

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

**LA NECESIDAD DE CREAR Y REGLAMENTAR LAS ENTIDADES PÚBLICAS Y
PRIVADAS ENCARGADAS DE DAR PROTECCIÓN INTEGRAL A TRAVÉS DEL
ABRIGO TEMPORAL Y DEFINITIVO A LA NIÑEZ Y ADOLESCENTES EN RIESGO O
VIOLADOS EN SUS DERECHOS HUMANOS**

DOMINGA ESTELA CUELLAR HERNÁNDEZ

GUATEMALA, JULIO 2012

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

**LA NECESIDAD DE CREAR Y REGLAMENTAR LAS ENTIDADES PÚBLICAS Y
PRIVADAS ENCARGADAS DE DAR PROTECCIÓN INTEGRAL A TRAVÉS DEL
ABRIGO TEMPORAL Y DEFINITIVO A LA NIÑEZ Y ADOLESCENTES EN RIESGO
O VIOLADOS EN SUS DERECHOS HUMANOS**

TESIS

PRESENTADA A LA HONORABLE JUNTA DIRECTIVA

DE LA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DE LA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

POR

DOMINGA ESTELA CUELLAR HERNÁNDEZ

Previo a conferirle el Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio 2012.

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

DECANO: Lic. Avidàn Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dièguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pèrez

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente: Lic. Saulo De León Estrada
Vocal: Lic. Otto Marroquín Guerra
Secretario: Lic. Carlos Humberto De León Velasco

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Pedro José Luis Marroquín Chinchilla
Vocal: Licda. Edna Mariflor Irungaray López
Secretario: Licda. Maida López Ochoa

Razón "Únicamente el autor es responsable de la doctrina sustentada 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"



Licda. Rosa Orellana Arévalo
Abogada y Notaria

Guatemala, 10 de septiembre de 2011.

Licenciado Jefe
Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria



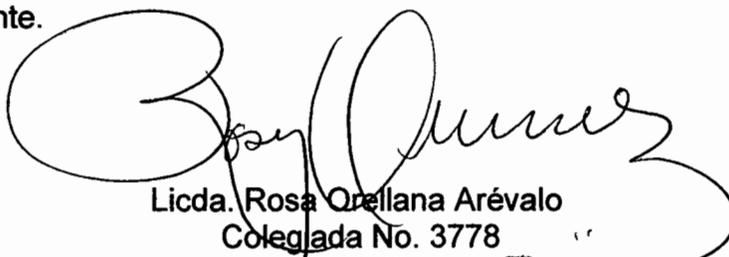
Licenciado:

En relación al nombramiento para asesorar el trabajo de tesis de la estudiante Br. Dominga Estela Cuellar Hernández, carné 9116695, intitulada **“La necesidad de crear y reglamentar las entidades públicas y privadas encargadas de dar protección integral a través del abrigo temporal y definitivo a la niñez y adolescentes en riesgo o violados en sus derechos humanos”** y en atención a la honrosa actividad encomendada, respetuosamente le informo:

La estudiante Dominga Estela Cuellar Hernández ha realizado un trabajo meritorio, toda vez que a través del mismo se analizan aspectos fundamentales relacionados con los principios que deben observarse en todos los casos de niñez y adolescencia; además desarrolla la forma en que debe darse la reglamentación de las entidades públicas o privadas encargadas del abrigo temporal de la niñez y adolescencia, analiza y presenta la forma en que debiera regularse el reglamento aludido. Este último aspecto ha sido trabajado dando los argumentos jurídicos y doctrinarios adecuados. Pues se ajustan a la regulación legal y a la doctrina que tal legislación reconoce.

En razón de lo anterior me permito emitir dictamen favorable al presente trabajo, considerando que durante el desarrollo del trabajo de elaboración de tesis, la bachiller Dominga Estela Cuellar Hernández, tuvo el empeño y la atención necesaria, así como el cuidado requerido para que estuviera presente un contenido científico, utilizando para ello un lenguaje técnico y acorde a la doctrina utilizada, asimismo se ha utilizado un método y las técnicas necesarias para lograr los resultados planteados. Consecuentemente me permito recomendar al señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis que el mismo continúe con el proceso correspondiente hasta llegar a su aprobación e impresión para ser materia de discusión en el examen de rigor.

Respetuosamente.


Licda. Rosa Orellana Arévalo
Colegiada No. 3778
Licda. Rosa Orellana de Ramírez
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, uno de junio de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **JULIO ROBERTO CONTRERAS QUINTEROS**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **DOMINGA ESTELA CUELLAR HERNÁNDEZ**, Intitulado: **“LA NECESIDAD DE CREAR Y REGLAMENTAR LAS ENTIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS ENCARGADAS DE DAR PROTECCIÓN INTEGRAL A TRAVÉS DEL ABRIGO TEMPORAL Y DEFINITIVO A LA NIÑEZ Y ADOLESCENTES EN RIESGO O VIOLADOS EN SUS DERECHOS HUMANOS”**.

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 EBERTITO HERRERA RECINOS
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

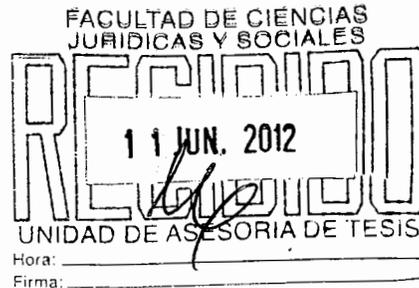


cc.Unidad de Tesis
CEHR/ iycr



República de Guatemala,
Ciudad Capital, 11 de
Junio del año 2012.

Doctor
Carlos Herrera Recinos,
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su despacho.



Estimado Licenciado Castro:

Conforme nombramiento emitido oportunamente por la autoridad universitaria correspondiente, procedí a revisar el trabajo de tesis de la Bachiller: Dominga Estela Cuellar Hernández, intitulado:

“La necesidad de crear y reglamentar las entidades públicas y privadas encargadas de dar protección integral a través del abrigo temporal y definitivo a la niñez y adolescentes en riesgo o violados en sus derechos humanos “.

Realice revisión de la investigación, asimismo, en su oportunidad, sugerí correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré pertinentes y necesarias, para mejor comprensión del tema abordado por la sustentante.

Es parecer del suscrito que el contenido científico y técnico del trabajo de tesis presentado, abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico y social de actualidad, la recolección de información realizada por la Bachiller: Dominga Estela Cuellar Hernández, fue de gran apoyo en su investigación, ya que el material esta actualizado.

La estructura formal del Trabajo de Tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación Bibliográfica, que comprueba que se hizo recolección actualizada.

[Handwritten signature]
ABOGADO Y NOTARIO



Las Recomendaciones y Conclusiones arribadas por la sustentante, están redactadas en forma clara y sencilla para entendimiento del fondo del trabajo de tesis en congruencia con el tema investigado.

Es criterio personal, que el contenido del trabajo de tesis, me parece muy interesante y está conforme las pretensiones de la sustentante, por lo que al cumplir los requisitos de forma y de fondo, requeridos y exigidos, es meritorio extender el presente dictamen favorable a favor de la Bachiller: Dominga Estela Cuellar Hernández.

En la forma precedentemente relacionada, ante el Señor Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, estimo haber cumplido la honrosa designación dada.

Sin otro particular, me permito suscribir del Señor Coordinador, como su Deferente y Seguro Servidor.

Lic. Julio Roberto Contreras Quinteros
Abogado y Notario
Colegiado Activo 2493

C.C.
PERSONAL ARCHIVO.-



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dieciocho de junio de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante DOMINGA ESTELA CUELLAR HERNÁNDEZ titulado LA NECESIDAD DE CREAR Y REGLAMENTAR LAS ENTIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS ENCARGADAS DE DAR PROTECCIÓN INTEGRAL A TRAVÉS DEL ABRIGO TEMPORAL Y DEFINITIVO A LA NIÑEZ Y ADOLESCENTES EN RIESGO O VIOLADOS EN SUS DERECHOS HUMANOS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

CEHR/iyrc



DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser Omnipotente que me ha dado sabiduría y con sus bendiciones e infinita misericordia me ha permitido realizar y alcanzar una de mis metas.
- A MIS PADRES:** Fidel Cuellar Herrera, gracias por darme la vida y por su inmenso amor; a mi madre Agueda Hernández Morales, ejemplo de trabajo, perseverancia y amor, gracias por su esfuerzo y sacrificio que me permitió superarme; hoy realizo uno de los sueños más grandes de ambos, el cual al no poderlo compartir físicamente, elevo una plegaria al Creador para que sus almas se sientan llenas de satisfacción y que el título que hoy obtengo les honre en su memoria.
- A MIS HIJOS:** José Ernesto, Andrés Alejandro y Dulce María, por ser lo más hermoso de mi vida, y quienes han sido la inspiración para mi superación; que Dios los bendiga. Los amo con toda mi alma.
- A:** José del Valle Coloma, gracias por tu amor, paciencia, apoyo y colaboración.
- A MIS HERMANOS:** Nery, Alvaro y Belter (Q.E.P.D), que el Supremo Creador les permita despertar de ese sueño profundo para compartir mi felicidad; a María Isabel y Sonia, gracias por su amor, especialmente a Sandra y Rony quienes en la distancia comparten conmigo este éxito, gracias por su apoyo incondicional.
- A MIS AMIGOS:** Gracias por permitirme compartir con ustedes esos momentos tan especiales que únicamente la amistad brinda.



A: La gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que hoy me honra con tan preciado galardón.

A MI PATRIA: Guatemala.

A USTED: Gracias por permitirme compartir mi éxito.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Historia de la doctrina de la protección integral.....	1
1.1 Antecedentes.....	1
1.2 Teorías que fundamentan el derecho de la niñez y adolescencia.....	5
1.2.1 Doctrina de la situación irregular.....	6
1.2.2 Doctrina de la protección integral.....	13

CAPÍTULO II

2. El Estado guatemalteco y la protección jurídica de los derechos de la niñez y adolescencia.....	21
2.1 Normativa constitucional en relación a la regulación en materia de niñez y adolescencia.....	22
2.2 Legislación internacional en materia de derechos humanos.....	23
2.2.1 Instrumentos jurídicos del sistema de Naciones Unidas.....	23
2.2.2 Instrumentos jurídicos del sistema Interamericano.....	24
2.2.3 Aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales en el orden jurídico interno.....	25



	Pág.
2.3 Legislación nacional específica.....	28
2.3.1 Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.....	28
2.3.2 Ley de Adopciones y su reglamento.....	39
2.3.3 Legislación penal y explotación sexual comercial de personas menores de edad.....	41

CAPÍTULO III

3. Los derechos humanos de la niñez y la situación en Guatemala.....	43
3.1 Derechos humanos reconocidos para la niñez y adolescencia en Guatemala y su protección.....	43
3.2 Instituciones garantes de los derechos humanos de la niñez y adolescencia en Guatemala.....	50
3.2.1 Procuraduría General de la Nación.....	50
3.2.2 Juzgados de Paz, Juzgados de la Niñez y la Adolescencia y Juzgados de Familia.....	51
3.2.3 Defensoría de la Niñez y la Adolescencia de la Procuraduría de los Derechos Humanos.....	52
3.2.4 El Consejo Nacional de Adopciones.....	52
3.2.5 Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia.....	54

	Pág.
3.2.6 Comisiones municipales de la niñez y adolescencia.....	54
3.2.7 Unidad de protección de la adolescencia trabajadora.....	54
3.2.8 Unidad especializada de la niñez y la adolescencia de la Policía Nacional Civil.....	55
3.2.9 Fiscalía de Menores del Ministerio Público.....	55
3.2.10 Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia.....	55
3.3 Principios jurídicos que garantizan los derechos humanos de la niñez y adolescencia en la legislación guatemalteca.....	55
3.3.1 Principio de la autonomía progresiva (El niño sujeto de derecho).....	56
3.3.2 Principio del interés superior del niño	60
3.3.3 Principio de la no discriminación.....	62
3.3.4 Principio de la efectividad de los derechos.....	67
3.4 Sobre las formas o manifestaciones de la amenaza o violación de los derechos humanos de la niñez y adolescencia.....	70
3.4.1 Amenaza o violación de derechos sociales.....	71
3.4.2 Amenaza o violación de derechos individuales.....	71



CAPÍTULO IV

4. Las entidades e instituciones encargadas de velar por el abrigo temporal para dar protección y cuidado a la niñez y adolescencia que funcionan en Guatemala, así como su regulación legal.....	81
4.1 Sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia...	81
4.2 El abrigo temporal y las entidades públicas y privadas encargadas de velar por la protección y cuidado de la niñez y adolescencia que funcionan en Guatemala.....	84
4.2.1 Abrigo temporal.....	84
4.2.2 Entidades públicas encargadas de la protección de la niñez y adolescencia en riesgo o violadas en sus derechos humanos.	88
4.2.3 Entidades privadas encargadas de la protección de la niñez y adolescencia en riesgo o violadas en sus derechos humanos....	90
4.3 Regulación legal de las entidades públicas y privadas de velar por el cumplimiento del abrigo temporal de la niñez y adolescencia en Guatemala.....	95

CAPÍTULO V

5. Proyecto de reglamento para entidades públicas y privadas que proveen abrigo temporal de la niñez y adolescentes en riesgo o violados en sus derechos humanos.....	97
---	----



	Pag.
5.1 Definición de Reglamento.....	97
5.2 Reglamento de la Ley de Adopciones.....	97
5.3 Importancia de la creación de reglamento para entidades públicas y privadas encargadas del abrigo temporal de la niñez y adolescentes en riesgo o violados en sus derechos humanos.....	99
5.3.1 Cuidado institucional.....	99
5.3.2 Requisitos de funcionamiento.....	100
5.3.3 Control de prácticas adecuadas.....	100
5.3.4 Monitoreo durante el cuidado alternativo.....	101
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	107



INTRODUCCIÓN

Justifica la presente investigación el hecho que la protección de la niñez y adolescencia es una obligación del Estado, asumida a partir de que Guatemala suscribió el 26 de enero de 1990 la Convención sobre los Derechos del Niño. La cual fue aprobada por el Congreso de la República el 10 de mayo del mismo año. Dicho instrumento internacional proclama la necesidad de proteger y educar a la niñez y adolescencia en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad e igualdad. Que, como sujetos de derechos, se les permita ser protagonistas de su propio desarrollo, para el fortalecimiento del Estado de derecho, la justicia, la paz y la democracia. Esta protección impone al Estado la obligación de reglamentar las entidades públicas y privadas cuya función es brindar abrigo temporal o definitivo a la niñez y adolescencia en riesgo o violados en sus derechos humanos. Con la finalidad de evitar que dichas entidades se conviertan en amenazas o violadoras de estos derechos que se busca proteger.

Con este estudio jurídico, político y social se pretende acreditar como tema central, la ausencia de reglamento para entidades públicas y privadas encargadas del abrigo temporal o definitivo a niños, niñas y adolescentes en riesgo o violados sus derechos humanos. Pudiendo así establecer si el Estado cumple con los compromisos internacionales, la legislación nacional que lo obliga a velar y proteger a la niñez, así como establecer si cumple con la Ley Integral de la Niñez y Adolescencia, en especial con lo regulado en la Sección IV Disposiciones transitorias, Artículos 4 y 5.

Se planteó la siguiente hipótesis: En Guatemala existe la necesidad de crear y reglamentar las entidades públicas y privadas encargadas del abrigo temporal o definitivo de la niñez y adolescencia en riesgo o violados sus derechos humanos, con el objeto de que el Estado cumpla con los compromisos internacionales y con la legislación nacional que lo obliga a velar y proteger a la niñez dentro de un ambiente digno y acorde a los derechos humanos y principios esenciales establecidos en la Convención de los Derechos del Niño.



El objetivo general de esta investigación es hacer un estudio, con perspectiva de la doctrina de la integración, para establecer la ausencia de reglamento de las entidades públicas y privadas cuya función sea brindar abrigo temporal o definitivo a la niñez y adolescencia en riesgo o violados sus derechos humanos. Como específicos se plantearon los siguientes: aportar un estudio serio, técnico y científico que permita comprender la importancia de las entidades públicas y privadas encargadas del abrigo temporal de la niñez y adolescencia en riesgo o violados sus derechos humanos; acreditar la falta de reglamento en torno a las actividades de las entidades públicas o privadas encargadas del abrigo temporal o definitivo de la niñez y adolescencia en riesgo o violados sus derechos humanos; garantizar su protección y aplicación de tales derechos humanos en niños, niñas y adolescentes; y, por último, se busca que se dé cumplimiento a la orden legal de crear la legislación necesaria para regular las entidades encargadas de proteger la integridad de la niñez y adolescencia guatemalteca.

En la ejecución de la presente investigación se pusieron en práctica los métodos analítico, sintético, inductivo y deductivo. En lo referente a las técnicas de investigación se utilizaron: consultas a libros, leyes nacionales e internacionales relacionadas con la protección integral de la niñez y adolescencia, además de los convenios internacionales. Dicha técnica sirvió de base para los conocimientos científicos existentes.

El trabajo está dividido en cinco capítulos. En el primero se dan a conocer antecedentes del reconocimiento de los derechos humanos de la niñez y la doctrina de la protección integral; el segundo trata lo referente al Estado guatemalteco y la protección jurídica de los derechos de la niñez y adolescencia, haciendo un análisis desde la Constitución, tratados internacionales y demás legislación interna; en el tercero se estudian los derechos humanos de la niñez y la situación en Guatemala; en el capítulo cuarto se dan a conocer las entidades e instituciones encargadas de velar por el abrigo temporal para dar protección y cuidado a la niñez y adolescencia que funcionan en Guatemala, así como su regulación legal; en el quinto se desarrolla la importancia de crear entidades públicas y privadas encargadas del abrigo temporal de la niñez y adolescentes en riesgo o violados en sus derechos humanos.



CAPÍTULO I

1. Historia de la doctrina de la protección integral

1.1 Antecedentes

El derecho de la niñez es de reciente creación, su historia se circunscribe a más o menos 100 años de existencia. A pesar de ello, resulta importante analizar su evolución, aunque sea en forma breve, de esta manera, tener el panorama claro acerca del estado actual de esta disciplina jurídica. Para ello, se utiliza la Convención sobre los Derechos del Niño como punto de referencia, debido a que ha sido este instrumento del Derecho Internacional el que ha provocado la coyuntura que hoy vive el derecho de niñez a nivel internacional.

“En este sentido, se hace necesario distinguir dos fases dentro de la evolución histórica de esta rama del derecho: *Antes y después* de la Convención sobre los Derechos del Niño. La primera fase abarca desde el inicio de esta disciplina jurídica hasta la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el año de 1989, manteniendo su influencia, incluso, durante la primera década del nuevo siglo. La segunda fase se inicia con la promulgación de la Convención ya citada y como ha ido impulsando a la gran mayoría de las nuevas legislaciones internas en la década de los 90 y la presente que esta por terminar, en las que se han generado importantes procesos de cambio, no sólo en lo político-económico, sino también en lo jurídico.”¹

Antes de la primera fase planteada, no existía el término niño o niña. Remontándose a la antigüedad, en la Biblia se describe el exterminio de niños varones menores de dos años, cuando nace Jesús.

En Roma en tiempos de Augusto los recién nacidos eran llevados a la puerta del palacio imperial para que los seleccionaran, matando a los que no salían elegidos. Siempre en Roma en el año 700 Antes de Cristo, los padres tenían el poder de vender, mutilar o matar a sus hijos e hijas.

¹ Tiffer Sotomayor, Carlos. **De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/garantista** Revista de Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, No. 13, Agosto San José Costa Rica 1997.



En la cultura Griega se estimaba adecuado el exterminio de niños y niñas que sufrieran retardo o defectos físicos congénitos como una forma de preservar y fortalecer a la sociedad. En la edad media se le consideró al niño como un adulto pequeño que tiene una estricta dependencia física, luego del cual se entra, sin más, al mundo de los adultos.

En el siglo XVII se consideraba al “infanticidio”² como un hecho normal, se hablaba de niños corrompidos que provocan desorden en la sociedad. Con este argumento los niños eran empleados en minas y al delinquir encarcelados a la par de los peores delincuentes. A partir del siglo XVIII se inicia la distinción de niñez. Sin embargo en este mismo siglo los niños y niñas recibían palizas severas como una forma de impartir disciplina. Los niños abandonados y huérfanos eran llevados a orfanatos que se mantenían con la ayuda de personas ricas, estos estaban a cargo de la iglesia o personas contratadas por fundaciones civiles. Con la industrialización y el crecimiento de la ciudades los niños empezaron a ser objeto de explotación por parte de adultos, así como se incrementa notoriamente el niño que vive en la calle, “Este fenómeno social genera delincuencia por parte de los niños y en especial de los adolescentes, por lo que el Estado se ve obligado a intervenir basado en que la salvaguarda de la integridad de los niños resulta subordinada al objetivo de protección de la sociedad frente a futuros delincuentes”³. “Hasta bien entrado el siglo XIX, el retribucionismo contractualista de los (incipientes) códigos penales imperantes, acostumbraba a distinguir con una cierta claridad entre menores delincuentes infractores de la ley y menores abandonados o en estado de peligro moral.”⁴

En términos generales, se fijaba la edad de nueve años como límite de la inimputabilidad absoluta, adoptándose para los mayores de dicha edad los confusos criterios del discernimiento para decidir, por parte de los jueces penales ordinarios, la posibilidad de aplicar las sanciones correspondientes.

² Williamson y de Maria W. Piers. **Infanticida, Past and Present**, Nueva Cork W:W: Ndrton & Co. 1978.
³ S. J. Pfohl 1977, 311 citado por **Emilio García Méndez Derecho De La Infancia/Adolescencia** En América Latina: De La Situación Irregular A La Protección Integral http://www.iin.oea.org/Para_una_historia_del_control_sociopenal.pdf
⁴ Emilio García-Méndez, **Niño abandonado, niño delincuente** Nueva sociedad No.112 MARZO- abril 1991, PP. 124-135

Habrá que esperar a los recientes días para asistir a una verdadera organización de la conciencia y reacción social que reconozca el abuso y maltrato a los niños como un problema grave, pero sobre todo, que forma parte de la esfera pública. Ello no debe extrañar, si se toma en cuenta que “el castigo a los niños ha sido legitimado por siglos por razones de obediencia, disciplina, educación y religión. Incluso, muchos años después que el infanticidio, como acto explícitamente intencional, haya encontrado una fuerte reprobación jurídica y social, los castigos corporales que excluyeran la muerte eran considerados, sobre todo si eran realizados por familiares de la víctima, como un hecho normal.”⁵

La primera intervención del Estado por maltrato infantil se dio en el caso de una niña a la que sus padres habían hecho objeto de abusos y maltratos, es no sólo tardía sino además irónicamente precursora. En 1875, en un caso que encontró gran eco en la prensa y la opinión pública, la niña Mary Ellen, de 9 años de edad, fue sustraída a sus padres por las autoridades judiciales. “La institución que activó el caso fue la Sociedad para la Protección de los Animales de Nueva York. Este hecho coincide con la creación de la New York Society for the Prevention of Cruelty to Children.”⁶

“También la reacción frente al maltrato de los niños, inexistente para la conciencia social durante siglos, ha sido entendida como el resultado de una coalición de intereses que no puede ser atribuida al mero incremento de dichos hechos.

Una interpretación digna de tomarse en cuenta, afirma que la lucha por el poder en el seno de la comunidad médica -en este caso referido a los Estados Unidos- a través de la cual los especialistas en radiología intentan superar la función de subordinación a la que otras especializaciones los habían confinado, resulta una causa decisiva en la percepción negativa del maltrato como problema de dominio público.”⁷

⁵ Pfohl, Stephen (1977). **The Discovery of Child Abuse**. En Social Problems, 24, 3, febrero pags 311 – 312. citado por Emilio García Méndez Derecho de la Infancia/Adolescencia En America Latina: De la situación irregular a la protección integral. capítulo II.

⁶ Pfohl, Stephen (1977), **The Discovery of Child Abuse**. En Social Problems, 24, 3, Febrero pag. 312, citado por Emilio García Méndez. Derecho de la Infancia/Adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la Protección Integral. capítulo II.

⁷ Pfohl, Stephen (1977), Ob. Cit pag. 317.

En este clima político-cultural, se arriba al momento que marca un hito fundamental en las prácticas socio-penales de protección-segregación de la infancia. “En 1899, por medio de la Juvenile Court Act de Illinois, se crea el primer tribunal de menores”.⁸

Así, y para dar sólo unos pocos ejemplos, los tribunales de menores fueron creados en 1905 en Inglaterra, 1908 en Alemania, 1911 en Portugal, 1911 en Hungría, 1912 en Francia, 1922 en Japón, 1924 en España. En América Latina por su parte, fueron creados en 1921 en Argentina, 1923 en Brasil, 1927 en México y 1928 en Chile.

“Entre los cambios sustanciales que se producen a raíz de la instalación de los Tribunales de Menores cabe destacar:

- a) la aparición de un juez unipersonal y especializado con un altísimo poder de discrecionalidad
- b) la simplicidad de las prácticas procesales
- c) la incorporación de un lugar diferenciado para la ejecución de las penas
- d) el fuerte desplazamiento del uso de penas por medidas de seguridad
- e) la introducción del carácter indeterminado de penas o medidas de seguridad
- f) la indistinción normativa y, en el plano de las consecuencias reales, entre comportamientos violadores o no de la normativa penal.”⁹

Como se puede observar Argentina fue el primer país de América latina en adoptar las nuevas ideas impulsadas por el movimiento de reformas tutelar. Esta forma de trabajo de los Tribunales de Menores, en donde la centralización de poder reside en el juez, se extenderá hasta la década de los ochenta en América latina.

⁸ García Méndez, Emilio. **Derecho de la Infancia/Adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la Protección Integral.** capítulo II.

⁹ García Méndez , E.: **El menor abandonado-delincuente: En torno a los orígenes de una contradicción anunciada,** *Pibes unidos y la ley* , 1990, p. 3.

Se consideraba que estos tribunales eran la respuesta más adecuada para el control de potenciales infractores del orden. Se entendía a los niños y niñas como “una categoría de sujetos cuya debilidad o incapacidad debía ser sancionada jurídica y culturalmente. (...) Se sientan de este modo las bases de una cultura estatal de la asistencia”.¹⁰ Una vez más, lo medular es que se reconoce al niño como objeto de compasión y protección, y no como sujeto pleno de derechos.

El Juez de Menores tenía el papel de “proteger y educar a los desvalidos, encarrilar al descarrilado, proceder siempre, no como un profesor de derecho, ni un erudito en jurisprudencia, sino simplemente como un maestro que enseña, como un abnegado sacerdote que perdona, más aún, como un buen padre de familia”.¹¹

Con ello surge una teoría denominada teoría de la situación irregular, la cual después da paso a la teoría de la protección integral, las cuales se analizan a continuación.

1.2 Teorías que fundamentan el derecho de la niñez y adolescencia

En el mundo jurídico se entiende por doctrina al conjunto de la producción teórica elaborada por todos aquellos de una forma u otro vinculado con el tema, desde el ángulo del saber, la decisión o la ejecución.

Desde este punto de vista y de acuerdo con el tema que aquí se estudia, se conocen al menos dos doctrinas que incluyen un conjunto de ideas y realizaciones que definen dos formas, diferentes y puede decirse que antagónicas, de abordar la cuestión de la protección jurídica de los niños y niñas en abandono. Las mismas, por su fecha y forma de aparición y desarrollo, poseen una importancia fundamental que hace inevitable su análisis en este trabajo al abordarse su perspectiva histórica. Estas dos doctrinas son: La Doctrina de la Situación Irregular y la Doctrina de la Protección integral.

¹⁰ García Méndez , E.: *Derecho de la infancia. Adolescencia en América latina: De la situación irregular a la protección integral* , Forum Pacis, 1994, p. 49.

¹¹ Berro, R.: *La terapéutica social del menor abandonado*, t. 2: “Derecho a tener derecho”, p. 143.

1.2.1 Doctrina de la situación irregular

La doctrina de la situación irregular no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad “Se reputaba atípico al menor que se separaba del modelo común presentando alguna anormalidad o deficiencia somática, psíquica o social, y se consideraba en situación irregular al que había incurrido en un hecho antisocial o se encontraba en estado de peligro, abandonado material o moralmente o si padecía de un déficit físico o mental”.¹² Las instituciones legales y sociales, públicas y privadas, respondían a ese marco conceptual.

La protección genérica de la minoridad seguía lineamientos que remontaban a las culturas sociales antes estudiadas y de los códigos y leyes que surgían en suelo americano. Sustentaba su armazón en dos pilares: la incapacidad del menor de edad para ejercer sus derechos por sí mismo, y su sujeción a potestad y representación de padres o tutores.

“Definido 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), se exorcizan las deficiencias de las políticas sociales, optándose por soluciones de naturaleza individual que privilegian la institucionalización o la adopción”.¹³

En esta teoría, dígame en primer lugar, que la categoría infancia no designa un campo social homogéneo. En su interior se producen fuertes diferencias entre aquellos que tienen acceso a ciertas condiciones y los demás. Para los primeros, la familia y fundamentalmente la escuela, cumplen un papel central en su consolidación y reproducción. Los excluidos de estas condiciones (los demás) se transforman en menores y en el objeto principal de esta doctrina.

¹² González del Solar, José H. **Protección Integral: un debate que se prolonga** http://derechominoridad.blogspot.com/2006/01/proteccion-integral-un-debate-que-se_18.html

¹³ García Méndez, Emilio. **Legislaciones infante juveniles en América latina: modelos y tendencias** www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Legislaciones_infante_juveniles.pdf.

Para ellos se construye todo un aparato o sistema institucional: legislación, instituciones de internación, juzgados de menores, instancias a las que se otorga el rol específico de socialización y control.

Así la Doctrina de la “Situación Irregular”¹⁴, constituye toda la elaboración teórica surgida con posterioridad a la creación de los tribunales de menores en 1889 y que permitió el desarrollo de un Derecho de Menores, como se le denominó entonces, que se diferenció del de los adultos, tanto en la esfera penal como en el ámbito de la protección jurídica.

Este “Derecho de Menores que emergió teóricamente como un derecho tutelar, trataba de abandonar todo el rigor inflexible de antaño y dotar al tribunal de facultades ilimitadas, con el propósito y el pretexto del amparo jurídico y la reeducación de los niños”.¹⁵

En la práctica sin embargo, este Derecho carecía del carácter de amparo y protector de los derechos y garantías del niño y la niña. Las disposiciones normativas que supuestamente lo amparaban eran por lo general tanto o más represivas que las de los adultos, se aplicaban de forma similar o más severamente que a estos, irrespetando, en no pocas ocasiones, sus derechos y garantías constitucionales.

La Doctrina de la Situación Irregular, considera que la protección social y legal de los niños y niñas en situación de abandono es de competencia de la jurisdicción de menores. Por lo que la definición del estado de situación irregular corresponde a los jueces de menores. Ellos son los que se encuentran facultados para decidir la atención social y el tratamiento reeducativo del menor de edad que se encuentra en situación de abandono. “El Instituto Interamericano del Niño ha definido por su parte la *Situación Irregular* como aquella en la que se encuentra un menor, tanto cuando ha incurrido en

¹⁴ ORTS BERENQUER, E., (Coordinador) : ***La Pena y sus alternativas, con especial atención a su eficacia frente a la delincuencia juvenil***, Proyecto de Investigación Científica y Desarrollo Técnico “Generalitat Valenciana”, 1998.

¹⁵ De Armas Fonticoba, Tania. **La cuestión criminológica y jurídica de los niños en conflicto con la ley penal**. El esquema legal cubano http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6254.

un hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material, moral o padece de un déficit físico o mental”.¹⁶

Una segunda línea de observación que interesa es la que se vincula con la relación de la Doctrina de la Situación Irregular con la política social. La orientación de la política social en la que esta doctrina juega un importante rol, es aquella que se propone como objetivo prioritario ejercer el control social de los menores.

Ahora bien, este control se “materializa en la facultad discrecional de la justicia de declara el abandono material o moral del menor, facultad que constituye la columna vertebral de la perspectiva que se analiza y que sintetiza a su vez, la relación entre la política social y la Doctrina de la Situación Irregular”.¹⁷

Se afirma al respecto que “... el tema menores ha sido enfocado desde una óptica represiva y no de protección, el menor de edad ha sido víctima de la acción tutelar.

Se han penalizado los problemas sociales y se han socializado los problemas penales, de modo tal que se han eliminado las garantías frente a la intervención del Estado. En efecto “...la carencia de políticas integrales ha sido reemplazada por la intervención a través de los órganos del sistema de justicia juvenil, ... (cuya actuación conlleva) la eliminación de los principios de garantía en todo proceso penal y discrecionalidad en las medidas a adoptar a cualquier situación penal o social...”¹⁸

De este modo, “se abandona la distinción entre menores delincuentes, abandonados o maltratados, todos los cuales pueden ser objeto de las mismas medidas y se alteran sustancialmente las funciones del juez, de quien se pretende que se transforme en “padre” y “vigilante”.¹⁹

¹⁶ Tomado de SAJÓN, R., ACHARD, J.P., y CALVENTO U.: **Menores en Situación Irregular. Aspectos Socio Legales de su Protección.** Ponencia presentada en el XV Congreso Panamericano del Niño, Santiago de Chile, 1973.

¹⁷ María Inés Laje. **Los menores de ayer - los niños de mañana** <http://www.clacso.org.ar/biblioteca>

¹⁸ L LARRANDART en *Ser Niño en América latina.* Citado por María Inés Laje. **Los menores de ayer - los niños de mañana** <http://www.clacso.org.ar/biblioteca>

¹⁹ María Inés Laje. Ob. Cit.

Puede señalarse así, que el papel de esta doctrina en el marco de la incapacidad del sistema estatal de universalizar los servicios básicos (salud-educación), remite al rol del juez como centro de irradiación de políticas concretas. “Muñido de una competencia omnímoda penal-tutelar, el juez de menores resulta el encargado de resolver los aspectos individuales de las deficiencias del sistema de políticas sociales.”²⁰

“Más allá del rol de la justicia al interior de esta doctrina, la perspectiva histórica del análisis de políticas y prácticas sociales, permite demostrar el carácter recurrente de los problemas y de las soluciones. “... las respuestas a los problemas resultan previamente definidos en su contenido y gestión”.

Lo anterior implica que no existiría una preocupación explícita por las causas que originan la llamada irregularidad, por ello se enfatiza la atención protectora y rehabilitadora, considerando ajeno a su preocupación la acción preventiva, acción que requiere de una perspectiva conceptual más amplia y comprensiva que la que hemos analizado.

Las características más importantes de esta doctrina, han sido reseñadas por diferentes autores²¹ entre las que sobresalen las siguientes:

a) Expresa la inmensa división de la categoría infancia: por un lado, niños, niñas y adolescentes; y por el otro los *menores de edad*, que son los niños y niñas excluidos de las políticas sociales que debe instrumentar el Estado y no poseen por diversas razones, las formas normales de socialización. Por esta razón las leyes, que son supuestamente para estos últimos, ocasionan naturalmente el fortalecimiento de la segmentación de la infancia, así como la impunidad (con base en una arbitrariedad normativamente reconocida) para el tratamiento de los conflictos de naturaleza penal.

²⁰ L LARRANDART en *Ser Niño en América latina*.

²¹ García Méndez, E. Y Carranza, E.: *El Derecho de Menores como Derecho Mayor*. UNICEF-ILANUD Brasilia San José de Costa Rica, p- 4 y 7.

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.

b) El juez de menores centraliza el poder de decisión, por lo que ejerce la decisión de manera omnímoda y a veces arbitraria.

c) Existe una instancia especial que es la jurisdicción de menores, donde se dirimen todos los problemas relacionados con éstos.

d) Se judicializa los problemas de la infancia y adolescencia, en situación de riesgo, con la clara tendencia a “*patologizar*” situaciones de origen estructural. El juez puede ignorar los presupuestos jurídicos, pues al estimarse la vía administrativa como la más eficaz, y no poseer los obstáculos de la esfera judicial, es posible que la ley resulte poco utilizada o ignorada. Consagra la impunidad (con base en una arbitrariedad normativamente reconocida), para el tratamiento de los conflictos de naturaleza penal.

e) Criminaliza la pobreza, disponiendo internamientos que constituyen verdaderas privaciones de libertad, por motivos vinculados a la mera falta o carencia de recursos materiales.

f) Se considera a la infancia como objeto de protección jurídica y no como sujeto de la misma, justificándose así su “tratamiento”. Se “protege” de la sociedad y de si mismo. El Estado se arroga su tutela y lo transforma en un sujeto dependiente y objeto de la intervención de la familia y la sociedad.

g) Se vulneran los principios primordiales del derecho, incluyendo algunos considerados en la Constitución para todos los ciudadanos. Los derechos humanos, las garantías procesales y fundamentalmente los principios constitucionales a veces son incongruentes con la doctrina de la situación irregular.

h) Se pondera con un discurso halagüeño acerca de su eficacia práctica, pues ha sido construida fundamentalmente por los propios encargados de su aplicación práctica (los jueces y funcionarios de menores), quienes han expresado que la inexistencia de las formalidades previstas para los adultos, permiten intervenir con más prontitud y que el reconocimiento y observancia de los derechos individuales podría obrar como *límites* que obstaculizarían la eficacia del sistema.

i) Las medidas adoptadas por el juez son indeterminadas, aduciéndose el “interés del menor” para su reeducación o para protegerlo, que puede traducirse en ocasiones en arbitrariedad e inseguridad jurídica que tales pretextos no pueden justificar.

j) Considera irrelevante y poco significativo la existencia de tribunales para menores porque la función de protección le pertenece al Estado.

k) Niega explícita y sistemáticamente los principios básicos y elementales del derecho, incluso de aquellos contemplados en la propia Constitución nacional, como los derechos de todos los ciudadanos.

La doctrina de la situación irregular, de la que se ha dicho que tiene muy poco de protección y mucho menos de doctrina²², legitima una acción judicial muchas veces discriminante sobre la niñez que poseen alguna situación de conflicto, a los que se les institucionaliza o se les adopta como casi únicas vías para lograr su socialización y se basa en la ideología de la compasión-represión, por lo que ha resultado poco coherente, contradictoria y difícil de definir, aunque ya se ha intentado.

En esta corriente que se analiza, al niño o niña se le somete a la variante tutelar, por encontrarse en situación irregular y aunque no haya incurrido en conducta tipificada como delito en la ley penal, podría considerarse que pudiera llegar a cometerlo.

²² García Méndez, E.: o.u.c. p-170-171.

“Se trata de una tendencia nacida de la corriente filosófica del positivismo, según la cual la situación de abandono...²³ crea una confusa situación protectora punitiva, en realidad muy discriminante para el menor, al considerarlo objeto de compasión y de represión al mismo tiempo”.²⁴

El discurso positivista y la medicalización de los conflictos sociales “garantizados” por el sello “científico” de esta doctrina, posibilitan estudiar al menor médica y psicológicamente en un centro destinado a este fin, con el objetivo de “protegerlo”, no de castigarlo. Es por eso que se exagera en la ponderación del hecho de haber extraído a la niña o niño transgresores del sistema penal, pues por otra parte, lamentablemente también se le desarraigó de algunos de los elementos más importantes de su sistema de garantías.

Con esta doctrina se dejan de respetar los preceptos constitucionales y los de otras esferas del Derecho. Por ejemplo, en casi todas las constituciones existe un precepto que expresa que nadie puede ser detenido sino con las formalidades previstas en la ley. Cuando se detiene a un menor de edad en situación irregular, pudiera dar lugar a que se obvien ciertos detalles.

“El caso del niño Gault”²⁵ ocurrido en Estados Unidos en 1967, alarmó y llamó la atención de la ciudadanía, especialmente la de los congresistas, “hacia la crisis que ya estaba mostrando ese sistema de protección-represión pues si se hubiese utilizado la legislación de adultos, no hubiera sido sancionado con una pena de reclusión y como máximo le habrían impuesto una simple multa.”²⁶

²³ García Méndez y BIANCHI, M.: *Ser niño en América Latina. De las Necesidades a los Derechos*, UNICRI/Galerna, Buenos Aires, 1991, p. 61.

²⁴ Baratta, A. *Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, Ed. Hombres de Maíz. El Salvador, 1995.

²⁵ Herrera Ortiz, M.: *La situación de los menores infractores en la Ley de Adaptación Social y de los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Estado de Veracruz, en relación con las garantías constitucionales o derechos humanos consagrados en nuestra Constitución Federal*, p 109.

²⁶ Giménez-Salinas Colomer, E.: *La Justicia de Menores en el siglo XX*, www.iin.oea.org/La_justicia_de_menores.pdf.

El Caso Gault consistió en un niño que ofendió telefónicamente a una señora y fue condenado a la reclusión hasta la mayoría de edad en una escuela profesional, lo que evidentemente no podría hacerse con un adulto, por las garantías que le ofrece el sistema de justicia penal²⁷

Por todo esto, se comienza a ver lo necesario de incorporar en las leyes referidas a los niños en conflicto con la ley penal, garantías y derechos que no estaban previstos: “la comunicación de la imputación al niño o a sus padres o guardadores con el tiempo de antelación adecuado para que pueda preparar su defensa, el derecho del niño a ser defendido, a no declarar contra sí mismo, entre otras importantes.”²⁸

La asombrosa persistencia de esta doctrina, que en la realidad ha contrariado todos los presupuestos que la sustentan y la paradoja de la existencia de leyes que comulgan con la doctrina de la protección integral surgida después de la convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, contradice en primer orden a la propia Convención. Aunque se cuestionan éstas leyes que sustentan esta doctrina de “la situación irregular, continúan vigentes en algunos países y existe fuerte reticencia para modificarlas o suplantadas por otras.”²⁹

La crítica severa que se hace de la doctrina de la situación irregular es necesaria, sin embargo hay que reconocerle que permitió visualizar a la niñez y avanzar en cuanto a la creación de los derechos de los niños y las niñas. Gracias a los errores que se cometieron bajo la influencia intelectual de la situación irregular, se ha creado una nueva corriente llamada protección integral, la cual se da a conocer inmediatamente.

1.2.2 Doctrina de la protección integral

“El concepto de protección integral implica un rechazo del concepto tutelar de protección, en el cual la principal medida de protección era la separación del niño de su entorno familiar, por considerar a los padres como amenaza para el bienestar del niño.

²⁷ Espinosa Torres, M. P.: *Jurisdicción y competencia de menores infractores*, ps-149 a 156, ambas en *Sobre los menores*, Colección de Estudios Jurídicos, México, 1992, también se refieren a ello.

²⁹ Tania de Armas Fonticoba, *La cuestión criminológica y jurídica de los niños en conflicto con la ley penal. El esquema legal cubano. Ámbito jurídico*. Br.

Es el rechazo de un sistema de protección desprovisto de garantías, porque éstas se consideraban innecesarias y hasta inconvenientes, puesto que se entendía que todo lo que se hacía, era para el bien del niño”.³⁰

La protección integral se puede definir como: *“el conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la familia y la sociedad para garantizar que todos los niños y niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la supervivencia, al desarrollo y a la participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos.”*³¹

En este sentido, para la doctrina de la protección integral, el sistema judicial sirve sólo para dirimir problemas estrictamente jurídicos o conflictos con la ley penal. Un niño o una niña en dificultades no es competencia de la justicia sino de los organismos encargados de la protección especial. La verdadera protección de la infancia se da con políticas públicas universales y enfocadas cuyo promotor, ejecutor y garante es el Estado.

*“La condición de pobre, marginal o delincuente deja de ser una cuestión relevante. Ya no son las condiciones personales del sujeto las que habilitan al estado a intervenir; sino su conducta delictiva concreta. La promoción y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de una persona menor de 18 años no es más tarea de la justicia penal”.*³²

³⁰ D. O' Donnell, **La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia**, p. 128. Página de Internet: http://www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/Ponencia_Conferencistas/Daniel_O_Donnell/Ponencia_Daniel_O_Donnell.doc

³¹ Y. E. Buaiz Valera, **La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones**, Ministerio de Salud, Costa Rica, p. 2.

³² M. Beloff, **Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño Vs. derechos en situación irregular**, en **Los derechos del niño en el sistema interamericano**, Buenos Aires, 2004, p. 20.

“La Doctrina de la Protección Integral constituye una nueva concepción ideológica, filosófica, jurídica y social respecto a la infancia.”³³ Ha sido construida en torno a principios y derechos que transforman la percepción que siempre se ha tenido de la infancia. A partir de la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que se sustenta en la citada doctrina, los niños no son considerados como objetos, sino como sujetos de derechos y se fortalece la responsabilidad de los gobiernos y los adultos respecto a los mismos.

Entonces, puede entenderse como “protección integral al conjunto de disposiciones, medidas, estrategias y políticas, orientadas a proteger a los niños en su totalidad e individualmente considerados, de forma holista, y los derechos y garantías que dimanen de las relaciones que mantengan entre sí, con la familia, con los adultos, con la comunidad y con el Estado.”³⁴

“Esta salvaguarda se dirige a todo menor de edad por tal condición, independientemente de su raza, etnia, situación social, de conflicto con la ley penal u otra circunstancia.”³⁵

La realización práctica de la misma se verifica a partir de “un juicio de valor acerca de la dignidad eminente de la persona y el reconocimiento de sus necesidades objetivas, en la etapa que se extiende desde la concepción en el seno materno hasta alcanzar la edad adulta, valoraciones que impulsan la actividad familiar, de los organismos del Estado, de instituciones privadas y de la comunidad en general, regulada en el marco de la organización jurídica de la sociedad y técnicamente adecuada para dar una respuesta eficaz a la problemática bio-psico-pedagógica que plantea este tiempo.”³⁶

³³ Tania de Armas Fonticoba, **La cuestión criminológica y jurídica de los niños en conflicto con la ley penal.** El esquema legal cubano http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6254

³⁴ Tania de Armas Fonticoba, **La cuestión criminológica y jurídica de los niños en conflicto con la ley penal.** El esquema legal cubano http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6254.

³⁵ RAFFO, H.A. Y OTROS: **La protección y Formación Integral del Menor**, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1986, p-18.

³⁶ Raffo, H.A. Y Otros: **La protección y Formación Integral del Menor**, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1986, p-18.

Esta nueva doctrina que incluye la protección integral y el interés superior del niño como estandarte, representa la máxima consideración, la percepción cualitativamente superior del universo infantil. El menor de edad deja de ser considerado objeto de la compasión-represión para ser considerado dentro de la categoría infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos.

Esta teoría viene siendo propiciada por organismos internacionales como Naciones Unidas a través del Fondo de Naciones Unidas para la infancia o UNICEF, encuentra su máxima expresión en la Convención Internacional de los Derechos del niño. Realiza cambios con respecto a la concepción de la infancia-adolescencia.

La doctrina de la protección integral surge en el marco de los derechos humanos de manera evolutiva, dejando atrás a la divergida doctrina de la situación irregular que impero en casi todas las legislaciones por un tiempo cercano a un siglo.

La UNICEF detalló de forma clara esta evolución señalando que se paso del binomio compasión represión al de protección vigilancia; se deja de considerar en situación idéntica al abandono y a la criminalidad, separándolas, y estableciendo la responsabilidad juvenil, para aquellos menores de edad que infrinjan la ley penal, esto acredita plenamente la condición de sujeto de derecho que hoy ostentan la niñez y la adolescencia.

La doctrina de la protección integral significó un nuevo paradigma en el tratamiento de los derechos humanos del niño, entiéndase por niño a toda persona menor de 18 años, tal y como promulga la convención sobre los Derechos del niño, esta doctrina surgió para superar a su antecesora, la doctrina de la situación irregular, que había influido en todos los códigos de menores casi todo el siglo XX.

A nivel internacional, la doctrina de la protección integral es uno de los mas grandes aportes que brindo a la humanidad, la Convención sobre los derechos del niño.

En palabras de Daniel “O’Donnell,”³⁷ especialista en derechos humanos, la convención atribuye una gran importancia al principio de la unidad familiar y a la responsabilidad conjunta de la familia y el Estado en la protección de los derechos del niño, al tiempo que realiza un significativo aporte a la legislación sobre derechos humanos al definir “el contenido de los derechos de la familia, describiendo con gran detalle la red de derechos y deberes que interrelacionan al niño, la familia y el Estado.”³⁸

En materia de los derechos del niño, la Convención internacional resulta ser el convenio mas trascendental. Aquí se reconocen todos los derechos humanos que podría pensarse para los adultos, con un añadido especial importante como lo es el reconocimiento de derechos propios que responden a la especial condición de la persona que no ha alcanzado la plenitud de su desarrollo físico y mental.

La doctrina de la protección integral se centra por tanto en dos claras posiciones, por un lado reconoce que el niño por su condición de ser humano en desarrollo requiere que se le reconozca una protección especial atendible a su intrínseca naturaleza de debilidad, de vulnerabilidad, y por otro lado se le brinda la calidad de sujeto de derechos y deberes.

Para Daniel O’Donnell “la doctrina de la protección integral se construye sobre tres bases fundamentales: el niño como sujeto de derechos, el derecho a la protección especial y el derecho a condiciones de vida que permitan su desarrollo integral.”³⁹

³⁷ Daniel O’Donnell recibió el título Juris Doctor de la Universidad del Estado de Nueva York en 1977. Fue director de investigaciones de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala en 1997 y director adjunto del equipo de investigación del Secretario General de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo, en 1998. Ha sido consultor de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Unicef, ACNUR, PNUD, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y varias ONG. Es autor de *Protección internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988; *Children are People Too: A guide to the Convention on the Rights of the Child for students and teachers*, Anvil Press, Manila, 1996. Ha dictado cursos en el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo, el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo y la Academia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario de la American University en Washington.

³⁸ Daniel O’Donnell. **La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia.**

³⁹ Javier E Calderon Beltran, **De la Doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral** <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/11/de-la-doctrina-de-la-situacin-irregular.html>

A los destinatarios, se les deja de llamar menores a quienes sufren dificultades e instituye la igualdad social de todos los niño, niña o adolescente del mundo al constituirlos en sujetos de derecho.

En los contenidos, niega el asistencialismo y no ve al niño, niña o adolescentes desde la necesidad, sino desde los derechos del niño, niña o adolescente.

En la metodología, aplica a los niños, niñas las garantías del Estado democrático, es decir, trata de sugerir el circuito de institucionalización tutelar-represivo.

En la gestión, coordina las distintas jurisdicciones del Estado Nacional, Provincial y Municipal con la sociedad civil.

Considera que el niño, niña o adolescentes no sólo deben ser protegidos en sus necesidades básicas, sino que les otorga el derecho a la opinión y a la asociación. Declara como objetivo máximo, el interés superior del niño, niña o adolescentes.⁴⁰

De forma general la mencionada doctrina encuentra expresión a partir del tratamiento de los principios que la informan y de instrumentos jurídicos que la desarrollan normativamente.

“Los rasgos de la doctrina de la protección integral son los siguientes:

- a) Sin ignorar la existencia de profundas diferencias sociales, las nuevas leyes se orientan 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.

⁴⁰ **Paradigmas sobre la infancia-adolescencia** <http://www.agrupacionmazamorra.com.ar/> Paradigmas - Sobre-La-Infancia

c) Se desvincula 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 encuentre en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción u 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.

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.”⁴¹

⁴¹ Alexander Alberto Amaya Buezo, Ana Raquel Cruz Y Dina Albely Cruz Castellón “**judicialización de las medidas contenidas en la ley del instituto salvadoreño de protección al menor por el juez de menores**”



CAPÍTULO II

2. El Estado guatemalteco y la protección jurídica de los derechos de la niñez y adolescencia

El análisis jurídico de la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia que se realiza a continuación se hace siguiendo la pirámide Kelsen. “En la cima de la pirámide de Kelsen se encuentra la norma constitucional y en orden inmediato descendente, las que la siguen en jerarquía –de mayor a menor– hasta llegar a la base, lugar de las últimas.

“El principio de tal pirámide es que ninguna norma puede contradecir a otra superior. A ninguna que, en la pirámide, se encuentre en una posición más alta, siendo la más alta de toda la norma constitucional, norma que, como decíamos, se encuentra en la cima.”⁴² “Por ello se puede afirmar que el Estado guatemalteco tiene como norma suprema a la Constitución Política de la República. Pues los constituyentes así lo han declarado en diversas ocasiones en que han resuelto al respecto.”⁴³ Pero principalmente la misma Constitución establece que está prevalece sobre cualquier ley o tratado.

Establecida la supremacía constitucional, queda afirmar que los Derechos Humanos, entre esto se incluyen los de la niñez y adolescencia, jerárquicamente se deben analizar inmediatamente después de la Constitución Política de la República de Guatemala. Esta decisión fundamentada en el Artículo 46 Constitucional, en donde establece que los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno. Entendiendo como “derecho interno las normas ordinarias, quedando así posesionado en el mismo nivel que las normas constitucionales.”⁴⁴

⁴² *Acisclo Valladares Molina, Pirámide judicial de Kelsen.* La destrucción del sistema estuvo – y sigue – en juego. El Periódico Guatemala, 25 de agosto de 2009.

⁴³ **Corte de Constitucionalidad** Expediente 1048-99 sentencia 02-08-2000. Cd Gaceta jurisprudencial.

⁴⁴ **Corte de Constitucionalidad** Expediente 280-90 sentencia 19-10-90 Cd Gaceta jurisprudencial.

Una vez analizadas las normas constitucionales se procede a analizar los convenios internacionales en materia de derechos humanos y por último las normas ordinarias especiales de la niñez y la adolescencia.

2.1 Constitución Política de la República de Guatemala y su regulación en materia de niñez y adolescencia

La protección y garantía de los derechos de la niñez y adolescencia en Guatemala, está contenida en la Constitución Política de la República, de forma general. En su invocación, la Constitución afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social. Reconoce que el Estado es el responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz, así como de su decisión de impulsar la plena vigencia de los derechos humanos.

Sobre los Deberes del Estado el Artículo 2, establece: *“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”*.

El Artículo 3, sobre el derecho a la vida establece: *“El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”*.

Sobre los derechos inherentes a la persona humana señala, en el Artículo 44, que: *“Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”*.

En particular, en el Artículo 51, la Constitución Política se refiere a la protección de las personas menores de edad en los siguientes términos: *“El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social”*.

Siendo que estos preceptos están considerados en la Constitución Política de la República de Guatemala, se presume que toda la legislación ordinaria debe ser congruente con los mismos.

2.2 Legislación internacional en materia de derechos humanos

El estudio de esta legislación se dividirá en tres secciones, la primera se hace referencia a los instrumentos jurídicos aprobados desde las Naciones Unidas, el segundo de los instrumentos sancionados por la Organización de Estados Americanos y por último se realizara un análisis de su aplicación en el estado guatemalteco.

2.2.1. Instrumentos jurídicos de la Organización de Naciones Unidas

A continuación se listan las Convenciones, Pactos, Convenios y Protocolos de las Naciones Unidas que, de manera expresa, se dirigen a la protección integral de la niñez y adolescencia, en general, o hacia alguna de sus modalidades en particular y los compromisos que se derivan de la ratificación de los mismos.

Con esta denominación se hace referencia a:

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

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

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad.



Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.

Convención sobre los Derechos del Niño Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.

Convenio 182 de la OIT sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación.

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional.

El Convenio de La Haya relativo a Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

Los precitados se exponen en orden a la fecha de ratificación, por parte del Estado guatemalteco.

2.2.2 Instrumentos jurídicos del Sistema Interamericano

La preocupación por los derechos humanos en general, se manifestó en el Sistema Interamericano, desde su origen. Dicha preocupación se plasmó en una serie de tratados y convenciones que fueron adoptados por los Estados de la región latinoamericana. Asimismo, esta inquietud, se relaciona con diversas problemáticas, tales como los derechos de las personas extranjeras, asilo, paz y algunos derechos de la mujer.

La Organización de los Estados Americanos (OEA) se creó en 1948. Entre los principios que la fundamentan, figura la proclamación de los derechos fundamentales

de la persona. De ahí que, al ratificar la Carta de la Organización y más adelante la Convención Americana (1969), los Estados Parte adquirieron la obligación y el compromiso de respetarlos y promoverlos.

A continuación, se anotan los instrumentos jurídicos del Sistema Interamericano, que contienen disposiciones relativas a la protección de la niñez:

Convención Americana de Derechos Humanos (1969)

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer (1994)

Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994)

2.2.3 Aplicación de los Instrumentos jurídicos internacionales en el orden jurídico interno

Como se anotó antes, a partir de la ratificación de una serie de Convenciones, Pactos, Convenios y Protocolos, el Estado guatemalteco ha asumido y aceptado los compromisos y obligaciones que, en materia de derechos humanos, están contenidos en tales instrumentos. Sin embargo, existe una brecha muy grande entre los compromisos asumidos y las medidas adoptadas para cumplirlos, sobre todo, en lo que atañe a los derechos que asisten a la población infantil y adolescente.

Un ejemplo que ilustra esta situación, es el incumplimiento y por ende, la inaplicabilidad de la Convención sobre los Derechos del Niño, derivado de la dilación para adoptar el paradigma de la protección integral, que sustenta esta Convención y la persistencia en mantener la doctrina de la *“situación irregular”*, pese a que por sus múltiples deficiencias, ésta fue seriamente cuestionada.

Como resultado de lo anterior, la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, no produjo modificaciones sustanciales en relación con el tratamiento de los niños, niñas y adolescentes, a quienes el estado y amplios sectores sociales, continúan considerando como *“peligrosos”* y *“pequeños delincuentes”*.

Por otra parte, los operadores de justicia tampoco recurren a la misma, en su práctica judicial, pese a que como se señaló antes, la Constitución Política de la República faculta la aplicación interna de la normativa, internacional o regional, que haya sido ratificada. O sea que sus principios deben ser invocados y puestos en práctica, para proteger los derechos de las personas menores de edad, en denuncias y juicios interpuestos ante los tribunales de justicia y servir de fundamento para motivar un fallo o una sentencia, durante el período posterior a la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, que mantuvo vigente la doctrina de la situación irregular.

Según Mata Tobar (1998) “existe una serie de razones por las cuales los operadores de justicia no hacen uso de los instrumentos jurídicos internacionales en la práctica judicial.”⁴⁵, Entre éstas cita las siguientes:

Escaso conocimiento de la normativa internacional.

La mayoría de los operadores de justicia se guían más por la ley, que por la Constitución, obviando la supremacía del texto constitucional.

A pesar de que en materia de derechos humanos la Constitución le da preeminencia al derecho internacional, tal disposición suele pasar desapercibida. En términos generales, los operadores de justicia hacen caso omiso de esta disposición, prefieren la Ley al Tratado o Convención.

⁴⁵ Mata Tobar, Víctor Hugo, **La aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos en el orden jurídico de los Estados de Centroamérica**. CODEHUCA, Costa Rica, 1998.

Es importante subrayar, que como consecuencia de la no aplicación de los instrumentos internacionales, importantes sectores de la población quedan desprotegidos legalmente, entre éstos, la población infantil y adolescente, habida cuenta de que el derecho interno no se ajustó, en su momento, a los instrumentos internacionales.

Este hecho provocó, a su vez, por un lado, la invisibilización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de las violaciones a los mismos y por otro, la impunidad de delitos cometidos contra este sector poblacional.

Tal situación se empieza a superar hasta 13 años después de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, mediante la aprobación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia el 4 de junio del 2003.

En esta ley, el Estado reconoce que el Código de Menores, ya no respondía a las necesidades de regulación jurídica en materia de la niñez y la adolescencia y por ende, la necesidad de realizar una transformación profunda de esa normativa, para proveer a los distintos órganos del Estado y, a la sociedad en su conjunto, de un cuerpo jurídico que oriente adecuadamente el comportamiento y acciones en favor de tan importante sector social, conforme lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala y los Tratados, Convenios, Pactos Internacionales en materia de derechos humanos de la niñez y adolescencia aceptados y ratificados por Guatemala.

Además, define una política nacional cuya ejecución garantiza a la niñez y adolescente su supervivencia, salud y educación, su acceso a la justicia y derecho a defensa, así como su protección contra todas las formas de violencia. La convención exigía además otras leyes que permitieran la protección eficaz de los derechos humanos de la niñez y entonces surge en el 2007 la Ley de adopciones. Y en el 2009 es aprobada la Ley de violencia sexual explotación y trata de personas, estas leyes se analizan en la parte relacionada con la protección y abrigo dándolas a conocer a conocer de forma amplia mas adelante.



2.3 Legislación Nacional especializada en niñez y adolescencia

2.3.1 Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia

Antecedentes de la Ley

El antecedente próximo a la ley de protección integral de la niñez y la adolescencia es la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Estado guatemalteco en 1990. Como se anotó antes, esta Convención forma parte del derecho interno por normativa constitucional.

No obstante, la ratificación de este instrumento jurídico no fue suficiente para transformar, en ese entonces, la legislación nacional y así cumplir con el compromiso de adecuarla a dicha Convención, para prevenir y combatir las violaciones a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, como para modificar la realidad en la que éstos se desenvuelven.

Fue así que, el Código de Menores, siguió vigente trece años después de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, con graves consecuencias para la niñez y adolescencia guatemalteca.

Este código tenía como fundamento la teoría de la situación irregular, estuvo vigente desde 1979 hasta mediados del 2003. En consecuencia se prestaba para excesivas violaciones a los derechos humanos de la niñez y adolescencia, tanto de parte de los particulares como del Estado. Se trataba de resolver cualquier problema con la institucionalización de la niñez y adolescencia, a quienes se les denominó menores.

Las entidades públicas y privadas carecían de control de parte del Estado y en muchas ocasiones servían para abrigar niños de quienes se ignoraba su procedencia y que posteriormente se daban en adopción. Las instituciones que albergaban a los menores en situación irregular se convirtieron en comerciantes de la niñez, situación que continuo, aun después de que entro en vigencia la ley de Protección Integral de la niñez y la adolescencia.

Como se sabe, en virtud de la citada doctrina, un niño, niña o adolescente puede ser objeto de cualquier tipo de disposición estatal, por el simple hecho de enfrentar dificultades, aunque éstas no dependan de su voluntad, caso de menores de 18 años de edad víctimas de explotación sexual comercial.

De acuerdo con un informe elaborado en el año 2002 por la Misión de Verificación de las Naciones Unidas para Guatemala (MINUGUA), la aplicación de ese Código presentaba las siguientes características:

“No delimita claramente las diferencias entre jóvenes transgresores y niños(as) en situación de peligro y abandono. A consecuencia de ello, varias de sus disposiciones no son compatibles con la dignidad y derechos humanos fundamentales que la Constitución actual y los tratados sobre derechos humanos, reconocen y garantizan para todas las personas, sin discriminación en razón de su edad. En forma global, el régimen que establece este Código incluye a los menores de 18 años dentro de una categoría que no los reconoce como sujetos de derecho, considerándolos “menos personas” y “objetos” de una actividad “protectora” estatal, sin límites jurídicos establecidos “por la ley”.

Agregó MINUGUA, que la falta de una delimitación clara del concepto de *“menores en situación irregular”* permite que, en la práctica, no se establezcan diferencias entre los niños, niñas y adolescentes que son víctimas de maltrato, abandono, delitos u otras violaciones a sus derechos fundamentales, por una parte, y los(as) adolescentes transgresores de la ley, por otra. También se traduce en el castigo de actividades calificadas como *“conductas irregulares”* de las personas menores de edad, que no constituyen delitos ni faltas tipificadas en la ley. Ello contradice el principio denominado *“de legalidad”*, según el cual, nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos, que es reconocido en la Constitución Política de la República (**Art. 5**), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (**Art. 15**) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (**Art. 9**).

Según lo explicó dicha Misión Internacional, el principio de legalidad también era transgredido en el **Artículo 33** del Código, que admite que *“un menor que es aprehendido sea cual fuere la razón, debe ser llevado de inmediato a presencia del juez”*, dejando abierta la posibilidad de privar de libertad a un menor de edad, por hechos que no constituyen delitos ni falta.

Según el Código de Menores, todo adolescente también podría ser privado de libertad por delitos o faltas, disposición que contradice los **Artículo 6 y 20** de la Constitución, que solo admite la detención por causa de delitos o faltas, por orden judicial o en casos flagrantes, y cuando se trata de menores de edad que transgredan la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud.

Además, Minugua agregó: *“Las disposiciones del Código otorgan una excesiva discrecionalidad al juez para resolver las medidas aplicables a adolescentes transgresores de la ley”*. A ello se suma que no distingue un procedimiento específico para los *“menores en situación de abandono o en peligro”*, estableciendo que les serán aplicables las medidas previstas para los transgresores... Con todo ello, no sólo se vulneraba el principio de culpabilidad, sino también los principios de justicia y de adecuación o proporcionalidad de las medidas.

A lo anterior, se suma que el principio de imparcialidad de los jueces, que es un derecho universal, era violado en el **Artículo 19** del Código, que dispone que un juez debe *“promover la investigación de las conductas irregulares de los menores”*, atribuyéndole la doble condición de juez y de parte acusadora. El derecho fundamental a una defensa legal, reconocido en los **Artículos 8 y 12** de la Constitución, era vulnerado por el **Artículo 35** del Código, que no contempla la asistencia de un abogado durante la primera audiencia ante el juez de un adolescente detenido, así como tampoco se considera la asistencia de un intérprete judicial con respecto a los adolescentes indígenas.

Como lo observa MINUGUA, el **Artículo 41** transgredía los principios de igualdad jurídica y de culpabilidad, al establecer que, en la resolución final del proceso, “*se atenderá de preferencia la personalidad del menor y su condición socioeconómica antes que la gravedad y circunstancias del hecho*”.

La ambigüedad con que estaba redactado este precepto legal, podría conducir a que, habiendo cometido un mismo acto considerado como delito, se resolvieran medidas de desigual en severidad en función de los recursos económicos de los jóvenes infractores, lo que no sólo afecta los principios señalados, sino que podría ser considerado discriminatorio.

Agrega que las violaciones mencionadas a los derechos de defensa en juicio y de igualdad se hacen más patentes en lo que a la ejecución de las medidas se refiere. El Código tampoco diferencia las instituciones que deben tratar a los adolescentes infractores y a los niños y niñas en situación de riesgo o de abandono, por lo que los niños o niñas abandonados por sus familias podía ser internados junto con adolescentes que han cometido delitos graves, leves o faltas.⁴⁶

Por otra parte, la regulación de la situación de las personas menores de edad por el Código de Menores y por la Convención sobre los Derechos de la Niñez, dio lugar a un fenómeno que ha sido denominado “*esquizofrenia jurídica*”; es decir; “*vigencia simultánea de dos leyes, que regulando el mismo tema, resultan de naturaleza antagónica*”.⁴⁷

Tal situación se observaba en la práctica judicial, en tanto que como lo señalaba MINUGUA: “*algunos jueces, fiscales y defensores aplicaron directamente los principios de la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que es jurídicamente correcto, dada la superioridad de aquellas normas..., por otra parte, hay quienes con base en el artículo 548 del Código Procesal Penal, aplican subsidiariamente las reglas*

⁴⁶ MINUGUA. “**Situación de la niñez y la adolescencia en el marco del proceso de paz en Guatemala**”. Informe de verificación. Guatemala, 2000, p. 12-13.

⁴⁷ García Méndez, Emilio. Infancia y Derechos Humanos p. 299.

del proceso penal a los procesos de adolescentes transgresores..., y por último, otros continuaron aplicando el Código de Menores”.⁴⁸

“En 1996, el **Congreso de la República** aprobó el **Código de la Niñez y la Juventud**. Sin embargo, después de haber sufrido reiteradas demoras, su vigencia fue pospuesta indefinidamente. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad resolvió favorablemente una Acción de Inconstitucionalidad que interpuso en el año 2002 el **Movimiento Social a Favor de la Niñez**, argumentando que es función del Congreso de la República aprobar y derogar leyes pero no suspender su vigencia de manera indefinida. A la vez ordenó al Organismo Legislativo que fijara la fecha de su entrada en vigencia. Mientras tanto, para sustituir el Código, la **Comisión de la Mujer, el Menor y la Familia del Congreso Nacional** presentó, ante el seno de ese organismo, la **Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, aprobada el 4 de junio del 2003 y vigente en la actualidad.**”⁴⁹

- **Promulgación y vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.**

La entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, puso término a las múltiples violaciones del orden constitucional y del Estado de Derecho, que se derivaban de la aplicación del Código de Menores. A diferencia de éste, que negaba la calidad intrínseca de sujetos de derechos que corresponde a niñas, niños y adolescentes, que violaba el principio del debido proceso y aplicaba medidas represivas de forma indiscriminada contra las personas menores de edad y sus familias, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece, con precisión, las medidas de protección y los derechos y garantías fundamentales, que corresponden tanto a los niños, niñas y adolescentes afectados en sus derechos humanos, como a aquellos(as) adolescentes en conflicto con la ley.

⁴⁸ MINUGUA. Op cit., p. 15.

⁴⁹ Caballero, María Ester. **El Marco legal e Institucional para la Protección de la Niñez y la Adolescencia ante la Explotación Sexual Comercial en Guatemala...** Análisis de Situación y Propuestas para su Fortalecimiento. Pag. 51.

Esta ley se define como un instrumento de integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto de respeto a los derechos humanos.

La protección contra el secuestro, el tráfico, la venta y la trata de personas menores de edad, para cualquier fin o en cualquier forma, es establecida en el **Artículo 50**, el cual también contiene la obligación del Estado de desarrollar todas las actividades y estrategias de carácter nacional, bilateral y multilateral adecuadas para impedir tales acciones.

“Con relación al maltrato, señala que todo niño, niña o adolescente tiene derecho a no ser objeto de cualquier forma de negligencia, discriminación, marginación, explotación, violencia, crueldad y opresión, punibles por la ley, ya sea por acción u omisión a sus derechos fundamentales. Asimismo, tienen derecho a ser protegidos contra toda forma de maltrato (**Art. 53**) La obligación del Estado de adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas, con el fin de proteger a los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de abuso físico, sexual, descuidos o tratos negligentes y abuso emocional, es contenida en el **Artículo 54.**”⁵⁰

En cuanto a la explotación y abuso sexual, señala en su **Artículo 56**, que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra toda forma de explotación o abuso sexual, incluyendo:

- a. La incitación o la coacción, para que se dedique a cualquier actividad sexual.
- b. Su utilización en prostitución, espectáculos o material pornográfico.
- c. Promiscuidad sexual.
- d. El acoso sexual de docentes, tutores y responsables”.

⁵⁰ María Ester Caballero, **El Marco legal e Institucional para la Protección de la Niñez y la Adolescencia ante la Explotación Sexual Comercial en Guatemala...** Análisis de Situación y Propuestas para su Fortalecimiento



Se crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, cuyas facultades son la defensa, protección y divulgación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ante la sociedad en general, así como el efectivo cumplimiento de las disposiciones que en esta materia precisa el ordenamiento jurídico nacional, la Constitución Política de la República, y otros convenios, tratados, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala. Depende directamente del Procurador de los Derechos Humanos y procuradores adjuntos; tendrá las siguientes funciones:

- a) Proteger los derechos humanos de la niñez y la adolescencia establecidos en la Constitución Política de la República, los convenios, tratados, pactos y de más instrumentos internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño y otras disposiciones legales vigentes, mediante la investigación de denuncias presentadas o tramitadas de oficio en relación a la violación de tales derechos, a efecto de determinar las responsabilidades, ordenar la cesación de las violaciones ocurridas y promover las medidas o denuncias que procedan ante los órganos competentes.
- b) Velar porque las autoridades encargadas de brindar protección a los niños, niñas y adolescentes cumplan con sus atribuciones y que en su actuación se atienda lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño.
- c) Supervisar instituciones gubernamentales y no gubernamentales que atienden a niños, niñas y adolescentes, para verificar las condiciones en que éstas se encuentran, a efecto de que se adopten las medidas pertinentes en la protección de niños, niñas y adolescentes, así como darle seguimiento al cumplimiento de las recomendaciones formuladas.
- d) Coordinar acciones de manera interinstitucional, gubernamental y no gubernamental a nivel nacional e internacional, especialmente con aquellas que brindan protección a niños niñas y adolescentes.

- e) Realizar acciones de prevención tendientes a proteger los derechos humanos del niño, niña y adolescente por medio de pláticas, conferencias, seminarios, foros, videos, cortos de televisión, radio y prensa escrita.

- f) Coordinar con el Director de Promoción y Educación de la Procuraduría de los Derechos Humanos, acciones encaminadas a promover y educar a la población infantil, joven y adulta en relación con los derechos y deberes del niño, niña y joven y sus mecanismos de protección elaborando para el efecto material didáctico apropiado, reproduciendo y publicando el mismo y logrando que tanto padres de familia como maestros lleven a cabo acciones multiplicadoras para difundir tales derechos.

- g) Representar y acompañar al Procurador de los Derechos Humanos, cuando éste lo disponga, en actividades relacionadas con niños, niñas y adolescentes tanto a nivel nacional como internacional.

- h) Proveer al Procurador de los Derechos Humanos, la información de soporte necesario a efecto de que éste proponga ante el Ministerio de Educación, un programa de readecuación curricular que contenga la educación en derechos humanos a nivel nacional con énfasis en los derechos de la niñez y la adolescencia.

- i) Coordinar con las asociaciones y sindicatos magisteriales acciones y programas de educación en derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

- j) Otras funciones y atribuciones que aunque no figuren expresamente son inherentes a esta Defensoría. Artículos 90 al 92.

Determina que en la aplicación de las medidas se tendrán en cuenta las necesidades del afectado, prevaleciendo aquellas que tengan por objeto el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios, observando el respeto a la identidad personal y cultural. **Artículo 111. Establece** entre otras, las siguientes medidas:



- a) Amonestación verbal o escrita al responsable de la violación o amenaza del derecho humano del niño, niña o adolescente.
- b) Declaración de responsabilidad a los padres, tutores o responsables.
- c) Remisión de la familia a programas oficiales o comunitarios de auxilio, orientación apoyo y seguimiento temporal.
- d) Ordenar la matrícula de niños, niñas y adolescentes, en establecimientos oficiales de enseñanza y observar su asistencia y aprovechamiento escolar.
- e) Ordenar tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internamiento en hospital o tratamiento ambulatorio.
- f) Ordenar a los padres, tutores o responsables, su inclusión en programas oficiales o comunitarios de auxilio, que impliquen orientación, tratamiento y rehabilitación a cualquier desviación de conducta, problemas de alcoholismo o drogadicción.
- g) Colocación provisional del niño, niña o adolescente en familia sustituta.
- h) Abrigo temporal del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada, conforme las circunstancias particulares del caso.
- i) En caso de delito o falta cometido por adulto o adolescente, certificar lo conducente a un juzgado correspondiente.

Regula que el abrigo será medida provisional y excepcional, utilizable como forma de transición para la colocación provisional o definitiva de niños, niñas y adolescentes en la familia u hogar sustituto y no implicará en ningún caso privación de la libertad. **Artículo 114.**

En caso de maltrato o abuso sexual realizado por los padres o responsables, la autoridad competente podrá determinar, como medida cautelar, el retiro del agresor del hogar o la separación de la víctima de su núcleo familiar, según las circunstancias.

Artículo 115.

La niñez y la adolescencia amenazada o violada en sus derechos gozarán de las siguientes garantías procesales:

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



h) La discreción y reserva de las actuaciones.

i) Tener y seleccionar un intérprete cuando fuere el caso.

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

k) A evitar que sea re victimizado al confrontarse con su agresor en cualquier etapa del proceso. **Artículo 116.**

El proceso judicial puede iniciarse por remisión de la Comisión Municipal de la Niñez y Adolescencia respectiva y/o del Juzgado de Paz, de oficio o por denuncia presentada por cualquier persona o autoridad. **Artículo 117.**

El procedimiento del otorgamiento judicial de medidas de protección para la niñez se encuentra desde el Artículo 118 al 131.

El proceso corresponde al juzgado de la niñez y la adolescencia quien otorga medidas cautelares provisionales y señalará día y hora para la Audiencia de hechos, dentro de los diez días siguientes. Corresponde al la Procuraduría General de la Nación buscar y presentar los medios de prueba.

Se da una última audiencia donde el juez dicta la sentencia. El juez que dictó la resolución final será el encargado de velar por su cumplimiento, para el efecto, solicitará informes cada dos meses a donde corresponda sobre el cumplimiento de las medidas acordadas para la protección del niño, niña y adolescente. Como recursos de impugnación establece la revision, la revocatoria, la apelación y ocurso de hecho.



2.3.2 Legislación de adopciones

El Congreso de la República por medio del Decreto Número 77-2007 aprobó la Ley de Adopciones la cual regula los procedimientos judiciales y administrativos, y crea el Consejo Nacional de Adopciones -CNA-, como una entidad autónoma, de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. El Consejo Nacional de Adopciones será la Autoridad Central de conformidad con el Convenio de La Haya.

Para Guatemala es una de las leyes más importantes de los últimos treinta años; contiene la normativa necesaria para concretar un proceso de adopción transparente, humano, gratuito, rápido y profundo, y restablece al niño, que no la tiene, su derecho de pertenecer a una familia.

La Ley de Adopciones establece el proceso de adopción, desde la declaratoria de adoptabilidad por parte de un Juez de la Niñez y Adolescencia, pasando por el Consejo Nacional de Adopciones, que tiene a su cargo el procedimiento administrativo, hasta la homologación por parte de un juez de familia y el seguimiento post-adoptivo, de manera clara y transparente, alejada de la corrupción en cualquiera de sus formas.

Dentro de este marco, el Consejo Nacional de Adopciones trabaja únicamente con niños (as) declarados en estado de adoptabilidad por juez competente, lo que da plena confianza y seguridad de trabajar en favor de aquellos pequeños que realmente necesitan ser adoptados.

El Convenio de La Haya relativo a Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional se complementa nacionalmente con la Ley de Adopciones; su ratificación vino a rescatar el prestigio perdido por Guatemala ante la comunidad internacional, a raíz de algunas adopciones irregulares que desvirtuaron el verdadero espíritu de una institución tan maravillosa.⁵¹

⁵¹ Elizabeth Hernández de Larios, Presidente Consejo Directivo Consejo Nacional de Adopciones

La importancia que presenta esta ley en el presente estudio es que prohíbe a las personas que participan en el proceso de adopción tener relación de cualquier clase con las entidades privadas y organismos acreditados extranjeros que se dedican al cuidado de niños declarados en estado de adaptabilidad.

El Consejo Nacional de Adopciones, creado por esta misma ley en su Artículo 17, tiene como funciones según el Artículo 23 literales g, f y o que literalmente se transcriben: Autorizar, supervisar y monitorear en forma periódica, y en su caso sancionar a las entidades privadas, hogares de abrigo, hogares sustitutos que se dediquen al cuidado de los niños; Velar por los niños en estado de adaptabilidad, que ingresen a los hogares de protección y abrigo o al programa de familias temporales del Estado, quienes previa autorización judicial a solicitud de la Autoridad Central, podrán ser ingresados a entidades de abrigo privadas que se encuentren debidamente registradas y autorizadas de conformidad con esta ley; y Mantener un registro actualizado de los niños vulnerados en su derecho de familia y de la institución donde se encuentran en resguardo.

Así mismo esta ley crea un equipo multidisciplinario que dentro de sus funciones están: Elaborar un expediente de cada niño en estado de adoptabilidad que se encuentre albergado en sus instituciones o requerir su equivalente en las instituciones privadas, de acuerdo con el artículo 16 del Convenio de La Haya donde conste:

- Sus datos personales y circunstancias, incluyendo fotografías del mismo;
- Su identificación plena, mediante la certificación de la partida de nacimiento; y el documento que contenga su impresión plantar y palmar; la impresión de las huellas dactilares de la madre y del padre, cuando sea el caso, así como otros medios científicos;
- Su historial médico.;

Autorizar, supervisar y monitorear en forma periódica, y en su caso sancionar a las entidades privadas, hogares de abrigo;

Supervisar bajo la coordinación con la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia de la República, a las entidades públicas y privadas que se dediquen al abrigo de niños;

Las entidades privadas dedicadas al abrigo de niños serán autorizadas y registradas por la Comisión Nacional de Adopciones. La Autoridad Central y los juzgados competentes de conformidad con la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, esta ley y su reglamento deberán velar por que los niños que están bajo medidas de protección, les sean respetados sus derechos. En caso contrario, las autoridades deben efectuar las denuncias correspondientes y dictar las medidas de protección pertinentes.

Las entidades privadas que se dediquen al cuidado de niños están obligadas a velar y asegurar su desarrollo integral; deberán garantizarles como mínimo:

- a. Su debida atención, alimentación, educación y cuidado;
- b. Su salud física, mental y social;
- c. El mantenimiento de las condiciones higiénicas adecuadas de las instalaciones establecidas en reglamento de la presente ley;
- d. Remitir en forma periódica a la Autoridad Central, los informes y datos de los niños que tengan a su cargo;
- e. Otros contenidos en el reglamento de la presente ley.

2.3.3. Legislación penal y explotación sexual comercial de personas menores de edad

Las reformas al Código penal Decreto 9-2009 se identifica como Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas. La aprobación representa un gran avance en la defensa de los derechos humanos de niños, adolescentes y mujeres, los más afectados por esos tipos de delito. El Decreto 9-2009 contiene reformas sobre la violación y la agresión sexual; crea un Capítulo especial para penalizar los diferentes delitos de explotación sexual comercial, como la producción y posesión de pornografía infantil y las relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad.



Además, la normativa crea tipos penales que complementan la ley de adopciones y la ley contra la delincuencia organizada, y mejora las normas relativas a la trata de personas, garantizando la protección de las víctimas y el resarcimiento por el daño que se les ha ocasionado.

Todos los tipos penales que esta ley introduce al Código penal buscan proteger a la niñez. Pero vale la pena resaltar el tipo penal titulado Maltrato a menor de edad a través del cual se sanciona a toda persona que ejerza violencia física, psicológica o sexual a un niño o niña. Incluyendo a aquellas que están obligadas a su cuidado y protección, dentro de las que se encuentran las entidades encargadas de brindar abrigo temporal a la niñez y adolescencia.

Sin embargo estas leyes que buscan el Estado de derecho y seguridad jurídica necesitan de un reglamento que haga práctica su aplicación. En especial un reglamento que sea de observancia obligatoria para las entidades públicas y privadas. Aun la ley de adopciones solo pretenda que el Estado exija a las entidades privadas el cumplimiento de tal reglamento, dejando afuera a las entidades publicas.



CAPÍTULO III

3. Los derechos humanos de la niñez y la situación en Guatemala

3.1 Derechos humanos reconocidos para la niñez y adolescencia en Guatemala y su protección

Los derechos humanos de la niñez guatemalteca están reconocidos en una amplia legislación que se enumeró en el capítulo anterior. Pero este proceso de reconocimiento y protección se debe a la aprobación por las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este proceso desde comienzos de siglo pasado ha permitido observar la disposición a convenir un conjunto de principios de trascendencia universal para la protección de los derechos humanos de los niños y las niñas. Surgiendo así, en dicho proceso, un perfeccionamiento gradual de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y las niñas, logrando dentro de la corriente más universal la garantía y protección de los derechos humanos que se expresa a través de la adopción de dichos instrumentos jurídicos, por parte de los Estados, con creciente poder vinculante. Dentro de esos Estados se puede incluir a Guatemala.

Uno de los logros del movimiento de protección de los derechos humanos es el reconocimiento que todas las personas, incluidos los niños y las niñas, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos, y que es deber del Estado, en este caso el guatemalteco, promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los que están los niños y las niñas.

Por lo tanto, los niños y las niñas de Guatemala son titulares de los derechos fundamentales que la Constitución, los instrumentos internacionales y las leyes reconocen a todas las personas, y goza además de protección específica a sus derechos que se encuentran en instrumentos especiales y también en diversos

instrumentos generales de derechos humanos, tanto de alcance universal como regional. La Declaración Universal de Derechos Humanos; los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, son un buen ejemplo de ello. “También en el sistema Interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, contempla normas especiales para la infancia”.⁵² Todos forman parte de la legislación guatemalteca como se estableció en el capítulo anterior.

La mayor protección específica de derechos humanos se encuentra en la Convención de derechos del niño. Dicha Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como la relación del niño o la niña con la familia; los derechos y deberes de los padres y del Estado; y las políticas sociales dirigidas a la infancia.

La Convención de derechos del niño es el instrumento de derechos humanos más amplia y rápidamente ratificado de toda la historia; actualmente sólo Estados Unidos y Somalia no se han adherido a ese tratado. Su ratificación casi universal se debe al hecho que la Convención de derechos del niño toma en cuenta una amplia gama de creencias, valores y tradiciones de las diferentes realidades culturales, sociales, económicas y políticas y no refleja ni defiende el punto de vista de un grupo específico.

“La Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado, y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos”.⁵³

⁵² Alvarez Velez, M.I. **La protección de los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas y el Derecho Constitucional Español**, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.

⁵³ M. Cillero Bruñol, **El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**, Seminario: **Las nuevas doctrinas y la justicia para menores en Colombia**, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997, p.3.

Aún cuando estipula normas comunes, cada Estado puede escoger sus propios medios para poner en práctica los derechos reconocidos en la Convención, tal y como lo ha hecho el estado guatemalteco.

La Convención cuenta con 54 artículos: los primeros 41 estipulan los derechos humanos de todos los niños y niñas menores de 18 años y los últimos 13 establecen las cláusulas finales sobre el papel del Comité de los Derechos del Niño (el órgano encargado del monitoreo de la Convención), el proceso de adhesión, ratificación y entrada en vigor de la Convención.

Los derechos de la niñez estipulados en los artículos del 1 al 41 se pueden dividir en las siguientes partes:

- medidas generales
- definición del niño
- principios generales
- derechos civiles y libertades
- entorno familiar y cuidado alternativo
- salud básica y bienestar
- actividades educativas, culturales y de recreación
- medidas de protección especial

Además, la Convención se funda en cuatro principios generales que conforman las disposiciones marco de la Convención de Derechos del Niño y son importantes para su estructura general:

- El principio de no discriminación (artículo 2 Convención Sobre los Derechos del Niño).
- El interés superior del niño (artículo 3 Convención Sobre los Derechos del Niño).
- El derecho del niño a la vida, supervivencia y desarrollo (artículo 6 Convención Sobre los Derechos del Niño).
- El derecho a la participación (artículo 12 Convención sobre los Derechos del Niño).

De la misma forma, la Convención de derechos del niño establece cuatro elementos básicos:

- Reconoce a niños y niñas el status de sujeto de derecho.
- Reafirma la aplicación a niños y niñas de determinados derechos ya reconocidos a los seres humanos en general en otros tratados (protección contra la tortura, libertad de expresión, asociación, religión etc.).
- Eleva límite en la aplicación de ciertos derechos humanos básicos, para tomar en cuenta las necesidades específicas de los niños y su vulnerabilidad.
- Establece normas en aquellos ámbitos que atañen mayor o exclusivamente a niños y niñas (adopción, acceso a la educación etc.).⁵⁴

Una de las características principales de la Convención de derechos del niño es que incluye los cinco componentes de derechos humanos en un solo tratado, es decir, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, los que sin ser excluyentes comprenden los siguientes:

I- Derechos Humanos Individuales:

- a) derecho a la vida
- b) derecho a la igualdad
- c) derecho a la integridad personal
- d) derecho a la libertad, identidad, respeto, dignidad y petición
- e) derecho a la familia y a la adopción, dentro del marco legal.

II- Derechos sociales.

- a) derecho a nivel de vida adecuado

⁵⁴ N. Cantwell, **Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño**, p. 3-4



- b) derecho a la salud
- c) derecho a la educación, cultura, deporte y recreación
- d) derecho a la protección en estado de incapacidad

La Convención concede la misma importancia a todos los derechos de la infancia y abarca todas las dimensiones de su vida y desarrollo. No existe ningún derecho "pequeño" ni tampoco una jerarquía de derechos humanos.

Todos los derechos enunciados en la Convención en estudio son indivisibles y están relacionados entre ellos, y su objetivo principal es la protección integral de la infancia. El carácter indivisible de los derechos es una de las claves que permiten interpretar la Convención de la niñez. Las decisiones relacionadas con uno de los derechos deben examinarse a la luz de otros derechos de dicha Convención, ya que no se puede violar un derecho para garantizar otro. La interdependencia exige la realización conjunta de los derechos para que niños y niñas logren el desarrollo máximo.

El valor fundamental de la Convención consiste en la afirmación de una amplia gama de derechos fundamentales que elimina cualquier duda que pudiere subsistir sobre el lugar de niñas y niños en el marco del derecho internacional de los derechos humanos: no es el objeto del derecho a una protección especial, sino sujeto de todos los derechos reconocidos por la normativa internacional como "derecho de toda persona".

La mayor amplitud de los derechos y la existencia de grupos que, pese a la generalidad de los instrumentos, quedan fuera de esta evolución, ha exigido acordar nuevos pactos destinados específicamente a estas áreas o grupos. Esta ha sido la situación de los niños que si bien nunca han sido excluidos de los instrumentos generales de derechos humanos, en los hechos, su protección no lograba alcanzarlos efectivamente. En este sentido se puede afirmar que la Convención sobre los Derechos del Niño es un instrumento destinado a la no discriminación, a la reafirmación del reconocimiento de los niños como personas humanas, en toda la acepción y sin limitaciones, y responde a la necesidad de contar con instrumentos jurídicos idóneos para proteger sus derechos.

La Convención de Derechos del Niño, entonces, opera como un ordenador de las relaciones entre la infancia, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Siguiendo la tradición contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de derechos del niño es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el papel de las políticas sociales básicas y de protección y limitando la intervención tutelar del estado a una última instancia, que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales. De este modo, el enfoque de los derechos humanos, permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de la niñez en la sociedad.

En consecuencia, al interior del sistema jurídico guatemalteco, las disposiciones relativas a los derechos de los niños y niñas, incorporadas a aquél por medio de la ratificación de la Convención de derechos del niño y por normas nacional que la desarrollan y que ya fueron descritas, cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que las niñas y los niños como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y estado de desarrollo de la infancia; establecer derechos propios de la niñez (como los derivados de la relación paterno/filial o el derecho al esparcimiento); regular los conflictos jurídicos derivados de la vulneración de los derechos de la niñez o de su colisión con los derechos de los adultos; orientar las políticas públicas en relación a la infancia; y limitar las actuaciones de las autoridades.

En el ámbito estrictamente jurídico, la Convención de Derechos del Niño y las leyes nacionales que la desarrollan, contiene un conjunto de disposiciones destinadas a reconocer y garantizar los derechos de la niñez a: la sobrevivencia, el desarrollo, la protección y la participación, derechos que están completamente integrados e inseparables.

La amplitud de sus disposiciones permite señalar que la Convención de derechos del niño constituye un verdadero programa de acción para el Estado de Guatemala que la ha ratificado, destinado a proteger el desarrollo integral a través del disfrute de los derechos que al niño y la niña se les reconocen.

Estos derechos son estrictamente interdependientes, exigiéndose la satisfacción conjunta de ellos para la consecución efectiva del desarrollo. Esta interdependencia, exige una protección integral de los derechos del niño, debiendo evaluarse cualquier situación de vulneración, amenaza o restricción de derechos, en la perspectiva de los efectos que producen sobre el conjunto de derechos protegidos.

El enfoque de los derechos humanos aplicado a la infancia guatemalteca, es constituir una nueva concepción del niño y la niña, sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva concepción se basa en el reconocimiento expreso del niño y niña como sujetos de derechos, se les considera y define según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad. Entonces, la infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica.

La Convención de derechos del niño por tanto, profundiza la doctrina de los derechos humanos contenida en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, ratificados por Guatemala, que en lugar de buscar diferenciar sujetos, señala estrictamente los atributos positivos comunes de todas las personas, declarando los derechos fundamentales que le deben ser reconocidos por el solo hecho de existir, sin considerar su edad, sexo u otra condición.

En la concepción de la niñez como sujeto de derecho subyace, primeramente, la idea de igualdad jurídica, en el sentido que todas las personas son destinatarias de las normas jurídicas y tienen capacidad de ser titulares de derechos, para luego acceder a fórmulas más perfectas como, la igualdad ante la ley o la igualdad en los derechos, que también son recogidas por la Convención y en consecuencia en la legislación guatemalteca.⁵⁵

⁵⁵ Bobbio, N. **Igualdad y Libertad**, Ed. Paidós, Barcelona, 1993, pp 72 y ss.

El solo reconocimiento de los derechos humanos al sector de la infancia resulta insuficiente. Es necesario que exista toda una estructura institucional que vele y procure el cumplimiento de dichos derechos. En Guatemala existen varias instituciones encargadas de esta tarea y a continuación se procede a identificarlas.

3.2 Instituciones garantes de los derechos humanos de la niñez y adolescencia en Guatemala

La Ley de Adopciones, así como la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, crean diversas organizaciones e instituciones que son las responsables de velar, a través de sus acciones administrativas o judiciales, por la efectiva vigencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Estas instituciones son:

3.2.1 Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia, es un sujeto procesal indispensable para el desarrollo del proceso judicial de niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos. Dicha institución deberá dirigir, de oficio o a requerimiento de juez, la investigación de los hechos, en donde se alegue que se han violado o amenazado los derechos de la niñez, entre estos la violación del derecho de familia. Para el efecto deberá intervenir en forma activa, promoviendo y procurando el respeto de los derechos y garantías que, en materia de adopción, reconocen a la niñez guatemalteca: la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, La Ley de Adopciones y otros instrumentos nacionales e internacionales.

Corresponde a la Procuraduría General de la Nación tener, como mínimo, un Abogado Procurador de la Niñez en cada Juzgado de la Niñez y Adolescencia.

Ésta deberá contar con un equipo técnico de investigación, pues será la responsable de dar seguimiento a cada caso y emitir las opiniones jurídicas en las audiencias, principalmente establecer aquellos presupuestos necesarios para que proceda la declaración de adoptabilidad, establecidos en el artículo 35 de la Ley de Adopciones.

El abogado, Procurador de la Niñez deberá, en todos los casos, estar presente en las audiencias que el juez o jueza señale; además debe investigar y aportar los medios de prueba que el caso amerite.⁵⁶

3.2.2 Juzgados de Paz, Juzgados de la Niñez y la Adolescencia y Juzgados de Familia

El rol de los Juzgados de Paz, Juzgados de la Niñez y la Adolescencia tiene especial relevancia porque ahí es donde se determina la violación o amenaza de los derechos de la niñez y adolescencia así como la adoptabilidad de las niñas y los niños, en virtud de haberse resuelto que su derecho de familia ha sido violado y que se han establecidos los presupuestos de los incisos a., b., c. y d del artículo 35 de la Ley de Adopciones, que deben ser probados por el Abogado Procurador de la Niñez de la Procuraduría General de la Nación.

En cuanto a los juzgados de familia, la intervención principal radica en la homologación judicial establecida en el artículo 49 de la Ley de Adopciones, y donde el juez:

Verificará que el procedimiento administrativo de adopción cumple con los requisitos de dicha Ley y del Convenio de La Haya. Si es procedente declarará con lugar la adopción y ordenará su inscripción en el Registro Nacional de las Personas.

Si el Juez de Familia constata que se omitió algún requisito de ley, remitirá el expediente a la Autoridad Central, para que sea subsanado y asegurará la protección del niño.

Autorizada la adopción por el Juez de Familia, la deberá notificar a la Autoridad Central, y verificará que se restituya el derecho de familia del adoptado, por medio de acto en el que, personalmente, comparecen los adoptantes y el adoptado.

⁵⁶ Solorzano, Justo. **La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, una aproximación a sus principios, derechos y garantías.** Proyecto Justicia Penal de Adolescentes y Niñez Víctima, Organismo Judicial-UNICEF, Guatemala, 2006.



3.2.3 Defensoría de la Niñez y la Adolescencia de la Procuraduría de los Derechos Humanos

La Defensoría de los Derechos Humanos de la Niñez y la Adolescencia: fue reconocida por la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia desde el año 2003. Tiene la función de supervisar las instituciones gubernamentales y no gubernamentales que atienden a niñas y niños para verificar las condiciones en que estos se encuentran.

Puede solicitar que se adopten las medidas pertinentes para la protección de los niños y niñas, de acuerdo a lo expresado por la defensoría. Esta institución ha supervisado cerca de 300 hogares, de los cuales cuentan con registros, no así de los niños que se encuentran en dichos centros.

Recibe denuncias a cerca de robos de niños, o de irregularidades en los procesos de adopción, en los cuales realiza verificaciones para garantizar el respeto de los derechos humanos de la niñez.

3.2.4 El Consejo Nacional de Adopciones

El Consejo Nacional de Adopciones es la nueva institucionalidad creada como una entidad autónoma, de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

La visión de dicha Autoridad Central es ser la institución que coadyuve al fortalecimiento del sistema de protección integral, garantizando que la restitución del derecho de la niñez y adolescencia, a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, se realice mediante políticas y programas que cumplan con los principios y procedimientos establecidos en la Ley de Adopciones.

Su misión es proyectarse como la institución reconocida nacional e internacionalmente por innovar el sistema de adopciones en Guatemala, a través del diseño, aplicación y promoción de procedimientos de adopción transparentes y ágiles, que reconocen y garantizan la ubicación del niño, niña o adolescente con la familia idónea, atendiendo primordialmente a su interés superior.

Es el ente rector, en materia de adopciones y tiene dentro de sus responsabilidades:

Velar por el cumplimiento de la ley de adopciones, lo que es una labor relevante, considerando todos los aspectos anteriormente mencionados.

Frenar las irregularidades en los nuevos procedimientos de adopciones, la trata de personas con fines de adopción y aplicar cada uno de los principios de la ley a los procedimientos de adopción.

Desarrollo del procedimiento administrativo de adopción, así como la autorización y registro de las entidades privadas dedicadas al abrigo de niños y de los organismos acreditados internacionales, quienes por años manejaron programas privados de adopciones, sin ningún control ni supervisión.

El Consejo Nacional de Adopciones está compuesto por las siguientes dependencias:

Consejo Directivo

Dirección General

Equipo Multidisciplinario

Registro

El Equipo Multidisciplinario es la unidad del Consejo Nacional de Adopciones que asesora las actuaciones en los procesos de adopción para que estos se realicen de conformidad con la Ley, con transparencia, ética y los estándares internacionalmente aceptados; debiendo para el efecto prestar asesoría a los padres biológicos, los padres adoptantes y los familiares del niño, así como a las instituciones o autoridades cuyo consentimiento sea necesario para el proceso de adopción.



El equipo multidisciplinario está conformado por las siguientes unidades:

Unidad de Apoyo y Orientación a la Familia Biológica y al Niño.

Unidad de Apoyo y Orientación a la Familia Adoptiva y al Niño Adoptado.

Unidad de Peritaje, investigación y supervisión de entidades privadas y acreditación de organismo internacionales.

El trabajo del Consejo es revisado por los Jueces de Familia, quienes determinan si se ha cumplido en cada adopción con los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley de Adopciones y el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopciones Internacionales, lo que permite darle garantía de transparencia a los procedimientos, por el control cruzado que se establece.

3.2.5 Comisión Nacional de la niñez y la adolescencia

Encargada de aprobar, gestionar, coordinar y fiscalizar las políticas públicas de protección integral de la niñez y adolescencia y velar porque en el presupuesto general de ingresos y egresos del Estado se incluyan las asignaciones correspondientes a dicho fin.

3.2.6 Comisiones municipales de la niñez y adolescencia.

Encargadas de formular, aprobar y gestionar el cumplimiento de las políticas públicas municipales de protección integral de la niñez y adolescencia en el marco de la política nacional.

3.2.7 Unidad de protección de la adolescencia trabajadora

Dependencia del Ministerio de Trabajo y Previsión Social para ejecutar programas específicos relacionados con la protección de la adolescencia trabajadora.

3.2.8 Unidad especializada de la niñez y la adolescencia de la Policía Nacional Civil

Institución encargada de capacitar y asesorar a todos los miembros de la Policía Nacional Civil sobre los derechos y deberes de la niñez y la adolescencia.

3.2.9 Ministerio Público

Institución encargada de la investigación de los hechos contrarios a la ley penal y de la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia promoviendo y ejerciendo de oficio la acción penal pública.

3.2.10 Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia

Entidad responsable de asignar dentro de su presupuesto, los recursos necesarios para el funcionamiento de la Comisión Nacional de la niñez y la adolescencia y de velar por el cumplimiento de las medidas de protección a la niñez y adolescencia vulnerada en sus derechos, así como las sanciones impuestas a los adolescentes en conflicto con la ley penal.

3.3 Principios jurídicos que garantizan los derechos humanos de la niñez y adolescencia en la legislación guatemalteca

La Convención de los derechos del niño se estructura a partir de ciertos principios como los de interés superior del niño, la no discriminación, la efectividad y el de la autonomía y la participación.

Estos principios son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

La característica principal de estos estándares jurídicos, que aquí se denominan principios, es que tienen una dimensión de peso o importancia relativa. Los conflictos entre principios no se pueden resolver por la lógica de su validez o invalidez derivada de aspectos formales o de reglas interpretativas preexistentes, sino de su peso relativo en la situación concreta y por ello, son un elemento importante al momento de resolver conflictos normativos o de colisión de derechos.

El sentido en que se viene hablando de principios exige que ellos se entiendan como vinculantes para el juez y el legislador, como se desprende inequívocamente de la formulación positiva que de ellos hace la Convención de los Derechos del Niño.

Los primeros artículos de la Convención de los Derechos del Niño tienen la particularidad de hacer explícitos y positivizar estos estándares que se han denominado principios. Ahora se pasa a analizar los principios de: autonomía progresiva, interés superior del niño, no discriminación y efectividad.

3.3.1 Principio de la autonomía progresiva (El niño sujeto de derecho)

Una característica fundamental del enfoque de los derechos humanos aplicado a la infancia, es constituir una nueva concepción de la niñez y de sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva concepción se basa en el reconocimiento expreso del niño como sujeto de derecho, en oposición a la idea predominante de niño definido a partir de su incapacidad jurídica.

La Convención sobre los Derechos del Niño, a diferencia de la tradición jurídica y social imperante en muchos países hasta antes de su aprobación, no define a las niñas y los niños por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Por el contrario, al niño o la niña se le considera y define según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad.

Ser niño o niña no es ser "menos adulto", la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica.

La Convención sobre los Derechos del Niño obliga a que los Estados y la sociedad reconozcan en cada niño niña un conjunto universal de derechos y, por necesaria consecuencia, definan las obligaciones que de ellos se derivan para la sociedad, la familia y el Estado.

De esta forma se construye un sujeto de derecho especialísimo, dotado de una supra-protección, o protección complementaria, pues se agregan nuevas garantías a las que corresponden a todas las personas. Por su parte, esta protección especial tiene carácter nacional e internacional, ya que los Estados Parte adquieren compromisos ante la comunidad de las naciones, y al ser a su vez leyes de los Estados, son aplicables los mecanismos de garantía propios del derecho interno.

Así, la Convención sobre los Derechos del Niño es portadora e inspiración de una doctrina que considera al niño como un pleno sujeto de derecho, dejando atrás la imagen de niño objeto de representación, protección y control de los padres o el Estado, que informó la legislación de menores en el mundo entero. La Convención sobre los Derechos del Niño, entonces, se separa de la tradición jurídica de menores basada en la incapacidad, y reafirma el carácter de sujeto de derecho que se desprende de su carácter de persona humana, condición nunca negada por los instrumentos de derechos humanos pero opacada durante años por la tradición proteccionista que inspiró las legislaciones especiales de menores.

En consecuencia, según se ha sostenido reiteradamente por múltiples autores, la Convención sobre los Derechos del Niño y las legislaciones que la implementan han permitido que el niño deje de ser un objeto de protección y se constituya en sujeto de derecho.

Sin embargo, al aplicar esta idea, surge la paradoja de que si bien el niño es portador de derechos y se le reconoce capacidad para ejercerlos por sí mismo, el propio ordenamiento jurídico no le adjudica una autonomía plena, debido a consideraciones de hecho -que tienen que ver con su madurez- y jurídicas, referidas a la construcción jurídica tradicional de las niñas y los niños como personas dependientes de sujetos adultos, en particular, de los padres.

El artículo quinto de la Convención sobre los Derechos del Niño considera y propone un modo de resolver esta situación fáctica y normativa, al disponer que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo en virtud de "la evolución de sus facultades", y que a los padres o demás responsables en su caso, les corresponde impartir "orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

Al Estado, por su parte, le corresponde "respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres" o de quien corresponda, asumiendo el principio de no injerencia arbitraria del Estado en la vida familiar ya reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12, y reafirmado por el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta disposición relativa a la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de los derechos, constituye uno de los principios que estructuran el sistema de derechos reconocidos por la Convención, por lo cual, la promoción y respeto de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, se convierte en uno de los intereses jurídicos que deben ser protegidos. La Convención sobre los Derechos del Niño contiene múltiples mecanismos para este objeto, los que deben ser incorporados y desarrollados en las legislaciones nacionales.

El principio de protección y promoción de la autonomía tiene una importante manifestación en el deber de orientación y dirección de sus padres, y se fundamenta en que el niño tiene "derecho" a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos, superando el argumento tradicional de sentido inverso, esto es, que los padres tienen poderes sobre la niñez, debido a que las niñas y los niños carecen de autonomía.

Esto significa que los deberes jurídicamente reconocidos de los padres -que a su vez son límites a la injerencia del Estado, es decir derechos de los padres frente al Estado- no son poderes ilimitados sino funciones jurídicamente delimitadas hacia un fin: el ejercicio autónomo progresivo de los derechos del niño que, en casos calificados de incumplimiento, deben ser asumidos por el Estado (artículos 9 y 20 de la Convención Sobre Los Derechos Del Niño).

Recapitulando, de la necesidad de proteger el desarrollo de la autonomía progresiva del ejercicio de los derechos de la infancia, se derivan las funciones parentales de orientación y dirección y los subsidiarios poderes del Estado. Igualmente, de la consideración de la niñez como sujetos de derechos y del principio de la autonomía progresiva se desprende que el niño es también portador de una creciente responsabilidad por sus actos, que permitirá no sólo afirmar que la infancia y la adolescencia son destinatarias de las normas prescriptivas y prohibitivas del ordenamiento jurídico, sino también que pueden, según su edad y la evolución de sus facultades, constituirse en responsables de sus actos ilícitos.

Corresponderá al Estado y a la familia apoyar y proteger el desarrollo del niño de modo que adquiera progresivamente autonomía en el ejercicio de sus derechos. De este modo, la idea de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos del niño se constituye en la clave para interpretar la función del Estado y la familia en la promoción del desarrollo integral del niño. El niño como sujeto de derecho debe gozar de todos los derechos que se reconocen en la Constitución de los Estados, los tratados internacionales y las leyes internas.

Asimismo, deberá adquirir progresivamente, de acuerdo a la evolución de sus facultades, la autonomía en el ejercicio de sus derechos.

Una consecuencia lógica de la asunción del principio de la autonomía progresiva será la distinción, jurídicamente relevante, entre niños y adolescentes que contempla la gran mayoría de las legislaciones dictadas en América Latina después de la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño.

3.3.2 Principio del interés superior del niño (Artículo 3.1)

Consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."

Este principio nos invita a desprendernos de lo que hasta ahora habíamos considerado como ese interés, es decir, no es un simple interés particular, porque más allá de eso consiste en un principio jurídico-social de aplicación preferente en la interpretación y práctica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes.

Este principio trasciende la simple consideración de inspiración para la toma de decisiones de las personas públicas o privadas, al erigirse más bien como limitación de la potestad discrecional de estos entes, pero principalmente al constituir un principio de vínculo normativo para la estimación, aplicación y respeto de todos los derechos humanos de los niños, adquiere particular relevancia su precisión y determinación como garantía fundamental de protección-prevención.



Al respecto Cillero⁵⁷ lo considera un principio jurídico garantista, es decir, que su significado estriba fundamentalmente en la plena satisfacción de los derechos de los niños, dejando de ser una directriz vaga e indeterminada. De esa manera, el Interés Superior del Niño junto a la no discriminación, constituyen la base de sustentación y protección de los derechos humanos de los niños.

Según este principio en todas las medidas concernientes a la infancia que tomen "las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá al 'interés superior del niño' como una consideración primordial". Este principio se especifica y complementa con el derecho del niño a expresar su opinión o punto de vista, en todos los asuntos que le afecten.

Esta disposición es un reflejo del carácter integral de la doctrina de los derechos de la infancia y, a su vez, de su estrecha relación con la doctrina de los derechos humanos en general. Como las niñas y los niños son parte de la humanidad y sus derechos no se ejercen de forma separada o contrariamente al de las otras personas, el principio no está formulado en términos absolutos, sino que el interés superior del niño es considerado como una "consideración primordial". El principio es de prioridad y no de exclusión de otros derechos o intereses.

Si bien no es posible abordar aquí todas las aristas de este principio, es necesario afirmar que el "interés superior del niño", no alude, ni puede aludir, más que a la satisfacción de sus derechos fundamentales. El interés superior del niño es, siempre, la satisfacción de sus derechos y nunca se puede aducir un interés del niño superior a la vigencia efectiva de sus derechos.

⁵⁷ Cillero, Miguel. **El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en Infancia, Ley y Democracia**. Editorial TEMIS, Ediciones DEPALMA, Santa Fe de Bogotá- Buenos Aires, 1998. P 78

Gran parte de la importancia de este principio viene dada por su valor polémico o su mensaje subyacente: ni el interés de los padres, ni el del Estado puede ser considerado en adelante el único interés relevante para la satisfacción de los derechos de la infancia: ellos tienen derecho a que su interés se considere prioritariamente en el diseño de las políticas, en su ejecución, en los mecanismos de asignación de recursos y de resolución de conflictos.

También el principio es un criterio orientador para resolver conflictos de derechos en que puedan verse involucrados los niños y jóvenes, que rige y obliga expresamente al legislador, los tribunales, los órganos administrativos y los servicios de bienestar públicos y privados; en este sentido es un principio que pretende realizar la justicia y no es un mero lineamiento u objetivo social.

Esta particularidad del principio del interés superior del niño, de servir de regla de interpretación y de resolución de conflictos entre derechos, queda de manifiesto con la propia aplicación que de éste hace la Convención en diversas disposiciones (Artículos 9.1, 20.1, 21, 37 c, entre otros).

Un buen ejemplo es el contenido en el artículo 9.1 que funda en este criterio la resolución entre el derecho del niño a la convivencia familiar y el de su integridad personal en caso de maltrato. En estos casos, mediando siempre reserva judicial, podrá separarse a un niño en contra de la voluntad de sus padres si el interés superior del niño lo hace necesario para salvaguardar otros derechos de mayor entidad cuyo ejercicio conjunto con el de vivir con sus padres, se ha tomado imposible.

3.3.3 Principio de la no discriminación

El principio de la no discriminación es el pilar fundamental sobre el cual se edifica la filosofía de los Derechos Humanos y se erige como eje para la universalidad de estos derechos.

El carácter universal de las políticas sociales tiene que ver de manera inmediata con este principio, así como la aplicación y ejercicio de todos y cada uno de los Derechos humanos de los niños y adolescentes tiene que ver con que esta aplicación y este ejercicio está dirigido a vencer las condiciones, situaciones y circunstancias, generalmente sociales, económicas y culturales, que generan discriminación y, por ende, desigualdad.

La Prohibición de discriminación es, entonces, el presupuesto (entiéndase el principio) inicial para la construcción de políticas de protección integral. Se encuentra contenido en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los siguientes términos: "Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o representantes legales"

Este principio de igualdad se erige como fundamental, como norma con carácter jurídico-social definido, es decir, orientado a la lectura de todos los derechos consagrados en la propia Convención que lo trae como principio, dirigido al desarrollo de políticas igualitarias en el ámbito público y privado, que garanticen el respeto de los derechos humanos de los niños.

De consecuencia no debe haber distinción para negar o conceder derechos, utilizándose como fundamento la condición social, el sexo, la religión o la edad (igualándose así los derechos de los niños a los de los adultos), pero al mismo tiempo este principio de igualdad establece un elemento novedoso y relevante en materia de derechos humanos, con alcance ulterior, que se proyecta más allá de la propia condición del niño, al prohibir no sólo la discriminación en razón de las condiciones inherentes a la propia persona (niño o niña), de que se trate con respecto a sus semejantes (niños o adultos), sino que además abarca el amplio sentido de traspasar su propia condición de niño, para evitar (y prohibir) la discriminación en razón de alguna



condición de sus padres o representantes legales. Verbigracia, el caso de niños cuyos padres sean de etnia diferente a los demás, o de nacionalidad extranjera respecto al país en donde nace el niño.

En estos casos, la propia condición de sus padres no debe ser nunca elemento de juicio para la consideración discriminatoria del hijo. Además, mención especial debe hacerse a este principio en relación al IMPERIO DE LA CONVENCION, como norma inherente al principio mismo, dirigida en dos vertientes, la primera al establecerse la obligación de los Estados Partes en respetar los derechos que se consagran a los niños en este instrumento jurídico internacional (que son sólo enunciativos); imperio acorde con el principio de la extraterritorialidad de las leyes que obliga a respetar, en este caso, la Convención a todo niño sometido a la jurisdicción del Estado de que se trate, independiente del lugar en donde se encuentre el niño, y la segunda, como mecanismo de cumplimiento la obligación de su efectiva aplicación, y observancia de las medidas que ordena el particular segundo del Artículo 2 antes citado, respecto a las actividades, opiniones, creencias de sus padres, tutores o familiares.

El principio de no discriminación tiene una doble expresión en la Convención Sobre los Derechos del Niño. En primer término ella es en sí misma un tratado contra la discriminación, ya que justamente pretende asegurar que la infancia tengan la titularidad de los derechos que le corresponden a todas las personas y, para lograrlo, no sólo los reafirma sino que establece nuevas protecciones en atención de que se trata de sujetos en desarrollo.

Ya en el primer párrafo del preámbulo de la Convención, la noción de igualdad tiene presencia destacada al señalarse que "la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", reconociéndose, en el párrafo tercero, "que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados" en los instrumentos de derechos humanos de Naciones Unidas. A partir de estos reconocimientos se legitima la existencia de un tratado específico sobre derechos humanos de las niñas y los niños.

En la teoría jurídica es una idea asentada la existencia de una "regla de justicia" que puede anunciarse como aquella "según la cual se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de un modo desigual". Tiene, también, suficiente aceptación cultural la idea que las niñas y los niños deben ser sujetos privilegiados, como lo refleja una de las máximas más socorridas desde principios del siglo: "las niñas y los niños primero"; igualmente reflejan esta tendencia numerosas iniciativas humanitarias en favor de las niñas y los niños llevadas a cabo desde organizaciones civiles, gubernamentales e internacionales en todo el mundo.

En el ámbito jurídico esto tiene importantes consecuencias. Por una parte el recientemente expuesto principio del interés superior del niño es una aplicación clara de un criterio de prioridad que encuentra su fundamento último en una concepción de la justicia que se base en el reconocimiento que las desigualdades sólo son tolerables, si satisfacen, entre otras condiciones, el "procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad". La Convención Sobre los Derechos del Niño, justamente pretende superar, a través del fortalecimiento de su posición jurídica, el carácter de grupo menos aventajado que tradicionalmente ha acompañado a la infancia.

La segunda expresión, más obvia, es que la no discriminación exige una igualitaria protección de los derechos de la infancia, atendiendo a sus particularidades. Los niños tienen igualdad de derechos y es deber del Estado promover la igualdad en la aplicación de ellos. Todas las niñas y los niños, cualquiera sea su condición tienen derecho a no ser discriminados en sus derechos de sobrevivencia, desarrollo, protección y participación.

Por su parte el Estado está especialmente obligado a garantizar la igual consideración y respeto de todos los niños y niñas, adoptando todas las medidas para darles efectividad y protección a sus derechos. Lo anterior necesariamente exigirá establecer políticas de protección y compensación respecto de la infancia que se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad, con objeto de asegurar la igualdad de oportunidades al acceso de los derechos.



El artículo segundo de la Convención recoge adecuadamente estos criterios estableciendo, en primer término, la aplicación igualitaria de los derechos consagrados en ella sin distinción alguna y enunciando, luego, la prohibición de algunos criterios específicos de discriminación.

En este sentido cobra relevancia el hecho que se establezca la prohibición por consideraciones étnicas de la persona, reforzada por el artículo 30, y, principalmente, la prohibición de discriminar al niño ya no en razón de sus propias características personales, sino de las de sus padres, tutores o responsables.

Esta última prohibición es reafirmada por el inciso segundo que establece la obligación de los Estados de tomar todas las medidas para proteger a las niñas y los niños de discriminaciones o castigos derivados de la condición, actividades, opiniones o creencias de sus padres, tutores o familiares.

También es importante destacar el artículo 28. 1, que reconoce el derecho del niño a la educación, hace expresa referencia a que este derecho debe "ejercerse en condiciones de igualdad de oportunidades", para lo que expresamente establece un conjunto de mecanismos de protección que van desde la enseñanza primaria gratuita y obligatoria para todos, hasta hacer la enseñanza superior accesible para todos, sobre la base de la capacidad de cada uno.

El mecanismo privilegiado que establece la Convención para el logro de la igualdad es el derecho a la educación, cuyos fines se orientan hacia el desarrollo integral de las capacidades del niño.

La asunción del respeto de los derechos humanos y libertades de terceros; de sus padres, de su identidad cultural y del medio ambiente; y, en general, de "preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena" (art. 29.d).



3.3.4 Principio de la efectividad de los derechos.

El Artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño recoge este principio en los siguientes términos: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención" (principio de efectividad) "...En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional" (Principio de Prioridad Absoluta)

Por un lado, la efectividad trae aparejado consigo la adopción de medidas o providencias no solo de carácter administrativo y legislativas, sino todas aquellas que siendo de cualquier índole conduzcan a la efectividad (goce y disfrute real) de los derechos humanos de los niños y niñas, al respeto de estos derechos y al desarrollo de garantías sociales, económicas, legales, institucionales y administrativas.

Este principio de efectividad se repetirá a lo largo de todo el articulado de la Convención en donde se establecen derechos a supervivencia, protección, participación y desarrollo, ya no como principio general, sino con formulación precisa, más bien específica de las medidas a tomar para alcanzar determinado derecho humano. Por ejemplo, en el Artículo 24 en el que se reconoce el Derecho a la salud, se ordenan las medidas apropiadas para combatir enfermedades, malnutrición, atención y prevención, educación en salud, y otras.

Asimismo, en los Artículos 28 y 29 sobre el derecho a la educación, que establece las medidas particulares para garantizarlo en igualdad de condiciones, desde la enseñanza primaria obligatoria y gratuita, hasta las medidas para la eliminación del analfabetismo y garantizar el acceso escolar.

El principio de efectividad es la base que da expresión práctica al carácter imperativo y a los mecanismos de cumplimiento previamente enunciados en la Convención, pero además, y principalmente, constituye el programa genuino para el desarrollo de las políticas de derechos humanos hacia los niños.

Sobre las medidas de efectividad que obliga la Convención a los Estados Partes, se fundamenta el examen crítico, las recomendaciones generales, sugerencias técnicas y programáticas del Comité de Derechos del Niño, conforme a los artículos 43, 44 y 45 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Vale afirmar para este principio lo expresado en el anterior principio del Interés Superior del Niño, es decir, asimilarlo a principio garantista.

Por otra parte, los Derechos humanos de los niños y niñas deben ser atendidos con prioridad absoluta. Significa este principio que el Estado debe adoptar medidas hasta el máximo de los recursos para propender a la protección integral y, de ser necesario, recurrir a la cooperación internacional.

Que los derechos de niños, niñas y adolescentes sean atendidos con prioridad absoluta no es únicamente que se les dé preferencia en la formulación de las políticas públicas, sino también prioridad en el destino de los recursos públicos, preferencia absoluta en atención y socorro en cualquier circunstancia y en protección preferente frente a situaciones de violación o negación de derechos, y que también se castigue y sancionen preferentemente estas violaciones.

Esta parte del Artículo 4 de la Convención que consagra la Prioridad Absoluta es de particular interés para transformar la conducta institucional de los gobiernos respecto a la planificación social, puesto que invierte el orden jerárquico o de preeminencia de los asuntos de Estado y de gobierno, al colocar en primer lugar las medidas referidas al cumplimiento de los derechos sociales, económicos y culturales, sin que valga de excusa motivaciones de carácter presupuestario, emergentes o circunstanciales que tradicionalmente se han utilizado para evadir responsabilidades en el cumplimiento de los derechos humanos.



En un sentido práctico de las políticas públicas, significa que a la hora de su diseño y destino, primero y en primer lugar estará el análisis de la situación de los niños, la aplicación de políticas, incluyendo acciones, planes, programas y presupuesto hacia esta población, antes que otro sector social, pero si acaso no fueren suficientes los recursos nacionales para la aplicación de las medidas que impone el principio de prioridad absoluta, también con prioridad se debe recurrir a la cooperación internacional, lo que en la práctica de la política de solicitud de cooperación significaría colocar en primer plano de la ayuda a los niños, antes que los compromisos derivados de otras acciones del Estado.

El desafío central que pretende vencer la Convención sobre los Derechos del Niño es pasar del mero reconocimiento de derechos y su proclamación, a la protección efectiva de ellos, a su satisfacción real.

El núcleo central de cualquier política jurídica destinada a la expansión real de los derechos humanos, incluidos los de las niñas y los niños, "no es el de fundamentarlos, sino el de protegerlos..., saber cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, pese a las declaraciones solemnes, sean continuamente violados."

El problema de la efectividad tiene que ver con los mecanismos de garantía que, "en cuanto seguridades o medidas de protección, se dan solamente frente al Estado" y como bien señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "la obligación de garantizar ... no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".

En consecuencia, la efectividad de los derechos a que hace referencia el artículo cuarto de la Convención exige no sólo la recepción normativa de los derechos sino la adopción de mecanismos efectivos de garantía por parte del Estado. Es decir, se requiere de una protección efectiva, una continuidad entre los derechos declarados y los mecanismos jurídicos para asegurar su protección.



Por su parte, la Convención contiene un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales cuya satisfacción es progresiva y depende de factores externos. Por ello la Convención sobre los Derechos del Niño es un programa de acción para los gobiernos y la sociedad en cuanto a hacer todo lo posible, es decir, lo más que se pueda, en favor de las niñas y los niños, que debe reflejarse en políticas públicas que respeten y promuevan los derechos de la infancia.

Sin embargo, para que la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño sea completa, en los términos que promueve el Artículo 4, es necesario lograr una vigencia "sociológica", un "derecho eficaz, realmente aceptado o vivido por sus destinatarios", que en el ámbito de los derechos de las niñas y los niños refiere a la promoción de una cultura de respeto de los derechos de las niñas y los niños.

El logro de este amplio principio, cuyo logro dependerá de la aplicación integral de la Convención sobre los Derechos del Niño, también se relaciona con ciertas obligaciones especiales que los Estados asumen en virtud de la ratificación.

La primera de ellas es la de divulgar los "principios y disposiciones de la Convención...tanto a los adultos como a las niñas y los niños" (42). La otra obligación que se contrae es el rendir cuenta periódicamente al Comité por los Derechos del Niño, momento en que se evalúa la situación de los derechos de la infancia en el país por un comité de expertos.

3.4 Sobre las formas o manifestaciones de la amenaza o violación de los derechos humanos de la niñez y adolescencia

La amenaza de un derecho es dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer un mal a un niño, niña o adolescente, mal que implica una violación a un derecho humano y/o la comisión de un hecho delictivo. En cambio por violación de un derecho se entiende el incumplimiento de un derecho a través de su no realización (expectativa de derecho) o de su trasgresión.

Las amenazas o violaciones a los derechos humanos de la niñez y la adolescencia se pueden manifestar en tres ambientes en donde se desarrolla el niño, la niña o adolescente. Estos ambientes son: La familia; El centro educativo o de cuidado y los ambientes sociales.

Las amenazas o violaciones a los derechos humanos de la niñez y la adolescencia se pueden clasificar en dos grandes ramas que son: Amenaza o violación de derechos sociales y amenaza o violación de derechos individuales

3.4.1 Amenaza o violación de derechos sociales

Dentro de la amenaza o violación de derechos sociales se pueden citar los siguientes: derecho a la salud.

Artículo 27. Obligaciones establecimientos de salud.

Artículo 29. Comunicación de casos de maltrato.

Artículo 32. Autorización para tratamientos médicos.

Derecho a la educación.

Artículo 43. Disciplina de los centros educativos.

Artículo 44. Obligación de denuncia.

Artículo 45. Descanso, esparcimiento y juego.

Derecho a la protección de la niñez y adolescencia con discapacidad.

Artículo 46. Vida digna y plena.

3.4.2 Amenaza o violación de derechos individuales

Dentro de la amenaza o violación de derechos individuales se pueden citar los siguientes (Art. 54):

a) Abuso físico

b) Abuso sexual

c) Descuido o trato negligente



d) Abuso emocional

En todos los casos puede llegar a constituir un hecho delictivo tipificado como delito de maltrato a menor de edad, indistintamente que se pueda dar la tipificación de otro delito o una falta, y estos puede realizarse como una acción u omisión.

- **Abuso físico**

El abuso físico concurre cuando: Existe una relación de poder frente a un niño, niña o adolescente, la cual siempre se da cuando existe una diferencia de fuerza, edad, conocimiento o autoridad entre la persona víctima y el ofensor.

Se provoca un daño, de forma dolosa o imprudente, que se manifiesta en lesiones internas, externas o ambas.

En el caso del abuso físico siempre existe la comisión de un hecho delictivo, constitutivo del delito de maltrato a menor de edad y conjuntamente se pueden calificar conjuntamente faltas o delitos contra la integridad física de las personas, que puede ser una falta contra las personas, o una lesión específica, gravísima, grave, leve, homicidio (doloso o imprudente) o asesinato.

Existen distintos factores de riesgo que colocan a los niños, niñas y adolescentes en situación de maltrato o violencia psíquica o física.

El maltrato infantil es un problema multicausal, determinado por distintos factores que actúan en el individuo, en la familia, en la comunidad y en la cultura donde éste se desenvuelve, impidiendo o dificultando su desarrollo integral.⁵⁸

El maltrato, descuido y abandono de la infancia es provocado por muchas razones, como consecuencia de las transiciones de las economías de los distintos países, más abiertas y con menor o escasa estructura para el bienestar social, ya que ello trae un

⁵⁸ Protocolo para el estudio de maltrato físico interpersonal de los niños. OPS/OMS

crecimiento urbano desmesurado (concentración humana alrededor de las ciudades más importantes), recarga de los servicios médicos, asistenciales y sociales estatales, como consecuencia del masivo ingreso de las mujeres al mercado del trabajo; y debido a que por diversas causas más familias se ven desplazadas de sus hogares y de su entorno cultural.

Resulta de relevancia, identificar cuales son las denominadas “*condiciones adversas*” en las que se producen este tipo de situaciones, a fin de lograr una correcta detección del problema, razón por la cual, es importante clasificar los factores de riesgo en tres grandes grupos:

- a) Factores individuales
- b) Factores familiares
- c) Factores socioculturales y ambientales

- **Factores individuales**

Algunas características individuales de los propios niños y niñas pueden ser causantes de situaciones de maltrato infantil, como por ejemplo:

- * Embarazo no deseado
- * Niños prematuros
- * Niños con impedimentos físicos o psíquicos

También se pueden identificar, como factores de riesgo, características individuales de los padres, como ha de ser su personalidad, la experiencia o inexperiencia de estos en la crianza de niños, entre otros.

- **Factores familiares**

Frente a situaciones de desequilibrio en el grupo familiar, muchas veces la *primera víctima suele ser el niño*.

Los factores de riesgo para que se produzca una situación de maltrato dentro de una familia están referidos tanto a la estructura de la misma como al funcionamiento y a la dinámica de esta.

En cuanto a los condicionantes de tipo estructural se encuentran: número de integrantes de la familia, familias monoparentales, padres adolescentes, entre otras.

Las malas relaciones y comunicación, la carencia de vínculos afectivos y la violencia intrafamiliar, son factores de riesgo relacionados con el funcionamiento de la propia familia.

Por último, la inexistencia de límites o reglas familiares y la relación marital, pueden influir de manera negativa en la dinámica familiar, contribuyendo a que se produzca una situación de maltrato infantil.

La violencia dentro del ámbito familiar es, en definitiva, todo acto u omisión llevado a cabo por miembros de la familia y cualquier condición resultante de estas acciones que priven a otros miembros de la familia de iguales derechos y libertades o que interfieran con su máximo desarrollo y libertad de elegir.

Es importante recordar que los padres que maltratan a sus hijos no siguen un patrón determinado. Sin embargo, existen ciertas características de los mismos que los hacen más vulnerables a tener conductas violentas con sus hijos, como: la **negligencia**: desprotección, descuido y/o abandono; los **cambios en la estructura familiar**: al romperse el equilibrio del funcionamiento familiar, pueden darse casos de conductas violentas con los hijos.

- a. Carencia de los padres de cuidados maternos en su medio social y familiar durante su infancia;
- b. Carencia de los padres de una figura parental;
- c. Carencias en la estructura familiar, alteraciones en la organización jerárquica de la familia;



d. Carencia de intercambios entre la familia y su entorno;

Los casos de abuso en niños y niñas, son 15 veces más probable de ocurrir en familias en las que la violencia familiar está presente.⁵⁹

La violencia intrafamiliar hacia el menor, traducida en términos de abuso, de maltratos, tanto emocionales como físicos o sexuales, es una de las fuentes de riesgo más importantes para el desarrollo integral de niños y niñas, y se ven reflejados a través de problemas psicológicos, adicciones, suicidios, presencia de enfermedades recurrentes, ausentismo laboral, dificultades en la escuela y la falta de satisfacción de las necesidades, principalmente las afectivas.

- **Factores socioculturales y ambientales**

La cultura y las tradiciones de cada país también influyen en la concepción que se tenga sobre el maltrato infantil, como por ejemplo, las formas de crianza en distintas culturas han demostrado aquellas cosas o actitudes que se creen que se hacen y aquellas otras que se hacen y que parecen totalmente naturales, en otras sociedades están prácticamente ausentes.

“ Si el maltrato de los niños en una sociedad, es parte de una cultura maltratante, hecha de rutinas y de prácticas cotidianas que son percibidas como naturales, únicamente cambiando desde la vida cotidiana esas prácticas, se podrá prevenir y cambiar la situación de un niño.”⁶⁰

Existen aún, en muchos países ideas tales como que los hijos pertenecen a los padres y que ellos pueden decidir sobre su destino. La dependencia del niño respecto del adulto en una sociedad es también un factor de riesgo.

Una situación de desequilibrio en la familia, repercuten directamente en el niño, quien suele ser una de las primeras víctimas.

⁵⁹ Stacy, W. y Shupe, A.: **“The family secret”**. Boston, MA. Beacon Press, 1983.

⁶⁰ Laso, José: **Prensa y Maltrato infantil**, Pág. 7.

Entre los problemas ambientales y socioeconómicos que pueden actuar como factores de riesgo para que se produzca una situación de maltrato se encuentran:

Situación laboral: como el desempleo, la inestabilidad laboral, la excesiva carga horaria, entre otras.

Vivienda: el hacinamiento, las viviendas compartidas con otras familias, malas condiciones de habitabilidad, etc.

Necesidades básicas insatisfechas, problemas de marginalidad, entre otras.-

En primer lugar, es preciso señalar que los factores de riesgo anteriormente señalados dan cuenta parcialmente del conjunto de “*condiciones adversas*” en las que se pueden generar y desarrollar, verdaderas situaciones de maltrato infantil.-

En segundo lugar, en la mayoría de los casos en que se producen situaciones de maltrato se conjugan más de uno de estos factores.

- **Abuso sexual**

El abuso sexual ocurre cuando un padre, madre o cuidador juega con, o acaricia los genitales de un niño; o cuando hay penetración, incesto, violación, sodomía, exhibicionismo o explotación por medio de la prostitución o la producción de materiales pornográficos. La Ley Federal para la Prevención y el Tratamiento del Abuso de Menores, enmendada por la Ley para la Seguridad de los Niños y las Familias de 2003, define al abuso sexual como "el empleo, el uso, la persuasión, la instigación, la provocación o la coerción de cualquier niño para que participe en un acto sexual, o el asistir a otra persona para que sea partícipe de una conducta sexualmente explícita, o la simulación de dicha conducta con el propósito de producir la repretación visual de dicha conducta; o la violación, y, en casos donde haya un cuidador o una relación

interfamiliar, la violación de un menor, el abuso, la prostitución o alguna otra forma de explotación sexual de los niños, o el incesto con los niños."⁶¹

- **Abandono, descuido o trato negligente**

El **abandono** se define en muchos estados como una forma de negligencia o descuido. Por lo general, se considera que un niño ha sido abandonado o descuidado cuando se desconoce la identidad de los padres o su paradero; cuando se deja solo al niño en circunstancias donde sufre daños graves; o cuando los padres no mantienen el contacto o no proveen el apoyo necesario durante un periodo de tiempo determinado.

Se considera **negligencia** o abandono cuando un padre, guardián o la persona a cargo del niño no se preocupa por atender las necesidades básicas para asegurar su bienestar. La negligencia puede ser:

Física (cuando no se proveen las necesidades básicas como una vivienda o alimentos, o cuando no hay supervisión adecuada)

Médica (cuando no se provee el tratamiento médico o de salud mental necesario)

Educacional (cuando se le niega al niño el derecho a la educación o cuando se ignoran necesidades escolares especiales)

Emocional (la inatención de las necesidades emocionales del niño; cuando se le permite usar el alcohol y las drogas; cuando no se le da un cuidado psicológico adecuado)

Estas situaciones no son automáticamente un indicio de abandono. A veces los valores culturales, los estándares de atención médica en una comunidad o los embates de la pobreza pueden conducir a estas inatenciones, y por esto es importante que las familias reciban información y asistencia cuando se encuentran en estas situaciones.

⁶¹ www.childwelfare.gov/pubs/factsheets/ques.cfm folleto informativo

Una familia que no se beneficia de la información y los recursos disponibles pone en peligro la salud y la seguridad del niño, y puede ser necesaria una intervención por parte de los profesionales del bienestar de la niñez.

Según CAPTA, se considera negligencia médica cuando peligra la vida de un niño y no recibe el tratamiento adecuado para sobrevivir. Sin embargo, en muchos estados la definición legal de la negligencia deja exentos a aquellos padres que han optado por no buscar atención médica para sus hijos por razón de creencias religiosas que prohíben estos tratamientos.

- **Abuso emocional**

El **abuso emocional** (o abuso psicológico) es un comportamiento recurrente que impide el desarrollo emocional de un niño y perjudica su autoestima. Este comportamiento puede incluir la crítica constante, las amenazas, el rechazo, así como la falta de amor, cariño o apoyo. El abuso emocional es difícil de comprobar, y por esta razón es posible que los servicios de protección de menores no puedan intervenir sin evidencia de que existe un daño físico o mental. El abuso emocional casi siempre se manifiesta cuando se identifican otras formas de abuso.

En **Guatemala**, de un total de 698 casos de maltrato registrados en los hospitales generales nacionales y de seguridad social, entre 1990 y 1995, el 47% correspondió a maltratos físicos, un 36% a abandono y un restante 17% a casos de abuso sexual. Estos registros no son representativos de la problemática en el país, pero si son indicativos de la gravedad de la situación.⁶²

El maltrato y el abuso a niños, niñas y adolescentes es un fenómeno grave en el país, sobre todo porque hay un gran sub-registro, una cultura y costumbres autoritarias que justifica el maltrato a la niñez como un castigo y una forma de inculcar la disciplina.

⁶² De León, E: “**El maltrato infantil en Guatemala. Una visión global de la problemática.**”

En general, se reciben pocas denuncias, especialmente con respecto al abuso sexual y el incesto, cuya mención sigue siendo tabú.

Para el año 2006 la Red para la Prevención y Atención del Maltrato y el Abuso Sexual a Niños, Niñas y Adolescentes en Guatemala, informaba que “de las 5,243 denuncias recibidas en diferentes instituciones del sector justicia y de salud, las denuncias de maltrato físico fueron las mas comunes (2,579) seguidas por el abuso sexual (1,632) y la negligencia (1,033). En cuando al sexo de victimas los niños son quienes en mayor porcentaje son maltratados físicamente especialmente los más pequeños, mientras las niñas son más vulnerables al abuso sexual.

Hasta noviembre del 2007 en la sede central de la Procuraduría de los Derechos Humanos ubicada en la ciudad capital se reportaba la recepción de 1,084 casos de maltrato a niños y niñas.

En el Informe sobre la Situación de la Niñez y Adolescencia, elaborado por la Asociación Nacional contra el Maltrato Infantil, se señalaba que durante el año 2007 fueron atendidos 350 casos de maltrato y abuso sexual en instituciones y hospitales ubicados en la ciudad capital. Las niñas, niños y adolescentes que sufren maltrato en cualquiera de sus manifestaciones están protegidos en la legislación penal del país desde mediados del año 2009, pues se han tipificado, el maltrato psicológico y físico como delito así como el trafico de la niñez, la trata y otros delitos sexuales de los que pueden ser victimas.

A pesar de los esfuerzos e iniciativas impulsadas desde la sociedad civil, no se ha logrado la implementación de sistemas de registro de casos en las instituciones de gobierno responsables de la atención de los mismos. Son pocos los servicios que existen para dar atención psico-social a niños, niñas y adolescentes maltratados y abusados sexualmente y estos se encuentran concentrados en la ciudad capital.

En cuanto a los albergues no existe reglamento, ni control de las instituciones privadas que cumplen la garantía de albergue temporal a los niños, niñas y adolescentes. Situación que se analizaran en el siguiente capítulo.





CAPÍTULO IV

4. Las entidades e instituciones encargadas de velar por el abrigo temporal para dar protección y cuidado a la niñez y adolescencia que funcionan en Guatemala, así como su regulación legal

4.1 Sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia

El Sistema de Protección de la Infancia es el conjunto de instituciones, tanto públicas como privadas, que a nivel nacional, velan por la protección, promoción y restitución de los derechos de niños, niñas y adolescentes en Guatemala. Este conjunto de instituciones fue enumerado y descrito en el capítulo anterior.

Guatemala por haber ratificado la Convención de los Derechos de los Niños está obligada a construir y mantener un sistema de protección que sea eficaz. Como Estado es garante de los derechos de la infancia y debe asumir el principio de integralidad de los mismos, mediante la implantación de un Sistema de Protección que considere la diversidad de las necesidades de los niños y de las niñas. Así mismo, deben asegurar la igualdad de derechos y de oportunidades de todos los niños y niñas mediante la definición de políticas públicas que garanticen el acceso a prestaciones que complementen los recursos de que disponen las familias y la comunidad.

Además, tiene como deber promover y adoptar las medidas necesarias para proteger a la familia, jurídica y socialmente, así como garantizarle a los padres y tutores, el cumplimiento de sus obligaciones en lo relativo a la vida, libertad, seguridad, paz, integridad personal, salud, alimentación, educación, cultura, deporte, recreación y convivencia familiar y comunitaria de todos los niños, niñas y adolescentes.

Así, el Estado deberá velar porque los niños, niñas y adolescentes reciban entre otros:

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

Se quiere decir que la niñez debe gozar de una protección especial y disponer de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

La protección integral de los niños, niñas y adolescentes debe realizarse a nivel social, económico y jurídico.

Las acciones administrativas con el fin de propiciar la vigencia efectiva de los derechos de la niñez y la adolescencia, debe realizarse mediante la formulación, ejecución y control de las políticas públicas desarrolladas por el Estado con participación de la sociedad.

Las políticas de protección integral se entienden como el conjunto de acciones formuladas por la Comisión Nacional y las Comisiones Municipales de la Niñez y la Adolescencia, respectivamente, para garantizar a los niños, niñas y adolescentes el pleno goce de sus derechos y libertades.

Las políticas de protección integral de la niñez y la adolescencia, en su orden, son las siguientes:

- a) Políticas sociales básicas: el conjunto de acciones formuladas por el Estado y la sociedad, para garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes, el pleno goce de sus derechos.

b) Políticas de asistencia social: el conjunto de acciones formuladas por el Estado y la sociedad, para garantizar a los niños, niñas y adolescentes, en situaciones extremas de pobreza o en estado de emergencia, el derecho a un nivel de vida adecuado, a través de programas de apoyo y asistencia a la familia.

c) Políticas de protección especial: el conjunto de acciones formuladas por el Estado y la sociedad, para garantizar a los niños, niñas y adolescentes amenazados o violados en sus derechos su recuperación física, psicológica y moral.

d) Políticas de garantía: el conjunto de acciones formuladas por el Estado y la sociedad, para garantizar a los niños, niñas y adolescentes sujetos a procedimientos judiciales o administrativos, las garantías procesales mínimas.

La formulación de las políticas de protección integral de la niñez y la adolescencia, corresponde, a nivel nacional, a la Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia y a nivel municipal a las Comisiones Municipales de la Niñez y la Adolescencia.

La ejecución de las políticas de protección integral de la niñez y la adolescencia será responsabilidad de los diferentes organismos a quien corresponda según la materia.

La formulación, ejecución y control de políticas de protección integral a favor de los niños, niñas y adolescentes deberá fundamentarse en los principios siguientes:

- a) Unidad e integridad de la familia.
- b) Responsabilidad primaria de los padres en cuanto a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, en el marco de principios éticos, cumplidos dentro del ordenamiento legal.
- c) Descentralización.
- d) Desconcentración.
- e) Participación.
- f) Coordinación.
- g) Transparencia.



- h) Sustentabilidad.
- i) Movilización.
- j) Respeto a la identidad cultural.
- k) Interés superior del niño.

Analizar el logro y operatividad de las políticas de protección de la infancia que han tenido las instituciones, tanto públicas como privadas, sería de gran utilidad, pero para lograr lo propuesto en este trabajo es necesario centrar la atención en aquellas instituciones que buscan dar cumplimiento a la medida de carácter excepcional, como lo es el abrigo temporal en institución pública o privada.

Este análisis se hará confrontando las políticas de protección de la infancia propuesta y lo que en la realidad guatemalteca se observa.

4.2 El abrigo temporal y las entidades públicas y privadas encargadas de velar por la protección y cuidado de la niñez y adolescencia que funcionan en Guatemala

4.2.1 Abrigo temporal

La palabra abrigo viene del latín *apīncus*, que significa defensa contra el frío. En el derecho de niñez debe entenderse que es brindar auxilio, protección o amparo a un niño, niña o adolescente, que se encuentra en situación de riesgo.

El autor Justo Solórzano respecto a la niñez en situación de riesgo indica que: “ ... son los niños, niñas y adolescentes, que sufren de amenaza o intento de violación en sus derechos y que deben ser atendidos en una forma adecuada, en donde se respete el carácter de sujeto de derecho del niño o la niña ”⁶³

⁶³ Solórzano, Justo, *Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, una aproximación a sus principios, derechos y garantías*, Pág. 44

En el derecho interno el abrigo temporal es una medida provisional y excepcional, donde el niño, niña o adolescente es albergado en una entidad pública o privada, conforme las circunstancias particulares del caso. Utilizable como forma de transición para la colocación provisional o definitiva de niños, niñas y adolescentes en la familia u hogar sustituto y no implicará en ningún caso privación de la libertad.

Las causas que motivan esta medida provisional suelen ser varias dentro de las que se pueden indicar:

El abandono del niño, niña o adolescente por parte de los padres o encargados de velar por su protección y cuidado.

El maltrato físico o psicológico que un niño, niña o adolescente sufre en el ambiente donde se desarrolla y convive.

El abuso sexual del niño, niña o adolescente por parte de los parientes que conviven y deberían protegerlo y cuidarlo.

La explotación económica que se haga del niño, niña o adolescente por parte de los parientes obligados.

La exposición al alcoholismo o la drogadicción por parte de los parientes que están obligados a su cuidado y protección.

La orfandad del niño, niña o adolescente cuando no existe familia ampliada.

El hecho que un niño, niña o adolescente viva en la calle.

Bueno, la realidad es que son diversos los conflictos sociales que pueden provocar que un niño, niña o adolescente sea protegido a través de la medida de abrigo temporal, pero los ya indicados son los mas frecuentes.



Los motivos que puede tener un órgano jurisdiccional de otorgar como medida de protección el abrigo temporal ha un niño, niña o adolescente es de carácter excepcional y de ultima ratio, pues si existe familia que pueda cumplir con ofrecerle y darle cuidado y protección la medida ideal será la familia sustituta o ampliada.

En base al argumento anterior, es necesario aclarar que el abrigo definitivo no debe darse, pues si no existe familia ampliada que asuma el compromiso de la protección y cuidado, el niño, niña o adolescente deben ser dados en adopción y garantizarles desarrollarse dentro de una familia.

Sin embargo a pesar de que lo anterior esta limitado por la ley para que no se de, la realidad es otra, pues al no lograr ubicar a los niños, niñas o adolescentes en familias sustitutas o ampliadas o darlos en adopción, deben permanecer en los abrigo temporal en instituciones publicas o privadas, has que cumplen su mayoría de edad.

Un estudio realizado en el año 2007, por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, Holt International sugiere que de 5,600 niños, niñas y adolescentes institucionalizados (de los cuales, el 55% son del sexo femenino (3,066) y el 45% del género masculino (2,534) se encuentran en 127 centros, 1,846 han sido declarados como población permanente, violándose así su derecho a tener una familia. En torno a la naturaleza de los hogares, el 95% son privados y solamente el 5% corresponde al sector público.

En cuanto a la edad de los niños y niñas privados del cuidado parental y que se encuentran institucionalizados, el estudio refiere que: "la mayoría de los Niños, Niñas y Adolescentes institucionalizados están comprendidos en las edades de 7 a 16 años; el segundo grupo lo representan los comprendidos en las edades de 1 a 6 años."

Los efectos que tienen la institucionalización de la niñez y adolescencia es negativa, pues les afecta emocionalmente, lo cual se ve reflejado en actitudes agresivas, dificultades en el mantenimiento de la atención, el poco rendimiento en el aprendizaje, desinterés y apatía, sentimiento de abandono.⁶⁴

El abrigo temporal, como ya se indico, es de última ratio, pues los efectos que producen en la niñez y adolescencia pueden llegar a ser graves en el desarrollo integral del o la protegida. Sin embargo es un mal necesario, cuando no se encuentra una familia que pueda brindarles seguridad y protección al sector social mas vulnerable como lo es la infancia y la adolescencia.

Por ser un mal necesario, estas instituciones, para que funcionen y cumplan con brindar protección y cuidado a la niñez y adolescencia, deben estar bien controladas por parte de instituciones estatales y por estar en un Estado democrático y de derecho deben regularse en un reglamento que haga funcional las disposiciones que se encuentran en las diferentes leyes ordinarias.

Las entidades públicas o privadas de abrigo temporal, han funcionado por mucho tiempo a pesar de la falta de control por parte del Estado. Sin embargo esto ha hecho que sean una fuente violación a derechos humanos de la niñez y adolescencia, por ello urge su regulación y control estatal.

En cuanto a la institucionalización definitiva, debe reconocerse que existe a pesar que la ley pretende no admitir su existencia. Por ello se hace necesario, que también sean controlados y se busque la forma de que ya no sean definitivas, poniendo tiempo mínimos de permanencia en tales instituciones.

⁶⁴ Gisella Elena Triaca. **Desarrollo psicológico en niños de 2-5 años en poblaciones carenciadas. Los efectos de la Institucionalización.**

4.2.2 Entidades públicas encargadas de la protección de la niñez y adolescencia en riesgo o violadas en sus derechos humanos

El estado de Guatemala cuenta con un programa de protección y abrigo a niños, niñas y adolescentes. El programa se enfoca en la protección y abrigo a niños, niñas y adolescentes en estado de vulnerabilidad a través de sus hogares de protección y abrigo, procurándoles atención médica, psicológica y psiquiátrica para restablecer su salud física, mental y emocional, buscando su inserción familiar y social.

De acuerdo con el informe sobre adopción de la misión de la Haya de 2007, en Guatemala hay 500 hogares privados que albergan a cerca de 10 mil niños sin padres. El consejo posee otra cifra: 133 hogares. “Son los que registra la Secretaría de Bienestar Social.”⁶⁵ Según datos de la Secretaria de Bienestar social, existen en el país alrededor de 127 hogares privados, mientras estatales hay seis.

El ejercicio del control en los hogares de abrigo corresponde al Consejo Nacional de Adopciones, ente que también extenderá la acreditación para que esos centros puedan funcionar.

“Actualmente existe la disposición que establece que todos los centros deben contar con un pediatra permanente, atención psicológica, trabajadoras sociales, un número determinado de cuidadoras por niño, cocineras profesionales y cumplir con las normas de higiene, entre otros requerimientos.”⁶⁶

Los centros de protección y abrigo para niños, niñas y adolescentes que están a cargo del gobierno son:

Hogar Casa Alegría

Hogar Casa Alegría Anexo

Hogar Elisa Martínez

Hogar San Gabriel

Residencia para Niñas “Mi Hogar”, Manchén

⁶⁵ El periodico, Guatemala 3 de enero de 2009.

⁶⁶ Diario de Centro América Jueves 09 de mayo de 2008.



Centro Residencial Psiquiátrico Neurológico
Centro de Protección y Abrigo de Zacapa
Hogar Temporal de Quetzaltenango

El Hogar Casa Alegría está ubicado en 3^a. Ave. 17-52 zona 14, atiende a niños y niñas de 0 a 6 años. Orientado a proporcionar atención a víctimas de abandono, maltrato físico, psicológico y otras situaciones de vulnerabilidad. Cuenta con un anexo en la misma dirección.

El Hogar Elisa Martínez, ubicado en carretera a San Juan Sacatepéquez, Km. 18.5 Colonia El Naranjito zona 6 de Mixco, atiende a: adolescentes de 10 a 18 años, orientando a: adolescentes con discapacidad mental leve o moderada que viven en la calle, que han dejado parcial o totalmente el vínculo familiar en situación de riesgo social.

El Hogar San Gabriel funciona en Aldea el Platanar, Finca San Antonio, San José Pinula, atiende a adolescentes de 12 a 18 años, orientado a: adolescentes en riesgo social, víctimas de maltrato, callejización y consumo de drogas.

Residencia para niñas "Mi Hogar" Manchén, situado en 6^a. Avenida, lote final casa No. 11, calle Manchén, Antigua Guatemala, atiende a niñas y adolescentes de 12 a 18 años. Está orientado a niñas y mujeres adolescentes en riesgo social, vulneradas en sus derechos o con discapacidad mental leve o moderada.

Centro Residencial Psiquiátrico Neurológico, funciona en 17 calle "A" 7-04 zona 13, Colonia Aurora I, atiende a niños y niñas de 7 a 18 años. Está orientado a proporcionar atención a niñas, niños y adolescentes, con capacidades diferentes asociado a desorden psiquiátrico, víctimas de abandono, maltrato físico y emocional, rechazo familiar y social.

El Hogar temporal de Zacapa, situado en Barrio Cementerio Nuevo, frente al Hospital Regional de Zacapa, Zacapa, atiende a niños y niñas de 0 a 12 años, se orienta a huérfanos, abandonados, extraviados, víctimas de maltrato físico, psicológico o sexual, en situación de riesgo social.



El Hogar temporal de Quetzaltenango se le puede encontrar en 4^a. Avenida 3-45 zona 1, Quetzaltenango, atiende a niños y niñas de 0 a 12 años. Está orientado a niños y niñas que han sido abandonados, extraviados, objetos de comercio o en estado de orfandad, maltrato físico, psicológico o sexual, explotación sexual comercial.

En la actualidad estos hogares son insuficientes para la demanda de niños, niñas y adolescentes que están amenazados o se están violando sus derechos humanos.

4.2.3 Entidades privadas encargadas de la protección de la niñez y Adolescencia en riesgo o violadas en sus derechos humanos

En el Informe de Supervisión de Hogares de Atención a la Niñez y Adolescencia, 2003-2005 elaborado por la Defensoría de la Niñez y Juventud de la Procuraduría de los Derechos Humanos, señalaba que “uno de los problemas actuales del sistema de protección de la niñez y la adolescencia es que no hay registro oficial de centros en donde se pueda conocer con previsión la cantidad de casas hogar que existen en toda la república”.

En ese mismo informe la Defensoría de la Niñez y Juventud de la Procuraduría de los Derechos Humanos, y como resultado de la supervisión realizada de agosto de 2003 a agosto de 2005 a un total de 49 casas hogar, indicaba que “el conjunto de hogares supervisados constituye una muestra limitada sobre la base de totalidad de hogares, que constituye una primera etapa de supervisión en una labor institucional constante. Uno de los problemas actuales del sistema de protección de la niñez y la adolescencia es que no hay registro oficial de centros en donde se pueda conocer con previsión la cantidad de casas hogar que existen en toda la república”. La niñez y la adolescencia en condiciones de vulnerabilidad está siendo atendida principalmente en hogares de abrigo bajo la responsabilidad del sector privado, con escaso requerimiento de requisitos y satisfacción de condiciones mínimas, por parte del Estado, para su instalación y funcionamiento.



Los hogares de albergue no se especializan en la atención de situaciones de vulnerabilidad diferenciadas. En un mismo hogar se atiende diferente tipo de situaciones problemáticas, sin que exista la capacidad institucional y el personal profesional requerido para ello, todo lo cual incide en atención precaria a las situaciones de vulnerabilidad que enfrenta la niñez y la adolescencia.

Los hogares, tanto estatales como privados, cuentan con escaso personal para la atención apropiada de aquellos a quienes albergan, además de que la falta de capacitación de buena parte de éste propicia situaciones que vulneran los derechos de niños, niñas y adolescentes.

En el año 2005 la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia, que es parte de la jurisdicción de los Tribunales de la Niñez y la Adolescencia y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, tomando como base el resultado de las supervisiones Inter-institucionales, realizadas durante ese año, estableció que los Centros, en su gran mayoría, no funcionan de acuerdo a los postulados de la protección integral y que una de las causas, es una legislación omisa en la autorización, reglamentación, supervisión, capacitación de las instituciones que se dedican al cuidado de los niños en protección.

Además en el informe de la Procuraduría de Derechos Humanos ya citado se da a conocer que del total de centros supervisados durante el período reportado en este informe, 11 fueron objeto de denuncias ante el Procurador de los Derechos Humanos, en tanto de los 38 restantes no se conocieron anomalías con anterioridad. De las denuncias recibidas, una es en contra de un hogar estatal por abuso sexual y las diez restantes se registraron en contra de hogares privados: seis por maltrato infantil, aunque de ellas, en un caso, además del maltrato, se denunció negligencia en la atención médica y, en otro, además del maltrato, se señaló abuso sexual, explotación laboral y condiciones de insalubridad; también se tiene constancia de dos más relacionadas con abuso sexual; y una por irregularidades en los procesos de adopciones infantiles.

Entre algunas de las razones que recurrentemente contribuyen a que se inflijan malos tratos a los niños, niñas y adolescentes albergados en estos centros, se encuentran la escasez de personal dedicado a su atención cotidiana y la escasa o nula preparación de éste para lidiar con situaciones de menores que se hallan en situaciones excepcionales, como sucede en estos casos. Hay pocas personas para muchos internos, situación que genera pérdida de control, lo que hace que se recurra al uso de prácticas violatorias a los derechos de la niñez y la juventud con el fin de restituir el orden. Además, la escasa formación del personal o su bajo nivel educativo propician que el maltrato sea percibido como algo normal, e incluso necesario para la disciplina. De ahí que, tal como se mencionó con anterioridad, sea indispensable la supervisión en términos de la composición y características del equipo humano que trabaja en los hogares atendiendo a la población reclusa.

Es por eso que se impulsa la elaboración un proyecto de Ley Reguladora de los Centros de Protección y Hogares de Abrigo, que a finales del año 2007 no ha sido conocida por el Congreso de la República ni por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República.

Un informe presentado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) y Holt International, con la colaboración de la Secretaría de Bienestar Social (SGB) del Gobierno de Guatemala, sobre los hogares de protección y abrigo para niños y niñas, determinó que la mayoría de hogares no cumple con los requisitos mínimos establecidos en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

Según esa normativa, esos centros deben prestar los siguientes servicios para los albergados: atención de necesidades básicas, identidad, educación formal, deporte y esparcimiento, formación de valores, salud integral, capacitación laboral para los adolescentes, escuelas para padres o tutores y sistemas de seguimiento de los niños egresados.



De 127 hogares, solo 49 brindan servicio médico, y 54, educativo. Apenas 45 poseen personal de apoyo psicosocial, y en 36 trabajan personas encargadas de darle seguimiento a los casos, para agilizar el proceso legal. Si se cruzaran los datos de esos albergues que cumplen con todos los requerimientos, muy pocos pasarían la prueba.

Cada hogar debería contar con personal especializado, como director, niñeras, pediatra, una enfermera permanente, una maestra por cada 20 niños, un psicólogo, un trabajador social, personal auxiliar para cubrir ausencias, dos cocineras y encargados de mantenimiento.

En la mayoría de esos centros, un número reducido de personas tiene a su cargo varias funciones a la vez.

Las causas de la institucionalización no suelen ser precisamente agradables, por lo que los hogares deben tener personal especializado para tratar a los niños. El 25 por ciento de infantes llegaron a esos refugios tras ser maltratados o abusados por un familiar; el 21 por ciento fue abandonado; el 7 por ciento estaba en riesgo social (situación de calle); otro 7 por ciento era comercializado sexualmente; un 6 por ciento es huérfano, y en otro 34 por ciento no se han determinado claramente las causas, lo que evidencia una clara deficiencia en el diagnóstico y en la información base que se tiene de los niños.

El Consejo Nacional de Adopciones tiene potestad ahora de clausurar los hogares que no cumplan con los requerimientos, pero la falta de recursos del Estado complica la decisión, pues no habría adonde enviar a los pequeños.

También se determinó que cinco mil 600 niños están institucionalizados, ya que, con anterioridad, la cifra variaba según la institución pública a la cual se consultara. “El otro aporte esencial del documento es determinar que existen 133 hogares en el país, entre instituciones públicas y privadas, pero que solo el 5 por ciento depende de la Secretaría de Bienestar Social, y el otro 95 por ciento queda en manos de particulares.”⁶⁷

⁶⁷ UNICEF Holt International Informe de la misión de relevamiento fáctico sobre la adopción internacional en Guatemala 26 febrero – 9 marzo 2007 PAG. 24.

La sustentabilidad de los hogares depende, principalmente, en un 88 por ciento, de organizaciones internacionales; en un 7 por ciento, de las iglesias, y solo un 5 por ciento, de fondos del Estado.

El 33 por ciento de los cinco mil 600 niños y niñas han sido declarados población permanente por un juez, lo que significa que en su futuro próximo no conocerán otra realidad que la institucionalización.

La mayoría de niños están comprendidos entre 7 y 13 años de edad, pero solo el 8 por ciento posee declaración de adoptabilidad. El otro 58 por ciento de los niños y adolescentes se encuentra en proceso judicial; es decir, están pendientes de que el juez decida si vuelven con su familia biológica o no.

Un escaso uno por ciento de los menores de edad se encuentran con familias sustitutas, un programa puesto en práctica por la Secretaria de Bienestar Social, para darles una familia temporal a los niños, niñas o adolescentes, a fin de evitar que crezcan en una institución de alojamiento.

Según Justo Solórzano, de Unicef, un año de institucionalización supone para un niño tres meses de retraso en su desarrollo físico, psicológico y social, por lo que aconsejan que se busquen opciones como la familia ampliada o la sustituta.

“El 22 por ciento de los casos conocidos por los juzgados de Niñez y Adolescencia durante el 2007 llevaron a los infantes a la institucionalización, con lo que se elevó en mil 162 plazas más la capacidad de los hogares.”⁶⁸

El cambio de legislación ha traído como consecuencia el cierre de hogares de albergues de instituciones privadas, lo cual ha creado serios problemas en la reubicación.

⁶⁸ Prensa Libre » Dom Ago 03, 2008 8:42 am Hogares de protección y abrigo para niños no cumplen; informe revela deficiencias.

El principal motivo de los cierres de estos albergues ha sido la vigencia de la ley de adopciones. Esta ley cambio el procedimiento de adopción y las agencias de adopciones internacionales han dejado de apoyar económicamente a tales instituciones.

4.3 Regulación legal de las entidades públicas y privadas de velar por el cumplimiento del abrigo temporal de la niñez y adolescencia en Guatemala

La Ley de adopciones aprobada en el año 2007, fue la primer ley que reguló la temática de la entidades públicas o privadas dedicadas al cuidado de niños. Antes de esta ley no existía ninguna regulación legal y en forma general se aplicaba la Ley de Protección Integral de la niñez y la adolescencia.

La última ley citada establece en su Artículo 4 de disposiciones transitorias que en el plazo de noventa días el organismo ejecutivo reglamentara a todas las instituciones que brinden atención directa a los niños, niñas y adolescentes, dentro de los marcos de protección integral. Sin embargo para el año 2010 aun sigue sin existir dicha reglamentación.

La primera ley citada regula, en parte, a las entidades privadas dedicadas al cuidado de niños, niñas o adolescentes. En lo que es el Artículo 30 de la Ley de Adopciones se establece lo relacionado con la autorización y supervisión de las entidades privadas. Delega a la autoridad central dicha función y conjuntamente con los juzgados competentes deben velar por que a la niñez se le respeten sus derechos.

También regula en el Artículo 31 de la Ley de Adopciones, la obligación de registrar las entidades privadas que realicen el cuidado de niños, cumplir con los requisitos legales. Asimismo el siguiente artículo establece las obligaciones que tienen dichas instituciones.



Sin embargo, hace falta un reglamento que amplíe lo regulado en dicha ley, lo cual se espera que esté en el reglamento de ley de adopciones. Aunque lo ideal sería que existiera un reglamento independiente y específico para estas instituciones.

Este reglamento específico debe crear una unidad de supervisión indicando cual debe ser su organización. Además, el registro de dichas entidades, así como el personal que lo tendrá a cargo. Los requisitos mínimos que deben llenar esas instituciones dentro de otros temas que se desarrollarán mas ampliamente en la propuesta que se da en el siguiente capítulo.



CAPÍTULO V

5. Proyecto de Reglamento para entidades públicas y privadas que proveen abrigo temporal de la niñez y adolescentes en riesgo o violadas en sus derechos humanos

5.1. Definición de Reglamento

Un reglamento es el conjunto sistemático de normas jurídicas destinadas a la ejecución de leyes.⁶⁹ Constituye un acto administrativo del presidente y de los órganos descentralizados a los que la ley les da la facultad de reglamentarse. Tiene como finalidad establecer el procedimiento que debe seguirse para realizar la competencia que determina la ley.

El Reglamento tiene que estar condicionado necesariamente por una ley, depende de ésta, la desarrolla y no puede contradecirla.⁷⁰ Con ello busca dar certeza jurídica, pues da procedimientos previamente establecidos.

5.2. Reglamento de la Ley de Adopciones

La Ley de Adopciones, Decreto Número 77-2007, regula de forma general a las entidades privadas encargadas del abrigo temporal de la niñez y adolescentes en riesgo o violados en sus derechos humanos. La citada ley crea el Consejo Nacional de Adopciones, a quien le asigna la tarea de autorizar y registrar a dichas entidades. Asimismo indica que con la ley integral de la niñez y adolescencia, la propia ley de adopciones y su reglamento, la autoridad central y los juzgados especializados, velarán por el respeto de los derechos humanos de aquellos que este bajo protección en estas entidades.

⁶⁹ Pacheco G., Máximo. **Introducción al derecho**; pág. 343

⁷⁰ García Máynez, Eduardo. **Introducción al estudio del Derecho**. México, Porrúa S.A. 1977, pág. 88.

También es creado por esta ley, un equipo multidisciplinario, a quien le corresponde supervisar bajo la coordinación con la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, a las entidades públicas y privadas que se dediquen al abrigo de niños.

El solo hecho de haber dispuesto en la ley de adopciones estos tres elementos como son, la autorización, registro y supervisión de las entidades privadas, y la supervisión de las públicas, así como las obligaciones de estas, es un gran avance. Pero no es suficiente, pues deja al arbitrio los requisitos que deben cumplir las entidades para su autorización, las características que debe tener el personal de dichas entidades, los programas que deben desarrollar, las características mínimas de las instalaciones donde funcionan, las medidas de seguridad que deben implementarse en caso de desastres. Por ello se sostiene que no es suficiente el reglamento de la ley de adopciones y es urgente y necesario crear un reglamento específico para la conformación, regulación y funcionamiento de las entidades públicas o privadas dedicadas al cuidado y protección en abrigo temporal para la niñez y la adolescencia.

La Ley de adopciones manda que se haga un reglamento que desarrolle sus disposiciones. En tal reglamento en su Artículo 22 establece que la comisión multidisciplinaria debe crear las medidas para garantizar la protección de la niñez e imponer sanciones cuando se incumple con los estándares o recomendaciones del Consejo Nacional de Adopciones.

A pesar de que existen estas regulaciones se hacen insuficientes y se necesita un reglamento que establezca los estándares y las sanciones que sufrirán las entidades públicas o privadas al momento de su incumplimiento. Para obtener una mejor comprensión de la necesidad del reglamento que aquí se propone enseguida se desarrolla la importancia que éste tiene.

5.3. Importancia de la creación de Reglamento para entidades públicas y privadas encargadas del abrigo temporal de la niñez y adolescentes en riesgo o violados en sus derechos humanos

Ya se dejó sentado como premisa válida que un reglamento es de gran importancia en un Estado democrático, porque permite dar certeza y seguridad jurídica. Las personas que se van a dedicar a dar protección y cuidado a la niñez guatemalteca, deben saber bajo que condiciones deben realizar dicha actividad. Les permite conocer los estándares exigidos en cada una de las aéreas a supervisar. Evita la arbitrariedad y la corrupción. Pues la autoridad central no podrá cerrar dichas entidades sino por violación al reglamento. Y no existirá la posibilidad de que dicha autoridad otorgue la autorización y apruebe una supervisión, cuando sea evidente que no cumplen con los requisitos previamente establecidos. Se considera que el reglamento es importante en la medida que regule las siguientes cuestiones:

5.3.1 Cuidado Institucional

Cuando las organizaciones públicas o privadas asumen la función de dar cuidado y protección a la niñez a través de la medida de abrigo temporal es importante que las autoridades apropiadas asuman la responsabilidad de garantizar que estas operen de acuerdo a estándares aceptables. Tales estándares deben regir las condiciones físicas, las calificaciones y capacitación profesional del personal, incluyendo la condición de que no tengan antecedentes previos de violencia. Los estándares de 'calidad de vida', los cuales miden hasta qué punto el servicio proporcionado garantiza el desarrollo y bienestar del niño, niña o adolescente.

También deben tenerse en cuenta que los niños privados de un ambiente familiar tienen los mismos derechos que otros niños. La internación institucional no debe ser vista como un confinamiento. A menos que sea necesaria la imposición de restricciones a su libertad para garantizar su protección, los niños internados en instituciones para su cuidado deben gozar de un grado de libertad comparable con el que tienen otros niños de su edad.



5.3.2 Requisitos de funcionamiento

En el reglamento debe quedar claro cuales son los requisitos para la autorización y registro de los relacionados centros de protección y abrigo temporal de niñez y adolescencia.

Los estándares que debe cumplir el inmueble donde va a funcionar, las medidas de seguridad que cuenta el establecimiento, tales como rejas, balcones puertas con cerradura seguras, portones adecuados, zonas de peligro con medidas de seguridad adecuadas, habitaciones cómodas, servicios de luz y agua adecuados, servicios sanitarios suficientes para los niños, niñas o adolescentes internos. Duchas suficientes, condiciones de la cocina, el comedor, áreas recreativas, administrativas, etc.

Además deben quedar claros los estándares que debe cumplir el personal, de ser posible indicar cuál es la cantidad de personal necesaria para el número de niños, niñas o adolescentes atendidos.

También es necesario que se establezcan los programas mínimos con los que deben cumplir las entidades, la documentación con la que deben contar, la forma permitida para su funcionamiento y sostenimiento económico y todas aquellas necesidades que deban satisfacerse a los niños, niñas o adolescentes.

5.3.3 Control de prácticas adecuadas

Se debe establecer en el reglamento, la creación y revisión de las políticas y prácticas concernientes al cuidado institucional para garantizar que ellas estén conformes con los siguientes principios y recomendaciones:

- a) Se debe buscar un apropiado ambiente familiar para los niños que no pueden ser criados por sus propias familias dándole preferencia ante el cuidado institucional, el cual solo debe ser empleado como ultimo recurso y como medida temporal.

- b) Se deben llevar a cabo todos los esfuerzos necesarios para evitar el aislamiento de la comunidad de los niños que viven en instituciones (por eje., Inscribiéndolos en escuelas de la comunidad y utilizando las instalaciones recreativas de la comunidad) para maximizar las oportunidades de una exitosa transición a su partida.
- c) La Institucionalización no debe involucrar una privación de libertad.
- e) La Institucionalización no debe ser considerada como un abandono ni tampoco debe resultar automáticamente en un abandono legal. El contacto entre los niños que viven en instituciones y sus familias debe ser alentado, a menos que esté en contra del interés superior del niño.
- f) Con el fin de que este contacto se lleve a cabo se debe mantener un registro actualizado.
- g) El personal que trabaja en las instituciones debe ser cuidadosamente seleccionado, capacitado y recompensado.
- h) Cada caso debe ser considerado a la luz de la situación y necesidades específicas del niño y este debe ser revisado de manera regular.

5.3.4 Monitoreo durante el cuidado alternativo

La supervisión debe ser efectuada por equipos especializados integrados con representantes de instituciones del Estado.

El reglamento debe garantizar el cumplimiento del llamado que hizo el Comité sobre los Derechos del Niño para que “se preste urgente atención a garantizar el establecimiento y efectivo funcionamiento de sistemas de monitoreo para hacer un seguimiento al tratamiento que reciben los niños privados de una familia ...”, así como también otras instalaciones residenciales para los niños, como por ejemplo, centros médicos y centros para adolescentes agresores de la ley penal.



Los sistemas de monitoreo deben:

- a) Garantizar un total acceso y registros a todas las instalaciones, tanto publicas como privadas.
- b) Permitir visitas sorpresivas y entrevistas privadas con los niños y el personal
- c) Enfatizar el status y condición y desarrollo de los niños así como el estado de las instalaciones o la provisión de servicios
- d) Incluir procedimientos para la recepción de quejas de los niños, de sus padres, personal y otras personas
- e) Solicitar informes obligatorios a los miembros del personal acerca de todo incidente violento
- f) Garantizar completa e independiente investigación de las quejas, incluyendo investigación judicial de cualquier muerte o casos serios de lesiones físicas
- g) Garantizar que los laborantes perpetradores de violencia sean apropiadamente disciplinados, incluyendo, cuando se justifique, el despido y acusación criminal
- h) Tales procedimientos también deben respetar el derecho de los niños a la privacidad e incluir medidas de seguridad contra represalias.



CONCLUSIONES

1. El reconocimiento y respeto a los derechos humanos de la niñez y la adolescencia es un proceso que no se desarrolla en Guatemala, pues aun existen paradigmas sociales que impiden la aplicación y el cumplimiento de la teoría de la protección integral, así como el respeto de la Convención de los Derechos del Niño.
2. La aceptación y la obligación al respeto de los derechos humanos de la niñez y adolescencia en Guatemala surge desde la Constitución misma, incluyéndose además la Convención de los Derechos del Niño, normas que el Estado guatemalteco no materializa en la vida de cada niño, niña y adolescente que se encuentra amenazado o violentado en sus derechos humanos. Y lo cual hasta la fecha no ha logrado, pues ha tenido dificultades para la implementación de dichas normas dentro de las instituciones de gobierno y aquellas no gubernamentales que se dedican al cuidado y protección de la niñez y adolescencia.
3. El Estado guatemalteco ha sido incapaz de exigir y controlar a las entidades públicas o privadas encargadas de dar protección a la niñez y adolescencia que respeten y cumplan con los derechos humanos que tiene este grupo sectorio.
4. Las entidades públicas o privadas encargadas de dar protección y abrigo a la niñez y la adolescencia les colocan en riesgo o les violentan en sus derechos humanos, convirtiéndose en lugares donde se violan o se ponen en riesgo los derechos humanos de la niñez y adolescencia debido a la falta de control legal e institucional por parte del Estado.
5. La vulnerabilidad en que se encuentra la niñez y adolescencia en las entidades públicas o privadas encargadas de dar protección y abrigo a la niñez y la adolescencia, es debido a la falta de la implementación de un reglamento que regule el funcionamiento a dichas entidades.





RECOMENDACIONES

1. Se deben cambiar los paradigmas sociales que impiden la aplicación y el cumplimiento de la protección integral y el respeto a la Convención de los Derechos del Niño, a través de la Procuraduría de Derechos humanos, la Procuraduría General de Nación y el Ministerio de Educación, quienes deben ser los encargados de socializar, sensibilizar y dar a conocer los contenidos de la teoría de la protección integral y la Convención de los Derechos del Niño, a las instituciones encargadas de dar abrigo y protección a la niñez y adolescencia, así como a docentes y estudiantes de todo nivel educativo.

2. Para implementar la obligación y aceptación al respeto de los derechos humanos de la niñez y adolescencia en Guatemala y materializarlos en la vida de cada niño, niña y adolescente que se encuentra amenazado o violentado en sus derechos humanos, se hace necesario implementar dichas normas dentro de las instituciones de gobierno y aquellas no gubernamentales que se dedican al cuidado y protección de la niñez y adolescencia, a través de la Comisión Nacional de Adopciones quien por ley es la encargada de tal actividad, para ello esta institución debe crear una supervisión con el personal adecuado y profesional necesario e idóneo, que se asegure y constantemente supervise el funcionamiento de dichas instituciones y el cumplimiento de tales derechos.

3. La Comisión Nacional de Adopciones debe crear de inmediato un registro de inscripción y funcionamiento de entidades públicas y privadas encargadas de brindar abrigo temporal a la niñez y adolescencia, con el fin de saber de su existencia y tener control en su funcionamiento físico e interpersonal; debiendo encontrarse previamente establecido en el reglamento propuesto en el desarrollo de este trabajo.

4. Las entidades públicas o privadas que funcionan en el territorio nacional encargadas de dar protección y abrigo a la niñez y a la adolescencia, obligadas a cuidar y protegerlos, y a pesar de ello, los pongan en riesgo o violenten en sus derechos



humanos, deben ser sancionadas por la Comisión Nacional de Adopciones de conformidad con los procedimientos y sanciones que deberán estar establecidos en el Reglamento que regula su funcionamiento.

5. Para evitar la vulnerabilidad en que se pueden encontrar la niñez y adolescencia en las entidades públicas o privadas encargadas de dar protección y abrigo a la niñez y la adolescencia, se debe crear e implementar, por parte de la Comisión Nacional de Adopciones un reglamento que regule el funcionamiento de dichas entidades. Con tal fin, se debe convocar a las entidades públicas y privadas en mención, y conjuntamente buscar la creación del reglamento que les permita cumplir con el objetivo principal de su existencia, que consiste en brindar eficientemente abrigo temporal a la niñez y adolescencia guatemalteca.



BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel. **La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y el derecho constitucional español.** Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.
- AMAYA BUEZO, Alexander Alberto; Ana Raquel Cruz y Dina Albely Cruz Castellón. **Judicialización de medidas contenidas en la ley del instituto salvadoreño de protección al menor por el juez de menores. Tesis, Universidad de El Salvador Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Segundo Seminario de Graduación Plan de Estudios 1993.** El Salvador <http://www.csj.gob.sv/>
- BELLOFF, Mary. **El sistema de justicia penal y la doctrina de la protección integral de los derechos del niño** en inimputabilidad y responsabilidad penal especial de los adolescentes transgresores de la ley, proyecto implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Organismo Judicial UNICEF, Guatemala 2001.
- BELOFF, Mary. **Un modelo para armar y para desarmar, protección integral de derechos del niño Vrs. derechos en situación irregular, de los derechos del niño en el sistema interamericano,** Buenos Aires, 2004.
- BERRO, Roberto. **La terapéutica social del menor abandonado**, t. 2: Derecho a tener Derecho. Derechos del niño, políticas para la infancia Vol: 2 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia , Caracas, Venezuela. 1996 397 Págs.
- BUAIZ VALERA, Yury Emilio. **La doctrina para la protección integral de los niños**, aproximaciones a su definición y principales consideraciones, Ministerio de Salud, Costa Rica, Este Documento corresponde solo al capítulo 2 del ensayo *Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños*, escrito por Yuri Emilio Buaiz V. y es reeditado por Edda Quirós /Dirección de Servicios de Salud/ Unidad de Evaluación/ Eje Derechos Humanos y equidad de género en salud. Documento enviado en Enero 2003 a la: =Red Interamericana de Educación en Derechos Humanos. www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en.. /de reninez unicef.pdf
- CABALLERO, María Ester. **El marco legal e institucional para la protección de la niñez y la adolescencia ante la explotación sexual comercial en Guatemala... análisis de situación y propuestas para su fortalecimiento,** Fortalecimiento de la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes ante la



Explotación Sexual Comercial en Centroamérica, ECPAT International 2004 Stylo Creativo S.A. Impresos La Carpintera S.A. 92 Pág.

CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario de derecho usual** de Editorial Heliasta, S. R. L. 1998.

CANTWELL, Nigel, **Defensa de los Niños-Internacional**, Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, URL: www.iin.oea.org/cad_Convención.pdf, extractado el 14 de enero de 2009

CARRANZA, E. y García Méndez, E. copeladores. **Del revés al derecho, la condición jurídica de la infancia en América Latina**. Bases para una reforma legislativa UNICEF. Ed. Galerna, Buenos Aires 1992. 460 Pags.

Child Welfare Information Gateway. **¿Cómo funciona el sistema de bienestar de menores?** Hojas Informativas (Factsheets) 2008. www.childwelfare.gov/espanol

CILLERO BRUÑOL, Miguel. **Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile**, SENAME - IIN-FLACSO, Multigrafiado, Santiago de Chile. 1993.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. **Leyes de menores, Sistema Penal e instrumentos internacionales de derechos humanos, contenido en Sistema Jurídico y Derechos Humanos**; Medicina C. y Mera J. editores, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pp. 477-544.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. **Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios** www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf

CILLERO BRUÑOL, Miguel. **El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**, en infancia, ley y democracia. Editorial TEMIS, Ediciones DEPALMA, Santa Fe de Bogotá- Buenos Aires, 1998. P 78.

Corte de Constitucionalidad **Expediente 1048-99** sentencia 02-08-2000. Cd Gaceta jurisprudencial.



Corte de Constitucionalidad **Expediente 280-90** sentencia 19-10-90 Cd Gaceta jurisprudencial.

DE ARMAS FONTICOBÁ, Tania. **La cuestión criminológica y jurídica de los niños en conflicto con la ley penal.** El esquema legal cubano Revista ámbito jurídico http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6254.

DE LEÓN, E. **El maltrato infantil en Guatemala. Una visión global de la problemática.** Revista Tejiendo la Red, Octubre 1997.

Diario de Centro América. **Hogares para niños, a cargo del Consejo Nacional de Adopciones,** May López, jueves 09 de mayo de 2008.

DONNELL, D. O. **La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia,** p. 128. Página de Internet: [http://www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/PonenciaConferencistas/ Daniel O Donnell /Ponencia Daniel O Donnell.doc](http://www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/PonenciaConferencistas/Daniel%20O%20Donnell/Ponencia%20Daniel%20O%20Donnell.doc)

El Periódico. **La Ley de Adopciones cumple un año de vigencia.** Marta Sandoval. 3 de enero de 2009.

ESPINOSA TORRES, M. P. **Jurisdicción y competencia de menores infractores,** ps-149 a 156, ambas en *Sobre los menores*, Colección de Estudios Jurídicos, México, 1992.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y E. Carranza. **Del revés al derecho,** edición a cargo de E. Ed. Galerna, Buenos Aires. 1992.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. **Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina,** Ed. Fórum Pacis, Colombia, p-170;

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. **Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina,** de la situación irregular a la protección integral http://www.iin.oea.org/Para_una_historia_del_control_sociopenal.pdf

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. **Elementos para una historia del control sociopenal de la infancia en América Latina,** en "El Sistema Penal Argentino", Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1992.



GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Carranza, E. **El derecho de menores como derecho mayor.** UNICEF-ILANUD Brasilia San José de Costa Rica, Pág. 4 y 7.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. El menor abandonado-delincuente, **En torno a los orígenes de una contradicción anunciada**”, **Pibes unidos y la ley, 1990.**

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Foro en el 1er. **Encuentro de jueces y procuradores de menores de Venezuela** realizado el 06 de diciembre de 1996 en la ciudad de Caracas, Venezuela.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. **Derecho de la infancia adolescencia en América Latina**, de la situación irregular a la protección integral. Forum Pacis, Bogotá 1994.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio - Carranza Elías. **Infancia, adolescencia y control social en América Latina**, Ed. Depalma, Buenos Aires. 1990.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. **Infancia y derechos humanos** Pág. 299.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. **Legislaciones infanto juveniles en América Latina**, modelos y tendencias *www.iin.oea.org /Cursos a distancia /Legislaciones infanto juveniles.pdf*

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. **Niño abandonado, niño delincuente.** Nueva sociedad nro.112 marzo- abril 1991, pp. 124-135.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. **Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social en un derecho Penal del Menor**, ob. cit., ps 151 a 173;

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. **La justicia de menores en el siglo XX**, *www.iin.oea.org/La_justicia_de_menores.pdf*.

GOMES DA COSTA, Antonio Carlos. **Futuro de las políticas públicas para la infancia en América Latina.** En el IV Seminario Latinoamericano sobre Niñez y Adolescencia. P. 172 (Octubre 1995).



GONZÁLEZ DEL SOLAR, José H. **Protección integral; un debate que se prolonga**
http://derechominoridad.blogspot.com/2006/01/proteccion-integral-un-debate-que-se_18.html.

Grupo de Apoyo Mutuo, **Informe sobre la situación de la niñez y adolescencia en Guatemala** *Guatemala 6 de abril de 2010.*

HERNÁNDEZ DE LARIOS, Elizabeth. **Entidades de abrigo a cargo del Consejo.**
Presidente Consejo Directivo Consejo Nacional de Adopciones ww.cna.gob.gt

HERRERA ORTIZ, María del Pilar. **La situación de los menores infractores en la Ley de Adaptación Social y de los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Estado de Veracruz, en relación con las garantías constitucionales o derechos humanos consagrados en nuestra Constitución Federal .**

LARRANDART, Lucila **Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia en ser niño en América Latina.** Edit. Galerna, 1991.

Los niños como protagonistas del proceso de abuso y abandono, Revista Nosotros, pág. 11, noviembre 1996.

MATA TOBAR, Víctor Hugo, **La aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos en el orden jurídico de los Estados de Centroamérica.** CODEHUCA, San José, Costa Rica, 1998.

Minugua. **Situación de la niñez y la adolescencia en el marco del proceso de paz en Guatemala.** Informe de verificación. Guatemala, 2000, p. 12-13.

NOVOA SOTTA, Fernando; De la Barra Mac Donald, Flora y otros. **Síndrome del niño maltratado.** Revista Chilena de Pediatría., Santiago de Chile, vol.63,1992. Pág.1-12.

OSSORIO, MANUEL. **Diccionario de ciencias jurídicas y sociales.** Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, impreso en talleres gráficos Favarro S.A.I.C.i.F. 4 de febrero de 1991.



Organismo Judicial y Unicef, Escuela de Estudios Judiciales, **Instructivo jueces y juezas de Paz**, folleto 16 pág.

ORTS BERENGUER, Enrique, **La pena y sus alternativas, con especial atención a su eficacia frente a la delincuencia juvenil**, Proyecto de Investigación Científica y Desarrollo Técnico "Generalitat Valenciana", 1998.

PILOTTI, Francisco. **Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile**. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.

Prensa Libre. **Hogares de protección y abrigo para niños no cumplen; informe revela deficiencias**. 03/08/08

RODRÍGUEZ BARILLAS, Alejandro. **Los derechos de la niñez víctima en el proceso penal guatemalteco justicia penal de adolescentes y niñez víctima**. Organismo Judicial UNICEF Guatemala, 2002.

RAFFO, Héctor Angel y otros. **La protección y formación integral del menor**, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1986, p-18. Paradigmas sobre la infancia-adolescencia <http://www.agrupacionmazamorra.com.ar/PARADIGMAS-SOBRE-LA-INFANCIA>

SAJÓN, R. **Derecho de menores**, Ed. Abeledo-Perrot, 1995.

SAJÓN, R., Achard, J.P., y Calvento U. **Menores en situación irregular, aspectos socio legales de su protección**. Ponencia presentada en el XV Congreso Panamericano del Niño, Santiago de Chile, 1973.

SOLÓRZANO LEÓN, Justo Vinicio. **Los derechos humanos de la niñez y su aplicación judicial**. Proyecto Justicia penal de adolescentes y niñez víctima Organismo Judicial UNICEF Guatemala 2003.

SOLÓRZANO, Justo. **La ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, una aproximación a sus principios derechos y garantías**. Organismo Judicial UNICEF, Diagramación e impresión: Agrafic, Guatemala, 2006, 224 pág.



TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. **Teoría general de niñez y adolescencia**, (1998), p. 65, editado por UNICEF-Colombia.

TIFFER SOTOMAYOR, Carlos. **De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/garantista**. Revista de Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, No. 13, Agosto San José Costa Rica 1997.

Unicef. **Justicia y derechos del niño**. Número 3 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay Comité editorial. Miguel Cillero Bruñol / Mabel López Oliva / Mary Beloff / Emilio García Méndez. Buenos Aires, diciembre 2001 194 pags.

Unicef, *Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia*, *Holt International* y la *Secretaría de Bienestar Social (SGB) del Gobierno de Guatemala*. **Informe sobre los hogares de protección y abrigo para niños y niñas, en Guatemala**,

Unicef. **Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención**. Tercer y cuarto informes periódicos que los Estados partes debían presentar en 2006.

WILLIAMSON y de María W. Piers. **Infanticida**. Past and Present, Nueva Cork W W Norton & Co. 1978,

Legislación:

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

Convención Americana de Derechos Humanos (Pactos de San José). Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 6-78, 1978.

Convención de los Derechos del Niño. Ratificado por el Congreso de la República de Guatemala en el Decreto 27-90 Guatemala mayo 1990.



Convenio de La Haya relativo a Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Congreso de la Republica de Guatemala, Decreto 31-2007. 31 de diciembre 2007.

Código Penal, Congreso de la República de Guatemala. Decreto 17-73, 1973.

Código Procesal Penal. Congreso de la Republica de Guatemala, Decreto No. 51-92. 1992.

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

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

Ley de Adopciones. Congreso de la Republica de Guatemala, Decreto 77-2007, 2007.