

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

**NECESIDAD DE CREAR OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL CUIDADO
ALTERNATIVO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CUYOS DERECHOS HAN SIDO
VIOLADOS O AMENAZADOS**

LUCÍA ITURRIAGA MÉRIDA

GUATEMALA, ABRIL 2013

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

**NECESIDAD DE CREAR OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL CUIDADO
ALTERNATIVO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CUYOS DERECHOS HAN SIDO
VIOLADOS O AMENAZADOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUCÍA ITURRIAGA MÉRIDA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, abril 2013

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

DECANO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br. Rocael López González
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

PRIMERA FASE:

PRESIDENTE:	Licda. Rosa Amalia Cajas Hernández
VOCAL:	Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes
SECRETARIO:	Lic. Nery Augusto Franco Estrada

SEGUNDA FASE:

PRESIDENTE:	Licda. Dora Renée Cruz Navaz
VOCAL:	Licda. Rosalba CorzantesZuñiga
SECRETARIO:	Lic. Luis Emilio Orozco Piloña

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



LIC. ROMEO MONTERROSA ORELLANA
6 av. 9-61 zona 9, Edificio Consedi Oficina. 02
Teléfono: 23319786

Guatemala 23 de marzo de 2012

Licenciado
Luis Efraín Guzmán Morales
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Guzmán Morales:

De conformidad con el nombramiento de fecha uno de septiembre del año dos mil once me permito manifestarle que en la calidad de asesor de tesis de la Bachiller **LUCÍA ITURRIAGA MÉRIDA**, titulado "**NECESIDAD DE CREAR OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL CUIDADO ALTERNATIVO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA CUYOS DERECHOS HAN SIDO VIOLADOS O AMENAZADOS**", al respecto le manifiesto lo siguiente:

DICTAMEN:

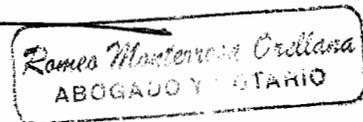
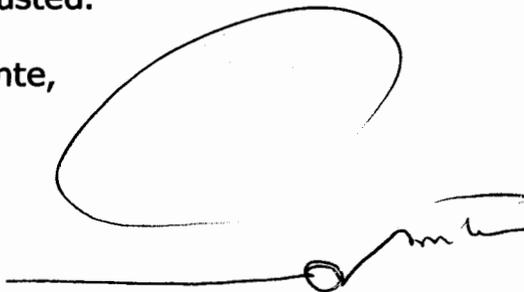
- 1) Analicé el contenido científico y técnico de la necesidad que existe en la creación de otras medidas de protección del cuidado de los menores y adolescentes en el país, cuyo problema jurídico-social es de actualidad.
- 2) Los capítulos del presente trabajo, tienen un orden lógico que permiten determinar con claridad el contenido de los temas desarrollados en la investigación. La sustentante realizó la tesis utilizando los métodos indicados, las técnicas señaladas, y la bibliografía utilizada en el desarrollo de la investigación, contribuyen para que el presente trabajo sea utilizado con **visión futurista dentro del campo del derecho guatemalteco en materia de niñez y adolescencia.**



- 3) El tema que se desarrolla es muy importante para la sociedad guatemalteca el cual se incluye en materia de Derechos humanos, su redacción es congruente, clara y precisa, que servirá de consulta en un futuro.
- 4) En el presente trabajo no se presentaron cuadros estadísticos por tratarse de una investigación de tema social.
- 5) En cuanto a las conclusiones y recomendaciones se determina que son la esencia de la investigación pues mediante las conclusiones se establece que el Estado de Guatemala tiene la obligación de velar por los derechos de los niños y adolescentes, cuando han sido violados o amenazados por lo que la sustentante recomienda la creación de un juzgado de control específico de medidas de protección para los niños y adolescentes cuando sus derechos se encuentren transgredidos por sus infractores.
- 6) En lo referente a la bibliografía consultada, se observo que se consulto los documentos y libros adecuados para el desarrollo del trámite por lo que se puede continuar con el trámite del tema intitulado. **"NECESIDAD DE CREAR OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL CUIDADO ALTERNATIVO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CUYOS DERECHOS HAN SIDO VIOLADOS O AMENAZADOS"**.

Como asesor emito DICTAMEN FAVORABLE pues considero que, de conformidad con lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, cumple con todos los requisitos establecidos, para sustentar el examen público de Tesis , por lo que con el debido respeto a su alta investidura, me suscribo de usted.

Atentamente,

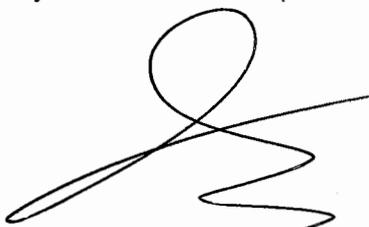


ROMEO MONTERROSA ORELLANA
Colegiado 8,166

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

Atentamente, pase a el **LICENCIADO CARLOS HUMBERTO VÁSQUEZ ORTIZ** para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante: **LUCÍA ITURRIAGA MÉRIDA**, intitulado “**NECESIDAD DE CREAR OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL CUIDADO ALTERNATIVO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CUYOS DERECHOS HAN SIDO VIOLADOS O AMENAZADOS**”.

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”.



DR. CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CEHR/iyc



LIC. Carlos Vásquez Ortiz

Bufete Multijurídico, Abogados y notarios

6° Avenida 6-91, Zona 9 Edificio Consedi 2° Nivel Oficina No.2

Móvil: 59182021,45491695

Email: lic.carlosvasquez@yahoo.com

carloshortiz@yahoo.com

Guatemala, 06 de junio de 2012

Doctor

Carlos Ebertito Herrera Recinos

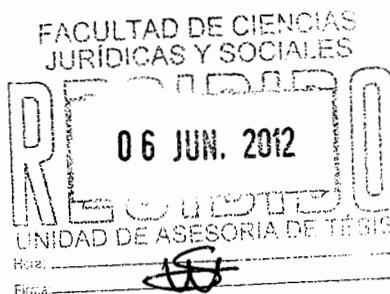
Jefe de la Unidad de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su Despacho

Estimado Doctor Herrera:



Conforme resolución de fecha doce de abril de dos mil doce, emanada por la Unidad de Tesis y, suscrito por usted precedí, conforme a la designación que se me hiciere, a revisar el trabajo de tesis de la Bachiller **LUCÍA ITURRIAGA MÉRIDA**, con número de carné 200411151, bajo el nombre de : **“NECESIDAD DE CREAR OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL CUIDADO ALTERNATIVO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CUYOS DERECHOS HAN SIDO VIOLADOS O AMENAZADOS”**.

El trabajo de tesis relacionado, como una problemática jurídica y social actual, se fundamenta en el ámbito del derecho de la niñez, considerándose que es un aporte para la legislación guatemalteca, ya que enfatiza un problema social, real y con trascendencia cotidiana, que no es atendido como debería. Explica la sustentante que se hace necesario la creación de juzgados competentes específicos de control que brinden la protección adecuada a la niñez y adolescencia a través del Estado como ente encargado de créalos, brindándoles el cuidado debido, cuando sus derechos se encuentran violados o amenazados y con esto crear programas estatales exclusivamente dirigidos al cuidado y protección a la niñez, y también realizar una implementación y capacitación en las instituciones públicas y privadas, con el apoyo de la Procuraduría General de la Nación, la Procuraduría de los Derechos Humanos, la Defensoría de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, para que exista un órgano judicial controlador que ejecute las medidas de protección para niños amenazados o violados en sus derechos humanos, igual para los infractores, con esto dar protección debida a los menores que actualmente sufren vejámenes de tipo psicológico-social.

Menciona en su trabajo presentado, el contenido en capítulos explicativos, hechos por la autora, referencias jurídicas y otras, que al leer y analizar su contenido, se realizaron algunas correcciones, a manera que se expliquen esos acontecimientos que riñen o que se pretenden corregir en una nueva ley, es de suma importancia la posibilidad de darle un tratamiento especial en las normativas que van dirigidas a los niños y adolescentes del país y como medida excepcional, la actualización de programas y leyes de protección a los mismos.



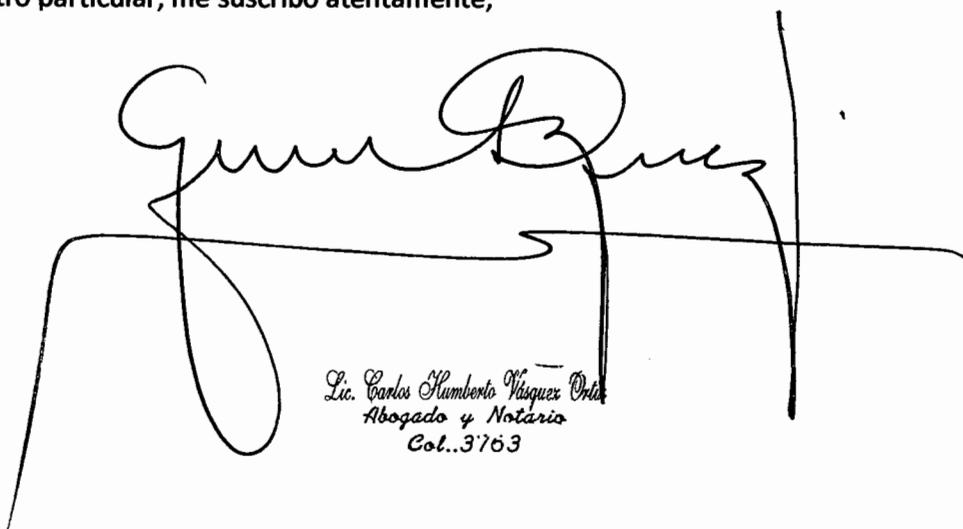
LIC. Carlos Vásquez Ortiz
Bufete Multijurídico, Abogados y notarios
6° Avenida 6-91, Zona 9 Edificio Consedi 2° Nivel Oficina No.2
Móvil: 59182021, 45491695
Email: lic.carlosvasquez@yahoo.com
carloshortiz@yahoo.com

Asimismo, es importante menciona que la autora ha aportado conclusiones y recomendaciones, importantes y necesarias, que serán desafíos para darle la efectividad a todos los derechos de la niñez y de la adolescencia, ya que como ella indica, estos alcanzan de manera integral el desarrollo humano, la superación de la pobreza y el abandono de viejos paradigmas en relación a ellos.

En cuanto al contenido que abarcó es amplio, científico y técnico, utilizando una metodología de investigación adecuada para explicar el fin y objeto que se busca, no se presentaron cuadros estadísticos.

A mi criterio, el contenido del trabajo de investigación de la tesis , se ajusta a los requerimientos exigidos, cumple con las normas facultativas, con la metodología y técnicas de investigación; la redacción es adecuada, acogiéndose a la Normativa para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales, para someterse al Examen General Público, en virtud de lo estipulado por el Artículo 32 , el que se lee literalmente: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, en opinión al respecto del contenido científico y técnico de la tesis, metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción los cuadros estadísticos si fueren necesarios la contribución científica de la misma, las conclusiones , las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes", resulta precedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE como revisor de tesis. Procediendo su discusión en el examen público de tesis.

Sin otro particular, me suscribo atentamente,



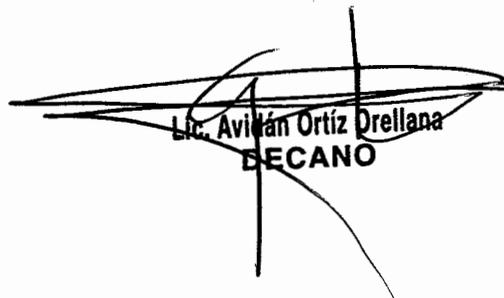
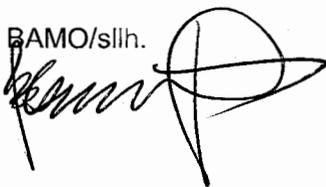
Lic. Carlos Humberto Vásquez Ortiz
Abogado y Notario
Col..3763



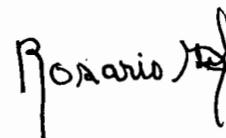
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 11 de marzo de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LUCÍA ITURRIAGA MÉRIDA, titulado NECESIDAD DE CREAR OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL CUIDADO ALTERNATIVO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CUYOS DERECHOS HAN SIDO VIOLADOS O AMENAZADOS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/slh.



Lic. Avilán Ortiz Drellana
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser el centro de mi vida, por iluminarme siempre, caminar junto a mí en mí aprender cotidiano y darme la sabiduría para poder lograr una meta mas alcanzada.
- A MI MADRE:** Por ser la persona que siempre ha estado a mi lado apoyándome incondicionalmente en todos los momentos de mi vida, que con mucho amor, cariño, entrega y esfuerzo ha contribuido día con día al logro de cada una de mis metas en la vida, a quien le dedico con mucho amor todo mi esfuerzo y trabajo puesto para la realización de esta tesis.
- A MI FAMILIA:** Agradezco a todos, por el cariño y apoyo que me han brindado a lo largo de estos años, en especial a mi abuelito, por ser como un padre que me ha apoyado siempre, y que con mucho cariño ha estado siempre ahí para mí y demás familia, tíos, primos, Por compartir cada momento conmigo, por todo su apoyo y cariño. Los quiero mucho.
- A MIS AMIGOS:** Por compartir cada momento conmigo, por todo su apoyo y cariño e incondicional que me han brindado a lo largo de mi vida.
- A:** La Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala, y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por brindarme el honor de ser egresada de tan prestigiosa casa de estudios.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Regulación y doctrina sobre la protección integral de la niñez y adolescencia en Guatemala.....	1
1.1. Principios y orientaciones generales de la niñez y adolescencia.....	1
1.2. Doctrina de la protección integral de los niños y adolescentes en Guatemala	4
1.2.1. El niño como sujeto de derechos	5
1.2.2. El interés superior del niño.....	11
1.2.3. Prioridad absoluta sobre el cuidado de los niños y adolescentes .	11
1.2.4. Participación de la Convención de los Derechos del Niño sobre el cuidado de la niñez y adolescencia.....	12
1.3. Situación irregular a la protección integral de la niñez y adolescencia	18
1.3.1. La desnutrición.....	19
1.3.2. El analfabetismo.....	19
1.3.3. La pobreza	20
1.3.4. El maltrato	20
1.3.5. Trabajo infantil.....	21
1.4. Derechos de la niñez y la regulación en los convenios y tratados ratificados por el Estado de Guatemala.....	22

1.5.	Desafíos para el cumplimiento de los derechos de la niñez y la adolescencia.....	25
1.6.	Regulación sobre la niñez y adolescencia en los convenios y tratados ratificados por el Estado de Guatemala.....	26
1.7.	Necesidad de crear otras medidas de protección del cuidado alternativo de la niñez y la adolescencia cuyos derechos han sido violados	28

CAPÍTULO II

2.	Principios de cuidado alternativo.....	31
2.1.	Cuidado alternativo.....	31
2.2.	Principios generales de la modalidad alternativa.....	33
2.2.1.	Unidad e integridad de la familia	35
2.2.2.	Protección económica, jurídica y social.....	35
2.2.3.	Interés superior de la familia	36
2.2.4.	No-discriminación, equidad e igualdad de oportunidades.....	36
2.2.5.	No institucionalización de la niñez y adolescencia.....	37
2.2.6.	Responsabilidad compartida para la efectividad de los derechos..	37
2.2.7.	Participación de la niñez y adolescencia.....	38
2.3.	Orden de prelación de las medidas de cuidado del niño	38
2.4.	Derecho comparado en el cuidado alternativo.....	39
2.4.1.	España	39
2.4.2.	México.....	40

2.4.3. Honduras.....	41
2.5. Reintegración familiar	42

CAPÍTULO III

3. Familia de acogimiento temporal.....	45
3.1. Definición de familia sustituta	45
3.2. Familia sustituta en Guatemala	46
3.3. Derechos y garantías de adolescente en conflicto con la ley	48
3.4. Tipos de familia sustituta	49
3.5. Instituciones que garantizan el acogimiento temporal en Guatemala.....	51
3.5.1. Subsecretaría de Protección y Abrigo Temporal.....	51
3.5.2. Programa de Hogares Temporales de Protección y Abrigo.....	53
3.5.3. Programa de Riesgo Social	55
3.5.4. Programa de Migrante	56
3.5.5. Procuraduría de la Niñez y Adolescencia.....	56
3.5.6. Hogar Miguel Magone	58
3.5.7. Hogar Luz de María.....	59
3.5.8. Otros hogares no gubernamentales	60
3.6. Instituciones que garantizan el acogimiento temporal en otros países	62
3.6.1. Aldeas Infantiles SOS México	62

3.6.2. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia de Argentina.....	63
3.6.3. Consejo de Atención Integral de Costa Rica.....	64

CAPÍTULO IV

4. Cuidado y protección de niñez y adolescencia declarada en adoptabilidad.....	67
4.1. Institución responsable.....	69
4.2. Convenio de la Haya.....	70
4.3. Tráfico ilícito de la niñez y adolescencia.....	71
4.4. Criterios de adopción.....	74
4.4.1. Interés superior del niño.....	75
4.4.2. Identidad cultural.....	75
4.4.3. Aspectos físicos y médicos.....	76
4.4.4. Aspectos socioeconómicos.....	76
4.4.5. Aspectos psicológicos.....	77
4.5. Comentarios finales.....	77
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85

INTRODUCCIÓN

La protección del cuidado alternativo de la niñez y adolescencia en Guatemala es necesaria ya que no existe una regulación específica respecto al tema, de manera clara de aquellas medidas que deben brindarse al niño o adolescente cuando sus derechos han sido violados o amenazados, procurando que su cuidado y protección se produzca en un ambiente familiar u otro que designe el Estado que permita su desarrollo humano adecuado a su situación y edad de manera temporal o permanente.

Dentro de la protección integral de la niñez y adolescencia se busca la implementación del conflicto del cuidado alternativo de los menores de una manera íntegra designada por un juez competente en la materia, en el que los casos de violaciones o agresiones tanto, materiales como psicológicas, que afectan de manera constante a estos seres tan indefensos, sean retirados de los ambientes de maltrato constante a su derechos como personas. Este derecho está fundamentado en el Artículo 51 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y los tratados internacionales en materia de la niñez.

El Estado de Guatemala, tiene la obligación y la necesidad de crear lugares alternativos del cuidado de los niños y adolescentes, brindando una protección indispensable para el desarrollo integral sano de los menores, en lugares idóneos para el cuidado temporal en donde ellos estén protegidos mientras termina el proceso o en su caso la adoptabilidad según sea más conveniente para el menor, siendo la finalidad la protección integral garantizada en una reintegración familiar.

La presente investigación tiene carácter analítico, jurídico estructurado y redactado de la siguiente manera: el capítulo primero, se refiere a la regulación y doctrina sobre la protección integral de la niñez y adolescencia en Guatemala; en el capítulo segundo, se desarrolló los principios del cuidado alternativo ; en el capítulo tercero, se menciona lo relativo a la familia de acogimiento temporal; y en la capítulo cuarto, se hace referencia al cuidado y protección de la niñez y adolescencia declarada en adoptabilidad, su justificación esta en las deficiencias que el Estado tiene para poder implementar los mecanismos adecuados a la solución , dando protección idónea a los menores.

Los métodos utilizados fueron: el analítico, necesario para establecer la importancia de la necesidad de la creación de lugares alternativos para la protección integral de la niñez y adolescencia en materia de derechos humanos, el inductivo demostró la importancia de la creación de los lugares alternativos; y el deductivo, estableció la carencia de la protección de la niñez y adolescencia. La técnica utilizada fue la documental.

Una de las causas por las cuales Guatemala tiene muchos problemas para garantizar esta protección integral de los menores es la falta de recursos económicos y que éstos deban ser controlados para colocarlos como se debe, buscando las mejores prácticas de cuidado según sea el estado en que se encuentre el niño o adolescente respecto de su familia biológica.

CAPÍTULO I

1. Regulación y doctrina sobre la protección integral de la niñez y adolescencia en Guatemala

La regulación de la doctrina de protección integral de la niñez y adolescencia en Guatemala, nace de la necesidad de la inexistencia del tema en la legislación interna, la cual debe ser fundamental brindar una protección adecuada al cuidado de los menores cuando sus derechos se han violado o amenazado por sus transgresores.

1.1. Principios y orientaciones generales de la niñez y adolescencia

Los principios y orientaciones generales son todos aquellos que servirán de base como se desarrollará la medida de protección del cuidado de los menores del presente trabajo siendo la principal fuente la familia, “siendo la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados principalmente a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, bajo la de otros familiares cercanos, o que vuelva a ella”¹, o en última instancia bajo el cuidado de un lugar que proteja la vida e integridad de los menores, siendo el Estado el encargado de velar por que los guardadores tengan acceso a formas de apoyo familiar.

¹ Magda Medina. **Niños, niñas y adolescentes que quedan en el país de origen o de destino sin cuidado.** Pág. 22

Entre los principios y orientaciones generales de las directrices de las Naciones Unidas se menciona en el Artículo 4: “Los niños y jóvenes deberían vivir en un entorno en el que se sientan apoyados, protegidos y cuidados y que promueva todo su potencial. Los niños total o parcialmente faltos del cuidado parental se encuentran en una situación especial de riesgo de verse privados de la crianza que da ese entorno”.² Donde los jóvenes son considerados como adolescentes.

Al aplicar dichas directrices también se menciona que: “El interés superior del niño constituirá el criterio para determinar las medidas que hayan de adoptarse con relación a los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación que sean más idóneas para satisfacer sus necesidades y facilitar el ejercicio de sus derechos, atendiendo al desarrollo personal e integral de los derechos del niño en su entorno familiar, social y cultural y su condición de sujetos de derechos, en el momento de proceder a esa determinación y a más largo plazo”³. En el que sus condiciones como seres indefensos no afecten su vida, tomando en cuenta la opinión de los menores dándole prioridad al brindar las medidas correspondientes de acuerdo a cada caso.

El Estado debe elaborar y aplicar en el marco de su política general de desarrollo humano y social unas políticas integrales de protección y bienestar del niño, atendiendo a la mejora de las modalidades existentes le acogimiento alternativo.

² Naciones Unidas. **Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños**. Pág 3.

³ Ibid.

Tal como lo menciona Cristóbal Cornieles: “con el término de protección integral se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales que constituyen su marco referencial. Tiene su antecedente directo en la Declaración Universal de los Derechos del Niño”.⁴ Esto ayudará al desarrollo físico y emocional del niño.

Como parte de los esfuerzos para impedir que los niños sean separados de sus padres, el Estado debe velar por la adopción de medidas apropiadas y respetuosas del cuidado de los menores tal como lo establece la Convención de los Derechos del Niño en el Artículo 20 que estipula en el numeral 3: “Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

Centrando la atención prestada en los entornos familiares cuya capacidad no resulte limitada por factores tales como: discapacidad, la drogodependencia y el alcoholismo, la discriminación contra familias indígenas o pertenecientes a una minoría, y la vida en regiones en las que se desarrolle un conflicto armado o que estén bajo ocupación extranjera, con lo que resulte imposible la ayuda a las familias de los menores.

⁴ Cristóbal Cornieles. **Quinto año de vigencia de la ley orgánica para la protección del niño y del adolescente**. Pág. 449

Dando la protección apropiada a los niños vulnerables, como los niños víctimas de abusos y explotación, los niños abandonados, los niños que viven en la calle, los niños nacidos fuera del matrimonio, los niños no acompañados y separados, los niños internamente desplazados y los refugiados, los niños de trabajadores migratorios, los niños de solicitantes de asilo y los niños que viven con el VIH/SIDA o afectados por este u otras enfermedades graves que son los mayormente sufridos en la actualidad.

1.2. Doctrina de protección integral de los niños y adolescentes en Guatemala

La doctrina de la protección integral, inspira a la Convención de los Derechos de los Niños, la ley interna junto con los tratados ratificados con el Estado de Guatemala porque viene a constituirse en una nueva forma de convivencia social que replantea la posición de los niños y adolescentes y los coloca en una condición de recibir de los adultos las atenciones que permite su pleno desarrollo porque son un factor fundamental de la base de la sociedad.

Estos instrumentos anteriormente mencionados contienen disposiciones idóneas y suficientes que permiten construir un nuevo derecho para niños y adolescentes; propiciar un cambio en las instituciones sociales a fin de activar ese derecho y pasar del reproche individual de la situación estructural del problema.

El derecho de la niñez, se encuentra fundamentado en la doctrina de la protección integral de la niñez y adolescencia el cual “debe respetar una serie de principios rectores que constituyen sus pilares fundamentales”⁵, que a continuación son mencionados basados en la iniciativa de Ley de los Derechos de los Niños y Adolescentes para el Estado de México, basándose en el derecho comparado:

1.2.1. El niño como sujeto de derechos

“La Nueva doctrina de los menores convierte las necesidades de niños y adolescentes en derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, asimismo garantiza para los adolescentes en conflicto con la ley, una justicia que respete los mismos derechos procesales consagrados para los adultos”⁶, como lo menciona Magaly Vásquez.

En el marco de esta nueva concepción jurídica y social se atribuyen derechos específicos a los niños y adolescentes pero no derechos especiales excluyentes. La especificidad implica reforzar los derechos otorgados a los seres humanos de cualquier edad, adecuándolos a los niños y adolescentes como sujetos en formación. Asimismo se amplían para ellos una serie de nuevos derechos que antes sólo se reconocían a los mayores de edad, por ejemplo: el derecho a la libertad de opinión, a la participación, asociación, a la seguridad social, entre otros.

⁵ Diputados del partido verde. **Iniciativa de ley de los derechos de los niños y adolescentes para el Estado de México**. Pág. 4

⁶ Magaly Vásquez. **Ciencias penales: temas actuales**. Pág. 153

Los derechos fundamentales de la infancia reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño se agrupan en cuatro categorías:

A. Derecho de supervivencia: contenido en el Artículo 6 de la Convención Sobre los Derechos del Niño el cual establece: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. La salud de los guatemaltecos está vinculada a condiciones higiénicas inadecuadas, tales como: la mala nutrición, el bajo nivel educativo y sobre todo a un limitado acceso de la mayoría a los servicios de la salud.

En la actualidad, en Guatemala existe un grave problema de estadísticas de salud por el Sub-Registro, de las limitaciones técnicas y lo desactualizado de la información que deberían de tener con respecto al tema, sin embargo en términos generales, las cifras reportadas por el gobierno en el Informe Inicial de la Convención Sobre los Derechos del Niño demuestran la precariedad de la supervivencia y el desarrollo de la niñez y adolescencia de Guatemala.

El informe acerca de la evaluación nutricional del menor de cinco años se ha deteriorado en las últimas tres décadas, con serias deficiencias en peso y talla, con incremento del daño agudo. Esto quiere decir que el Estado, único ente facultado y obligado en garantizar a las personas y la familia una vida plena con derecho a la vida con un desarrollo integral que sea digno para que las personas puedan vivir dignamente.

También se encuentra regulado en el Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que estipula lo siguiente: “Protección a la familia: El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”.

Lo anterior hace un énfasis a lo que las normas internas guatemaltecas regulan sobre el por qué es la base de la sociedad la familia, y por qué debe tener un desarrollo íntegro conforme sus necesidades, y por la misma falta de estos factores son principalmente afectados los niños o adolescentes que son los que sufren las consecuencias en la actualidad.

B. Derecho al desarrollo: el desarrollo es básico y fundamental en el crecimiento del niño o adolescente tal y como está en la Convención sobre los Derechos del Niño en el Artículo 28.” Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho”.

El sistema educativo en Guatemala, ha tenido la característica de contar con un grado de analfabetización muy grande, y es uno de los más elevados de América Latina y más aun en las áreas rurales; mayoritariamente entre la población maya hablante; sobre todo entre las mujeres.

La cobertura educativa está muy por debajo de la demanda real en todos los niveles educativos. La calidad de los servicios educativos es deficiente y esto se observa principalmente en las altas tasas de deserción, ausentismo y repitencia, en la carencia de la infraestructura educativa, principalmente en las zonas rurales donde es típica la escuela mono docente.

Otra consecuencia es la escasez de recursos presupuestarios que ha restringido la cobertura educativa a nivel nacional, se ha excluido a grandes sectores de la población de su acceso y no se cumple con los principios de gratuidad y obligatoriedad de la educación primaria y básica, garantizados por la Constitución de la República. En síntesis, el estado de Guatemala no cumple a cabalidad con la obligación adquirida en el Artículo 28 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

C. Derecho a la protección: abarca todas las formas de explotación y crueldad a no ser los niños objeto de violaciones o agravios contra su persona. El Artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.”

Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Se puede afirmar que el maltrato infantil se ha consolidado como parte medular de los modelos de crianza y de formas de vida familiar. Diariamente miles de niños del país viven este problema en sus casas, sus escuelas, en las calles, en las instituciones sin que hasta el momento haya despertado la suficiente preocupación general como para intentar remediar eficazmente dicho problema. Las consecuencias se viven ya en una sociedad caracterizada por la intolerancia, el individualismo y la indiferencia.

A pesar de la gravedad de la situación, no existe en el país un registro adecuado del número de casos presentados a las diversas instituciones que reciben denuncias sobre niñas o niños maltratados. La capacidad de respuesta institucional para la atención de esta población es mínima o inexistente, lo cual se complica además con una pésima administración de justicia, en donde el delito de maltrato no está tipificado como debería de estar en nuestro ordenamiento jurídico legal.

Como se menciona en el informe de la situación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de Guatemala por las Naciones Unidas: “Un signo esperanzador es el surgimiento de la Comisión Nacional Contra el Abuso y el Maltrato Infantil (CONACMI), como una instancia de coordinación surgida en 1994, que actualmente aglutina a 13 OG’s y ONG’s interesadas en trabajar en la prevención, detección y atención de casos de maltrato infantil”⁷, siendo este el objeto del presente tema y de actualidad en la sociedad.

D. Derecho a la Participación: Estos derechos incluyen la libertad de expresión del niño y ser escuchado en los asuntos que le conciernen. El artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño establece: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

Bajo una cultura autoritaria que ha caracterizado al país en los planos judicial, administrativo escolar y familiar, las opiniones de los niños generalmente no se toman en cuenta. Son escasos los espacios en los cuales los niños puedan expresar su forma de ver y de sentir la vida.

⁷ Naciones Unidas. **Informe sobre la situación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de Guatemala.** Pág. 17

En los últimos años diversas Organizaciones de Naciones Unidas (ONGS) han iniciado un proceso de apertura para promover los espacios de expresión infantil y juvenil en el país, lastimosamente por falta de recursos que el Estado no ha brindado a las entidades asignadas para esos casos no logran obtener resultados efectivos.

1.2.2. El interés superior del niño

Como premisa fundamental de la doctrina de la protección integral de los niños y adolescentes es el principio del interés superior del niño, consagrado en el Artículo tres de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que estipula expresamente: “En toda las medidas concernientes a los niños, que toman las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se entenderá será el interés superior del niño”.

Este principio es la base para la interpretación y aplicación de la normativa para los niños y los adolescentes, establece líneas de acción de carácter obligatorio para todas las instancias y pone límites a la discrecionalidad de sus actuaciones.

1.2.3. Prioridad absoluta sobre el cuidado de los niños y adolescentes

Este principio implica atender prioritariamente antes que nada, las necesidades y derechos básicos de los niños y adolescentes.

Simplemente, el niño o adolescente se encuentra primero en cuanto se refiera al cuidado y protección de ellos sin discriminación de sexo, raza, o clase social, por lo que deben recibir la atención y socorro en cualquier circunstancia, precedencia en la atención de los servicios públicos, preferencia en la formulación de las políticas públicas, y en el destino de los recursos públicos.

En el marco del derecho de los niños o adolescente emerge como prioridad absoluta debido a su valor intrínseco, puesto que es una persona humana en condiciones peculiares de desarrollo, lo cual hace de él un ser humano completo en cada fase de su crecimiento y a su valor prospectivo, porque cada niño es la continuidad de su familia, de su pueblo y de la especie humana.

1.2.4. Participación de la Convención de los Derechos del Niño sobre el cuidado de la niñez y adolescencia

Al respecto la convención distribuye la responsabilidad de proteger al niño entre tres actores: el Estado, la familia y la comunidad. Cuando éstos no asumen la cuota de responsabilidad que les corresponde para garantizar el respeto y cumplimiento de los derechos del niño y adolescentes de Guatemala, son ellos quienes estarán en situación irregular. Para hacer efectivos los derechos que la Convención sobre los Derechos del niño, es necesaria la plena participación y control de las personas, de las familias, de las sociedades organizadas y del propio niño y adolescente. Sólo la observancia de la Convención de los Derechos del Niño, hace posible la creación de los mecanismos efectivos de exigibilidad que garanticen el cumplimiento de los derechos.

Para analizar esta doctrina, hay que fundamentarse en el derecho de menores desde principios del siglo anterior y aun se mantiene vigente en Guatemala, sobre la cual no hay unidad de criterio, especialmente en los elementos que la matizan, así como su concreción en leyes positivas.

El niño o adolescente en situación irregular, es una categoría relativamente nueva, sin embargo, en cuanto que ésta es una construcción epistemológica que los científicos del derecho realizaron, para definir a un fenómeno social, que afectaba el status de las sociedades, a la vez de posibilitar la intervención del estado para controlar o proteger a este grupo marginal de la sociedad. No fue sino hasta en el XI Congreso Panamericano del Niño, Conferencia Interamericana Especializada de la Organización de Estados Americanos, que se utilizó por primera vez en la locución de menores en situación irregular.

Los rasgos que caracterizan la doctrina de la situación irregular en legislaciones minoristas latinoamericanas según Emilio García, son los siguientes:

- “Leyes que suponen la existencia de una profunda división al interior de la categoría infancia: Niños y adolescentes, en consecuencia, estas leyes que son exclusivamente de y para los menores, tienden objetivamente a consolidar las divisiones aludidas dentro del universo infancia.
- Centralización del poder de decisión en la figura del juez de menores con competencia y discrecionalidad.
- Judicialización de los problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo, con la clara tendencia a patologizar situaciones de origen estructural.

- Impunidad para el tratamiento de los conflictos de naturaleza penal.
- Criminalización de la pobreza, disponiendo internaciones que constituyen verdaderas privaciones de libertad, por motivos vinculados a la mera falta o carencia de recursos materiales.
- Consideración de la infancia, en la mejor de las hipótesis, como objeto de la protección.
- Negación explícita y sistemática de los principios básicos y elementales del derecho, incluso de aquellos contemplados en la propia Constitución Política de República de Guatemala”⁸.

Por lo que se establece que dicha doctrina ha extendido sus tentáculos y se ha mantenido vigente durante todo el siglo pasado y lo que va de este. Como resultado de la situación irregular se da el fracaso como respuesta a la crisis social que vive la infancia, y surge la doctrina de protección integral como antítesis de la primera, de la cual se estudiara su historia, conceptos, características y positivización.

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

⁸ Emilio García. **Legislaciones infanto juveniles en América Latina: modelos y tendencias.** Pág. 3

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

La doctrina de protección integral no es más que una construcción teórica, que hasta hace unos años atrás no estaba positivada en ninguna ley ordinaria en Latinoamérica, sin embargo, algunos tratadistas han escrito sobre el tema, sosteniendo que el reconocimiento de los derechos humanos de los niños es la base de esta doctrina, después de la primera carta de los derechos de los niños, documentos de diferentes organismos internacionales se ocuparon del tema, de forma que los derechos de los niños entran a formar parte de las categorías de los derechos humanos.

A eso se debe que los derechos del niño y adolescente se vuelven deberes de la familia, de la sociedad y del Estado. El niño, en el marco del nuevo derecho, emerge como prioridad absoluta debido a su valor intrínseco, o sea, el niño es una persona humana en condiciones peculiares de desarrollo.

Eso hace del niño, un ser humano completo en cada fase de crecimiento. Su valor prospectivo, dado que cada niño es la continuidad de su familia, de su pueblo y de la especie humana.

El derecho del niño y del adolescente no se dirige hacia un segmento determinado de la población infanto-juvenil, como lo hace la doctrina de la situación irregular que se dirige solamente a los menores o adolescentes, y comprende las normas en su conjunto sin discriminación de cualquier especie.

Otra de las características fundamentales de los derechos de los niños y adolescentes, es que emana de la Convención Internacional, es su amplitud: abarcando el campo de los derechos civiles, económicos, sociales, culturales y propiciando así una protección realmente integral a sus destinatarios.

Por otra parte, un poco distinto a lo anteriormente citado, se ha enunciado que dentro de los rasgos centrales de las nuevas legislaciones latinoamericanas basadas en la doctrina de la protección integral se tienen: Jerarquizar 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 abogados, sino que además se otorga una función importantísima de control y contrapeso al Ministerio Público.

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. 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.

Para algunos tratadistas es la suma de aquellos documentos que emanan de las Naciones Unidas y que tienen como sujetos pasivos a la infancia y juventud, y como resultado de la doctrina de la protección integral de la niñez y adolescencia fue una investigación y análisis, llevado a cabo por juristas sobre los derechos de la niñez y juventud, la cual fundamenta teóricamente y se positivada en algunos instrumentos como los citados, pero especialmente en la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Dicho instrumento internacional base del presente trabajo marca el cambio total en la cultura institucionalista y destaca a la infancia como sujetos de derecho, haciéndola resurgir de la indiferencia y el olvido. Por medio de ella se asumen compromisos éticos y jurídicos, para el establecimiento de medida en el caso de violaciones a los derechos humanos de la niñez y juventud.

Con la ratificación de la Convención hecha por el Congreso de la República de Guatemala, el país contrajo la obligación de realizar todos aquellos cambios legislativos, administrativos y judiciales, necesarios para garantizar su cumplimiento en Guatemala. Inspirado en lo anterior, en Septiembre de 1996 se aprobó el Código de la Niñez y Juventud, Decreto 78-96, suspendido en marzo del 2001 en forma indefinida.

Finalmente, ante la decadencia de las leyes de menores basadas en la doctrina de situación irregular y como respuesta a los desequilibrios estructurales producto de la crisis económica y del fracaso de las políticas de asistencia social; por otra parte, existe una legislación discriminatoria y arcaica, que de poco ha servido para favorecerlos, por el contrario se constituye como un mecanismo legal de control y represión, además de incorporar derechos especialísimos de protección, propios de estos seres tan vulnerables.

1.3. Situación irregular a la protección integral de la niñez y adolescencia

En Guatemala y en muchos países Latinoamericanos, las condiciones de vida de casi la mitad de sus habitantes, son precarias. Las causas son muchas, las hay históricas, culturales y económicas. Sin embargo, poco importa a las grandes masas excluidas el porqué de su pauperización, lo que sí alerta y más aun demanda una pronta acción, es encontrar las estrategias eficaces para elevar su nivel de vida o por lo menos satisfacer sus necesidades básicas.

Los modelos de nación, planes, procesos o programas de desarrollo de los Estados en Latinoamérica han sido excluyentes, han privilegiado a pequeños sectores de personas, que han saturado de bienestar, a cambio de la miseria de las mayorías. El fenómeno se vive con crudeza en Guatemala, los indicadores sociales que denotan el crecimiento, estancamiento retraso de una nación, muestran a la luz de un frio análisis, los verdaderos efectos producidos por fenómenos tales como el conflicto armado, etc.

Dentro de los principales factores que afectan el desarrollo de la niñez y adolescencia en Guatemala se pueden mencionar los siguientes:

1.3.1. La desnutrición

Es bien sabido que Guatemala tiene una tasa alta de desnutrición en Latinoamérica, esto afecta al desarrollo integral de la niñez y adolescencia siendo un factor clave que el Estado debe atacar. Como consecuencia la desnutrición también puede ser un foco de enfermedades haciendo una problemática compleja para la sociedad guatemalteca.

1.3.2. El analfabetismo

También Guatemala es un país con una alta tasa de analfabetismo, la tasa correspondiente a las mujeres es considerablemente mayor que la de los hombres. La tasa de analfabetismo es considerablemente mayor en el caso de las mujeres indígenas.

Lo anterior ha impedido la falta de educación en la niñez y adolescencia, y es una prioridad que el estado debe brindarles, para llevar adelante el desarrollo personal y nacional. Las limitaciones de acceso a la educación primaria, principalmente una insuficiente asignación de fondos, la pobreza y factores conexos de exclusión social, siguen causando grave preocupación con respecto a niñas y varones.

Si bien la correlación positiva entre asistencia a clases e ingresos es indiscutible y universal las niñas guatemaltecas siguen sufriendo una pronunciada desventaja respecto a éste.

1.3.3. La pobreza

La pobreza como consecuencia de la desnutrición es otro problema que afecta la salud y desarrollo de los niños. Niños de familias pobres reciben menos atención médica y a veces ni siquiera vacunas básicas. Su talla corporal es baja y la mayoría padecen desnutrición. Cuando un niño pobre entra al colegio, está más susceptible a problemas de aprendizaje y a deficiencias de atención. También su nivel intelectual es más bajo comparado con niños de familias más acomodadas que proporcionan al niño con estimulación y experiencias de aprendizaje desde corta edad.

Muchos de estos niños que viven en una situación de pobreza, pierden grados y abandonan la escuela prematuramente. También entre ellos se encuentra deficiencias psicológicas como autoconfianza y un bajo autoestima.

1.3.4. El maltrato

Para empezar a hablar sobre el tema se va definir desde el punto de vista general y el otro enfocado al maltrato de la niñez y adolescencia en Guatemala.

El maltrato es un problema generalmente oculto y silencioso, que con el tiempo produce violencia en la sociedad. El maltrato puede ser infantil, que encierra todas aquellas lesiones físicas o psicológicas no accidentales, ocasionadas por los responsables del desarrollo del niño y que son consecuencia de acciones físicas, emocionales o sexuales, que amenazan al desarrollo físico psicológico y emocional, considerado como normal para el niño.

La consecuencia del maltrato infantil repercute en las alteraciones en el funcionamiento individual, familiar y social de las víctimas de maltrato, siendo los aspectos más conocidos la reproducción del mismo y las alteraciones en el rendimiento académico, en el ajuste psíquico individual y en el tipo de relaciones en las que el sujeto participa. Es importante actuar rápida y objetivamente frente al niño maltratado, protegiéndolo de un nuevo ataque. Esto indica la necesidad de ayudar a la familia y en su caso denunciarlo a las autoridades correspondientes para evitar más maltrato y violaciones a sus derechos como tales.

1.3.5. Trabajo infantil

En la mayoría de países con extrema pobreza, como el caso de Guatemala, se genera una cifra alarmante acerca del trabajo infantil, causando con esto la inasistencia a la educación y con eso haciendo un círculo vicioso de subdesarrollo que no acaba.

El problema radica en que la mayoría de niños y adolescentes explotados procede de comunidades rurales y es reclutada por personas que viajan a las poblaciones a convencer a sus padres, por lo general en extrema pobreza, con la promesa de una mejor vida y de dinero para el resto de la familia.

1.4. Derechos de la niñez y la regulación en los convenios y tratados ratificados por el Estado de Guatemala

Actualmente, el tema sobre la niñez y adolescencia en Guatemala es un tema muy importante, en que están inmersos varios aspectos, que abarcan desde la familia, la convivencia y el trato que se les da, y el porqué de los muchos problemas que afrontan estos niños y la urgencia de legislar las medidas correctas sobre el cuidado del menor hasta que ya se pueda valer por sí mismo, creado el menor en un ambiente libre de problemas que puedan afectar su correcta formación como persona.

Una de las grandes limitaciones que se encuentra en el país , es la recolección de la información sobre la niñez y adolescencia, que es la enorme dispersión existente en cuanto a la misma, así como falta de registro de muchos datos que pueden dar pautas para la construcción de indicadores sobre la situación de infancia y adolescencia en Guatemala. La carencia de procesos de sistematización es otra de las problemáticas que se tiene al día de hoy.

Los derechos de la niñez y la adolescencia se encuentran regulados en los tratados y ratificados por el Estado de Guatemala, Como consecuencia de la vigencia de la Convención, se ha fomentado en el país un debate alrededor de los derechos de la niñez. La visión asistencialista enfocada en la atención de niños y niñas en circunstancias especialmente difíciles ha venido gradualmente debilitándose, para dar paso a la aplicación de la nueva visión de protección integral de la niñez y adolescencia, en la cual las niñas y los niños son sujetos de derecho.

La ratificación de la Convención hizo necesario readecuar la legislación nacional en materia de niñez. Guatemala desarrolló un intenso esfuerzo en torno a la elaboración y aprobación de un Código de la Niñez que integrase los principios y derechos de la Comisión sobre los Derechos de la Niñez en su legislación. Varios sectores fueron protagonistas de un debate que duró 12 años, marcado por posturas divergentes.

Este proceso culminó con el consenso y la aprobación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en junio del año 2003, según Decreto 27-2003. La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia ha incorporado principios sólidos que permitirán la creación de un sistema nacional de protección de la niñez y la adolescencia en el país.

Uno de los problemas prioritarios que afectan a niños, niñas y adolescentes está relacionado con el derecho a la protección contra toda forma de violencia, explotación y abuso, incluyendo la explotación sexual comercial, el tráfico y el trabajo infantil.

Se reconoce el conjunto de derechos individuales, sociales y culturales para todos los niños, niñas y adolescentes, así como los de protección especial para la niñez y adolescencia en situaciones de vulnerabilidad.

Todos los niños, niñas y adolescentes desde cero hasta los dieciocho años de edad – según la política pública de protección integral–: tienen derecho a:

- “La vida, la familia, nombre, nacionalidad, salud, educación, cultura y recreación;
- Gozar de identidad, libertad, igualdad, respeto y dignidad;
- Crecer con un nivel de vida adecuado;
- Organizarse, participar, opinar y ser tomados en cuenta;
- Ser protegidos de la discriminación y exclusión;
- Ser protegidos de toda forma de maltrato, violencia y abuso;
- Ser protegidos de todas las formas de explotación económica;
- Ser protegidos de toda información y material perjudicial para su bienestar;
- Ser protegidos de los desastres y conflictos armados;
- Ser protegidos del tráfico, secuestro, venta y trata;
- Ser protegidos del VIH SIDA;
- Gozar de garantías en procesos judiciales y/o administrativos;
- Que la tierra se proteja para ellos y ellas.”⁹

⁹ SEGEPLAN. **Política pública de protección integral a la niñez y la adolescencia.** Pág. 14

1.5. Desafíos para el cumplimiento de los derechos de la niñez y la adolescencia

Según la política pública mencionada, también advierte sobre los desafíos para el cumplimiento de la siguiente manera: “La efectividad de los derechos de la niñez y adolescencia se alcanza de manera integral con el desarrollo humano, la superación de la pobreza y el abandono de viejos paradigmas en relación a la niñez y adolescencia; también con el interés y la participación activa de las personas en la búsqueda de su bienestar y con la participación de la niñez y adolescencia como sujetos de sus derechos. El bienestar de los niños, niñas y adolescentes está íntimamente ligado al bienestar de sus familias y comunidades. Las Políticas Públicas y Sociales deben cerrar la brecha de la exclusión y permitirle a la gente evitar la ignorancia, las enfermedades, la mortalidad prematura, la explotación económica, el maltrato y violencia intrafamiliar, el abuso y negligencia, la discriminación y exclusión social; además deben de contribuir a que las personas puedan llevar una vida más plena y más larga, así como propiciar condiciones que permitan a todos y todas participar en la toma de decisiones en la comunidad y sociedad”.¹⁰

Siendo esta política un instrumento para garantizar el desarrollo integral de la niñez y adolescencia. También es una visión integral para el desarrollo de sus familias.

¹⁰ SEGEPLAN. Ob. Cit. Pág. 15

1.6. Regulación sobre la niñez y adolescencia en los convenios y tratados ratificados por el Estado de Guatemala.

En Guatemala los Derechos Humanos están regulados en La Constitución Política de la República de Guatemala, el Artículo 46 establece: “Preminencia del Derecho Internacional: Se establece el principio general de que en materia de Derechos humanos, tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preminencia sobre el derecho interno”.

Lo anterior da la certeza jurídica y el valor sobre la preminencia en materia de derechos humanos, por el Estado de Guatemala ratificando lo relativo en esos tratados que Guatemala formó parte y se comprometió a velar y respetar por el cumplimiento de los mismos, en la actualidad no ha sido posible, ya que la violación a los Derechos Humanos ha sido uno de los graves problemas con los que ha tenido que enfrentarse desde siempre con la sociedad guatemalteca.

La desastrosa situación de los derechos humanos en el país ha sido perpetuada durante mucho tiempo porque el Estado no cumple con el deber de investigar y procesar a quienes cometen abusos en contra de ella. Los violadores de los derechos humanos han gozado de total libertad para cometer los ilícitos ante la ausencia de una institucionalidad capaz de procesar y castigar a los culpables.

En Guatemala existen diversas instancias públicas y privadas que promueven la defensa de los derechos humanos, en su mayoría el enfoque ha sido a nivel general sin orientar sus esfuerzos específicamente hacia la niñez y adolescencia. Alrededor de la firma y ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, surgen en el país iniciativas para coordinar esfuerzos y lograr la promoción y defensa de los derechos de la niñez. Destacan entre estas iniciativas las siguientes:

- Comisión Pro-Convención sobre los Derechos del Niño (PRODEN).
- Defensoría de los Derechos de la Niñez, de la Procuraduría de los Derechos Humanos.
- Oficina de Apoyo Legal, de Casa Alianza.
- Coordinadora Institucional de Promoción de los Derechos del Niño (CIPRODENI).
- Coordinadora Nacional de Acción por los Niños (CONANI).
- Comisión Nacional de Prevención Contra el Abuso y Maltrato Infantil (CONACMI).

Como lo menciona el informe sobre la situación de los derechos de la niñez: “El trabajo de estas organizaciones ha estado orientado principalmente a la divulgación y promoción de la Convención, capacitación y formación de multiplicadores, y en forma limitada han trabajado en el área de defensa, en la atención de denuncias de violación de los derechos y en algunos casos iniciado procesos judiciales contra los culpables.”¹¹

¹¹ Naciones Unidas. **Ob. Cit.** Pág. 10

Se continua citando la labor publicada en el informe: “En los últimos años la UNICEF, la Procuraduría de los Derechos Humanos y muchas agrupaciones de ONG’s y de Derechos Humanos han venido realizando una labor intensa de divulgación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, dirigida tanto a niños como a adultos”.¹²

La Convención sobre los Derechos del Niño, es el tratado de derechos humanos de mayor consenso en la historia de las Naciones Unidas: 192 países la han ratificado. Desde su entrada en vigor, el mundo ha asumido que los niños, niñas y adolescentes tienen derechos específicos, referidos a una etapa particularmente importante del desarrollo de los seres humanos, por otra parte, el derecho a la igualdad para la mujer y sus modalidades históricas de discriminación han hecho que las mujeres guatemaltecas se vean en desigualdad ante sus derechos.

1.7. Necesidad de crear otras medidas de protección del cuidado alternativo de la niñez y la adolescencia cuyos derechos han sido violados

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece que el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia, siendo su fin supremo la realización del bien común. Se han realizado esfuerzos destacados en materia normativa con la finalidad de fortalecer el marco jurídico acerca de la protección a la niñez y adolescencia.

¹² Naciones Unidas. **Ob. Cit.** Pág. 10

Pero aún existen casos en los cuales las medidas de protección vigentes no son suficientes para proteger a la niñez cuando han sido amenazados o violentados en sus derechos. De esta forma, existe la necesidad de complementar el marco legal existente, estableciendo de manera clara aquellas medidas de cuidado distintas de la institucionalización, que puede brindarse al niño, niña o adolescente amenazado o violentado en sus derechos humanos, con el objetivo de procurar que su cuidado y protección se establezca en un ambiente familiar que permita su desarrollo humano adecuado.

De la misma manera, el cuidado de niños, niñas y adolescentes en instituciones de protección y abrigo se considera como la última opción a la cual debe recurrir el Estado, estableciendo de igual manera con claridad y a la vez con exigencia, las condiciones en las cuales las instituciones deben brindar estos servicios.

Debido a todo lo anterior, es clara la necesidad de crear leyes que pretendan definir y regular las distintas modalidades de cuidado alternativo para la niñez y adolescencia que es amenazada y violentada en sus derechos; asimismo las condiciones para su aplicación y la condición de temporalidad de las mismas, debiendo el Estado establecer acciones para el fortalecimiento de la integración familiar.



CAPÍTULO II

2. Principios de cuidado alternativo

Es importante definir directrices para promover la aplicación de modalidades alternativas de cuidado respecto a la niñez y adolescencia. De esta manera definir los instrumentos internacionales que están relacionados con la protección y el bienestar de la niñez y adolescencia para prevenir cualquier situación de peligro. Pero más importante es definir un esquema de reintegración familiar luego de este proceso alternativo concluya.

2.1. Cuidado alternativo

Es un recurso de naturaleza social concebido para niños, niñas y adolescentes que, por diversas circunstancias, se encuentran amenazados o violentados en sus derechos humanos y no pueden vivir o no es conveniente que vivan con su familia biológica por un tiempo establecido.

Este cuidado constituye toda medida de protección y cuidado brindada a un niño, niña y adolescente cuyos derechos han sido vulnerados y tiene el propósito de brindarle protección en un entorno familiar, ya sea en la propia familia biológica, en la familia ampliada, en una familia en acogimiento temporal, o en casos excepcionales en acogimiento de residencia.

Para definir principios adecuados para el cuidado alternativo es necesario que se establezca el tipo de cuidado a realizar, si es para niños, niñas y adolescentes. Cada caso aunque podría tener las mismas causas también tiene variables distintas y hay que comprender la situación de cada caso para tomar decisiones de grande magnitud porque psicológicamente se puede dañar a la niñez o adolescencia.

Por otro lado, es importante establecer las condiciones del nuevo hogar, si es estable o no para la niñez y adolescencia, manteniendo un ambiente libre de expresión y que se puedan escuchar sus opiniones, pero lo más importante que puedan ser tomadas en cuenta.

Es importante definir también el cuidado alternativo estable, UNICEF la define así: “el cuidado alternativo, cualquiera sea su modalidad o su ámbito de desarrollo, debe satisfacer en un modo amplio todos los aspectos del cuidado, abarcando tanto los básicos (la alimentación, el vestido, vivienda, educación, salud, recreación, entre otros) como los emocionales, garantizando todos los derechos”.¹³

Todos estos aspectos deben ser satisfechos para que la vida de la niñez y adolescencia continúe de una forma natural sin que imprima sus vidas de manera negativa, para esto se deben ajustar sus necesidades y ser proporcionados de una manera precisa y oportuna.

¹³ UNICEF. Guía de estándares para el personal de las entidades públicas y privadas que se ocupan de la protección de derechos de niñas, niños y adolescentes. Pág. 27

2.2. Principios generales de la modalidad alternativa

La Naciones Unidas mediante la resolución de las modalidades alternativas, se menciona que: “Al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados principalmente a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, bajo la de otros familiares cercanos. El Estado debería velar por que las familias tengan acceso a formas de apoyo en su función cuidadora”.¹⁴ Realizando de esta manera una función de protección integral de la familia.

También se mencionan medidas que buscan culturalmente:

- “Apoyar los esfuerzos encaminados a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de su propia familia o que se reintegre a ella, o, en su defecto, a encontrar otra solución apropiada y permanente, incluida la adopción;
- Velar por que mientras se buscan esas soluciones permanentes, o en los casos en que éstas resulten inviables o contrarias al interés superior del niño, se determinen y provean, en condiciones que promuevan el desarrollo integral y armonioso del niño, las modalidades más idóneas de acogimiento alternativo;
- Ayudar y alentar a los gobiernos a asumir más plenamente sus responsabilidades y obligaciones a este respecto, teniendo presentes las condiciones económicas, sociales y culturales imperantes en cada Estado; y

¹⁴ Naciones Unidas. **Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños**. Pág. 2

- Orientar las políticas, decisiones y actividades de todas las entidades que se ocupan de la protección social y el bienestar del niño, tanto en el sector público como en el privado, incluida la sociedad civil.”¹⁵

En la Política Pública de Protección Integral, se mencionan dos motivos rectores, el primero dice: “Es importante resaltar que durante todo el proceso de diseño, ejecución, formulación y revisión de esta Política, se tomaron en cuenta principios filosóficos políticos y éticos que han servido de fundamento para garantizar una mayor eficacia en el cumplimiento de los objetivos, metas y acciones estratégicas establecidas en la misma”¹⁶.

El segundo dice: “Estos principios rectores constituyen los ejes transversales que deben prevalecer en la definición del Plan de Acción y ser tomados en cuenta en la ejecución de cada una de las acciones estratégicas establecidas en los diferentes niveles de la Política, encaminados a lograr el efectivo cumplimiento de los derechos de la niñez”.¹⁷ Y de esta manera establecer los principios rectores que se mencionan a continuación:

¹⁵ Naciones Unidas. **Ob. Cit.** Pág. 3

¹⁶ SEGEPLAN. **Ob. Cit.** Pág. 16

¹⁷ *Ibid.*

2.2.1. Unidad e integridad de la familia

Se refiere a los derechos primordiales de la niñez y adolescencia que la familia debe proporcionar, sea natural o sustituta. Promoviendo el fortalecimiento de la familia y de esta manera fortalecer la integridad familiar.

Un familia íntegra es la que sus miembros se comportan de la misma manera creando una unidad en la familia, ésta radica en que los miembros se compartan y respeten ciertas normas y valores que se consideran moralmente correctas. También se ocupa de la cooperación entre los miembros y la superior en conjunto.

2.2.2. Protección económica, jurídica y social

Se refiere a los derechos que se generan por acciones económicas, sociales y culturales, y el Estado deberá velar porque se reciba la protección debida.

La protección jurídica se da por el cumplimiento y generación de normativos que garanticen los derechos de la niñez y adolescencia, por ejemplo, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, Decreto 27-2003, la Convención de la Haya respecto de las adopciones, la Ley de Adopciones de Guatemala, Decreto 77-2007.

2.2.3. Interés superior de la familia

Busca la equidad e igualdad de oportunidad para el desarrollo de las capacidades de la niñez y adolescencia.

Este principio no hace referencia a un interés individual sino jurídico-social y en la práctica social de cada uno de los derechos humanos de la niñez y adolescencia.

Este interés en caso de adoptabilidad se traduce en el interés superior del niño, que por haber perdido la oportunidad de reintegración familiar todo proceso se centra en su interés antes que el interés de cualquier tercero.

2.2.4. No-discriminación, equidad e igualdad de oportunidades

Otro principio que refuerza la aplicación de los anteriores, reconociendo el derecho de vivir y pertenecer a grupos étnicos, de esta manera guardar el debido respeto a la dignidad humana, siendo el Estado el que debe garantizar a la niñez y adolescencia cualquiera que sea su ascendencia, a tener su propia vida cultural y educativa, de acuerdo a su cosmovisión.

2.2.5. No institucionalización de la niñez y adolescencia

Es necesario que se fortalezcan los programas orientados a la familia para evitar la institucionalización de la niñez y adolescencia, siendo ésta una violación a los derechos humanos porque separa familias, privada de libertad y despersonaliza.

La institucionalización de por sí es un mecanismo que puede tener dos sentidos, uno correcto garantizando la protección de los menores, pero puede darse otro incorrecto en el cual puede verse seriamente amenazados los derechos de la niñez y adolescencia y peor aún que sea el habilitador para que transgresores violenten sus derechos.

2.2.6. Responsabilidad compartida para la efectividad de los derechos

Se refiere a las medidas para proteger a los padres y tutores de las condiciones idóneas para el cumplimiento de sus obligaciones.

Tomando en cuenta, que hay veces que los padres no se encuentran por cualquier razón, esto hacer que los menores no estén protegidos de manera efectiva, lo que puede provocar problemas en su desarrollo integral.

2.2.7. Participación de la niñez y adolescencia

Es el principio para garantizar la integración en la sociedad, siendo un derecho de desarrollo y el fortalecimiento de las capacidades para participar y expresar sus opiniones.

2.3. Orden de prelación de las medidas de cuidado del niño

De la orden de prelación se derivan las medidas de cuidados alternativos que deben ser ordenadas por un Juez de Paz o Juez de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia considerando el interés superior del niño y según cada caso.

Los Jueces de Paz y de Primera Instancia de Niñez y Adolescencia están facultados para dictar, entre otras, las siguientes medidas:

- “El cuidado temporal del niño, niña y adolescente a cargo de su familia biológica;
- El cuidado temporal del niño, niña y adolescente a cargo de su familia ampliada;
- El cuidado temporal del niño, niña y adolescente a cargo de una familia de acogimiento temporal; y
- El cuidado temporal del niño, niña y adolescente en acogimiento residencial”¹⁸.

¹⁸ Zury Ríos. **Iniciativa 4322 para la Ley de Cuidado Alternativo de la Niñez y Adolescencia**. Pág. 2

Y como se explica en la misma iniciativa: “Para el caso de la niñez menor de tres años de edad o niñez con discapacidad, únicamente serán aplicables las medidas contempladas en las literales a), b) y c) del presente artículo; salvo que el interés superior del niño amerite una intervención de acogimiento residencial especializado.”¹⁹

2.4. Derecho comparado en el cuidado alternativo

Es importante realizar un análisis entre la legislación guatemalteca y la de otros países, esto para hacer una analogía y destacar los puntos de ventaja que tienen otras legislaciones sobre la ley guatemalteca en cuanto al cuidado alternativo de la niñez y adolescencia en conflicto con la ley.

2.4.1. España

En España, una publicación sostiene que: “Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños remarcan la necesidad de políticas y prácticas apropiadas con respecto a dos principios básicos: la necesidad y la conveniencia”.²⁰

De este modo, conlleva a los países a promover políticas públicas para desarrollar los principios básicos respecto al cuidado alternativo.

¹⁹ Zury Ríos. **Ob. Cit.** Pág. 6

²⁰ Aldeas Infantiles SOS. **Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños.** Pág. 5

En el caso de Guatemala, se han realizado distintas iniciativas que se mencionarán y analizarán en los siguientes capítulos.

De esta misma manera, así como en Guatemala, en España y la mayoría de países también sobresale al interés superior del niño: “La toma de decisiones sobre un acogimiento alternativo que responda al interés superior del niño debería formar parte de un procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo adecuado y reconocido, con garantías jurídicas, incluida, cuando corresponda, la asistencia letrada del niño en cualquier proceso judicial”.²¹

2.4.2. México

UNICEF ha hecho esfuerzos para generar un conjunto de directrices a nivel latinoamericano, en la oficina de México se publicó un Artículo que estipula: “La atención de los niños que se encuentran privados de su medio familiar plantea retos complejos para los Estados y exige un abordaje integral e interinstitucional.”²²

Continua manifestando: “En este sentido, quince países, incluyendo México, están promoviendo la adopción por las Naciones Unidas de unas Directrices para el uso apropiado y condiciones del cuidado alternativo de niños y niñas con la finalidad de establecer orientaciones claras en esta materia”²³.

²¹ Aldeas Infantiles SOS. **Ob Cit.** Pág. 16

²² UNICEF. **Cuidados Alternativos de Niños y Niñas.** (15-10-2012)

²³ UNICEF. **Ob. Cit.** (15-10-2012)

Similar a Guatemala, el Estado debe apoyar a las familias, prestar asistencia a los padres y representantes legales para el desempeño de sus responsabilidades y velar porque se respeten los derechos de la niñez.

2.4.3. Honduras

En Honduras, las directrices utilizadas para el cuidado alternativo de los niños, niñas y adolescentes tiene un objetivo común: “Promover la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales relativas a la protección y al bienestar de los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación”.²⁴

También se menciona el entorno de acogimiento en el cual puede ejercerse, y se mencionan según el orden de decisión:

- Por familiares
- Hogares de guarda
- Otras formas de acogida
- Acogida residencial
- Alojamiento independiente

²⁴ Instituto Hondureño de la Niñez y la Familia. **Directrices Nacionales sobre Cuidado Alternativo de Niños, Niñas y Adolescentes sin Medio Familiar.** Pág. 8

2.5. Reintegración familiar

Aunque el tema del cuidado alternativo es vital para la continua educación de la niñez y adolescencia, también debe tomarse en cuenta la promoción de la reintegración familiar, el Estado debe ser el responsable de preparar psicológicamente tanto a la niñez y adolescencia como a los adultos que puedan formar parte del problema y por ende de la solución a la problemática inicial.

La reintegración misma es un proceso complejo, pero si es sistematizado puede ser un factor importante para la reintegración de acuerdo a la recuperación de sus integrantes, y por complejo se entiende que luego de la reintegración se debe llevar un seguimiento minucioso del caso para evitar nuevos problemas que afecten la integración familiar.

La reintegración familiar debería ser una prioridad para todas las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales para no solo limitarse a la asistencia sino buscar la reintegración en el medio familiar y principalmente en la sociedad.

Pero muchas veces y no todos los niños pueden ser reintegrados a sus familia, y existen diversas razones, entre la cuales se pueden mencionar que las familias son muy pequeñas, existe una situación de abuso o violencia, no hay garantía de protección.

Como se menciona en la guía de estándares de UNICEF: “una vez que se considere y se decida la reintegración del niño, niña y adolescente a su ámbito familiar; la misma se planificará y desarrollará de manera articulada y supervisada, acompañada por acciones de seguimiento y apoyo que tengan en cuenta la edad del niño, niña y adolescente, sus necesidades y desarrollo evolutivo”.²⁵

²⁵ UNICEF. **Ob. Cit.** Pág. 27



CAPÍTULO III

3. Familia de acogimiento temporal

La familia de acogimiento temporal es la entidad encargada de brindar y garantizar los derechos de la niñez y adolescencia a los niños o adolescentes que están en conflicto con la ley. En Guatemala, el término acogimiento temporal tiene variaciones como familia sustituta o como abrigo provisional.

3.1. Definición de familia sustituta

Si la familia es el grupo de personas emparentadas entre sí y que viven juntas, y si lo sustituto es el legatario designado para cuando falta la sucesión del nombrado para suplir con causa legítima, se puede llegar a la definición que una familia sustituta es el grupo de personas que viven juntas y que temporalmente ha sido designado para suplir con causa legítima.

En el Artículo 18 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003, estipula: "Derecho a la familia. Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta...", contemplando la figura de la familia sustituta en la legislación guatemalteca.

Según el Artículo 28 del Proyecto de Ley de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad de la República Bolivariana de Venezuela estipula: “La familia sustituta es aquella a la que accede el niño, la niña, el adolescente o la adolescente, cuando sea imposible o inviable su crianza y desarrollo en su familia de origen o sea contrario a su interés como persona humana o por haberse acordado la adopción en procedimiento accionado ante el Tribunal de Protección del Niño, Niña y el Adolescente, a que tienen derecho de conformidad con la Ley.”

3.2. Familia sustituta en Guatemala

En Guatemala la familia sustituta es elegida por los juzgados de la niñez y adolescencia y está cubierto por el inciso g del Artículo 112 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003, el cual estipula: “Medidas. Los juzgados de la Niñez y la Adolescencia podrán determinar, entre otras, las siguientes medidas...g) Colocación provisional del niño, niña o adolescente en familia sustituta”, definiendo el proceso como colocación provisional.

Esta colocación provisional también es llamada abrigo provisional y debe ser excepcional, tomando en cuenta que esta condición no debería suceder tantas veces o es la de menor preferencia para las alternativas del juez encargado del caso.

En el Artículo 114 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003 estipula: “Abrigo provisional y excepcional. 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”, mencionando al hogar sustituto como término.

Además en el inciso f del Artículo 23 de la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007, dice: “Funciones. Además de las contenidas en el Convenio de La Haya, son funciones de la Autoridad Central, las siguientes: ... f. Velar por los niños en estado de adoptabilidad 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...”, indicando que el Estado debe garantizar la existencia de programas de hogares de protección y abrigo, y además de programas de familias temporales. De esta última no se tiene tanta promoción como una alternativa de cuidado temporal.

Del programa de hogares de protección y abrigo se amplía en el capítulo 2 de la misma ley, como Entidades Públicas o Privadas dedicadas al Cuidado de Niños, el cual solamente cuenta con cinco artículos y solo hacen mención a la autorización de entidades privadas que deberán ser autorizadas por la Autoridad Central o el Consejo Nacional de Adopciones –CNA–.

Lo anterior basado en el Artículo 17 de la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007, que estipula: “Autoridad Central. Se 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. La sede del Consejo Nacional de Adopciones está en la capital de la República, sin embargo, para el cumplimiento de sus funciones, podrá establecer oficinas en los departamentos que se haga necesario y será la institución encargada de velar por el fiel cumplimiento de los tramites administrativos de todos los expedientes de adopción”.

Un aspecto primordial que hace falta en dicha ley es la promoción de centros de cuidado gubernamentales como estrategia pública para abordar los problemas de la niñez y adolescencia cuando se han violado los derechos de familia.

3.3. Derechos y garantías de adolescente en conflicto con la ley

También en el enfoque de acogimiento temporal cuando los adolescentes entren en conflicto con la ley se dictan los derechos y garantías que el proceso contiene.

Lo menciona el Artículo 159 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003, el cual estipula: “Internamiento en centros especializados. En caso de ser sometidos a una sanción privativa de libertad, de manera provisional o definitiva, los adolescentes tendrán derecho a ser ubicados en un centro adecuado, exclusivo para adolescentes; no en uno destinado para personas adultas. Deberá garantizárseles un intérprete y que el juicio se desarrolle en su idioma tal como esta previsto para los adultos.”

Aunque no está dentro de la definición de una familia sustituta, si cumple con el derecho fundamental de ser ubicados en un centro adecuado, y por adecuado se refiere a que sus derechos restantes se garanticen.

3.4. Tipos de familia sustituta

En Guatemala se consideran dos casos de familias sustitutas; una es la familia sustituta permanente y otra es la familia sustituta temporal. Adicionalmente hay un tercer tipo de acogimiento temporal pero no por una familia sino por un centro de cuidado especial conocido como hogar de niños.

En cuanto a nivel privado, la Política Pública de Protección Integral y Plan de Acción Nacional para la Niñez y Adolescencia de Guatemala menciona que: “A nivel privado existen un sin número de hogares permanentes, temporales y sustitutos que funcionan en el país dando abrigo a la niñez y adolescencia institucionalizada”²⁶, haciendo una diferencia entre un hogar permanente y un hogar sustituto. De allí se desprenden los vacíos legales que existen en Guatemala respecto de los hogares sustitutos en cuanto a su definición y clasificación.

Recientemente, en el año 2007 se decretó la Ley de Adopciones de Guatemala, Decreto 77-2007, la cual define algunos términos en cuanto a hogares sustitutos:

- Familia biológica: Comprende a los padres y hermanos del adoptado.
- Familia ampliada: Es la que comprende a todas las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad con el adoptado que no sean sus padres o hermanos; y a otras personas que mantengan con él una relación equiparable a la relación familiar de acuerdo a la práctica, usos y costumbres nacionales y comunitarias.
- Hogar temporal: comprende a aquellas personas que no siendo familia biológica o ampliada, reciban a un niño en su hogar en forma temporal, durante el tiempo que dure el proceso de adopción.

²⁶ SEGEPLAN. Política pública de protección integral a la niñez y la adolescencia. Pág. 12

3.5. Instituciones que garantizan el acogimiento temporal en Guatemala

En Guatemala, la institución encargada de la protección a la niñez y adolescencia es la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, la cual “es un órgano administrativo gubernamental, dependiente del Organismo Ejecutivo que tiene a su cargo la formulación, coordinación y ejecución de las Políticas Públicas de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, contribuyendo al bienestar familiar y comunitario. Impulsa a través de los programas el respeto y promoción de los derechos de la niñez y la adolescencia guatemalteca, llevando a cabo planes de acción derivados del marco jurídico establecido”²⁷, proporcionando una subsecretaría encargada de la protección integral de la niñez y adolescencia en Guatemala.

Por otro lado, se encuentran varias instituciones no gubernamentales que ayudan a proteger los derechos de la niñez y adolescencia, que son mantenidos mediante voluntariado y donaciones.

3.5.1. Subsecretaría de Protección y Abrigo Temporal

La Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de Guatemala brinda mediante la Subsecretaría de Protección y Abrigo Temporal protección temporal a la niñez y adolescencia.

²⁷ Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de Guatemala. **Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de Guatemala.** (20-10-2012)

De esta manera garantizando la restitución de sus derechos y la atención integral mediante programas de prevención, educación, formación, rehabilitación y reintegración familiar.

La Subsecretaría de Protección y Abrigo Temporal tiene cuatro programas, “Programa de Hogares Temporales de Protección y Abrigo, Programa de Riesgo Social, Migrantes, Programa Familia Sustituta”²⁸:

- Programa de Hogares Temporales de Protección y Abrigo: protege a niños, niñas y adolescentes en estado de vulnerabilidad brindando atención integral para restituir sus derechos y promover su reintegración familiar o vida independiente.
- Programa de Riesgo Social: atiende a niñez y adolescencia en situación de calle. Procurando la prevención y atención a niñez y adolescencia en situación de calle y en riesgo de que lo hagan.
- Migrantes: es un programa de repatriación digna, ágil, segura y ordenada de las niñas, niños y adolescentes migrantes, repatriados vía terrestre. Brinda atención temporal en el Hogar Casa Nuestras Raíces.
- Programa Familia Sustituta: mediante este programa, se capta, evalúa, capacita y certifica a familias idóneas y que, responsablemente promuevan la crianza, el bienestar social a las niñas, niños y adolescentes temporalmente hasta que se pueda asegurar una opción permanente con familia biológica, ampliada o adoptiva.

²⁸ Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de Guatemala. **Subsecretaría de Protección y Abrigo Temporal.** (20-10-2012)

Es importante destacar que el sitio oficial de Internet de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de Guatemala solo cuenta con información de los tres primeros programas, el último y más importante para investigación no cuenta con ejes de aplicación definidos, y por ello la necesidad de crear una institución orientada a esta problemática.

3.5.2. Programa de Hogares Temporales de Protección y Abrigo

Según la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de Guatemala, este 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”²⁹.

Además de proporcionar servicios especializados: “procurándoles atención médica, psicológica y psiquiátrica para restablecer su salud física, mental y emocional, buscando su inserción familiar y social”³⁰, proporcionando de esta manera un hogar temporal diferenciado de una familia sustituta.

Dicho programa cuenta con tres centros:

- Hogar Temporal de Quetzaltenango: orientando 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.

²⁹ Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de Guatemala. **Ob. Cit.** (20-10-2012)

³⁰ *Ibid.*

- Centro Residencial Psiquiátrico Neurológico: 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.
- Centro de Protección y Abrigo de Zacapa: orientado a atender huérfanos, abandonados, extraviados, víctimas de maltrato físico, psicológico o sexual, en situación de riesgo social.

Es importante destacar que para el 2005, “existían seis centros gubernamentales”³¹:

- Hogar Temporal Elisa Martínez
- Residencia para niñas Mi Hogar
- Hogar de Quetzaltenango
- Hogar de Zacapa
- Hogar de Protección y Abrigo San Gabriel
- Hogar Casa Alegría

³¹ Emilce Judith López De León. **Falta de una institución encargada del control de directores de casas hogares gubernamentales para menores.** Pág. 29

Y para el 2012, la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia solamente cuenta con tres centros, lo que hace destacar la falta de infraestructuras gubernamental para cubrir las necesidades básicas de la niñez y adolescencia cuando se han violentado sus derechos. Otro punto a analizar es el crecimiento demográfico de Guatemala, es bien sabido que anualmente crece la población y es claro que si la población crece el porcentaje de niñez y adolescencia con problemas también crecerá y se necesitarán de más centros.

3.5.3. Programa de Riesgo Social

Según la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de Guatemala este programa se basa en la prevención y tiene dos ejes: el eje de intervención prevención y el eje de atención directa.

El primer eje es el “eje de intervención prevención: la intención de este eje es sensibilizar a la población vulnerable socialmente, sobre los riesgos que representa vivir en la calle. Se desarrollan actividades informativas alrededor de salud sexual y reproductiva, ITS, VIH, SIDA, drogadicción, alcoholismo, derechos de niñez, etc”³², por otro lado, el segundo eje es el “eje de atención directa, en este eje se promueven procesos de reinserción social con la intención de ser atendidos dentro de los hogares de protección de la Secretaría de Bienestar Social”³³.

³² Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de Guatemala. **Ob. Cit.** (20-10-2012)

³³ *Ibid.*

3.5.4. Programa de Migrante

Según la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de Guatemala este programa “es la instancia que favorece la repatriación digna, ágil, segura y ordenada de las niñas, niños y adolescentes migrantes, quienes son repatriados vía terrestre por el consulado de Guatemala en Tapachula, Chiapas- México. El programa brinda atención y estadía por medio del Hogar Casa Nuestras Raíces, lugar donde pueden estar hasta 72 horas, para luego ser ubicados con algún familiar”³⁴.

3.5.5. Procuraduría de la Niñez y Adolescencia

Entre la funciones que esta entidad tiene están: “De conformidad con los Artículos 4, 5, 6, 8, 76 y 108, de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, decreto No. 27-2003 del Congreso de la República , es deber del Estado promover y adoptar las medidas necesarias para proteger a la familia, jurídica y socialmente, así como concienciar a los padres y tutores sobre 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”³⁵, en general proteger el derecho de familia.

³⁴ Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de Guatemala. **Ob. Cit.** (20-10-2012)

³⁵ Procuraduría General de la Nación. **Procuraduría de la niñez y la adolescencia.** (22-10-2012)

También se le adjudica a esta entidad el respeto a los derechos: “El Estado también debe velar porque las instituciones públicas y privadas que atiendan a niños, niñas y adolescentes respeten sus derechos, en especial el derecho a la vida, seguridad, identidad cultural; entiéndase, costumbres y tradiciones, a efecto de brindarles un trato integral y digno”³⁶.

Entre los cargos del equipo de trabajo de la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia figuran:

- Jefe de la procuraduría
- Asistente de la procuraduría
- Secretaría de la procuraduría
- Unidad de denuncias
- Unidad de abogacía civil
- Unidad penal
- Investigaciones
- Unidad laboral de la niñez
- Unidad de rescates
- Unidad de trabajo social

Y en ninguno de los cargos figura una unidad de desarrollo y promoción de hogares temporales o familias sustitutas para garantizar el derecho de familia con la protección integral.

³⁶ Procuraduría General de la Nación. **Ob. Cit.** (22-10-2012)

3.5.6. Hogar Miguel Magone

Este hogar fue fundado en 1997, siendo una organización no gubernamental que provee albergue a niños, niñas y adolescentes.

En el Hogar Miguel Magone “La mayoría de niños que llegan al Hogar han sido víctimas de abuso o negligencia”³⁷, que corresponden a los diferentes conflictos con la ley antes mencionados, en cuanto al manejo: “El Hogar es manejado por maestros guatemaltecos, voluntarios nacionales e internacionales y personal de servicio, que ayudan con el rendimiento escolar, la higiene, salud y actividades recreativas de los niños”³⁸.

Otro punto importante es la separación de los niños para evitar problemas: “La distribución de los niños esta hecha por edades – edificios separados para los niños pequeños, medianos y grandes y un área para las niñas. A través de ayuda de voluntarios también contamos con una sala de computación, sala de televisión un taller de panadería y una capilla”.

³⁷ Asociación Ciudad Esperanza. **Hogar Miguel Magone.** (2-11-2012)

³⁸ Ibid.

3.5.7. Hogar Luz de María

El Hogar Luz de María inició sus operaciones en abril de 2004, se basa en satisfacer la necesidad que tienen muchos niños en Guatemala, la mayoría de ellos carecen de los medios de subsistencia, y fue creado por la falta de hogares temporales, pues el número de hogares temporales privados es más alto que los gubernamentales como se vio en la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia.

En el sitio oficial del hogar lo define como: “una entidad privada, civil, no lucrativa, apolítica, no religiosa que se constituye con fines de ayuda a niños y niñas desamparados, abandonados o maltratados, proporcionándole un hogar temporal en el que se les proporcione alimentación, cuidados, vestido, atención médica y si es posible se les ayuda a integrarse de preferencia a su propia familia o a una familia sustituta que les brinde cariño, bienestar, estabilidad emocional, educación y seguridad”³⁹.

En el hogar, los menores internos son niños y niñas de cero a seis años de edad remitidos por los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia de la República de Guatemala, y los mismos son acogidos temporalmente hasta que su situación legal se resuelva.

³⁹ Hogar Luz de María. **Hogar Luz de María**. (2-11-2012)

3.5.8. Otros hogares no gubernamentales

En general, los hogares temporales no gubernamentales cubren la mayoría de las necesidades de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley, es necesario que el Estado balancee esta situación con la apertura de más hogares temporales para garantizar que los derechos de los niños, niñas y adolescentes no se violen y se cubran las necesidades para proteger de manera integral.

Según el Consejo Nacional de Adopciones, en el año 2010 se contaban con 110 entidades privadas que se dedican al cuidado y resguardo de menores de edad que han sido institucionalizados.

En un artículo del Periódico Prensa Libre la CNA les informó: “Según registro del CNA de esas entidades hay algunas que tienen más de una casa hogar en funcionamiento, de esa cuenta que hay 127 centros privados, más ocho de la Secretaría de Bienestar Social (SBS), según el CNA y la SBS.”⁴⁰

Además, “Las casas hogares están centralizadas en 7 que son las únicas que han cumplido con todos los requisitos por lo que ya fueron autorizadas, otras 76 que se encuentran en proceso de autorización, mientras que otras 27 no han presentado papelería y según Hernández tienen hasta el 31 de agosto para presentarla”⁴¹.

⁴⁰ Prensa Libre. **Sólo siete casas hogares tienen autorización para funcionar.** (26-10-2010)

⁴¹ Ibid.

En esos momentos se manifiesta la falta de organización para autorizar hogares que ya están en funcionamiento y que es probable que puedan violarse más derechos a los niños, niñas y adolescentes sin un control adecuado de dichas entidades privadas.

Después de dos años, en el año 2012 ha cambiado poco esa realidad, según el artículo del CNA “al 16 de agosto del año 2012 hay 26 hogares privados autorizados para su funcionamiento”⁴², de los cuales se encuentran geográficamente distribuidos de la siguiente manera:

- Guatemala, 10 hogares.
- Chimaltenango, 7 hogares.
- Sacatepéquez, 5 hogares.
- Quiché, 1 hogar.
- Quetzaltenango, 1 hogar.
- Escuintla, 1 hogar.
- Petén, 1 hogar.

Lo preocupante son los hogares restantes, según el CNA hay 92 hogares en proceso de autorización que están debidamente ingresados y no hay información de los hogares que no han ingresado su solicitud de autorización.

⁴² Consejo Nacional de Adopciones. **Unidad de autorización y control de hogares de protección y organismos.** Pág 1.

3.6. Instituciones que garantizan el acogimiento temporal en otros países

Como parte del derecho comparado es importante hacer una analogía de las instituciones guatemaltecas con algunas similares en América Latina tanto gubernamentales como no gubernamentales.

3.6.1. Aldeas Infantiles SOS México

Es una institución privada que tiene el objetivo de formación de familia para niños y niñas que han perdido la protección de sus padres, basado en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

Respecto al programa de acogimiento temporal: “El Programa de Acogimiento se basa en un modelo familiar de atención a largo plazo, en donde se cuida y protege a niños y niñas en abandono o que han perdido el cuidado de sus padres, permitiéndoles desarrollarse en un entorno adecuado a sus necesidades”⁴³.

La finalidad del programa es: “buscar que cuando los niños y niñas crezcan, lleguen a ser jóvenes con apropiado desarrollo emocional y afectivo, con sentido de pertenencia del hogar donde recibió atención y cuidados”⁴⁴.

⁴³Aldeas Infantiles SOS México. **Aldeas Infantiles SOS México**. (02-11-2012)

⁴⁴Ibid.

También es importante destacar que el sentido de pertenencia se hace: “reconociendo y practicando los valores sociales, espirituales y morales de su entorno e integrándose adecuadamente a dentro de la sociedad”⁴⁵.

3.6.2. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia de Argentina

Es la encargada de fortalecer la familia, su creación se realizó mediante una ley: “La Ley 26.061 abre el camino hacia una nueva institucionalidad por medio de la creación de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, organismo del Poder Ejecutivo Nacional especializado en infancia y familia”⁴⁶.

También se crea un consejo dependiente: “Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, órgano deliberativo, consultivo y planificador de políticas públicas para la infancia y la adolescencia en todo el territorio, teniendo en cuenta y trabajando desde las distintas realidades del país”⁴⁷, con dicha secretaría y consejo es posible el desarrollo de estrategias enfocadas a la infancia y familia, estas estrategias basadas en políticas públicas, siendo de mucha ayuda para el desarrollo y cuidado de la niñez y la adolescencia.

⁴⁵ Aldeas Infantiles SOS México. **Ob. Cit.** (02-11-2012)

⁴⁶ Desarrollo Social. **Familia Argentina.** (03-11-2012)

⁴⁷ Ibid.

Lo importante de destacar en Argentina es la publicación de una ley que promocióne centros de desarrollo infantil: “a partir de la sanción de la Ley 26.233, de Promoción y regulación de los Centros de Desarrollo Infantil Comunitarios, se busca fortalecer las políticas públicas orientadas a la primera infancia y generar espacios de trabajo conjunto entre organizaciones comunitarias, actores locales, provinciales y nacionales”⁴⁸, y cabe destacar que un trabajo comunitario está más relacionado con la protección integral de la niñez y adolescencia.

3.6.3. Consejo de Atención Integral de Costa Rica

Consejo creado a partir de la publicación de la Ley General de Atención Integral de Costa Rica, Ley No. 8017, que en su Artículo 1 estipula: “Objetivo. La presente ley promueve la creación, el desarrollo y el funcionamiento adecuado de los centros de atención integral públicos, privados y mixtos para personas hasta de doce años de edad, en acatamiento de la Convención de los Derechos del Niño y los alcances del Código de la Niñez y la Adolescencia”.

Cabe mencionar que dicha ley además de decretar la creación del consejo o de manera análoga para Guatemala su secretaría, es imperante que se promocióne las estrategias para garantizar la protección integral y el acogimiento temporal adecuado.

⁴⁸ Desarrollo Social. **Ob. Cit.** (03-11-2012)

Lo importante de las leyes relacionadas con la atención integral o protección integral de la niñez y adolescencia es la promoción de centros de acogimiento temporal para garantizar el derecho de familia, en la Ley General de Atención Integral de Costa Rica, Ley No. 8017, el inciso c del Artículo 7 estipula: “Funciones. El Consejo tendrá las siguientes funciones:... c) Promover, por parte de la Secretaría Ejecutiva, la creación de centros de atención integral, en los lugares de trabajo públicos y privados”. En Costa Rica está legislada la promoción mediante la Secretaría Ejecutiva la creación de centros de atención integral en los lugares públicos y privados, situación que en Guatemala no se encuentra legislado.



CAPÍTULO IV

4. Cuidado y protección de niñez y adolescencia declarada en adoptabilidad

Según el capítulo anterior, es muy importante brindar una protección integral a la niñez y adolescencia, garantizando la posterior reintegración de la familia. Sin embargo, existen casos en que no es posible la reintegración familiar y se debe garantizar los derechos de la niñez y adolescencia, por tanto debe existir una alternativa como la declaración de adoptabilidad.

Aunque el vocablo adoptabilidad no se encuentra registrado en el Diccionario de la Lengua Española, si está definido en La Ley de Adopciones de Guatemala, Decreto 77-2007, en el Artículo 2 inciso d estipula: “Adoptabilidad: Declaración judicial, dictada por un juez de la niñez y la adolescencia, que se realiza luego de un proceso que examina los aspectos sociales, psicológicos y médicos del niño y se establece la imposibilidad de la reunificación de éste con su familia. Tiene como objetivo primordial la restitución del derecho a una familia y el desarrollo integral del niño.”, destacando que lo importante es garantizar tanto el derecho de familia como el desarrollo del niño, y por niño se entiende en general la niñez y adolescencia, ya que lo dictamina un juez de la niñez y adolescencia como dice el artículo.

También es importante destacar que la imposibilidad de reunificación de familia se determina basado en tres aspectos: los aspectos sociales, los aspectos psicológicos y los aspectos médicos del niño.

En el Artículo 12 de la Ley de Adopciones de Guatemala, Decreto 77-2007, estipula:

“Podrán ser adoptados. a. El niño, niña o adolescente huérfano o desamparado; b. El niño, niña o adolescente que en sentencia firme se le haya declarado vulnerado su derecho de familia; c. Los niños, niñas y adolescentes cuyos padres biológicos hayan perdido en sentencia firme la patria potestad que sobre ellos ejercían; d. El niño, niña o adolescente cuyos padres biológicos hayan expresado voluntariamente su deseo de darlo en adopción; e. El hijo o hija de uno de los cónyuges o convivientes, en cuyo caso ambos padres biológicos deberán prestar su consentimiento, salvo que uno de ellos haya fallecido o hubiere perdido la patria potestad; f. El mayor de edad, si manifiesta expresamente su consentimiento; en igual forma podrá ser adoptado el mayor de edad con incapacidad civil, con el expreso consentimiento de quién ejerza sobre él la patria potestad o la tutela. Se procurará que los hermanos susceptibles de ser adoptados no sean separados antes y durante el proceso de adopción y que sean adoptados por la misma familia, salvo razones justificadas que atiendan a su interés superior determinado por la Autoridad Central.”, aunque se especifican diferentes circunstancias en las que un sujeto puede ser considerado para ser adoptado se centra en el niño, niña o adolescente huérfano o desamparado.

Otro aspecto importante es la idoneidad del adoptante que garantiza que los futuros padres son considerados capaces e idóneos para mantener de manera satisfactoria sus derechos, esta característica debe ser certificada según lo dice el Artículo 14 de la Ley de Adopciones de Guatemala, Decreto 77-2007.

4.1. Institución responsable

El desarrollo, supervisión y monitoreo de las medidas de protección y abrigo de la niñez y adolescencia declarada en adoptabilidad, corresponde al Consejo Nacional de Adopciones –CNA–, para lo cual deberá estarse a lo preceptuado en la Ley de Adopciones de Guatemala, Decreto 77-2007. En dicha ley se hace énfasis que el Consejo Nacional de Adopciones debe ser la Autoridad Central de conformidad con lo ratificado en el Convenio de la Haya, el cual se refiere al Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional elaborada en 1993.

La ratificación de este Convenio figura en el Artículo 1 de la Aprobación del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, Decreto 31-2007, estipula: “Se aprueba el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.”; y entra en vigencia definida en el Artículo 2: “El presente Decreto entrará en vigencia el día 31 de diciembre de 2007.”, básicamente en este decreto se aprueba y ratifica dicho convenio haciendo a Guatemala un Estado contratante y entró en vigencia en el año 2007. De esta manera Guatemala toma el Convenio de la Haya como un instrumento adherido a su cuerpo de normas en materia de adopciones, y por ende en la elaboración de la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007.

Las funciones de una Autoridad Central están definidas en el Artículo 9 del Convenio de la Haya: “a) reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción; b) facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción; c) promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones; d) intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional. e) responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras Autoridades centrales o por autoridades públicas.”,

4.2. Convenio de la Haya

El Convenio de la Haya en materia de adopción internacional es una convención elaborada el 29 de mayo de 1993 que busca el desarrollo armónico del niño mediante su crecimiento dentro de un medio familiar que brinde un clima de felicidad, amor y comprensión.

Dicho convenio elaboración por el convencimiento de los cooperantes acerca de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones realizadas internacionalmente mantengan en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños, especialmente en los países en vías de desarrollo que puede darse ese tipo de acciones.

El objeto del Convenio de la Haya se encuentra en el Artículo 1 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional que estipula: “El presente Convenio tiene por objeto: a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional; b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños; c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.”⁴⁹, básicamente se declara el interés del niño como superior a cualquier otro en decisiones judiciales y que los Estados deben cooperar en respetar dichas garantías de una manera conjunta.

Referente a las autoridades centrales, el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional menciona en el Artículo 6: “Todo Estado contratante designará una Autoridad Central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone.”

4.3. Tráfico ilícito de la niñez y adolescencia

Teniendo un historial ilícito de tráfico de niños en Guatemala era imperativo reglamentar las adopciones internacionales, de hecho el Convenio de la Haya y la Ley de Adopciones buscan ese fin.

⁴⁹ Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. **Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional**. Pág. 2

En Guatemala hay estadísticas acerca de dicho historial, “Durante la década de los ochenta aparece en Guatemala el tráfico de niños o niñas con fines de adopción fraudulenta y/o tráfico internacional.”⁵⁰, considerando el ilícito se consumó diez años antes del Convenio de la Haya y veinte años antes de aparecer la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007, haciendo de las adopciones ilegales un negocio grande en Guatemala.

En el mismo documento figura el promedio de secuestros: “un promedio de 6 niños eran secuestrados diariamente en Guatemala, especialmente en la capital por traficantes de menores que propician adopciones ilegales, especialmente en el exterior”⁵¹, tomando en cuenta que dichas estadísticas son las aproximadas ya que un porcentaje real no se toma en las estadísticas por diversas razones, entre una de ellas la pobreza, la distancia y el miedo a poner una demanda por la desaparición de niños.

Asimismo se detectaron los grupos de secuestradores: “se consideraba que para 1994 existían en el país alrededor de 20 bandas locales que se dedicaban al negocio de la sustracción de niños”⁵², de esta manera era imperativo controlar la adopción para que no fuera un negocio ilícito y peor aún que los derechos de la niñez y adolescencia se violentaran sin considerarlos como principio superior.

⁵⁰ PRODEN. **Informe sobre la Situación de los Derechos de Los Niños, Niñas y Adolescentes de Guatemala - Análisis sobre Avances y Limitaciones en el Cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño.** Pág. 16

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

Es importante destacar lo mencionado en el Artículo 32 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, el cual estipula: “1. Nadie puede obtener beneficios materiales indebidos, como consecuencia de una intervención relativa a una adopción internacional.”, haciendo del pago por adopciones un asunto ilegal, “2. Solo se podrán reclamar y pagar costes y gastos, incluyendo los honorarios profesionales razonables de las personas que han intervenido en la adopción.”, aunque el proceso conlleva ciertos gastos por honorarios que si pueden solicitarse sin considerarse ilegal, y “3. Los directores, administradores y empleados de organismos que intervengan en la adopción no podrán recibir remuneraciones desproporcionadas en relación a los servicios prestados.”, este artículo es indiscutiblemente el mecanismo para evitar de manera legal el tráfico ilícito de la niñez y adolescencia, de manera que cuando Guatemala ratifico dicho convenio también ratifica esta norma, por lo que actualmente en Guatemala la obtención de beneficios materiales por la adopción internacional es un delito.

También se menciona en el Artículo 11 inciso a del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional: “perseguir únicamente fines no lucrativos, en las condiciones y dentro de los límites fijados por las autoridades competentes del Estado que lo haya acreditado;”, estableciendo de esta manera los derechos de la niñez y adolescencia como superiores a cualquier fin.

Considerado un mito por la inexistencia de pruebas, se tiene el infame negocio del tráfico de órganos en menores, sin embargo, en la Ley de Adopciones de Guatemala, Decreto 77-2007, respecto a las prohibiciones dice el Artículo 10 en el inciso c: “A los padres adoptivos disponer de los órganos y tejidos del adoptado para fines ilícitos”, es decir, no hay pruebas que refuten la veracidad del tráfico de órganos de menores, pero existe una prohibición que niega totalmente el derecho de disponer de los órganos y tejidos del adoptado para fines ilícitos.

Parece ser una muy buena prohibición, pero ¿Qué se considera ilícito?, podría ser lo que no está permitido legalmente, es decir, no recibir un pago por la compra de órganos, pero ¿Es considerado ilícito la donación de órganos?, hay mucha materia que analizar en este aspecto, solo quedará que las normas son a veces ambiguas y es necesario un análisis profundo antes de redactar una ley.

4.4. Criterios de adopción

Es importante destacar que en la mayoría de reglamentos acerca de las adopciones incluyendo la Ley de Adopciones de Guatemala, Decreto 77-2007, define que los criterios de adopción son los siguientes: Interés superior del niño, derecho a la identidad cultural, aspectos físicos y médicos, aspectos socioeconómicos y aspectos psicológicos.

4.4.1. Interés superior de los menores

Un criterio generalizado, ya que se debe entender por niño el sujeto, que puede ser niño, niña o adolescente, en general la niñez y adolescencia.

Aunque se ha considerado el interés de una manera vaga se debe considerar como una norma fundamental para que los derechos de la niñez y adolescencia se cumplan, y no solo como una norma en el ordenamiento jurídico de un Estado sino un concepto más amplio que conlleve convenciones internacionales para definirlo, políticas públicas y mejor aún que la norma misma fuera una norma cultural.

Y no solamente buscar el cumplimiento de los derechos sino la protección de los mismos contra beneficios de terceros.

4.4.2. Identidad cultural

Un criterio considerado hasta cierto punto contradictorio, por ejemplo, en la Convención de la Haya se menciona acerca de la incomunicación sugerida para el adoptado y sus padres biológicos, buscando una integridad con su nueva familia, sin embargo, este hecho puede ser el generador de una transculturización del niño, afectado grandemente su identidad cultural que por ser menor no tendrá bien arraigada y mucho menos si es un bebé a la hora de su adopción.

De qué manera podrían garantizarse los valores, las tradiciones, las creencias y su comportamiento, en general se considera subjetivo a la edad del adoptado y es un criterio que no podría tomarse en cuenta de manera drástica en las adopciones internacionales.

4.4.3. Aspectos físicos y médicos

Criterio que busca el interés superior del niño por encima de cualquier otro interés, la enfermedad o dependencia físicos es un impedimento para adoptar lo que significa que mantener el interés superior del niño afecta el interés de las personas incapacitadas, aunque este es otro tema que podría discutirse en una tesis por separado.

Sin embargo, se dirá que se buscan a los padres idóneos para que los niños gocen de un pleno desarrollo.

4.4.4. Aspectos socioeconómicos

Un criterio frío para la selección idónea de los padres adoptivos, se podría decir que las personas pobres no están capacitadas para adoptar un niño por sus escasos recursos.

En la Ley de Adopciones de Guatemala, Decreto 77-2007 estipula el Artículo 6: “La situación de pobreza o extrema pobreza de los padres no constituye motivo suficiente para dar en adopción a un niño. El Estado debe promover y facilitar la creación de políticas, instituciones, programas y servicios de apoyo que mejoren las condiciones de vida y promuevan la unidad familiar.”, hablando de que la pobreza no es un motivo para dar en adopciones a los hijos, pero no se menciona cuáles son las directrices para considerar este criterio socioeconómico.

4.4.5. Aspectos psicológicos

Un criterio acertado para tomar una decisión acerca de que padres serán más idóneos para un niño, niña o adolescente. Dentro de los mismos impedimentos para adopción donde figura la enfermedad física también figura la enfermedad psicológica.

Si se busca el interés superior del niño los posibles padres deben estar en condiciones tanto físicas como psicológicas para garantizar el desarrollo de la niñez y adolescencia de una manera óptima buscando un desarrollo integral.

4.5. Comentarios finales

Debido a la inexistencia de legislación interna en cuanto a la protección adecuada de la niñez y adolescencia, es necesaria la regulación de la doctrina de protección integral de la niñez y adolescencia. Buscando la garantía de los derechos fundamentales para evitar que estos sean violado o amenazado por transgresores.

Tomando en cuenta que la protección integral de la niñez y adolescencia se basa en los principios de considerar a la niñez y adolescencia como sujetos que cuentan con derechos, considerar el interés superior del niño antes que cualquier interés de terceros, el cuidado adecuado de la niñez y adolescencia.

No solamente la inexistencia una legislación es la causa de la violación a los derechos de la niñez y adolescencia, también existen otros factores causantes como la desnutrición, el analfabetismo, la pobreza y el maltrato.

Por otro lado, si Guatemala como Estado ha ratificado convenios, éstos según la Constitución Política de la República de Guatemala, son preeminentes sobre el derecho interno cuando se trata de derechos humanos, por consiguiente estos deben cumplirse y garantizar el interés superior de la niñez y adolescencia.

Dentro de la protección integral a la niñez y adolescencia se busca precisamente la protección integral de cualquier manera, existen casos en los cuales la niñez y adolescencia se quedan en un estado temporal de cuidado ya sea que el proceso de reintegración se dé o se declare en adoptabilidad, por lo que es necesario de métodos alternativos de cuidado.

El Estado es el ente que está obligado a garantizar y apoyar la función cuidadora garantizando de esta manera la protección integral, por lo que se debe proporcionar lugares idóneos para el cuidado temporal de la niñez y adolescencia.

La finalidad de la protección integral es garantizar la reintegración familiar, su objetivo es claro, pero las circunstancias pueden variar los escenarios y hacer que la reintegración familiar sea imposible de realizar, por ejemplo, cuando hay sentencias firmes contra los padres, también puede la falta de ellos por cualquier otro motivo.

Mientras que los niños, niñas o adolescentes estén en conflicto con la ley, y mientras se puede garantizar la reintegración familiar se debe proporcionar muchas veces una familia de acogimiento temporal o familia sustituta para que puedan garantizarse los derechos fundamentales de los menores.

Finalmente, cuando ninguna de las salidas idóneas se dé, se debe declarar en estado de adoptabilidad a los menores, y por lo tanto se debe definir una manera de cuidado y protección de manera integral antes de que finalice el proceso.

El tema de las adopciones es un tema bastante amplio y con muchas ambigüedades, es importante definir de manera clara y precisa los procesos que llevarán a un final idóneo una adopción sin importar que sea nacional o internacional, evitando así el tráfico ilegal de menores en Guatemala.

Una de las causas por las cuales Guatemala tiene muchos problemas para garantizar esta protección integral es la falta de recursos y que éstos puedan ser controlados para que puedan aplicarse como se debe.

Se considera a la niñez y adolescencia un grupo importante para el desarrollo del país, es deber del Estado protegerlos mientras se vuelven personas económicamente activas para ayudar al desarrollo de Guatemala, es una manera de inversión a largo plazo.

Pero para que todo el proceso sea eficiente deben haber cambios no solo jurídicos sino cambios culturales para promover la protección integral de la niñez y adolescencia, buscando las mejores prácticas de cuidado según sea el estado en que se encuentre el niño, niña o adolescente respecto de su familia.

CONCLUSIONES

1. En Guatemala no existe ninguna legislación interna que brinde protección integral debida y garantice el cuidado alternativo de los menores en materia de derechos humanos.
2. La protección y cuidado de la niñez y adolescencia en Guatemala están basados en los derechos humanos , tratados y convenios ratificados por el Estado y este derecho está fundamentado en el Artículo 51 en la Constitución Política de la República de Guatemala.
3. Los lugares de albergue temporal para la protección y cuidado alternativo de la niñez o adolescencia, son muy pocos para atender a toda la población en general.
4. Aunque el abrigo temporal para el cuidado de la niñez y adolescencia es medida excepcional y el espíritu de la ley se dirige a la no institucionalización, en la actualidad ocurren muchos casos en los cuales miles de niños permanecen en las instituciones públicas o privadas hasta la mayoría de edad.
5. En comparación del derecho de la niñez y adolescencia con otros países se observa la diferencia, que el Estado de Guatemala no cuenta con instituciones que velen y protejan los derechos de los menores ante los vejámenes que sufren día a día .



RECOMENDACIONES

1. Es importante que el Estado proteja los derechos de la niñez , creando juzgados competentes especializados de manera gratuita en la materia y garantizar sus derechos inherentes como personas.
2. Se sugiere al Estado de Guatemala no dejar en estado indefenso a la niñez y adolescencia, para garantizar el derecho a la salud física, mental y moral, tal como lo estipula el Artículo 51 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
3. Es necesario que la Procuraduría de los Derechos Humanos fortalezca la Defensoría de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia con más personal y recursos materiales, con el fin de cumplir su función de fiscalizador de las instituciones pública y privadas y así verificar las condiciones en que se encuentran las mismas.
4. El abrigo temporal para el cuidado de la niñez y adolescencia es la medida más utilizada , por lo tanto se recomienda que los jueces de la niñez y adolescencia agoten todos los recursos de protección a los resguardos de la seguridad del menor para poder llegar a un debido proceso de adoptabilidad.



5. Se insta al Congreso de la República de Guatemala a promover una iniciativa de ley para garantizar la vida e integridad del menor cuando sus derechos han sido violados o amenazados por sus transgresores.

BIBLIOGRAFÍA

Aldeas Infantiles SOS México. **Aldeas Infantiles SOS México.**
<http://www.aldeasinfantiles.org.mx> (02-11-2012).

Asociación Ciudad Esperanza. **Hogar Miguel Magone.**
<http://www.hogarmiguelmagone.com> (2-11-2012).

CORNIELES, Cristóbal; MORAIS, María. **Quinto año de vigencia de la ley orgánica para la protección del niño y del adolescente.** Venezuela: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, 2006.

Desarrollo Social. **Familia Argentina.** <http://www.desarrollosocial.gov.ar> (03-11-2012).

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. **Legislaciones infanto juveniles en América Latina: modelos y tendencias.** UNICEF, 1995.

Hogar Luz de María. **Hogar Luz de María.** <http://www.hogarluzdemaria.org>
(2-11-2012).

MEDINA, Magda. **Niños, niñas y adolescentes que quedan en el país de origen o de destino sin cuidado.** Guatemala: UNICEF, 2010.

Naciones Unidas. **Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños.** 2010.

Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de Guatemala. **Subsecretaría de Protección y Abrigo Temporal.** <http://www.sbs.gob.gt/ejes-de-atencion/proteccion> (20-10-2012).

SEGEPLAN. **Política Pública de Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia.** Guatemala, 2003

UNICEF. **Cuidados Alternativos de Niños y Niñas.**
http://www.unicef.org/lac/media_14238.htm (15-10-2012).

UNICEF. Guía de estándares para el personal de las entidades públicas y privadas que se ocupan de la protección de derechos de niñas, niños y adolescentes. Buenos Aires, Argentina: RELAF, 2010

VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly; CHACÓN QUINTANA, Nelson. Ciencias penales: temas actuales: homenaje al R.P. Fernando Pérez Llantada. Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello. 2004.

Legislación:

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

Convención sobre los Derechos del Niño. Naciones Unidas. 20 de noviembre de 1989.

Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Convenio de la Haya. 29-5-1993.

Aprobación del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, Decreto 31-2007 del Congreso de la República de Guatemala, 2007.

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

Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Decreto Ley No. 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, 2003.

Ley General de Atención Integral de Costa Rica. Ley No. 8017, 2000.