una severa incongruencia en razón de las medidas de protección que se aplican, sin distingo de la categoría a la que corresponda el adolescente.

- **La noción de infractor de ley en la Convención sobre Derechos del Niño**

Considerando todo lo ya dicho acerca de los problemas existentes en la actual ley (y su consiguiente “doctrina de la situación irregular”), así como todas las ventajas existentes en el sistema que se deriva de la Convención, consideramos innecesaria una revisión amplia del tema. Si, en cambio, resulta determinante centrar el análisis en los siguientes aspectos:

La actual ley Protección Integral de la Niñez y Adolescencia no distingue entre infractor y no infractor debido, básicamente, a la consideración de sujeto que plantea.

La convención sobre derechos del niño consagra la existencia de un adolescente infractor de ley que sólo adquiere la calidad de tal en tanto se aplican las normas del debido proceso.



La vigencia de la actual Ley de la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se debería de aplicar de la Convención en materia de infractores de ley.

Partiendo de la base de que, en términos generales, bastante se conoce acerca de los postulados centrales que plantea la llamada doctrina de la situación irregular (cuya máxima expresión está en incongruencia por la aún vigente ley Protección Integral de la Niñez y Adolescencia), así como también de la distancia que éstos guardan con la Convención sobre Derechos del Niño y la doctrina que ha nacido a partir de ella ("de la protección integral a la infancia"), repasaremos brevemente algunos elementos de ambos enfoques, centrandó el análisis exclusivamente en la noción de "infractor de ley" que se desprende de cada uno de ellos.

- **La noción de "infractor de ley" en la Ley Protección Integral de la Niñez y Adolescencia**

Como bien es sabido, la Ley Protección Integral de la Niñez y Adolescencia tiene por objeto dar protección a los niños que se encuentren en situación irregular. La situación irregular a que se alude está definida genéricamente en la misma ley como "cualquier circunstancia que ponga en peligro moral o material" a un menor de edad. A modo de ejemplo, la ley menciona situaciones tales como maltrato, abuso sexual, abandono, vagancia, mendicidad e infracciones a la ley, entre otras.

Así, la aparición de cualquiera de estas circunstancias permitirían afirmar que el niño se encuentra en "necesidad de protección", autorizando, entonces, la aplicación de cualquiera de las medidas que en dicho cuerpo legal se establecen.



Desde ese punto de vista, resulta lógico que la ley otorgue el mismo tratamiento a los adolescentes que infringen las normas que a los que son maltratados, abandonados, etc. No existe, en dicho esquema, necesidad alguna de distinguir entre víctima y victimario: lo que importa, en último término, es que ambas situaciones dan cuenta, por igual, de una situación irregular, de una necesidad que obliga al Estado a adoptar medidas. Consecuentemente con ello, las medidas tampoco distinguen: el niño maltratado puede ser sujeto de internación al mismo tiempo que el infractor de la ley penal. De ahí se deriva el hecho que la Ley Protección Integral de la Niñez y Adolescencia no otorgue ninguna importancia a la investigación de la responsabilidad penal. Muy por el contrario, aún si llega a determinar que el adolescente acusado no ha cometido delito alguno, el juez puede aplicar las medidas señaladas si estima que está en necesidad de protección. De lo anterior se deduce que, para la Ley Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la noción de infractor de ley, propiamente tal, no existe.

La comisión de un delito, así como cualquiera de las restantes circunstancias de "situación irregular" sólo son relevantes en tanto permiten dar cuenta de la existencia de un niño o adolescente que requiere ser protegido. Aquello explica el hecho de que, en materia de infancia, no exista investigación penal propiamente tal: no importan aquí la validez o no de las pruebas, no existe aquí la posibilidad de defensa jurídica, no existe exigencia alguna de rigurosidad en la calificación del delito (por lo mismo, se desdibuja la importancia de aplicar criterios de gravedad), etc. Por otra parte, también explica la aparente incongruencia en la aplicación de medidas, por parte de los operadores sociales: Podría, a la luz de este enfoque, un adolescente acusado de



cometer violación, ser amonestado verbalmente, en tanto, otro, cometiendo hurto, ser internado por largo período de tiempo.

- **La noción de "infractor de ley" en la Convención sobre Derechos del Niño.**

De esa crítica nace el llamado "Principio de Separación de Medidas" (o separación de vías) que, en lo central, aboga por la existencia de un tratamiento diferenciado para el niño víctima de violaciones a sus derechos que de aquel a quién se acusa haber infringido las leyes penales.

El Artículo 40 de la Convención ofrece una completa regulación en materia de infractores de ley. A la luz de este Artículo, el adolescente que comete una infracción es responsable de haber vulnerado derechos de otras personas y, en tanto la Convención señala derechos y obligaciones, es deber de éste responder por ello.

No obstante lo anterior, la responsabilidad del adolescente y su consiguiente sanción debe estar dada en un contexto especial, cuyo norte sea la reinserción social del adolescente. Dicho contexto especial está dado, básicamente, por la existencia de Jueces e Instituciones Especiales para el cumplimiento de las sanciones.

Por otra parte, la Convención, en el Artículo 40, consagra expresamente el llamado "debido proceso" que básicamente consiste en la posibilidad de que la determinación de la responsabilidad penal y su consiguiente sanción sea dada a través de un juicio imparcial y justo, con pleno respeto a las garantías procesales (existencia de defensa



jurídica, presunción de inocencia, posibilidad de presentar pruebas, de no prestar testimonio, etc.).

Así analizado, la posibilidad de considerar como infractor de ley a un adolescente, desde la óptica de la Convención sobre Derechos del Niño, supone la existencia de condiciones que en la actualidad, producto de la vigencia de la Ley Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, existen y que están dadas, básicamente, por el respeto del debido proceso.

Especialmente relevante es la función que cumple la llamada “presunción de inocencia”, establecida expresamente en la Convención. De acuerdo a ella, el adolescente debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad y dicha prueba debe hacerse respetando las garantías que la convención señala. En definitiva, un adolescente que es acusado de infringir la ley penal sólo puede ser considerado como infractor y, por tanto, sujeto de una eventual sanción, cuando existe un proceso que reúna los elementos de prueba suficientes como para determinar su culpabilidad, considerando, eso sí, la posibilidad que tiene el adolescente de defenderse jurídicamente.

De este modo, la Convención confirma uno de los principios básicos del movimiento internacional de derechos humanos: Que el delito es una realidad jurídica y, por consiguiente, sólo cuando es posible probar, conforme a las leyes de procedimiento, que una persona ha cometido un delito, es posible aplicar una sanción.



4.5. La incongruencia entre paternalismo y liberalismo.

Reconocer el acceso gradual del niño, niña y adolescente al ejercicio de la propia libertad (en la conciencia, la expresión, la reunión, la asociación, y, en general, en la propia realización) choca frontalmente, con dramática frecuencia, con los requerimientos de protección del interés superior del niño frente a las posibilidades de manipulación. Asuntos como el de las sectas o el de la utilización de niños en los “programas televisivos” son ejemplos de esta tensión.

4.6. La incongruencia entre desarrollo evolutivo y configuración jurídica de edades.

Si está fuera de discusión que, psicológicamente, el niño evoluciona de forma paulatina, está también fuera de duda que el ordenamiento necesita, en aras de la seguridad, establecer un régimen claro de edades. Preceptos bien intencionados pueden ser contraproducentes al dejar un margen enorme de arbitrariedad interpretativa que, ante las exigencias de la seguridad jurídica, pueda inclinarse por la interpretación más restrictiva.

La solución parece requerir la sustitución de la dicotomía mayoría-minoría por un sistema de tramos probablemente hay que volver al más antiguo Derecho romano y distinguir niños, infantes, adolescentes y jóvenes limitando la incapacidad de obrar genérica para los infantes y desarrollando, a continuación, un sistema que, en lugar de partir de la incapacidad genérica y regular excepcionalmente los actos que los niños pueden realizar (lo que actualmente ocurre), parta de la capacidad de obrar genérica y



regule los actos que, en cada tramo de edad, el niño (el adolescente, el adolescente...) no puede realizar por sí mismo, o bien en que su consentimiento o decisión requiere complementos (esto es, intervenciones de sus padres o representantes legales).

4.7. La incongruencia entre inimputabilidad y seguridad jurídica.

Las intenciones humanísticas del correccionalismo condujeron a un sistema de reforma de menores repudiable. Sin embargo, aún subsisten muchas resistencias teóricas en la determinación de la edad mínima a partir de la cual se asume responsabilidad frente a la ley penal o la fijación del plazo máximo de duración de la privación de la libertad; recurriéndose al argumento de la necesidad de penalizar las conductas delictivas de los adolescentes como una garantía de sus derechos, desconociendo que la Convención sobre los Derechos del Niño contiene un marco definido de relación con la justicia y un modelo de intervención educativa basado en la aceptación de la responsabilidad del infractor y en la voluntariedad de participación en todo proceso de carácter educativo y terapéutico.

La supresión de tales incongruencias requiere de la verdadera comprensión de los alcances de la doctrina de la protección integral y de la articulación de los esfuerzos de la sociedad civil y los organismos gubernamentales; traducir las directivas de la Convención en cuerpos jurídicos y políticas sociales en el plano nacional. La mejora de las condiciones de vida de la infancia requiere formas institucionales y cambios legislativos. Convertir el tema de la niñez en prioridad absoluta constituye el pre-requisito político cultural de estas transformaciones. El reconocimiento del niño y el adolescente como sujeto pleno de derechos representa el eje respecto al cual gira este



nuevo enfoque de derechos. La fundamentación rigurosa de las medidas adoptadas y una correcta y ponderada interpretación de la ley se restituyen como deberes del Juez especializado. La división de competencias y responsabilidades con el Ministerio Público, así como la obligatoriedad de la presencia del abogado, colocan las bases mínimas para que la arbitrariedad sea sustituida por la justicia.

La infancia en riesgo, producto de las diversas situaciones de abandono, comienza y debe ser percibida como resultado directo de la omisión o inexistencia de las políticas sociales básicas. El niño de la calle, constituye antes que nada, el niño sin escuela y por tanto la asistencia no puede más ser cómplice de la omisión generalizada. Para los adolescentes en conflicto con la Ley, la asistencia debe transformarse en una política estricta de garantías que colabore a confirmar la categoría adolescente infractor como una precisa categórica jurídica y nunca más como una vaga categoría sociológica. Se es sujeto de derecho y por lo tanto también de responsabilidad. Los textos que abordan el contenido de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, explicitan los términos y alcances del compromiso nacional en esta materia.

No obstante, el carácter de este enfoque exige la articulación de los gobiernos y la sociedad civil para el diseño y fiscalización de las políticas públicas. Es bueno recordar, que la oposición a la lógica de percibir las necesidades en términos de derechos, no provendrá solamente de aquellos sectores tradicionalmente catalogados como afines al pensamiento conservador. La cultura de la compasión-represión, suele manifestarse también bajo formas aparentemente progresistas, se presenta como eufemismos modernizantes.





CONCLUSIONES

1. Los funcionarios y empleados públicos, así como la sociedad en general, no cuentan con la preparación idónea, ni la vocación de servicio hacia los adolescentes, lo que viene a construir uno de los principales obstáculos en la vida social de la adolescencia, porque no se educan con el ejemplo, a tal modo que repiten los mismos patrones de crianza.
2. La Convención de los derechos del niño, es útil para proteger y validar los derechos de la niñez y adolescencia; por lo consiguiente, el que tiene mayor reconocimiento internacional, que ha sido ratificado de su ámbito por los derechos humanos. La protección de los derechos fundamentales, para tener un mejor desarrollo dentro de la sociedad.
3. La inadecuada implementación de la Ley de la Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, repercute en la sociedad guatemalteca denotando una necesidad latente de respeto a los derechos y deberes de la niñez y adolescencia.
4. La consecuencia de las violaciones a los derechos de la niñez y adolescencia, en una inadecuada implementación de las garantías sociales, políticas, jurídicas, económicas y psicológicas no permite la aplicación de las leyes en materia de la niñez.
5. La falta de reconocimiento de parte de la niñez y adolescencia son titulares de derechos, tanto en condición de personas como miembros de un grupo etario específico y fundamental para la sociedad.
6. Los principales rasgos de la Convención de los Derechos del Niño se encuentran en reconocer a la niñez y adolescencia como sujetos de derecho; determinar con claridad, que muchos fenómenos sociales que antes eran captados por el sistema de justicia juvenil, son el producto de las omisiones en las políticas públicas.





RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Estado de Guatemala cumpla las leyes, tanto internas como internacionales, por parte de los operadores del sistema de justicia de la niñez y adolescencia, los funcionarios y empleados públicos y que conozcan, entiendan y puedan aplicarlas.
2. Se debe tomar en cuenta la Convención de los Derechos del Niño como un instrumento de gran importancia para el país. La aplicación como derecho vigente y positivo, que no sea letra muerta o simple retórica, es una situación que es influenciada por factores o condiciones.
3. Que las instituciones del Estado que velan por la aplicación de la Ley de la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia contribuyen a alcanzar el objetivo principal, de tener una mejor calidad de vida para la niñez y adolescencia, asimismo que se establezca una sociedad libre de violaciones, reconociéndole sus derechos y deberes.
4. El Estado de Guatemala debe realizar investigaciones constantes sobre la niñez y adolescencia, haciendo estudios socioeconómicos como parte de una sociedad moderna, teniendo en cuenta que ellos serán el futuro del país, para guiarlos por un buen camino; entonces qué futuro tendrían, juzgue usted.
5. Los medios de comunicación deben desarrollar los factores que influyen para un mejor conocimiento de las normas jurídicas, que contribuyen en la eficacia de las mismas; entre éstos se encuentran los programas masivos de educación. La utilización de los medios de comunicación, escritos, radiales y televisivos, por ser de gran influencia y de acceso a la niñez y adolescencia.



6. Que la sociedad guatemalteca asuma una actitud de cumplimiento o acatamiento al nuevo derecho de la niñez y adolescencia; es fundamental informarle y educarle por todos los medios posibles, sobre el contenido, filosofía y efectos de la Convención de los Derechos de Niño.



ANEXO





Comparaciones entre ambas doctrinas

ASPECTO	DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR	DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL
Referencia histórica	Base unificadora de las políticas para los niños, niñas de los años 20 y 30.	Es base para la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989
Ámbito	Trata del ejercicio de la autoridad y protección de los adultos sobre los niños, niñas	Trata del ejercicio de la autoridad y la libertad de los niños y niñas como seres humanos sin distinciones.
Relación con el Derecho	Genera el Derecho del Menor	Genera el Derecho del niño, niña y del adolescente.
Función del Derecho	El Derecho debe decir lo que es la situación irregular y las medidas para enfrentarla. Regula la conducta de los menores y no de todos los niños, niñas.	El Derecho define los mecanismos para lograr respeto a los derechos de todos los niños, niñas.
Función judicial	La función judicial tienen competencia discrecional para decidir lo conveniente para los niños, niñas. El tribunal actúa como padre sustituto.	La función judicial asume la misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica. El tribunal es garantizador de los derechos del niño y de la niña.
Entes responsables de la niñez	La responsabilidad de la protección de los niños, niñas recae principalmente en el gobierno central. Las instituciones para "menores" sustituyen a la familia.	Promueve la descentralización de la política social y demanda una reorganización de las comunidades para que asuman la responsabilidad de garantizar los derechos de las personas menores de edad. Atribuye a las comunidades la facultad de planificar, coordinar, ejecutar y fiscalizar las acciones con este fin. Las instituciones especiales son un recurso excepcional.



Cobertura	Es exclusiva: sólo legisla para quienes están en situación de abandono o están excluidos de los servicios de educación y salud. A ellos se les considera "menores", incluso frente a otros niños, niñas.	Es para todos los niños, niñas. Sin importar sus condiciones personales de vida, todos comparten los mismos derechos.
Familia	Únicamente reconoce a la familia completa conformada por padre, madre e hijos. Las otras formas de familia son calificadas como anormales e incapaces.	Respeta nuevos conceptos sobre la familia. Pretende fortalecer cualquier vínculo familiar.
Perspectiva	Sostiene una visión ficticia, parcial, sobre la situación de la persona "menor de edad en condición irregular". Privilegia el derecho a la protección integral y no considera los restantes.	Es una visión integral sobre los derechos y responsabilidades de todos. Reconoce el principio de integridad: un ser humano no puede estar satisfecho con el ejercicio de un solo tipo de derechos.
Políticas	Dominan las políticas asistencialista y de protección especial. Se caracterizan por ser fragmentadas, discontinuas y descoordinadas. Identifica a los niños, niñas pobres con la situación irregular y generalmente propone recluirlos en una institución especial.	Las políticas de protección especial son sola una parte, junto a las de garantías de derechos, políticas sociales básicas y de participación. El niño, niña es una persona a la que se le reconoce su derecho a ser protegido integralmente en su desarrollo.
Ideas sobre la persona menor de edad.	Al niño, niña se le considera como receptor de la asistencia social y se lo juzga como carente de discernimiento, sin capacidad de manifestar	Los niños, niñas son sujetos de derecho frente al Estado y la sociedad. Jurídicamente se les reconoce como dotados de la capacidad de hecho.

	su opinión con eficiencia ni condición ética. Es un futuro adulto.	
La situación irregular	Juzga que la situación irregular se encuentra en el niño, niña (por ejemplo, en los de la calle).	Juzgan que la situación irregular está en la política social.
Protección	La protección la concibe como compasión y Dominio	La protección es toda acción realizada para garantizar los derechos y dar a los niños, niñas las condiciones necesarias para su desarrollo integral.
Derechos de las persona menores de edad.	El niño, niña está excluido de tener derechos. Debe ser tutelado, pues es una "extensión" de sus padres.	La persona menor de edad tiene derechos y puede demandarlos.
Dimensiones de la ciudadanía	No se considera. La Ciudadanía especialmente en sus dimensiones política y civil, corresponde ser vivida desde que se cumple la edad para ser ciudadano.	Las personas menores de edad son ciudadanos. Añade la dimensión social de la ciudadanía, que es la potestad de manifestar eficazmente la voluntad para exigir atención a las necesidades básicas cuando éstas sean violadas o amenazadas.
Tradicición	Extiende una tradición jurídica y social que viola los derechos del niño, niña.	Reconoce a los niños, niñas y adolescentes derechos que no forman parte de la tradición.
Requisitos para su aplicación	Demanda la existencia de un sistema de justicia e instituciones de protección especial.	Demanda un proceso de educación comunitaria, movilización social y un sistema de garantía de derechos jurídicamente sancionado.

Doctrina de la Situación irregular	Doctrina de la Protección Integral
Denomina "menores" a las personas que aún no han cumplido la edad necesaria para tener derechos, garantías y obligaciones, considerándolos objeto de abordaje por parte de la Justicia.	Considera a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos , estableciendo la obligación integral del Estado para garantizarlos.
Examina exclusivamente a los "menores" en situación de vulnerabilidad, a quienes ofrece "protección" jurídica en consecuencia.	Considera que la infancia es una sola, exigiendo por lo tanto que su protección se base en políticas básicas universales.
Frente a los problemas socioeconómicos, el Estado interviene y ejercido por el sistema judicial sobre aquellos menores considerados en riesgo, asumiendo la tutela de los mismos en reemplazo de su familia.	Frente a los problemas socioeconómicos, el Estado interviene a través de políticas sociales, ya sean básicas (salud, educación), asistenciales (comedores) o de protección especial (subsidios directos, pequeños hogares). No puede separarse al niño de su familia por situación de pobreza.
El juez interviene toda vez que considere la probable existencia de "peligro material o moral" sobre el menor, ya sean problemas asistenciales como jurídicos, civiles o penales.	El juez interviene sólo cuando existen conflictos jurídicos. Además, hay jueces diferentes para lo civil (adopción) y para lo penal.
Los conflictos con la ley se tratan bajo la misma óptica que los otros; los menores no tienen derecho a defensa ni obligación de ser escuchados.	Los conflictos con la ley se tratan en el marco de un juicio con fiscal y abogado defensor. El juez tiene la obligación de escuchar a los niños acusados de cometer un delito
Para disponer la "internación" en un instituto, el juez evalúa la situación de riesgo en que pueda encontrarse el menor independientemente de sus actos.	Para aplicar medidas, el juez debe evaluar la responsabilidad del menor de edad según sus actos comprobados. Y de acuerdo a la gravedad del delito se aplican medidas de carácter socioeducativo (amonestación, trabajo solidario, obligación de reparar el daño). La privación de la libertad sólo puede dictarse en casos de infracción grave y/o reiterada a la ley penal
Los menores que han sido víctimas y autores de delitos reciben el mismo tratamiento.	Los niños y niñas que han sido víctimas de un delito no pueden ser objeto de tratamiento judicial.



BIBLIOGRAFÍA

CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). **El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**. Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires: Editorial Temis-Ediciones Desalma, Pág. 70.

DON. Gibbons. **Delincuentes juveniles y criminales**. México 1984 Pág. 7. editoriales Gran Hill

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1994). **Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: Política jurídica y derechos humanos en América Latina**. En documento electrónico Pdf, Pág. 1.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (2001). **Las legislaciones infanto-juveniles en América Latina: Modelos y tendencias. Antología derechos de la niñez y la adolescencia**. Costa Rica: CONAMAJ. Escuela Judicial, UNICEF, Pág. 60

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1992). **Infancia y ciudadanía en América Latina. De la situación irregular a protección integral**. País: Colombia Editorial Córdoba, Pág. 37.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1994). **Derecho de la infancia / adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral**. Colombia: Ediciones Forum, Pacís, Pág. 22.

<http://www.iin.oas.org/2009/convencion-derechos,nino/breve-historia.htm> (consultado el 29 de octubre del 2010)

<http://www.unicef.org/spanish/crc/convention.htm> (5 de noviembre de 2010).

<http://www.unicef.org/spanish/crc/convention.htm> (consultado el 12 de noviembre de 2009)

MONROY CABRA, Marco Gerardo. **Derecho de menores**. Colombia 1985 Pág. 14.



OACNUDH. **Diagnostico sobre la situación de los derechos humanos en México.** (México. OACNUDH y mundi prensa México 2003). pág. 21.

OSSORIO Manuel; **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales** Editorial Heliaste S.R.L Buenos Aires, Argentina. 1997.

RABANALES GARCÍA, Marvin (2001). **El nuevo derecho de la niñez.** Guatemala: Pronice, Pág. 20.

RABANALES GARCÍA, Marvin (2001). **El nuevo derecho de la Niñez. Exposición de motivos ley orgánica para la protección del niño y el adolescente.** Gaceta Oficial de la Republica de Venezuela. Pág. 24

TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique (2005). **Teoría general de la niñez y la adolescencia.** Santa Fe Bogotá. Segunda edición. Universidad de los Andes Pág. 65.

VICENTE SALAZAR, Rodolfo (2003). **Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños.** Formato Electrónico Pdf, Pág. 2.

VICENTE SALAZAR, Rodolfo (mayo del 2003). **Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños.** Compilación de Derechos del Niño. Pág. 1

VICENTE SALAZAR, Rodolfo (1999). **Un vistazo a los antecedentes del Código de la niñez y la adolescencia y a la Ley penal juvenil.** San José Costa Rica: Planchas y Suministros S.A. Pág. 24.

UNICEF: **Un mundo apropiado para los niños y las niñas. Convención sobre los derechos del niño** (Estados Unidos: UNICEF, 2002) Pág. 96

Legislación

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



Código Civil guatemalteco decreto ley 106, Gobierno de Enrique Peralta Azurdia. 1964.

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

Declaración de Ginebra. Adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones. Aprobada el 26 de septiembre de 1924

Declaración de los Derechos del Niño. Adoptada por la Liga de las Naciones en 1924 y aprobada en Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10-12-48.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 16-12-66. Entro en vigor el 23-02-76.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales. Adoptada y aprobada por la Asamblea General es su resolución 2200 a (XXI) del 16 de diciembre de 1966 y entra en vigor el parte primera el 03-01-1976 y la parte segunda el 23-03-1976.

Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Adoptado en San José de Costa Rica en 22 de noviembre de 1969. En la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entro en vigor el 18-07-75.