

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

**EL DERECHO DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD:
PROPUESTA ALTERNATIVA PARA LOGRAR
SU EFICACIA**



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

Por

MARVIN RABANALES GARCIA

Previo a Optar al Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Guatemala, Septiembre de 1997

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

DL
04
T(3282)

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

DECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL I	Lic. Saulo De León Estrada
VOCAL II	Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III	Lic. William René Méndez
VOCAL IV	Br. Homero Iván Quiñónez Mendoza
VOCAL V	Br. Joaquín Enrique Pineda Gudiel
SECRETARIO	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

13/5/97
JLV

228
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, S.A.
ESTADOS

Guatemala 9 de Mayo de 1,997.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

13 MAYO 1997

RECIBIDO
Hora: 10:15 Minutos
OFICIAL

Licenciado:
José Francisco de Mata Vela
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Ciudad Universitaria, Zona 12.

Señor Decano:

Me dirijo a usted respetuosamente, con el objeto de informarle que, en cumplimiento de resolución del Decanato a su cargo, he procedido a prestar asesoría al Bachiller MARVIN RABANALES GARCÍA, para la elaboración de su trabajo de tesis denominado: EL DERECHO DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD: PROPUESTA ALTERNATIVA PARA LOGRAR SU EFICACIA.

Se trabajó con el Bachiller Rabanales García, realizando sesiones directas, en las que se le orientó metodológicamente, en lo relativo a las fuentes bibliográficas relativas al tema, aspectos sustanciales del tema, y redacción del informe final. Al concluirlo, deseo manifestar que según mi criterio, se trata de uno de los primeros trabajos que sobre el Nuevo Derecho de la Niñez y la Juventud Guatemalteca, se ha realizado en nuestra casa de estudios. En el mismo se analiza el novísimo paradigma de protección integral de la infancia, sus categorías principales y su positivización a nivel nacional e internacional, contrastándolo con su antítesis. Se examina el problema sociológico-jurídico conocido como "La Eficacia del Derecho" del cual se exponen las garantías que en una sociedad se deben cumplir para que cualquier ordenamiento jurídico cumpla con sus fines u objetivos. Concluyendo el trabajo con una propuesta temática que contribuya al conocimiento del nuevo derecho de la niñez y la juventud como garantía psicológica que favorecerá la eficacia del nuevo orden en materia de infancia en nuestro país.

Considero que el presente trabajo sienta las bases, para realizar con posterioridad estudios sobre la materia, que intenten profundizar sobre el tema.

Por lo expuesto, me permito recomendar que el trabajo sea aprobado, ya que salvo mejor opinión, considero que llena los requisitos necesarios para esta clase de investigaciones y para servir de base al examen público de su autor.

Sin otro particular y agradeciendo de antemano la atención que se sirva dispensar a la presente, me suscribo del señor Decano.

Atentamente

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

José F. Velázquez
Lic. José Fernando Velázquez, Carrera
A S E S O R

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Quetzaltenango, Guatemala



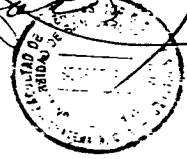
Handwritten signature or initials.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, trece de mayo de mil novecientos noventa y sie
te.-----

Atentamente, pase al LIC. EDGAR ENRIQUE LEMUS ORELLANA, -
para que proceda Revisar el Trabajo de Tesis del Bachiller
MARVIN RABANALES GARCIA y en su oportunidad emita el dic-
tamen correspondiente. -----

alhj.

Handwritten signature.



PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



18/08/97
3420-97

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 18
Guatemala, Centroamérica

Agosto 5, 1997.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

18 AGO 1997

RECIBIDO

Hora: 12:55
OFICINA

Licenciado:

José Francisco De Mata Vela
Decano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Decano:

De conformidad con lo ordenado por el Decanato, procedí a revisar la tesis del Bachiller MARVIN RABANALES GARCIA, titulada "EL DERECHO DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD: PROPUESTA ALTERNATIVA PARA LOGRAR SU EFICACIA", en virtud de la cual le informo:

1. Revisé cuidadosamente la tesis presentada por el estudiante, haciendo las observaciones que fuera pertinentes y sugiriendo los cambios que fueran estrictamente necesarios;
2. Analicé la investigación, revisando que la metodología fuera la más adecuada para la consecución de los fines y objetivos de la tesis y le indiqué mi opinión de lo que se debía incorporar a su contenido;
3. El estudiante atendió e hizo las correcciones que se le sugirieron para la elaboración de su tesis; y
4. El contenido del tema expuesto por el Bachiller Rabanales García, reúne sin lugar a duda, los requisitos de actualidad, importancia social y originalidad puesto que trata sobre el nuevo Código de la Niñez y la Juventud, que esta por entrar en vigencia. Y su discusión se centra en una propuesta educativa para lograr su eficacia. Su aporte puede servir de base para la implementación de programas de capacitación en esta rama del derecho, para los nuevos operadores de justicia de menores.

En virtud de lo anterior, DICTAMINO: que la tesis presentada, por el Bachiller MARVIN RABANALES GARCIA, llena los requisitos exigidos por esta casa de estudios, para que pueda discutirse en el examen Público respectivo.

De usted, atentamente,

Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana
REVISOR

EEL0/scgf.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, veintidos de agosto de mil novecientos noventa
y siete.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden se autoriza la
Impresión del trabajo de Tesis del Bachiller MARVIN
RABANALES GARCIA intitulado "EL DERECHO DE LA NIÑEZ Y LA
JUVENTUD: PROPUESTA ALTERNATIVA PARA LOGRAR SU EFICACIA".
Artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional
y Público de Tesis. -----

aihj.



ACTO QUE DEDICO A:

JESUCRISTO POR SER DIOS Y MODELO DE VIDA

LA VIRGEN MARIA AUXILIADORA DE LOS CRISTIANOS

MIS PADRES: CARLOS RABANALES Y ELSA GARCIA
(Q.E.P.D.) en tributo a su memoria.

MI ESPOSA: DESIRÉE DE LA ROCA, por su estímulo y apoyo.

MIS HIJAS: ANDREA Y MELISA, para que sirva como sencillo ejemplo en su vida.

MIS TIOS: VICTOR Y MANUEL GARCIA HERNANDEZ E ILEANA PALMA DE GARCIA, que sin su apoyo no hubiera alcanzado esta meta.

TODO EL PERSONAL DE: LA COORDINADORA INSTITUCIONAL DE PROMOCION POR LOS DERECHOS DEL NIÑO (CIPRODENI)

MIS AMIGOS Y DEMAS FAMILIARES
LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
Y A LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

INDICE:

CONTENIDO	PAGINA
Introducción.....	1
CAPITULO I	
El Nuevo Derecho de la Niñez y Juventud.....	5
De la Situación Irregular a la Protección Integral.....	5
Doctrina de la Situación Irregular.....	9
Definición.....	9
Características.....	10
Positivización.....	12
La Doctrina de protección Integral.....	13
Antecedentes.....	14
Definición.....	15
Características.....	15
Positivización.....	18
CAPITULO II	
El Problema de la Eficacia del Derecho.....	21
Definición.....	23
Garantías para lograr la Eficacia.....	26
Garantías Sociales.....	27
Garantías Políticas.....	30
Garantías Jurídicas.....	32
Garantías Económicas.....	33
Garantías Psicológicas.....	34

CAPITULO III

El Conocimiento del Derecho.....	36
Factores que influyen en el desconocimiento del Derecho.....	39
Sobreabundancia de normas.....	39
El Lenguaje Técnico.....	40
La Dinámica de las normas.....	41
CAPITULO IV.....	43
Factores que influyen en el conocimiento del Derecho.....	44
Conclusiones.....	58
Bibliografía.....	61

INTRODUCCIÓN

El nuevo derecho de la Niñez y Juventud en Guatemala: "PROPUESTA ALTERNATIVA PARA LOGRAR SU EFICACIA", es el tema de tesis que para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, se presenta.

Esta investigación se justifica en razones teóricas, como la necesidad de realizar estudios sobre las fuentes, filosofía, positivización y efectos del nuevo derecho de la infancia, contrastándolo con su antítesis, el derecho de menores, también en el vacío doctrinario que existe en nuestro país en torno a los elementos que dentro de una sociedad se deben dar para que cualquier ordenamiento jurídico sea eficaz.

El cincuenta y dos por ciento (52%) de la población es menor de diez y ocho años de edad, desafortunadamente la realidad social, económica, política y jurídica de Guatemala nos muestra, que son los que han sido más afectados por la extrema pobreza, no solo por la carencia de servicios, si no especialmente por la indiferencia y olvido social, político y jurídico en el que han vivido; prueba de ello es la visión que de los menores de edad tiene la sociedad, los consideran "objetos de protección" y con el afán de tutelarlos, han cometido en su contra innumerables violaciones a sus derechos elementales, que van desde el más sutil de los "Maltratos" o sea el Psicológico, hasta las "Ejecuciones Extrajudiciales", pasando por supuesto por la negación de derechos tales como: salud, educación, vivienda, recreación, alimentación, etc.

Por su parte existe una legislación discriminatoria y arcaica, que de poco o nada ha servido para favorecerlos, por el contrario se constituye como un mecanismo legal de control y represión. Este fenómeno no ocurre solo en Guatemala, en Latinoamérica la mayoría de países, hasta antes de la aprobación de la Convención sobre los derechos del niño, basaban sus normativas en materia de "menores" en la superada doctrina de "Situación Irregular", Guatemala no es la excepción.

Lo anterior nos evidencia a una niñez y juventud en crisis, virtualmente el país se conduce hacia una situación insostenible de no ponerse un alto y desarrollar políticas adecuadas que garanticen el cumplimiento de los derechos humanos de este conglomerado de personas.

Afortunadamente existe desde 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño, documento que constituye el acontecimiento jurídico más importante del presente siglo, para la niñez y adolescencia, en virtud que esta se fundamenta y positiviza la doctrina Jurídica de "Protección Integral", que ofrece al mundo una nueva visión de la Infancia. Dicho instrumento internacional marca un cambio total en la cultura institucionalista y destaca

a la infancia como SUJETOS DE DERECHO, haciéndola resurgir de la indiferencia y olvido.

Por medio de ella, se da una posible solución al problema de las violaciones a los derechos humanos de la niñez y juventud.

Con la ratificación de la Convención hecha por el Congreso de la República, el país contrajo la obligación de realizar todos aquellos cambios legislativos, administrativos y judiciales, necesarios para garantizar su cumplimiento en Guatemala. Inspirado en lo anterior, en septiembre de 1996 se aprobó el Código de la Niñez y la Juventud, Decreto 78-96.

Dicho Código tiene como objetivo general garantizar el cumplimiento de los derechos humanos de la niñez y juventud guatemalteca, así como su Protección Integral, que les asegure un desarrollo sostenible dentro de un marco democrático. Para alcanzarlo, la sociedad civil debe jugar un papel preponderante en el diseño, ejecución y control de las políticas públicas, ya que deberá participar realizando dichas funciones a nivel municipal, departamental y nacional, conjuntamente con el gobierno.

Lo que se pretende con este trabajo, es establecer cuales son las estrategias que se deben seguir, para que este nuevo ordenamiento jurídico sea eficaz.

Para ello se realizó un análisis sociológico-jurídico del problema, identificándose las garantías (sociológico-jurídicas) que se deben cumplir o son necesarias, para que se logre la eficacia del sistema, dentro de estas se señala la importancia de las garantías psicológicas, que consisten en la internalización del derecho a través de campañas masivas de educación.

Para problematizar el tema escogido se realizó una consulta bibliográfica preliminar, con el objetivo de identificar las paradojas o interrogantes que en el discurso de los derechos de la niñez se plantean actualmente. Remitiéndose a autores contemporáneos sobre derechos de la niñez y juventud, tal el caso de los brasileños Gomez D'costa y Edson Seda, el italiano Federico Palomba y el argentino García Méndez, quienes plantean que el Derecho de la Niñez y la Juventud se fundamenta en la doctrina jurídica de Protección Integral, plasmada en la Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas.

Esta concepción de niñez y juventud que puede traducirse en una nueva cultura sobre la infancia, se enfrenta a un problema que la sociología jurídica denomina "El Problema de la Eficacia de la Ley", que no es más que el cumplimiento de los objetivos o fines para los cuales se legisló. Para estudiar este fenómeno se recurrió a la obra de Maestros del Derecho como Kelsen y

Jellinek, especialmente éste último, que es de la opinión que para que un ordenamiento jurídico se cumpla, en un espacio y tiempo determinado, se deben dar o cumplir ciertas garantías, dentro de las que destacan: las sociales, jurídicas y políticas. Por aparte en torno a esta temática se consultó el excelente trabajo realizado por la Doctora Leticia Bonifaz Alfonso, que agrega a las garantías expuestas por Jellinek, las económicas y psicológicas, siendo estas últimas las que más llamaron la atención, toda vez que se considera que son parte de éstas, la cultura, la internalización de las normas y la educación en la ley lo cual fue la inspiración suprema del trabajo.

Ahora bien, con la aprobación del Código de la Niñez y la Juventud se plantea el problema de su implementación y surge la siguiente interrogante: ¿Qué estrategias deben desarrollarse para lograr su eficaz implementación? Como respuesta provisional se expone que se deben crear o viabilizar programas masivos de educación, como garantías psicológicas, para que los operadores del sistema, los activistas en derechos humanos y la población en general, crean que el nuevo ordenamiento jurídico es una respuesta al problema de la infancia, confien que va a coadyuvar al bienestar de los guatemaltecos menores de dieciocho años.

Seguidamente se pregunta: ¿Qué temática deberían contener estos programas masivos de educación, para conseguir su fin? Los temas mínimos deberían ser: Antecedentes históricos de la niñez, los derechos humanos en general, los derechos humanos de la niñez, la doctrina de Situación Irregular, la doctrina de Protección Integral, la Convención sobre los derechos del niño, los organismos de protección a la niñez y otros sobre distintas disciplinas jurídicas.

Para demostrar estas hipótesis se utilizó el método científico, en sus diversas etapas, como lo son: inductivo-deductivo, analítico-sintético, e histórico-descriptivo-explicativo; los que permitieron analizar cada uno de los temas propuestos, descomponiéndolos en sus partes, ya sea partiendo de aspectos generales, para concluir en puntos particulares o viceversa, que permite sintetizar la información en forma aislada así como también contrastarla con sus antítesis. La técnica fue de recolección bibliográfica en la cual se utilizó los ficheros, tanto de autores como de documentos.

El informe final de investigación esta estructurado en cuatro capítulos.

En el primero se analiza el nuevo derecho de la niñez y la juventud, principiando por describir las causas sociales, políticas, económicas, culturales y jurídicas que le dieron origen, sección 1. Se analiza la fundamentación doctrinaria que sustenta e inspira el Código de Menores de Guatemala, Decreto 78-79 en la sección 2. La que se define como el conjunto de

opiniones producidas por los científicos del derecho, sobre un sector marginal de la infancia, sub-sección 2.1. Se enumeran las características propias de las leyes que se fundamentan en ella, sub-sección 2.2. En cuanto a su positivización se afirma, que la situación irregular como doctrina, se desarrolla en la mayoría de leyes latinoamericanas sobre menores, tal el caso del Código de Menores de Guatemala, Decreto 78-79, sub-sección 2.3.

Motivada por el fracaso de la Doctrina de Situación Irregular, positivizada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y principalmente teniendo como fuente la realidad social, económica, política y jurídica de la niñez y juventud a nivel mundial, emerge la Protección Integral, tratada en la sección 3. de este primer capítulo, como antítesis de la Situación Irregular.

La Protección Integral como Doctrina, tiene sus antecedentes, estos son expuestos en la sub-sección 3.1. Se define como la conjunción de una serie de instrumentos jurídicos internacionales, emanados de las Naciones Unidas, con las investigaciones llevadas a cabo por algunos científicos del derecho, esta es una de las definiciones que se describen en la sub-sección 3.2. Se caracteriza por reconocer al niño, a la niña y al joven como sujeto de derecho; procurar la instauración de dos sistemas de protección dirigidos hacia la niñez y juventud, uno social y otro jurídico y reconocerle todo tipo de garantías sustantivas, adjetivas y de ejecución, sub-sección 3.3. Y se establece en donde se encuentra positivizada a nivel mundial y nacional en la sub-sección 3.4.

La Entrada en vigencia del Decreto 78-96, trae consigo una serie de problemas para los operadores del sistema de justicia de la niñez y juventud, así como a la sociedad civil y los organismos de protección, ya que se enfrentan al reto de interpretar, cumplir y hacer que se cumpla este ordenamiento jurídico. A esto la sociología jurídica le denomina El Problema de la Eficacia del Derecho, desarrollado en el capítulo segundo, que se define como el grado de cumplimiento de los fines y objetivos de una ley en un determinado tiempo y espacio, sección 1. Se dice cuales son las garantías que se deben cumplir para que un ordenamiento jurídico sea eficaz, sección 2. Garantías Sociales, descritas como las fuerzas que estimulan o desmotivan el cumplimiento de la ley, tales como religión, costumbre, hábitos y cultura, sub-sección 2.1. Garantías Políticas, entendidas como la correlación de fuerzas que se dan entre los distintos poderes, a efecto que los destinatarios de la ley la cumplan y se sientan seguros, sub-sección 2.2. Garantías Jurídicas que son los controles formales que la ley tiene, creados por los propios sistemas jurídicos para su fiscalización, sub-sección 2.3.

Garantías Económicas, ya que además de lo social, político y jurídico una ley para que se cumpla, necesita de recursos, es decir, que a la par de la promulgación de decretos se deben hacer las correspondientes asignaciones presupuestarias a fin de lo que en ella se crea o modifica y que requiere gastos, sub-sección 2.4. y por último se plantean las Garantías Psicológicas, que son determinantes en la aceptación por parte de la sociedad de las leyes promulgadas por el Estado, ya que la eficacia es un problema que también está matizado por elementos propios de los pueblos, como sus hábitos, costumbres, cultura y educación, de estos destaca el elemento educativo, el cual es determinante de la observancia de las normas, sub-sección 2.5.

En el Capítulo III se retoma como garantía Psicológica que contribuirá a la eficacia del derecho, su conocimiento, sección 1. y los factores que influyen en su desconocimiento, sección 2. y dentro de los que están: Sobreabundancia de normas, 2.1. Lenguaje Técnico, 2.2. Y dinámica de las normas, 2.3.

Y Finalmente en el Capítulo IV, se afirma que un factor que influye en el conocimiento del derecho de la niñez y la juventud es su estudio, para lo cual se analizan varias propuestas temáticas hechas por Juristas basados en la Situación Irregular, así como la propuesta temática que sobre la Convención de los Derechos de la niñez circula en Latinoamérica, sección 1. Para concluir el trabajo con la propuesta alternativa, para contribuir a la eficacia del derecho de la niñez y la juventud guatemalteca, sección 2.

CAPITULO I EL NUEVO DERECHO DE LA NIÑEZ Y JUVENTUD

Se inicia la presente investigación haciendo un recorrido por los acontecimientos que dieron origen al derecho de menores, se expondrá como se le denomina a la construcción teórica que fundamenta las leyes llamadas de menores, se definirá, caracterizará y ubicará su positivización. Posteriormente como contradicción a la Situación Irregular, se estudiará la Protección Integral como respuesta a la realidad socio-económica de la niñez y la juventud a nivel mundial, de la cual se analizará sus distintas definiciones, características y leyes que inspira.

1. DE LA SITUACIÓN IRREGULAR A LA PROTECCIÓN INTEGRAL

En Guatemala y en muchos países Latinoamericanos, las condiciones de vida de casi la mitad de sus habitantes, se encuentran en franco proceso de deterioro. Las causas son muchas, las hay históricas, culturales y económicas. Poco importa a las

grandes masas excluidas el porqué de su pauperización. Lo que si alerta y más aun demanda una pronta acción, es encontrar las estrategias eficaces para elevar su nivel de vida o por lo menos satisfacer sus necesidades básicas.

Los modelos de Nación, planes, procesos o programas de desarrollo, de los Estados en Latinoamérica han sido excluyentes. Han privilegiado a pequeños sectores de personas que se han saturado de bienestar, a cambio de la miseria de las mayorías. El fenómeno se vive con crudeza en nuestro país, los indicadores sociales que denotan el crecimiento, estancamiento o retraso de una nación, demuestran a la luz de un frío análisis, los verdaderos efectos producidos por fenómenos tales como la colonización, transculturización, Gobiernos Liberales o Conservadores y por sobre todo los regímenes "Democráticos" y militares (de facto).

La riqueza de un país puede calcularse en cifras económicas o verse reflejada en metrópolis ultramodernas, pero la real y legítima riqueza de un pueblo puede evaluarse en base a su calidad de vida (en lo que a la satisfacción de sus necesidades se refiere). Para ello es menester conocer si los gobiernos han tenido la capacidad o voluntad política de cumplir con la esencia de su existencia, es decir hacer efectivos aquellos mandatos que establece la ley de suprema jerarquía en Guatemala (La Constitución Política), vigente desde 1985, que entre otras cosas indica, artículo 2: "Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona." De la norma jurídica antes citada, substraemos lo relativo al "desarrollo integral de la persona", entendido como el amparo o cobertura de todos aquellos aspectos necesarios para que tenga una vida digna.

Ahora bien, en Guatemala se estima que conviven 10 millones de personas¹ entre niños, niñas, jóvenes y adultos, de los cuales según la Encuesta Nacional Sociodemográfica (ENS) de 1989 "el 80% se encuentra bajo la línea de la pobreza y en situación indigente el 59%"². Estos porcentajes nos presentan con claridad y sin lugar a dudas que 8 millones de guatemaltecos, subsisten con dificultad en el país, con algunas o casi todas sus necesidades básicas insatisfechas. Como prueba de ello, podemos analizar tres de los factores indispensables para el "desarrollo integral de la

¹ Informe sobre la situación de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes de Guatemala, 1995. Comisión Pro-Convencción sobre los Derechos del Niño (PRODEN)

² Ob Cit. Pag. 2

persona", que se consideran más sobresalientes o fundamentales y que no deben descuidarse por motivo alguno por los gobiernos, que sin hipocresías, pretendan cumplir con sus obligaciones, nos referimos a la Educación, Salud y Vivienda.

En lo relativo a la Educación se calcula que de cada 100 guatemaltecos, 60 no saben leer ni escribir, por si ésto fuera poco "para el año 1991 el déficit de cobertura según los diferentes niveles era de: pre-primario bilingüe 96.5%, párvulos 87.5%, primario 28.4%, ciclo básico 82.4% y ciclo diversificado 90.7%"³. A ésto podemos agregar, el efecto ideológico que ha producido desde hace más de 4 décadas la filosofía de la Educación en Guatemala, replanteada en la contrarrevolución del 54, que ha producido personas obedientes y no beligerantes, con una conciencia crítica anestesiada o casi inexistente, cumpliendo a cabalidad con los valores del capitalismo, o sea el consumismo e individualismo.

La salud no es ajena a la crisis, el cólera, enfermedad de países pobres, aun causa víctimas en Guatemala, debido primordialmente a la carencia de políticas de prevención en lo relativo al saneamiento ambiental e infraestructura sanitaria. "En cuanto a la oferta de servicios de salud, el Ministerio de Salud Pública escasamente cubre un 25% de la población total; el otro 25% es atendido por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y el Sector Privado"⁴. Con una simple operación matemática, podemos hacer una adición de los porcentajes de cobertura en salud y darnos cuenta que la mitad o sea 50 de cada 100 personas, carecen de servicios formales de salud.

Desde hace varios años, las invasiones de terrenos baldíos, ya sea de propiedad pública o privada, en demanda de vivienda o como consecuencia de su carencia, es una constante en el acontecer diario de Guatemala. Según el Fondo de las Naciones para la Infancia (UNICEF), "el déficit de viviendas en 1995 se estima en alrededor de 1,200,000 unidades". Esta cifra, si la comparamos con la totalidad de habitantes que tiene el país que es de 10 millones, resulta sumamente alarmante, ya que al hablar de déficit habitacional, es necesario incorporarle al problema conceptos tales como, vivienda digna, agua potable, luz eléctrica y alcantarillado, lo que nos pinta un panorama desalentador, toda vez que los Gobiernos tienden hacia la implementación de políticas

³ *RESUMEN: Situación Social de la niñez y la mujer. Compromisos del país. UNICEF.*

⁴ *Informe sobre la situación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de Guatemala. Ob. Cit. Pag. 19.*

LIBRERIA
BIBLIOTECA

neoliberales, que se caracterizan por la privatización y la reducción del gasto público.

Todo lo anterior permite afirmar, que en nuestro país desde hace muchas generaciones sus habitantes viven un proceso de deterioro en sus condiciones de vida. Sus necesidades quizá antes parcialmente satisfechas, ahora están casi en su mayoría insatisfechas, lo que demuestra que los gobiernos sean estos de derecha o militares, han incumplido sus obligaciones constitucionales, se han deslegitimado al violentar su esencia o razón de existir, sus actos han evidenciado incapacidad, negligencia y falta de voluntad política por desarrollar estrategias de progreso, que sean incluyentes de las grandes masas marginadas. Podría afirmarse que algunos son cómplices o responsables directos de la crisis económica y social que vive el país.

La pregunta que ahora se plantea es ¿Qué relación tiene la caótica situación económica y social del país, con la niñez y juventud? Resulta fácil dar respuesta a la anterior interrogante, aunque esto significa admitir, que los sectores que dentro de una sociedad son más vulnerables, por sus condiciones físicas, mentales y morales, son los niños, niñas y adolescentes, que como personas en proceso de crecimiento y desarrollo: físico, psicológico y espiritual, son en su mayoría (51.6%⁵ del total de población) los que conviven junto a sus familias en la pobreza y en la miseria, como quedo advertido con el ligero análisis de los indicadores sociales de educación, salud y vivienda.

Sin embargo los Estados Latinoamericanos, desde principios de siglo comenzaron a preocuparse por resolver los problemas sociales de la niñez y juventud, para ello casi sin excepción, propusieron como solución a los problemas producidos por los efectos de los desajustes estructurales, leyes, por medio de las cuales se pretendía resolver los conflictos. Estas construcciones jurídicas, al igual que cualquier otro cuerpo normativo, tiene como fuentes principales⁶: la costumbre, la ley y la doctrina.

⁵ Ob. Cit. Pag. 1

⁶ *Fuentes Del Derecho: Principio, fundamento u origen de las normas jurídicas y, en especial, del Derecho positivo o vigente en determinado país y época.* Cabanellas Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* Editorial Heliasta, 14a. Edición, Buenos Aires, Argentina, Tomo III, Pág. 426.

De las fuentes se tomará la Doctrina, definida como: "El conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho, que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aun no legisladas",⁷ Ya que el derecho positivo vigente que se promulgo, se fundamentó en las tesis y opiniones de los científicos del derecho, que crearon la llamada DOCTRINA DE SITUACIÓN IRREGULAR⁸, que a continuación se examina.

2. DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR

A continuación se analiza esta doctrina jurídica, que a pesar de su fracaso, ha fundamentado el derecho de menores desde principios de siglo y aun se mantiene vigente en varios países, sobre la cual no hay unidad de criterio, no solo en su definición, sino que especialmente en los elementos que la matizan, así como su concreción en leyes positivas.

2.1 DEFINICIÓN:

El concepto, "menor en situación irregular", es una categoría relativamente nueva, sin embargo, los tratadistas no se ponen de acuerdo, en cuanto que esta es una construcción epistemológica que los científicos del derecho realizaron, para definir a un fenómeno social, que afectaba (el status quo de) las sociedades, a la vez de posibilitar la intervención del Estado para controlar o proteger a este grupo marginal de la sociedad. No fue si no hasta en el XI Congreso Panamericano del Niño, Conferencia Interamericana Especializada de la Organización de Estados Americanos, que se utilizó por primera vez la locución "menores en situación

⁷ Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina. 1981, Pag. 262.

⁸ Según el Doctor Emilio García Méndez, desde un punto de vista estrictamente formal, cada país posee su propia e individualizada legislación de menores...Antes de la Convención sobre los derechos del niño, aprobada por las Naciones Unidas, todas las legislaciones de menores se inspiraban sin excepción en los principios de la doctrina de situación irregular. García Méndez, Emilio. *Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Editorial Forum Pacis, Santa Fé de Bogotá, Colombia. 1994. Pag. 21

irregular"⁹

Por el contrario exponen, que la Situación Irregular es una doctrina, en el mundo jurídico, se entiende por doctrina, "al conjunto de la producción teórica elaborada por todos aquellos de una u otra forma vinculados con el tema, desde el ángulo del saber, la decisión o la ejecución".¹⁰ Que estudia a un segmento de personas a quienes denomina "menores", objeto de estudio del Derecho de Menores¹¹ ubicándose dentro de estos a todos aquellos que por causas sociales, económicas y hasta culturales, se encuentran viviendo en condiciones distintas al del común.

En este sentido el tratadista Rafael Sajón en su último libro denominado Derecho de Menores, apunta que "El Derecho sustantivo, adjetivo y ejecutivo de menores tiene bases conceptuales, referenciales y operativas: a) el menor; y, b) su protección".

Por lo que se puede definir a la Doctrina de Situación Irregular como aquel conjunto de tesis, opiniones, criterios o investigaciones que han producido los científicos del derecho, sobre un sector marginal de la infancia denominado menores.

2.2 CARACTERÍSTICAS:

En relación a los rasgos que caracterizan la doctrina de Situación Irregular, que fundamenta el Derecho de Menores, hay diversidad de criterios. Para algunos, "La particularidad del sujeto de esta disciplina, ser no plenamente desarrollado en sus aspectos biológico, psíquico y -por consecuencia- tampoco en el social, hace que el derecho de menores se impregne de una orientación **tuitiva** que se muestra presente en todo momento y que se convierte, a la vez, en principio interpretativo".¹² Siguiendo

⁹ Sajón, Rafael. *Derecho de Menores*. Editorial Abeledo - Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1995. Pag. 102.

¹⁰ García Méndez, Emilio. *Ob. Cit.* Pag. 170.

¹¹ El Derecho de Menores es "la rama del Derecho que, tomando en consideración la calidad del sujeto en razón de su especificidad, regula las relaciones jurídicas e institucionales referidas al menor de edad". D'ANTONIO, DANIEL HUGO. *Derecho de Menores*, Editorial Astrea, 3era. Edición. Buenos Aires, Argentina, 1986.

¹² D'ANTONIO, DANIEL HUGO. *Ob. Cit.* Pag. 5

esta misma línea el profesor Rafael Sajon, afirma que el Derecho de Menores es una rama del Derecho, que regula la protección integral del menor para favorecer, en la medida de lo posible, el mejor desarrollo de la personalidad del mismo.

Por otra parte el argentino Emilio García Méndez sostiene, que los rasgos centrales de las legislaciones basadas en la doctrina de situación irregular¹³ son los siguientes:

1. Estas leyes presuponen la existencia de una profunda división al interior de la categoría infancia: niños-adolescentes y menores (entendiéndose por estos últimos el universo de los excluidos de la escuela, la familia, la salud, etc). En consecuencia, estas leyes que son exclusivamente de y para los menores, tienden objetivamente a consolidar las divisiones aludidas dentro del universo infancia.
2. Centralización del poder de decisión en la figura del juez de menores, con competencia omnímoda y discrecional.
3. Judicialización de los problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo, con la clara tendencia a patologizar situaciones de origen estructural.
4. Impunidad (con base en una arbitrariedad normativamente reconocida) para el tratamiento de los conflictos de naturaleza penal. Esta impunidad se traduce en la posibilidad de declarar jurídicamente irrelevante los delitos graves cometidos por adolescentes pertenecientes a los sectores sociales medio y alto.
5. Criminalización de la pobreza, disponiendo internaciones que constituyen verdaderas privaciones de libertad, por motivos vinculados a la mera falta o carencia de recursos materiales.
6. Consideración de la infancia, en la mejor de las hipótesis, como objeto de la protección.
7. Negación explícita y sistemática de los principios básicos y elementales del derecho, incluso de aquellos contemplados en la propia Constitución Nacional como derecho de todos los

¹³ *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.*
García Méndez, Emilio. Ob. Cit. Pag. 79

habitantes.

8. Construcción sistemática de una semántica eufemística que condiciona el funcionamiento del sistema a la no verificación empírica de sus consecuencias reales.

"En consecuencia, esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad".¹⁴

2.3 POSITIVIZACION:

En lo que no hay duda es que la mayoría de leyes que han sido promulgadas en Latinoamérica, comenzando en 1919 con la aprobación en Argentina de la ley Agote¹⁵, hasta la vigencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en 1989, se fundamentan doctrinariamente en la llamada de situación irregular. Guatemala no es la excepción, ya que el Código de Menores, decreto 78-79 del Congreso de la República, es fiel reflejo de la misma, a manera de ejemplo se cita el artículo 5 que reza: "Se consideran menores en **situación irregular**, aquellos que sufran o estén expuestos a sufrir desviaciones o trastornos en su condición fisiológica, moral o mental y los que se hallen en abandono o peligro."

Por lo que se establece que dicha doctrina ha extendido sus tentáculos y se ha mantenido vigente durante casi todo el presente siglo.

En síntesis, la protección jurídica de la infancia comenzó a tener vigencia en América Latina, por medio de estructuras normativas que sin excepción, desde la Patagonia en Chile hasta Tijuana en México, se fundamentaron teóricamente en la llamada "Doctrina de Situación Irregular", la cual inspirada en la compasión-represión, fue fuente de todos los códigos de menores que se promulgaron desde 1919. En Guatemala es formalmente válida desde 1979 una ley, que como radiografía reproduce con fidelidad cada una de las características de la situación irregular.

¹⁴ García Méndez, Emilio. Ob Cit. Pag. 22.

¹⁵ Apellido del diputado por la provincia de Buenos Aires, Argentina, Dr. Luis Agote, quien luchó durante ocho años para lograr la aprobación de la ley. Sajón, Rafael, Ob. Cit. Pag. 359.

En torno a la doctrina de mérito, se estima que esta fue la respuesta, que los Estados dieron a la crisis social de la década de los 30, la cual ha perdurado hasta la fecha en muchos países, entre sus principales rasgos están:

- a) Divide a la niñez y juventud en dos categorías, a saber: los que tienen sus necesidades básicas satisfechas y los carenciados, denominando a los primeros niños, niñas o jóvenes y a los segundos menores;
- b) Pretende resolver los problemas que tienen como causas los desequilibrios sociales, económicos o culturales, con formulas jurídicas;
- c) Enaltece la figura del juez de menores como un buen padre de familia, que como tal trata de resolver los conflictos de sus pupilos, en base a sus conocimientos psicológicos, biológicos y sociales, para lo cual le concede amplias facultades discrecionales;
- d) Fomenta la impunidad, al serle irrelevante al Juez, los hechos delictivos cometidos por menores, toda vez que lo que se juzga son los rasgos de su personalidad;
- e) La protección o resociabilización de los menores en situación irregular, se lleva a cabo en instituciones cerradas, en las que se confina al sujeto, es decir se le priva de su libertad, criminalizando la pobreza en muchos casos; y
- f) Con cinismo, los códigos de menores niegan y violan sistemáticamente las más elementales garantías constitucionales y derechos humanos de la persona, reconocidos por organismos internacionales.

3. LA DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL.

Como resultado del fracaso de la doctrina de Situación Irregular y como una respuesta a la crisis social que vive la infancia, surge la doctrina de Protección Integral como antítesis de la primera, de la cual se estudiará su historia, conceptos, características y positivización.

3.1 ANTECEDENTES:

El reconocimiento de la niñez y la infancia como seres humanos, como personas o entes jurídicos, fue un proceso largo y controvertido, sin embargo los esfuerzos de muchas organizaciones no gubernamentales realizados a nivel mundial, para alcanzar ese fin, se vieron recompensados en 1989, cuando la Organización de Naciones Unidas, aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta Convención es quizás el documento más importante, que en el presente siglo, la humanidad organizada haya creado, para proteger y procurar el desarrollo integral de uno de los segmentos de población más marginados y vulnerables, como lo es la niñez y la adolescencia. Este instrumento internacional es el resultado de la más amplia consulta y análisis de la problemática social, económica, cultural y jurídica de la niñez a nivel mundial. Consiste en la recopilación o codificación de la dispersión normativa que existe en materia de derechos humanos de la infancia. Es el mínimo de derechos que un Estado debe garantizar a su niñez para asegurarle su pleno desarrollo, en condiciones de igualdad, dignidad y seguridad.

En torno a sus orígenes cabe apuntar, que "Polonia tomó en 1978, la iniciativa de este trabajo. Inicialmente fue impulsado por particulares, apoyado por el Gobierno Polaco y la idea fue aceptada por la ONU en 1979, dentro del marco del Año Internacional del Niño.

La propuesta de Polonia fue impulsada, sin la menor duda, por la dramática situación que vivieron los niños y niñas luego de la Segunda Guerra Mundial."¹⁶

No obstante que la Convención sobre los Derechos del Niño es el documento más importante en materia de derechos humanos para la infancia, existen antecedentes dignos de citar en relación a esta temática, entre otros la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959¹⁷

¹⁶ *La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Preguntas y Respuestas. 2da. Edición. Defensa de los Niños Internacional. DNI. sección Costa Rica. Pag. 8.*

¹⁷ *Con la iniciativa de la Asociación Unión Internacional de Salvamento de Niños, la Sociedad de las Naciones adoptó el 28 de febrero de 1924 en Ginebra, la Declaración sobre los Derechos del Niño. Este texto fue revisado y*

3.2 DEFINICIÓN:

En torno a esta doctrina, que recién comenzó a hablarse de ella en la década de los ochenta, no se ha escrito mucho, sin embargo, para el Padre de la Protección Integral, con el término "doctrina de la protección integral, se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia."¹⁸

Sin embargo descomponiendo a esta (doctrina de Protección Integral) en sus dos términos, doctrina y protección, es más adecuado definirla como el conjunto de estudios que los juristas han realizado sobre las instituciones, naturaleza, sujetos, etc. de los derechos humanos de la niñez, que tiene por objeto el amparo de todos ellos.

3.3 CARACTERÍSTICAS:

La Doctrina de Protección Integral es una construcción teórica, que hasta hace 8 años no estaba positivizada en ninguna ley ordinaria en Latinoamérica, sin embargo algunos tratadistas han escrito sobre el tema, sosteniendo que el reconocimiento de los derechos humanos de los niños es la base de esta doctrina, tal el caso de Federico Palomba que señala: "Después de la primera carta de los derechos de los niños, documentos de diferentes organismos internacionales se ocuparon del tema, de forma que los derechos de los niños entran a formar parte de las categorías de los derechos humanos.

En 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó "Las Reglas de BEIJING", En cuya primera regla se dispone que la administración de justicia de menores debe ser considerada como parte de un programa más amplio de bienestar de los jóvenes. En 1990 la misma Asamblea General aprueba tres importantes documentos relativos a los derechos de los niños privados de libertad, a la importancia de la prevención de la delincuencia de los menores en las estrategias de política criminal y el uso instrumental de menores en acciones criminales.

terminado en 1948 y sirvió de fundamento para la Declaración de los Derechos del Niño, adoptado el 20 de noviembre de 1959, por unanimidad entre los 78 Estados, miembros de la ONU en ese entonces. Ob. Cit. Pag. 13

¹⁸

García Méndez, Emilio. Ob. Cit. Pag. 39

Sin embargo, es La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño el instrumento que define por primera vez el tema, con fuerza vinculante para los Estados, desde el punto de vista de los niños como sujetos de derechos.¹⁹

Para el profesor Federico Palomba, Director General para la Justicia de Menores del Ministerio de Gracia y Justicia de Italia, las características más importantes de la doctrina de Protección Integral son:

1. Se debe pensar al niño como **sujeto de derechos**, que, si bien no tiene la fuerza de hacerlos valer por ser menor de edad, es portador de derechos humanos originales.
2. La incapacidad de accionar sus derechos tiene que ser suplida con adecuados instrumentos de **protección social y jurídica**.
3. Si comete infracciones a la ley penal relevantes, debe tener todos los derechos y garantías previstas para los adultos.
4. Si tiene que ser privado de su libertad, debe ser como último recurso y por un tiempo muy corto.
5. Se deben activar programas de prevención.

En otro orden de ideas el Pedagogo Antonio Carlos Gómez da Costa, al analizar la llamada doctrina de Protección Integral, expresa que una vez incorporada a las legislaciones nacionales, esta puede manifestar los siguientes elementos:

1. De objeto pasivo de intervención jurídica (menor) el niño y el adolescente pasan a la condición de ciudadanos, es decir, **sujetos de derechos exigibles**.
2. Desde el punto de vista del trabajo social y educativo, el niño y el adolescente emergen como "personas en condición peculiar de desarrollo. Esto significa que poseen todos los derechos de los adultos, además de los derechos especiales derivados del hecho que:

¹⁹ *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. El nuevo derecho penal juvenil Un derecho para la libertad y la responsabilidad. Publicación del Ministerio de Justicia de la República de El Salvador. 1995.*

- o. los niños frecuentemente desconocen sus derechos y no tienen condiciones, por sí mismos, de hacerlos valer, y de exigir su cumplimiento;
- o. los niños no tienen condiciones para satisfacer, por si mismos, sus necesidades básicas;

A eso se debe que los derechos del niño y del adolescente se vuelven deberes de la familia, de la sociedad y del Estado.

- 3. El niño, en el marco del nuevo derecho, emerge como prioridad absoluta debido:
 - a) Su valor intrínseco, o sea, el niño es una persona humana en condiciones peculiares de desarrollo. Esto hace de él un ser humano completo en cada fase de su crecimiento;
 - b) Su valor prospectivo, dado que cada niño es la continuidad de su familia, de su pueblo y de la especie humana.
- 4. El nuevo derecho del niño y del adolescente no se dirige hacia un segmento determinado de la población infanto-juvenil, como lo hace la doctrina de la situación irregular, que se dirige solamente a los "menores en situación irregular" (carentes, abandonados e infractores). La doctrina de la protección integral comprende un conjunto amplio de normas dirigidas al conjunto de la población infanto-juvenil, sin discriminación de cualquier especie.
- 5. Otra característica fundamental del nuevo derecho del niño, que emana de la Convención Internacional, es su amplitud: abarcando el campo de los derechos civiles, económicos, sociales, culturales y propiciando así una protección realmente integral a sus destinatarios.

Por su parte, un tanto distinto a lo anteriormente citado, se ha enunciado que dentro de los rasgos centrales de las nuevas legislaciones latinoamericanas basadas en la doctrina de la protección integral se tienen:

- " a. Sin ignorar la existencia de profundas diferencias sociales, las nuevas leyes se proponen como un instrumento para el conjunto de la categoría infancia y no sólo para aquellos en circunstancias particularmente difíciles.

- b. Se jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica. En las legislaciones más avanzadas de este tipo, no sólo se prevé la presencia obligatoria de abogado, sino que además se otorga una función importantísima de control y contrapeso al Ministerio Público.
- c. Se desvinculan las situaciones de mayor riesgo, de patologías de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas. No es más el niño o el adolescente que se encuentran en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción o omisión.
- d. Se asegura jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley. En el tratamiento de casos de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia.
- e. Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión-debidamente comprobada- de delitos o contravenciones.
- f. Consideración de la infancia como sujeto pleno de derechos.
- g. Incorporación explícita de los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos del derecho contenidos en la Convención Internacional.
- h. Tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociéndose explícitamente que la internación o la ubicación institucional (sólo para dar dos ejemplos), según consta en las Reglas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad, constituye una verdadera y formal privación de libertad."²⁰

3.4 POSITIVIZACION:

Se comparte el punto de vista del Doctor Emilio García Méndez cuando reconoce como antecedente directo de la doctrina de protección integral la "Declaración Universal de los Derechos del Niño" y apunta que esta doctrina condensa la existencia de cuatro instrumentos básicos:

²⁰ *García Méndez, Emilio. Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina. Ob. Cit. Pag. 27*

- a. La Convención Internacional de los Derechos del Niño.
- b. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing).
- c. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad.
- d. Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad).

No cabe duda dice el Doctor Méndez, que a pesar de no ser el primero en términos cronológicos, la Convención constituye el instrumento más importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de esta normativa.

Esta misma tesis es sustentada por Federico Palomba al llamar a esta doctrina: "La doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas", en donde incluye instrumentos que van desde la "primera carta de los derechos de los niños, hasta la Convención sobre los derechos del Niño, pasando por Reglas de Beijing"²¹ y el brasileño Antonio Carlos Gómez da Costa, que manifiesta que "El nuevo derecho del niño y del adolescente asienta sus bases en la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas, expresada en la Convención Internacional y en un sólido conjunto de instrumentos, de los cuales vale la pena citar: Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad y Las Directrices de Riad para Prevención de la Delincuencia Juvenil."²²

En conclusión, ante la decadencia de las leyes de menores basadas en la doctrina de situación irregular y como respuesta a los desequilibrios estructurales producto de la crisis económica y del fracaso de las políticas de asistencia social, las Naciones Unidas, consciente de esta problemática que afrontan las niñas y niños del mundo, convirtió las necesidades de estos en derechos, positivizando la doctrina de la protección integral en un tratado que codifica la dispersión normativa en materia de derechos humanos de la niñez, además de incorporar derechos especialísimos de protección, propios de estos seres vulnerables.

La doctrina de protección integral para algunos tratadistas es la suma de todos aquellos documentos que emanan de las Naciones Unidas y que tienen como sujetos pasivos a la infancia y juventud (Reglas de Beijing, Directrices de Riad, Convención sobre los derechos del niño, etc.), posición con la que no se esta de acuerdo, toda vez que la doctrina de protección integral es el

²¹ Ob. Cit. Pags. 17 y 18.

²² Ob. Cit. Pag. 102

resultado de un proceso de investigación y análisis, llevado a cabo por juristas sobre los derechos de la niñez y juventud, la cual fundamenta teóricamente y se positiviza en algunos instrumentos como los citados, pero especialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Entre los principales rasgos de esta doctrina se encuentran:

- a) Reconocimiento de la infancia como una categoría jurídica, capaz de participar en el mundo del derecho como sujeto de obligaciones y facultades, limitándose estas al imperio de las leyes de cada país y por sobre todo al respeto del derecho del prójimo.
- b) Se desmistifica la figura del juez, devolviéndolo al mundo para el cual fue preparado y en el cual debe desarrollar sus actividades las cuales consisten en dirimir conflictos, no así resolver problemas que tienen como causas los desajustes sociales.
- c) Se determina con claridad que muchos fenómenos sociales que antes eran captados por el sistema de la justicia juvenil, son producto de las omisiones en las políticas públicas.
- d) Se delimitan las funciones del juez en la resolución de conflictos de naturaleza penal, limitando sus facultades discrecionales las cuales eran fuente de impunidad y se sustituyen por actividades regladas que tienden alcanzar el valor justicia.
- e) Se abandonan los estigmas o categorías discriminatorias, que aparte de ser peyorizantes, ocultan la realidad de las cosas, asumiéndose posturas congruentes con la cotidianidad, a la vez de proponer soluciones alternativas a los conflictos, dejando como última opción la segregación social; y,
- f) Se pretende ir más allá del control-represión de los jóvenes o del asistencialismo barato, estableciendo la imperiosa necesidad de convocar a los sectores representativos de la sociedad civil, a participar con los gobiernos en la planificación, ejecución y control de las políticas públicas, tendientes a garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de la niñez.

CAPITULO II

Con la aprobación por las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos del Niño, su ratificación por parte del Estado de Guatemala, y con la promulgación del Código de la Niñez y la Juventud, Decreto 78-96, la sociedad y el mundo jurídico guatemalteco, se enfrenta a un problema denominado "Eficacia de la Ley", el cual se explicará a continuación y expondrá su definición. También se examinarán las garantías sociales, políticas, jurídicas, económicas y psicológicas que se deben dar para que cualquier nueva ley, sea eficaz y cumpla sus fines.

1. EL PROBLEMA DE LA EFICACIA DEL DERECHO

Cuando se promulga una ley, se genera casi instantáneamente un sentimiento de escepticismo en la sociedad y la sensación que una vez más se esta dotando de un instrumento jurídico, que está técnicamente elaborado, pero que será uno más de los que no se aplica o como se suele decir en el argot jurídico, será letra muerta, derecho vigente pero no positivo.

Este fenómeno que pertenece al mundo de la Sociología-Jurídica, es conocido con el nombre de: "El Problema de la Eficacia del Derecho", que en si mismo encierra un problema muy serio, debido a que el efecto de una ley ineficaz, es similar al de su inexistencia como apunta la Doctora Leticia Bonifaz Alfonzo.

Que la sociedad cumpla o no una norma jurídica, depende de ciertos fenómenos sociales. En relación a este punto Hans Kelsen sostiene lo siguiente "Es función de todo orden social, de toda sociedad --ya que la sociedad no es sino un orden social-- provocar cierta conducta recíproca de los seres humanos: hacer que se abstengan de determinados actos que por alguna razón se consideran perjudiciales a la sociedad, y que realicen otros que por alguna razón reputanse útiles a la misma. De acuerdo con la forma en la cual se lleva a cabo la conducta social deseada, pueden distinguirse varios tipos de órdenes sociales. Estos tipos estan caracterizados por la motivación específica utilizada por el orden social para inducir a los individuos a comportarse en la forma que se desea. La motivación puede ser directa o indirecta. El orden puede enlazar ciertas ventajas a su observancia y ciertos perjuicios a su inobservancia y, por tanto, convertir el deseo de las ventajas prometidas o el temor de los perjuicios con que se amenaza, en un motivo determinante del comportamiento. La conducta conforme al orden establecido es ejecutada a través de una sanción

estipulada por el mismo orden. El principio de la recompensa y el castigo --o principio de retribución-- fundamental para la vida social, consiste en ligar la conducta que se ajusta al orden establecido y la contraria a éste, con la ventaja prometida o con el perjuicio objeto de la amenaza, considerados como sanciones"²³

No se conoce científicamente lo que estimula a los seres racionales a cumplir la ley, quizá es por ello que se afirma que: "no conocemos exactamente que motivos inducen a los hombres a cumplir las normas jurídicas. Ningún orden jurídico positivo ha sido nunca investigado en una forma científica satisfactoria con el propósito de responder a esta pregunta. En la actualidad ni siquiera tenemos a nuestra disposición métodos que nos capaciten para tratar de una manera científica, desde los puntos de vista sociológico y político, un problema tan extraordinariamente importante. Sin embargo es fundamental el entendimiento de los vínculos que forman un ordenamiento jurídico, es por eso, que únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho."²⁴

Kelsen afirma además: "Por encima del imperfecto derecho positivo existe un derecho natural perfecto, absolutamente justo, y aquel se justifica únicamente en la medida en que corresponde al natural. Decir que un orden jurídico es "eficaz" significa simplemente que la conducta de la gente se ajusta a dicho orden."²⁵

Otro factor que influye negativa o positivamente en que algún cuerpo normativo se cumpla o se respete, es el hecho que exista la certeza, que ante su incumplimiento habrá una respuesta de parte del Estado, a ese respecto el tratadista alemán antes citado sostiene que: "El que los hombres se comporten o no realmente de manera de evitar la sanción con que amenaza la norma jurídica, y el que la sanción sea o no realmente ejecutada en caso de que se llenen las condiciones de ejecución, son cuestiones que atañen a la eficacia del derecho."²⁶

²³ Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México. 1995. Pag. 17 y 18

²⁴ Hans, Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México. 1995. Pag. 3.

²⁵ Kelsen, Hans. *Ob. Cit.* Pag. 29 y 28

²⁶ Kelsen, Hans. *Ob. Cit.* Pag. 35