

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure, possibly a saint or a historical figure, holding a staff. The shield is surrounded by a circular border containing the Latin text "UNIVERSITAS SAN CAROLINI ACADÉMIA COACTEMALENSIS INTER CAETERAS VERTIBUS CONSPICUA".

**LA INOBSERVANCIA DEL DEBIDO PROCESO DENTRO DE LA FASE  
INVESTIGATIVA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y  
ADOLESCENCIA Y SU REVICTIMIZACIÓN**

**PETRONA ELIZABETH GUAMUCH ZÁRATE**

**GUATEMALA, MARZO DE 2015**

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

**LA INOBSERVANCIA DEL DEBIDO PROCESO DENTRO DE LA FASE  
INVESTIGATIVA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y  
ADOLESCENCIA Y SU REVICTIMIZACIÓN**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**PETRONA ELIZABETH GUAMUCH ZÁRATE**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, marzo de 2015

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

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCALI:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V:	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente:	Lic. Jaime Ernesto Hernández Zamora
Secretario:	Licda. Laura Consuelo Montes Mendoza
Vocal:	Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
Secretario:	Licda. Emma Gabriela Salazar Castillo
Vocal:	Licda. Ángela Paniagua

**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).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,  
 17 de octubre de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, CARLOS AUGUSTO BARRERA LEMUS  
 \_\_\_\_\_, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante  
PETRONA ELIZABETH GUAMUCH ZÁRATE, con carné 200411526,  
 intitulado LA INOBSERVANCIA DEL DEBIDO PROCESO DENTRO DE LA FASE INVESTIGATIVA EN LOS  
PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Y SU REVICTIMIZACIÓN.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

*[Signature]*  
 DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA  
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 21 / 10 / 2014 f)

*[Signature]*  
 Asesor(a)

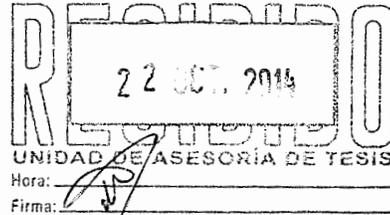
**LIC. CARLOS AUGUSTO BARRERA LEMUS**  
 ABOGADO Y NOTARIO



LIC. CARLOS AUGUSTO BARRERA LEMUS  
ABOGADO Y NOTARIO  
14 calle 9-07 zona 1, Oficina 5  
Teléfono 22328073-56165362  
Ciudad de Guatemala



Guatemala, 21 de octubre de 2014  
FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES



Doctor:  
Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Distinguido Doctor Mejía Orellana:

En atención a la providencia emanada de esa unidad de fecha diecisiete de octubre de dos mil catorce, me permito manifestarle que en la calidad de asesor de tesis de la bachiller PETRONA ELIZABETH GUAMUCH ZÁRATE quien desarrollo el tema intitulado **“LA INOBSERVANCIA DEL DEBIDO PROCESO DENTRO DE LA FASE INVESTIGATIVA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Y SU REVICTIMIZACIÓN”**, declarando expresamente que no soy pariente de la bachiller dentro de los grados de ley; por lo que me complace manifestarle lo siguiente:

- a) Respecto del contenido científico y técnico de la tesis: De la revisión practicada al trabajo de tesis relacionado, se puede establecer que el mismo cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, relativo al contenido científico y técnico de la tesis en virtud, asimismo, que el presente trabajo llena las expectativas por dicho normativo, al haberse empleado dichos lineamientos al desarrollarse la investigación del caso.
- b) Respecto a la metodología y técnica de investigación utilizada: científica se utilizó el método deductivo, que en virtud del análisis de los hechos que aparecen en la investigación se originaron argumentos sobre las observaciones efectuadas que llegaron a conclusiones particulares. Asimismo, se utilizó el método histórico, pues en la investigación se analizaron situaciones pasadas, y acontecimientos históricos que son parte del tema. Se utilizaron técnicas bibliográficas, citas textuales y de paráfrasis, que ayudaron a plasmar el marco teórico. En definitiva el trabajo de tesis se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la norma respectiva, la metodología y técnica de investigación utilizadas.
- c) De la redacción utilizada: Se observó que en toda la tesis se emplearon técnicas de redacción, ortografía y gramática adecuadas para este tipo de trabajos, así como de fondo y forma según lo establecido por la Real Academia de la Lengua Española.



LIC. CARLOS AUGUSTO BARRERA LEMUS  
ABOGADO Y NOTARIO  
14 calle 9-07 zona 1, Oficina 5  
Teléfono 22328073-56165362  
Ciudad de Guatemala

- d) Respecto de la contribución científica: La contribución científica lo constituye el proyecto de Reforma a la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala el cual pretende que la Procuraduría General de la Nación no abuse del uso de la prórroga dentro de la fase de investigación que indica el Artículo 119 literal e).
- e) De la conclusión discursiva: Se puede establecer que la bachiller realizó hallazgos dentro de la investigación, mismos que a mi consideración y criterio son adecuados y oportunos para el contexto en el que se desarrolló la misma, y del mismo modo, las conclusiones de dicho trabajo son congruentes con el trabajo final realizado.
- f) Respecto a la bibliografía utilizada: Finalmente se constató que en el desarrollo y culminación del informe final de la tesis, se utilizó doctrina de autores nacionales y extranjeros, así como haber realizado análisis tanto de la legislación interna como de la legislación de otros países, lo cual, a mi criterio es totalmente adecuado.
- g) La bachiller aceptó todas las sugerencias que le hice y realizó las correcciones necesarias para una mejor comprensión del tema; en todo caso, respeté sus opiniones y los aportes que planteó.

En conclusión y en virtud de haberse cumplido con las exigencias del suscrito asesor derivadas del examen del trabajo en los términos anteriormente expuestos e individualizados y por las razones expresadas, así como haber cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente aprobar el trabajo de tesis relacionado, realizado por el estudiante: **PETRONA ELIZABETH GUAMUCH ZÁRATE**, y en consideración conferirse la opinión que merece, debiendo continuar su trámite administrativo legal correspondiente a efecto se emita orden de impresión y se señale día y hora para la discusión en el correspondiente examen público. En tal virtud, emito **DICTAMEN FAVORABLE** aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Atentamente.

**Lic. Carlos Augusto Barrera Lemus**  
**Abogado y Notarios**  
**colegiado 4119**

**LIC. CARLOS AUGUSTO BARRERA LEMUS**  
**ABOGADO Y NOTARIO**



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
 Universidad de San Carlos de Guatemala

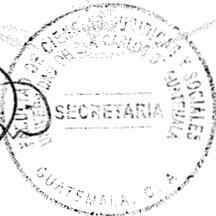


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 13 de febrero de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante PETRONA ELIZABETH GUAMUCH ZÁRATE, titulado LA INOBSERVANCIA DEL DEBIDO PROCESO DENTRO DE LA FASE INVESTIGATIVA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Y SU REVICTIMIZACIÓN. 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/srrs.

*[Handwritten signature]*  
*[Handwritten signature]*



*[Handwritten signature]*  
 Lic. Avidán Ortiz Orellana  
 DECANO





## DEDICATORIA

### **A DIOS:**

Que me ha brindado la sabiduría y me ha bendecido, acompañado y guiado a lo largo de mi carrera, por ser mi fortaleza en los momentos de debilidad y brindarme una vida llena de aprendizajes, experiencias y sobre todo felicidad.

### **A MIS ÁNGELES:**

Que descansan en paz: Olga Florinda Zárate Álvarez (mami) y Petrona Boc Culajay (abuelita), que sea recompensa a las ilusiones puestas en mí, ya que nunca me permitieron decir no puedo, sino, debo lograrlo y tengo que seguir adelante, siendo esto un ejemplo de honor, lealtad, dignidad, honestidad y responsabilidad, enseñándome a alcanzar las metas propuestas con esfuerzo y valentía.

### **A MI PADRE:**

Cristóbal Guamuch Boc, quien con serenidad, paciencia y dedicación me impulsó a culminar cada proyecto en mi vida, gracias por ser mi mejor amigo porque tu amor y amistad me mostró el camino al éxito.

### **A MI NOVIO:**

Francisco Renato de Jesús Chicoj Patzán, quien ha sido mi apoyo incondicional, mi compañero y amigo en los momentos difíciles, y quien ha hecho suyos mis anhelos y triunfos, te amo, gracias por ser mi "Negrito".

### **A MIS ABUELITOS:**

Clemente Zárate, Matilde Álvarez y Delfino Guamuch (QDEP), por su amor y consejos que día a día me brindan, son un gran ejemplo a seguir.

### **A MIS HERMANOS:**

Romelia Yessenia, Cristóbal Manuel y Edgar Orlando, gracias por apoyar y aguantar mis horas de estudio, espero ser ejemplo para ustedes, ya que con esfuerzo y dedicación todo se logra.

### **A MI TÍA:**

Leyda Lisset Zárate Álvarez, por confiar siempre en mí, por el cariño incondicional que siempre me ha brindado, por compartir y apoyar los proyectos de vida que me he trazado, infinitas ¡Gracias!



**A MI TÍO:**

Alberto Chitay Boc (QDEP), por haberme enseñado a lo largo de su vida el gran amor de Dios.

**A MIS PRIMOS Y PRIMAS:**

Con todo mi amor y cariño, sé que no alcanzan estas líneas para mencionarlos a todos por nombre, pero les agradezco el compartir los momentos más importantes de mi vida, Dios les bendiga.

**A MIS AMIGOS (AS):**

Que además de ser compañeros y amigos, forman parte importante en mi vida: Lauren Victoria, Pedro, Marlon Roberto, América Argentina, David (QDEP), Marco Antonio, Oseas Isai, José Luis, Keneth Antonio, Francisco Roberto, Evely, Ana Lidia, Mirian Lisett, Enrique, Jonathan, Marta Marina (QDEP) y a todos los presentes que sin mencionarlos están siempre conmigo, infinitas gracias por su apoyo y cariño hacia mi persona.

**A LOS LICENCIADOS:**

Carlos Augusto Barrera Lemus, Ricardo Alvarado Sandoval, Berta Magdalena García Álvarez, por su cariño, confianza y apoyo.

**A MI JEFA:**

Licda. Dilma Nohely Samayoa Tenas, por su inmenso cariño, confianza y bendición, gracias por estar a mi lado en los momentos buenos y malos y sobre todo por sus conocimientos brindados a lo largo de mi vida profesional y laboral.

**A LAS FAMILIAS:**

Chun Ajxup, Chun Chanchavac, Tubac Castro y Pérez Patzán, por su gran apoyo en los momentos de dificultad.

**A:**

La Gloriosa Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por la formación académica y profesional siendo la base e inspiración de mi futuro.



## PRESENTACIÓN

Este informe contiene un análisis doctrinario, legal y práctico relativo a las prórrogas de los plazos originales de investigación, para recabar los medios de prueba en los procesos que se tramitan en los juzgados de la niñez y adolescencia; puesto que en la actualidad no existe un plazo máximo dentro del cual se recaben los medios de investigación para la audiencia de conocimiento de los hechos.

También se analizan aspectos relacionados con la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, los derechos humanos y las obligaciones del Estado de Guatemala, los derechos de la niñez y la doctrina de protección integral, así como el procedimiento de protección del niño, niña o adolescente amenazado o violentado en sus derechos fundamentales; pues al no estar regulado un plazo máximo para la investigación de los hechos, se revictimiza al niño, niña o adolescente.

La investigación pertenece a la rama del derecho penal y es de tipo cualitativo; la cual tiene como aporte establecer un plazo máximo para la fase investigativa dentro de los procesos de la niñez y adolescencia con lo cual se respetarían los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.



## HIPÓTESIS

La Procuraduría General de la Nación, dentro de los procesos de protección de la niñez y adolescencia abusa de las solicitudes de ampliación o prórroga del periodo de investigación; debido a la laguna existente en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia respecto a los límites de las solicitudes de prórrogas; motivo por el cual los niños o adolescentes son revictimizados, puesto que no se les da una pronta justicia.



## COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Se comprobó la hipótesis puesto que en Guatemala la Procuraduría General de la Nación como partícipe en los procesos de la niñez y adolescencia; debe cumplir con recabar los medios de prueba con celeridad, para que el día de la audiencia el juez dicte sentencia; y no estar solicitando prórrogas para investigar ya que de esta forma se le causa más daño moral al niño o adolescente pues en cada audiencia se tiene que enfrentar a su victimario.

Derivado de lo anterior, se estableció la necesidad de reformar el Artículo 119 literal e) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; con el objeto de evitar la violación o amenaza de los derechos humanos inherentes al niño o adolescente amenazado o violentado; al extender inadecuadamente los procedimientos de protección.



## ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. Antecedentes históricos de los derechos del niño.....	1
1.1. Los derechos de la niñez y la doctrina de la protección integral.....	2
1.2. La fuente de las obligaciones del Estado en materia de protección integral.....	3
1.3. Definición de niñez y adolescencia.....	5
1.4. Legislación internacional ratificada por Guatemala en materia de derechos de la niñez y la adolescencia.....	7
1.5. La Convención sobre los Derechos del Niño.....	9
1.5.1. Principios que regulan la Convención sobre los Derechos del Niño.....	12

### CAPÍTULO II

2. Factores sociales y culturales que motivan el procedimiento de protección infantil en Guatemala.....	25
2.1. Proceso de la niñez y adolescencia amenazada o violentada en sus derechos humanos.....	29
2.1.1. Definición de proceso.....	30
2.2. Garantías procesales que rigen el procedimiento de protección de la niñez y la adolescencia.....	31
2.3. Soporte e implementación modelo de gestión por audiencias.....	34
2.4. La denuncia.....	34
2.5. La entrevista al niño, o adolescente amenazado o vulnerado en sus derechos.....	35
2.6. Audiencia de medida cautelar.....	36
2.7. Las medidas de protección.....	37
2.7.1. Las medidas de protección cautelar.....	38



	<b>Pág.</b>
2.7.2. Las medida de protección definitiva.....	41
2.8. Audiencia de conocimiento de hechos.....	42
2.9. Audiencia definitiva.....	43
2.10. Recursos.....	44

### **CAPÍTULO III**

3. La función institucional en la protección integral de la niñez y adolescencia cuando se vulneran o violentan sus derechos fundamentales.....	45
3.1. Instituciones especializadas para la implementación de la protección integral de la niñez y adolescencia .....	45
3.2. La función del juez como garante de los derechos de la niñez en los procesos de protección de la niñez.....	51
3.3. Extensión y límites del interés superior del niño y la niña en las resoluciones judiciales.....	54
3.4. El interés superior del niño y la niña: la aplicación de una cláusula general	56
3.5. Análisis jurídico doctrinario a la propuesta de reforma del Artículo 119 literal e) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.....	59
3.6. Propuesta de reforma .....	63
<b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....</b>	<b>67</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>69</b>



## INTRODUCCIÓN

El propósito de este informe de tesis es analizar los plazos regulados para recabar los medios de prueba en el proceso de protección de la niñez y la adolescencia, en base a la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; en virtud que en la actualidad los órganos jurisdiccionales le otorgan a la Procuraduría General de la Nación prórrogas de los plazos para la investigación de los hechos en que se ven involucrados los niños o adolescentes.

En Guatemala, con el proceso de protección de la niñez y la adolescencia se protegen los derechos de las niñas, niños o adolescentes, que han sido víctimas de abusos, les han sido violados sus derechos o se encuentran amenazados; ya sea por sus familiares o por cualquier otra persona; con el objetivo de protegerlos, restaurarles sus derechos y con ello evitar su revictimización.

Se comprobó la hipótesis puesto que la Procuraduría General de la Nación dentro de los procedimientos de protección en la etapa o fase interna de la investigación, no cumple a cabalidad con lo establecido en la ley, tanto en calidad como en rapidez respecto a los plazos de la investigación; provocando la nueva revictimización del menor, sometiéndolos en muchos casos a medidas cautelares o de protección innecesarias o demasiado extensas en duración.

Derivado de lo anterior se cumplieron los objetivos esperados, ya que se analizó el procedimiento y el plazo regulado en el Artículo 119 literal e) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que protege los derechos de la niñez y adolescencia víctimas de abusos; asimismo, se estableció que el plazo máximo establecido para la fase de investigación en el proceso de protección de la niñez y adolescencia, no se cumple por parte de la Procuraduría General de la Nación; por lo que es necesario que se reforme el artículo citado, con el objetivo de establecer que el plazo sea prorrogado solamente una vez y por causa debidamente fundamentada.



La tesis contiene tres capítulos: el primer capítulo contiene un análisis de los derechos de la niñez y la doctrina de la protección integral, la legislación internacional ratificada por Guatemala en materia de derechos de la niñez y la adolescencia y la Convención sobre los Derechos del Niño; en el segundo capítulo se desarrollaron los factores sociales y culturales que motivan el procedimiento de protección infantil en Guatemala, el proceso de la niñez y adolescencia amenazada o violentada en sus derechos humanos y las garantías procesales que rigen el procedimiento de protección de la niñez y la adolescencia; y el tercer capítulo se refiere a la función institucional en materia de protección integral de la niñez y adolescencia, la función del juez como garante de los derechos de la niñez, y se propone la reforma del Artículo 119 literal e) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

La metodología de investigación consistió en el uso de los siguientes métodos: el analítico para estudiar la importancia del principio del interés superior del niño; el deductivo para determinar los plazos de la fase investigativa dentro del proceso de protección de la niñez y adolescencia; el inductivo y el sintético para establecer el marco teórico que fundamenta la propuesta de reforma planteada. Para recolectar y analizar la información se utilizó la técnica bibliográfica documental.

Esperando que la información contenida en la tesis, sea de ayuda para las personas, instituciones y órganos jurisdiccionales que intervengan en los procesos de protección de la niñez y adolescencia; quienes tienen la obligación de garantizar el interés superior y los derechos de los niños, niñas o adolescentes de Guatemala.



## CAPÍTULO I

### 1. Antecedentes históricos de los derechos del niño

“Es en Francia, en el año de 1770, donde aparece acuñado el término derechos fundamentales, plasmándose con este movimiento político y cultural la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Actualmente se reserva tal denominación, para designar los derechos humanos positivos a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones internacionales.

La protección jurídica de los derechos humanos surge a finales del siglo XVIII, con las Revoluciones Francesa y Americana. Dentro de su proceso de evolución histórica, se encuentra en la etapa de especificación o concreción en relación con el titular del derecho o su contenido temático. Es el paso del hombre genérico, comprendido en la mayoría de las declaraciones e instrumentos internacionales, a un ser humano específico, con características propias que exige una especial protección jurídica”.<sup>1</sup>

En la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), se consagra la necesidad de proporcionar al niño una protección especial; posteriormente en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), se reconoce a los niños y niñas todos los derechos que se consagran en los pactos internacionales de derechos humanos sin ningún tipo de discriminación.

---

<sup>1</sup>Velásquez, Fernando. **Derechos humanos y niñez**. Pág. 47



## 1.1. Los derechos de la niñez y la doctrina de protección integral

Hace dos siglos la niñez no era considerada como un grupo social diferenciado jurídicamente de los adultos, pues el niño y la niña eran tratados de la misma manera que el adulto. Fue a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, que surgió un movimiento social exigiendo un trato diferenciado para los niños y las niñas, que logran sus objetivos con la creación de un derecho específico para este grupo social, denominado derecho tutelar de menores.

Con el reconocimiento de los derechos específicos de la niñez, los niños pasan de ser objetos de tutela a ser sujetos de derecho; se les reconoce dignidad humana y como consecuencia, con este nuevo derecho se da una valoración jurídica a la diferencia del menor de edad con respecto al adulto, pero ésta es más útil para su negación que para la afirmación de su igualdad jurídica, pues se desvaloriza a la persona menor de edad frente al adulto, se le excluye del sistema de garantías que el Estado liberal había construido para todas las personas, sufriendo también una intervención estatal arbitraria, justificada y legitimada por el pensamiento que imperaba en esa época.

El nuevo sistema tutelar, fue acogido por la legislación nacional cuando se aprobó la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala; en cumplimiento a lo que regula el Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Antes de la existencia de todas estas leyes, en el país no existía normativa especializada en menores; se tomaba en ese entonces la minoría de edad como un atenuante a la responsabilidad penal.



La aprobación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, cumple con el proceso de especificación de los derechos humanos; dando paso a una concepción moderna y actual, considerando al niño una persona autónoma y sujeto de derechos.

“La consecuencia de convertir a los niños en receptores de las decisiones tomadas unilateralmente por los adultos, y principalmente, de las familias, ha ido cambiando, principalmente por dos factores: En primer lugar, la toma de conciencia de que los niños no siempre están protegidos en el interior de las familias ha favorecido la aceptación de la protección del niño como individuo, al margen de su inserción o no en un núcleo familiar; y en segundo lugar, la asunción de la responsabilidad social hacia la infancia ha reconocido la necesidad de colaborar con los gastos que supone la educación e integración social. Los cambios en la propia naturaleza de la familia han hecho que esta no sea considerada incondicionalmente como un entorno estable y seguro para todos los niños.”<sup>2</sup>

## **1.2. La fuente de las obligaciones del Estado en materia de protección de la niñez y la adolescencia**

La Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada en 1985 recoge una concepción actual y moderna del niño y de la niña; a quienes les otorga el status jurídico de sujetos de derechos con capacidad propia para ejercerlos, lo cual regula en los Artículos 1, 2, 3, 5, 20 y 51. A esa normativa debe sumársele la contenida en la Convención de los Derechos del Niño; pues ambos instrumentos conciben al niño y a la

---

<sup>2</sup>Calvo García, Manuel y Natividad Fernández Sola. **Los derechos de la infancia y la adolescencia**. Pág. 206.



niña como sujetos activos, participativos y creativos, capaces de interactuar con su medio personal y social, de participar en la búsqueda de la satisfacción de sus necesidades y las de los demás; e incluso de asumir una responsabilidad especial por sus actos.

Se debe dar énfasis al tiempo transcurrido entre la aprobación del principio originario constitucional enmarcado en el Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Guatemala el cual regula: “Menores de edad. Los menores de edad que transgredan la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud. Los menores, cuya conducta viole la ley penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser reclusos en centros penales o de detención destinados para adultos. Una ley específica regulará esta materia.”

Principio que está vigente desde 1985, y la aprobación de la normativa especializada en el 2003, lo que demuestra la falta de apoyo y conciencia social en materia de derechos del niño, niña y adolescente; además de existir una división en la legislación, pues estaba vigente la Convención de los Derechos del Niño aprobada en 1990, en la cual se fundamenta la doctrina de protección integral, que regula la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 20 y al mismo tiempo seguía vigente el Código de Menores.

### 1.3. Definición de niñez y adolescencia

“Niño es el ser humano en la etapa comprendida desde el nacimiento hasta la pubertad”<sup>3</sup>. La adolescencia es considerada como el período de desarrollo entre la infancia y la edad adulta, constituye una etapa difícil en el desarrollo de las personas. Debido a tantos años de escuela que preceden a la integración a la fuerza de trabajo en la sociedad, esta etapa es demasiado extensa: se inicia poco antes de los trece años y termina poco antes de los dieciocho años de edad.

“Sin ser niños y sin ser considerados aún como adultos por la sociedad, los jóvenes enfrentan un período de constantes cambios físicos y sociales que les afecta el resto de sus vidas”<sup>4</sup>. Su aparición está señalada por la pubertad, pero la aparición de este fenómeno biológico es únicamente el comienzo de un proceso continuo y más general, tanto sobre el plano somático como el psíquico, y que se prosigue por varios años hasta la formación completa del adulto.

La adolescencia es la: “Edad que sucede a la niñez y que transcurre desde que aparecen los primeros indicios de la pubertad hasta la edad adulta. El concepto ofrece importancia jurídica; porque, por regla general, las legislaciones hacen coincidir la entrada en la adolescencia con la capacidad para contraer matrimonio, aun cuando no es ésta una regla absoluta.”<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> L. Merani, Alberto. **Diccionario de psicología**. Pág. 114.

<sup>4</sup> Feldman, Robert S., **Psicología con aplicaciones para Iberoamérica**. Pág. 365.

<sup>5</sup> Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 37.

Cuando se trata de niños, niñas y adolescentes amenazados o violentados en sus derechos humanos, denominados por el derecho tutelar como menores en riesgo social o menores en situación irregular; las medidas tutelares que establecía la antigua doctrina de la situación irregular, en lugar de constituir mecanismos de protección de sus derechos, se convirtieron en mecanismos de castigo a situaciones de pobreza, exclusión social y vulnerabilidad. Por ello, en base a la normativa jurídica y a la literatura sobre los derechos de la niñez, se deben utilizar términos que reflejen la verdadera naturaleza del control social que se aplica sobre las personas menores de edad; e indicar que son víctimas de amenazas o violaciones a sus derechos y no que son personas en riesgo social.

En la actualidad se habla de los derechos de la niñez y la adolescencia. En este mismo sentido, el concepto modernamente aceptado en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece esta clasificación como principio general en su Artículo 2; el cual regula: “Definición de niñez y adolescencia. Para los efectos de esta Ley se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad, y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad”.

En cuanto al concepto de la palabra menor, se define como algo que es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad; por lo que pareciera que cuando nos referimos a una persona como menor, se espera o se pretende que se piense en ella en un nivel menor al del hablante, y se entiende que su nivel de capacidad o participación social es menor que el de aquél que se dice llamar mayor. Por eso la Convención sobre los

Derechos del Niño de 1990 en su Artículo 1º. define al niño como: “Todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

#### **1.4. Legislación internacional ratificada por Guatemala en materia de derechos de la niñez y la adolescencia**

Las Naciones Unidas, ya desde su conformación original como Sociedad de las Naciones, aprobó, el 26 de septiembre de 1924, la Declaración de los Derechos del Niño, conocida como Declaración de Ginebra. Ésta tenía como objetivo constituirse en la base de una futura normativa internacional de carácter vinculante, hecho que fue frustrado con el inicio de la II Guerra Mundial.

“Con la Declaración de Ginebra se establece por primera vez una fórmula inicial de los derechos del niño a nivel internacional.”<sup>6</sup> Esta primera declaración, que fue adoptada el 24 de septiembre de 1924, en la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones, es parte del desarrollo del Tratado de Versalles, que en su preámbulo ya preveía la protección de las personas menores de edad; siendo éste el antecedente inmediato del movimiento surgido en el ámbito internacional en materia de derechos de la niñez; y la Declaración de los Derechos del Niño representó una declaración de principios que fue más allá de las provisiones del tratado.

Como parte del desarrollo normativo de la Declaración de los Derechos Humanos, el

---

<sup>6</sup>Velásquez, Fernando. Ob. Cit. Pág. 51.

20 de noviembre de 1959, las Naciones Unidas adopta, mediante la resolución 1386 - XIV-, la nueva Declaración de los Derechos del Niño, la cual no tuvo vigencia sino hasta 30 años después; ésta constituyó la base que orientó a la formulación de un convenio o pacto internacional de cumplimiento obligatorio. Otro aspecto importante fue la creación del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en 1946; que en sus inicios recibió el nombre de Fondo Internacional de Socorro a la Infancia.

Es importante anotar que la Declaración sobre los Derechos del Niño consta de diez principios muy importantes; los siete primeros regulan los derechos esenciales relacionados con la no discriminación, la protección especial de la niñez, derecho a un nombre y nacionalidad, derecho a gozar los beneficios de la seguridad social, el tratamiento especial de los niños con impedimentos físicos o mentales y el derecho a vivir en una familia y a recibir educación; el resto de principios establecen las medidas de protección a la niñez, entre ellos el derecho a la protección y socorro preferencial.

Como manera de materializar y hacer efectivos los principios de la declaración, el 16 de diciembre de 1966 las Naciones Unidas aprobaron dos pactos en materia de derechos individuales y económicos sociales; en los que por primera vez se regula quiénes no tienen la mayoría de edad, los cuales son: a) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y b) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, este último regula la obligación del Estado de proporcionarle a la familia la protección y asistencia que sea necesaria para el pleno desarrollo de sus hijos; así como el deber de los Estados de adoptar las medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación de ninguna índole,



reconociendo los de la niñez y adolescencia.

### **1.5. La Convención sobre los Derechos del Niño**

Reúne los derechos humanos de la infancia que estaban articulados en otros instrumentos internacionales. Esta convención regula los derechos de un modo más completo y proporciona una serie de principios rectores que conforman el concepto fundamental que se tiene de la infancia.

Esta recopilación y clasificación de los derechos humanos de la infancia, establece el entorno y ofrece los medios necesarios para permitir que todos los seres humanos desarrollen su pleno potencial. Los artículos de la convención, además de establecer los principios básicos que sirven de base a la realización de todos los derechos, exigen la prestación de recursos, aptitudes y contribuciones específicas, necesarias para asegurar al máximo la supervivencia y el desarrollo de la infancia.

Los artículos de la citada convención también exigen la creación de mecanismos para proteger a la infancia contra el abandono, la explotación y los malos tratos. Todos los niños y niñas tienen los mismos derechos. Todos los derechos están mutuamente relacionados y tienen la misma importancia. La misma hace hincapié en estos principios y se refiere a la responsabilidad de los niños y niñas de respetar los derechos de los demás, especialmente los de sus progenitores.

En 1978, el gobierno de Polonia propuso el proyecto de la Convención sobre los

Derechos del Niño a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; proyecto que se esperaba fuera formalizado en el Año Internacional del Niño en 1979, pero tuvo un período de discusión de diez años, lográndose su aprobación el 20 de noviembre de 1989. La década de los años ochenta marcó el cambio de concepción sobre la administración de justicia de las personas menores de edad, con la discusión y aprobación de distintas reglas mínimas.

Este es un instrumento de carácter vinculante, ratificado ya por todos los países del mundo con excepción de Estados Unidos, inicia su vigencia el 2 de septiembre de 1990, y alcanza una aceptación casi universal, comprometiendo a los Estados miembros a adecuar su legislación y medidas administrativas para dar efectividad a los derechos reconocidos en ella.

Esta convención introduce el concepto de niño, niña y adolescente, entendido como un ser humano dotado de dignidad propia, con los mismos derechos a los de un adulto; constituyéndose así como el instrumento internacional más importante en defensa de los derechos de los niños, de carácter obligatorio para todos los Estados miembros; puesto que no es un simple cuerpo de principios, como lo era la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, sino constituye un instrumento internacional jurídicamente obligatorio, que paliará, regulará y evitará una serie de situaciones intolerables, establecidas ya como violaciones en la Declaración de los Derechos del Niño.

La convención establece claramente la diferencia entre la niñez que sufre de

amenazas o violaciones a sus derechos humanos y los adolescentes transgresores de la ley penal, describiendo las medidas que el Estado debe adoptar en cada caso. No obstante, la convención es criticada por la fragilidad del mecanismo de garantía para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados en el momento de ratificarla; ya que el sistema de informes que los Estados deben presentar periódicamente a las Naciones Unidas, no tiene ninguna implicación jurídico-vinculante para el Estado que no cumple. Sin embargo, debe resaltarse que el control jurídico sobre el cumplimiento de la convención se fortalece con los mecanismos regionales de control de derechos humanos; pues a través de estos los niños y las niñas pueden denunciar y demandar una protección jurídica efectiva frente a la violación y amenazas a sus derechos.

Sobre la prevención de la criminalidad de los adolescentes en la legislación y la administración de justicia; las directrices recomiendan que se prohíba la victimización secundaria de los niños en el proceso, los malos tratos y explotación de los niños, su acceso a armas de fuego y su protección en el uso indebido de drogas y los traficantes; promoviendo la investigación científica a fin de formular programas de prevención acordes con la realidad de cada país.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, aprobada el 4 de junio del 2003 y en vigencia plena a partir del 18 de julio del 2003; se fundamenta en los principios doctrinarios de la protección integral de la niñez y la adolescencia, que se ve impulsada fuertemente por los instrumentos internacionales debidamente ratificados por Guatemala y que fueron relacionados con anterioridad; todos ellos sustentados en la

preocupación de las Naciones Unidas porque se ejerza una estricta protección de los derechos fundamentales de la niñez y adolescencia; garantizando con ello, el libre goce de su entorno social, la protección familiar y una adecuada educación, así como el acceso a la justicia de una forma inmediata, brindándoles una asistencia integral, tomando en cuenta el principio de el interés superior del niño, con el objeto de restablecer aquellos derechos que hayan sido violentados y vulnerados.

### **1.5.1. Principios que regulan la Convención sobre los Derechos del Niño**

Estos principios rectores constituyen los ejes transversales que deben prevalecer en la definición del Plan de Acción para la Protección de los Niños y Adolescentes; tomados en cuenta en la ejecución de cada una de las acciones estratégicas establecidas en los diferentes niveles de la protección estatal y encaminados a lograr el efectivo cumplimiento de los derechos de la niñez. Siendo los principios rectores para la niñez y adolescencia, los siguientes:

A) Unidad e integridad de la familia: El Artículo 18 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula que: “Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente en familia sustituta...” estableciendo que la familia es la principal responsable del cuidado, protección y desarrollo integral de la niñez y adolescencia, es el espacio idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, la seguridad emocional y el desarrollo moral y espiritual de las personas. Por distintas razones o circunstancias, los niños, niñas y adolescentes pueden vivir dentro de una familia uniparental, una familia

extendida o una familia nuclear; pero el Estado debe de velar por la unión familiar y el desarrollo de la niñez y de la adolescencia.

Independientemente de con quién vivan los niños, niñas y adolescentes, tanto el padre como la madre tienen obligaciones comunes y responsabilidades compartidas; así como derechos para la crianza, desarrollo y orientación apropiada de sus hijos e hijas. Los Artículos 19 y 21 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regulan que: “El Estado deberá fomentar por todos los medios la estabilidad y bienestar de la familia...”

B) Protección económica, jurídica y social: Es el conjunto de derechos individuales, económicos, sociales, políticos y culturales reconocidos por la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, son universales, indivisibles e interrelacionados; son aplicables para todos los niños, niñas y adolescentes que no han cumplido los dieciocho años de edad y que se encuentren viviendo en el territorio nacional.

En caso de que los derechos de la niñez y adolescencia hayan sido vulnerados, se deberá buscar su restitución, incluyendo la rehabilitación y reinserción familiar y social de ser necesarias, así como la deducción de responsabilidades a quienes resulten responsables de su incumplimiento.

El Artículo 6 de Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula: “... El Estado deberá velar porque los niños, niñas y adolescentes reciban entre otros: a) Protección y socorro especial en caso de desastres. b) Atención especializada en los

servicios públicos o de naturaleza pública. c) Formulación y ejecución de políticas públicas específicas. d) Asignación específica de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la niñez y juventud adolescencia”.

C) Interés superior del niño: Se entiende como un medio para la satisfacción de los fines especiales de la persona. El interés comprende tanto bienes materiales como espirituales o ideales; es decir, todos aquellos que para la persona son valiosos, tanto en el ámbito individual como social.

En el caso de los niños, niñas y adolescentes, tiene especial importancia el interés constituido por sus bienes y valores no racionales; es decir, sus sentimientos, afectos, aspiraciones e impulsos, puesto que son parte de su vida y satisfacen sus necesidades vitales. En ese sentido, el interés jurídico superior del niño comprende tanto los aspectos materiales como los espirituales relevantes para la satisfacción de las necesidades presentes y futuras del niño, niña o adolescente; e incluye todos sus requerimientos vitales, así como los bienes y valores no racionales (sentimientos, valores, aspiraciones, emociones, etc.).

Es por ello que las decisiones que el Estado tome a través de sus diferentes organismos, deben tomar en cuenta el interés superior en la resolución de casos que involucran a niños niñas y adolescentes; pues en estos la carga emotiva es más fuerte y las consecuencias son vitales y determinantes. Para la niña, niño y adolescente, el conflicto de intereses representa no sólo una cuestión jurídica, sino un problema emotivo: representado por miedos, confusiones, frustraciones, etc.,

sentimientos que la lógica formal del derecho no alcanza o cubre; por esto se afirma que, en estos casos, existe un interés adicional que debe conocerse y resolverse: el interés del niño, niña y adolescente, toda vez que uno de los fines del estado es la protección de la persona y de la familia.

Los efectos que una decisión jurídica puede tener sobre la vida de un niño, niña o adolescente, siempre van más allá de la resolución jurídica del caso. El solo contacto del niño, niña o adolescente con la administración de justicia puede generarle perjuicios que, desde un punto de vista psicológico, son difíciles de superar; además de la experiencia negativa o positiva que puede adquirir sobre los conceptos de libertad, participación, responsabilidad o justicia, como consecuencia de su primera relación con algún organismo estatal. Por esto, es necesario insistir en el drama humano que para un niño, niña o adolescente implica su relación con gente que, además de ser extraña, tomará decisiones que afectarán substancialmente su entorno físico y emotivo; y que marcarán su futuro.

En materia procesal, esta realidad le plantea al juez un nuevo interés, que va más allá de los intereses de las partes; pues es un interés superior a los intereses en juego, ya sean estos públicos o privados. Al iniciar su vigencia la Convención sobre los Derechos del Niño, este interés pasa a ser un principio general de observancia obligatoria. Así, el interés superior del niño, establecido en el Artículo 3o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, exige que en toda resolución administrativa o judicial, en que se resuelva un caso que afecte los derechos de un niño o niña, se tome en cuenta su interés superior.

Esto implica para el juez una nueva exigencia legal, pues además de la motivación judicial sobre la resolución del conflicto de intereses que se le plantean, éste tiene que hacer constar en la resolución judicial, la argumentación relativa a cómo en ese caso concreto se tomó en cuenta el interés superior del niño. Sin embargo, es importante aclarar que el interés superior del niño no debe decidirse según lo que para el adulto es el interés superior del niño, sino de lo que para el niño o niña sea dicho interés; la persona que decida sobre algún asunto (en este caso el juez) que se relacione con un niño, niña o adolescente, debe alejarse de sus propias convicciones y prejuicios, pues podría aplicar erróneamente la ley.

Es por ello que la propia Convención sobre los Derechos del Niño ha fijado los parámetros y criterios dentro de los cuales dicho interés debe hacerse efectivo; plasmando así principios jurídicos que deben ser tomados en cuenta: el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, el desarrollo y la supervivencia, y el respeto de la opinión.

El principio del interés superior del niño, exige una neutralidad inicial respecto de los estereotipos sociales, judiciales y legales que se generan alrededor de la protección del niño. Estereotipos producto de concepciones sociales, no siempre racionales y, por lo regular sobregeneralizados, como el estereotipo social que afirma que los niños son mejor educados con el uso de la fuerza física que sin ella.

La labor del juez es muy importante para el sistema judicial y para que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia junto con la Convención sobre los

Derechos del Niño cumplan su función; este funcionario de la ley debe estar lo suficientemente preparado y capacitado para que en el ejercicio de su labor aplique más que una lógica-deductiva, emitiendo sus juicios en base a una lógica argumentativa, cuyo fundamento será dado por los datos y circunstancias del hecho concreto que se le presenta.

La regulación del principio del interés superior del niño, como cláusula general, ofrece ventajas, pues permite incorporar una serie de derechos y expectativas, tanto materiales como espirituales del niño, niña o adolescente, en cualquier situación que se le presente al juez.

Como se sabe, un principio jurídico debe ser bien determinado para poder aplicarlo en forma universal a cualquier situación que se presente; pero en este caso se critica el riesgo de la indeterminación del principio, pues existe la posibilidad de justificar que el juez resuelva algún asunto adoptando puntos de vista distintos a los establecidos en la propia convención; basando su decisión en criterios culturales, convicciones sociales o estereotipos legales y judiciales contrarios al interés jurídico superior del niño. Pero a pesar de que existe el riesgo de que el juez incorpore convicciones y experiencias personales como criterios para establecer el interés superior; dicha situación puede ser corregida a través del control jurídico que se establece en la misma legislación, en este caso por medio de los recursos que la misma ley regula.

Para poder aplicar este principio, es importante que el juez escuche al niño, niña o

adolescente, para establecer los datos que rodean al hecho ocurrido, así como obtener declaraciones de testigos, familiares; además de los estudios técnicos que pueda ordenar ya sea de carácter técnico, psicológico o físico; y así poder brindar una protección integral.

Regula el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que: “El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez...” Estableciendo que cualquier decisión que tomen las instituciones públicas o privadas, debe estar basada en promover y fortalecer el desarrollo físico, mental, educativo, cultural, moral, espiritual y social del niño, niña y adolescente; para lograr el pleno desarrollo de su personalidad.

D) No discriminación, equidad e igualdad de oportunidades: El Artículo 10 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula que: “Los derechos establecidos en esta Ley serán aplicables a todo niño, niña o adolescente sin discriminación alguna, por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional, étnico o social, posición económica, discapacidad física, mental o sensorial, nacimiento o cualquier otra índole o condición de éstos, de sus padres, familiares, tutores o personas responsables. A las niñas, niños y adolescentes que pertenezcan a grupos étnicos y/o de origen indígena, se les reconoce el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus

tradiciones históricas y culturales, en tanto éstas no sean contrarias al orden público y el respeto debido a la dignidad humana.

“El Estado garantizará a las niñas, niños y adolescentes cualquiera que sea su ascendencia, a tener su propia vida cultural, educativa, a profesar y practicar su propia espiritualidad, costumbres, a emplear su propio idioma y gozar de todos los derechos y garantías que le son inherentes, de acuerdo a su cosmovisión”.

Por eso, dado el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de la República de Guatemala, es necesario que exista dentro de los órganos de justicia, el acompañamiento de un intérprete en los casos en que se haya violentado o vulnerado un derecho de la niñez o de los adolescentes; con el objeto que puedan tener un mejor acceso a la justicia y hacer valer sus derechos como víctimas.

En toda acción impulsada por el Estado se debe promover el desarrollo de las niñas y las adolescentes, asegurándoles el acceso a la salud, nutrición, educación, recreación, información, participación y protección en igualdad de condiciones y oportunidades. En salud y educación se deben promover acciones específicas para eliminar prácticas culturales que propicien la discriminación de la niña y la adolescente. Atención especial debe darse a los riesgos que enfrentan niñas y adolescentes, para prevenirlas y protegerlas del embarazo precoz, el maltrato, el abuso, la explotación y la violencia sexual.

E) No institucionalización de la niñez y adolescencia: La protección integral de la niñez

y adolescencia demanda del Estado el establecimiento de programas de fortalecimiento a la familia; para evitar al máximo la institucionalización de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad o sujetos a procedimientos administrativos o judiciales. La institucionalización en sí misma es una violación a los derechos humanos de la niñez y adolescencia; porque les separa de sus familias, les priva de la libertad y les despersonaliza.

Todos los programas de atención y protección a la niñez y adolescencia en situaciones de vulnerabilidad o desprotección; deberán restituir y fortalecer el vínculo familiar y comunitario que apoya su identidad y sentido de pertenencia, transmite valores, conocimientos y prácticas socioculturales; la separación de niños, niñas y adolescentes de sus familias como medida de protección; sólo podrá ocurrir en aquellos casos en que tal separación sea necesaria para el interés superior del niño, en caso de que éste sea objeto de maltrato o descuido de sus padres.

F) Responsabilidad compartida para la efectividad de los derechos: Es deber del Estado promover y adoptar las medidas necesarias para proteger a la familia desde el punto de vista jurídico y social; así como garantizarle a los padres y tutores, las condiciones para 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.

La familia, la escuela, la comunidad, las autoridades locales, departamentales, regionales y nacionales, los medios de comunicación, las instituciones públicas y

privadas, los empleadores, las iglesias, las organizaciones sociales de desarrollo, de las mujeres, de los pueblos indígenas, de la niñez y adolescencia y de juventud; deben asumir una participación activa para el cumplimiento de las acciones estratégicas empleadas por el Estado; lo cual implica un esfuerzo de corresponsabilidad social, concertación, gestión, cabildeo y negociación, así como el establecimiento de mecanismos institucionales permanentes de participación, coordinación, intercambio de información, monitoreo y articulación entre instituciones estatales y organizaciones de la sociedad civil.

G) Participación de la niñez y adolescencia: La niñez y adolescencia, son los sujetos de esta política pública, su participación en la formulación, monitoreo y evaluación de la misma, es un derecho para su propio desarrollo; por lo que es crucial fortalecer sus capacidades para participar y expresar sus opiniones, desarrollar su autoestima, confianza y seguridad, conocimientos y aptitudes para la búsqueda de soluciones, toma de decisiones, resolución de conflictos, organización, liderazgo y comunicación.

La niñez y adolescencia forman parte activa en la conformación de su entorno familiar, escolar y comunitario; por lo que tienen derecho a contribuir con sus aportes, ideas y energías al desarrollo de sí mismos y de su entorno. A los adultos les corresponde respetar, fomentar, escuchar y tomar en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes.

H) El derecho de opinión: Consiste en la participación activa que debe tener el niño, niña y adolescente en cualquier entorno en que se desarrolle. Con la Convención

sobre los Derechos del Niño, este grupo social pasa a ser de objeto de derecho a sujeto de derecho; claro que tomando en cuenta su nivel de madurez, pues la participación activa de estos en el proceso, implica que ellos adquieran conciencia de sí mismos, de sus actos, de sus decisiones y principalmente; de los derechos que, al ir avanzando en el proceso de crecimiento y maduración pasarán a administrar directa y personalmente al llegar a su mayoría de edad.

El derecho de opinión forma parte del proceso de formación del niño y la niña, pues al escucharlos y tomar en cuenta su voluntad, se favorece su educación orientada a la libertad; la que persigue habilitarlos para que puedan hacer uso de ella conscientemente y con autocontrol de su voluntad; este derecho se encuentra regulado en el Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, permite que el niño, niña y adolescente participen activamente en el desarrollo de su propia personalidad; creando las condiciones necesarias para que puedan ser escuchados sobre determinado acontecimiento de su vida, atendiendo a su edad y madurez; y luego considerarlo para poder decidir lo que más interesa a su bienestar.

En el derecho de opinión del niño, niña o adolescente se debe conocer cuál es el contexto psicológico y social en que dicha opinión se genera; aquí radica la importancia de la intervención de especialistas en el proceso penal, como psicólogos y trabajadores sociales. La Convención sobre los Derechos del Niño en su Artículo 12 establece que al niño, niña o adolescente se le debe escuchar ya sea directamente o por medio de su representante o de un órgano apropiado; se le otorga aquí al Estado discrecionalidad en cuanto al medio que puede ser utilizado

para escuchar al menor.

El juez como contralor de la investigación es quien debe ingeniárselas para poder escuchar al menor; debe asegurarse que el medio que se utilice para escuchar al menor sea el adecuado para obtener información que le favorezca y no que favorezca a alguna de las partes. Se debe tener el cuidado de que la presencia de los padres, tutores o encargados no tergiversen lo que el menor va a manifestar; así que se debe realizar esta diligencia creando un ambiente de confianza para estos niños, niñas o adolescentes. También, se debe tener el cuidado de que el mismo juez o cualquier miembro del tribunal no intimiden al menor; su opinión debe obtenerse de la manera más libre posible, sin ningún tipo de influencias, pudiendo el juez auxiliarse de profesionales en la materia.

El juez debe vigilar que el lenguaje utilizado en la audiencia no sea amenazante para el niño, niña o adolescente; éste debe ser claro y apropiado, sin dar lugar a sentimientos de culpabilidad en él. Se deben evitar las preguntas dirigidas o sugestivas, en cambio deben ser sencillas, directas, comprensibles y claras. Claro está que la valoración que se dé a la declaración debe ser en relación con su edad y su madurez; pero esto sólo puede hacerse después de haberlo escuchado y no debe olvidarse tomar en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente.



## CAPÍTULO II

### **2. Factores sociales y culturales que motivan el procedimiento de protección infantil en Guatemala**

Debido a que en Guatemala prevalece el machismo, el desempleo, la paternidad irresponsable, etc., esto viene a promover la indefensión de la niñez y de la adolescencia; lo que motiva la violación o vulneración de los derechos del niño, niña o adolescente; entre estos factores se pueden mencionar los siguientes:

A) Discriminación contra la niña indígena: El colorido güipil y la elegancia de la nagua que con tanto orgullo luce una niña indígena, de pronto se convierten en motivo de burla en la escuela. Una mirada o un gesto de rechazo hacia el color de su piel o la sonoridad de su idioma le marcarán como una cicatriz en el alma. Encontrándose los siguientes tipos de discriminación:

a. La discriminación racial es una realidad tangible y cotidiana en Guatemala, e impacta en los sectores más vulnerables de la sociedad: la niñez y la mujer indígena. La exclusión, marginación, restricción o limitación se manifiestan de diferentes formas en las relaciones sociales, culturales, familiares y comienzan a afectar desde la infancia hasta adquirir la edad adulta. Así, la discriminación es vivida por la niña indígena en la mayoría de espacios interétnicos, en la calle, el aula, el patio de la escuela, los corredores, la plaza, el mercado, el puesto de salud y el acceso a los órganos de justicia.

b. Discriminación legal: se refiere a los retardos en materia jurídica, omisión de enunciados favorables de derechos humanos de pueblos indígenas en las leyes y la insuficiente adecuación de la legislación nacional a instrumentos internacionales ratificados por Guatemala. En el caso de la niña indígena, se traduce en la falta de leyes específicas que favorezcan a las niñas indígenas, cuyas familias viven en pobreza y extrema pobreza.

c. Discriminación interpersonal: se manifiesta en actitudes de rechazo y exclusión hacia pueblos indígenas por parte de la población (ladina y blanca). Se conoce también como racismo cotidiano, al sostenerse en gran medida a través de prácticas rutinarias y diarias en lugares públicos: escuela, medios de comunicación, calles, etc.

d. Discriminación institucional: se manifiesta a través del sesgo desfavorable hacia los pueblos indígenas en la distribución del gasto público y los bienes colectivos.

B) Desnutrición crónica infantil en Guatemala: En Guatemala la desnutrición crónica infantil es un grave problema que afecta a un 49 por ciento de niños y niñas de las regiones más pobres del país. La desnutrición crónica infantil es invisible porque el círculo vicioso se perpetúa de madres a hijos. La poca ingesta de alimentos por parte de la madre repercute en el bajo peso del niño al nacer. El problema sale a luz cuando el cuadro es extremadamente agudo o severo y reviste gravedad; por lo que a los centros de salud llegan niños, niñas al borde de la muerte acompañados de sus madres. Por tal motivo el Estado en los últimos dos años ha implementado campañas para combatir la desnutrición.

C) La pobreza: Los ingresos de la población son escasos y no alcanzan a cubrir el costo mínimo adicional calculado para otros bienes y servicios básicos; mucho menos para el consumo mínimo de alimentos, lo que está asociado a los niveles de pobreza extrema y pobreza. En Guatemala se ha determinado la importancia de contar con instituciones saludables, cuya raíz es la unidad familiar fuerte; dado que la estructura familiar es importante no sólo para el capital humano y social sino que también en cuanto a riqueza y pobreza.

D) El trabajo infantil: Guatemala, es el país de la región que presenta una mayor cantidad de personas menores de edad trabajando y donde el peso económico de su participación es mayor; se calcula que el 20% del Producto Interno Bruto (PIB) es producido por personas menores de 14 años. También, es el país en el que los niños empiezan a trabajar desde más temprana edad (5 años). Además, el 52,7% de las personas menores de edad trabajadoras es indígena y se incorpora al trabajo a muy temprana edad.

Todo lo anterior, no obstante que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece que es deber del Estado promover y adoptar las medidas necesarias para proteger a la familia jurídica y socialmente; a su vez, es un instrumento jurídico de integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos.

E) La violencia intrafamiliar: La violencia intrafamiliar es el acto u omisión cometida por

algún miembro de la familia en una posición de poder o de confianza que perjudica el bienestar, la integridad física o síquica, o la libertad y el derecho al pleno desarrollo de otro miembro de la familia. La familia puede inculcar valores éticos y respeto por el otro, además de vigilar y controlar a los niños o jóvenes en riesgo de iniciar una carrera delictiva; todos estos roles no son reemplazables por ninguna otra institución y convierten a la familia en la clave fundamental para prevenir el delito.

F) Familias disfuncionales: Uno de los principales desajustes sociales asociados con mayor incidencia en el delito se encuentra dentro del subsistema familiar, relacionado con las familias disfuncionales. La fuerza del crimen organizado ha convertido a los menores de edad, a la adolescencia y juventud en sujetos de criminalidad, que son reclutados y utilizados por su posición de indefensión, situación económica y falta de oportunidades, siendo las pandillas o maras un apéndice constitutivo. Existe un continuo crecimiento de estos grupos, en los cuales los menores de edad y adolescentes son herramientas que perpetúan y extienden el dominio y redes del crimen organizado.

G) Desintegración familiar: La protección a la familia está garantizada en la Constitución Política de la República de Guatemala. El Estado se obliga a garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia; a promover su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de los derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos. En el caso de las familias desintegradas, particularmente de familias de un solo padre, el desempeño no es tan bueno como en las familias

casadas. Sin embargo, la familia entra en un círculo vicioso cuando uno de los jefes de hogar busca, a través de la migración, mejores condiciones de vida. Constituyendo la desintegración familiar uno de los impactos sociales de la migración.

## **2.1. Proceso de la niñez y adolescencia amenazada o violentada en sus derechos humanos**

Hay que recordar que el objetivo del proceso de niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos es eminentemente hacer cesar la amenaza o violación de un derecho humano y restituir ese derecho; cuando la víctima es un menor de edad. Dicha amenaza o violación a los derechos humanos de la niñez y la adolescencia puede ser realizado por:

- a) Cualquier miembro de la sociedad o del Estado
- b) Falta, omisión o abuso de los padres, tutores o responsables
- c) Acciones u omisiones contra sí mismo

Cuando se habla de amenaza o violación de derechos humanos, se refiere a todos los derechos humanos; es decir los individuales y sociales. Lo anterior es importante enfatizarlo, ya que por ejemplo si el derecho humano a la educación, salud, deporte y esparcimiento, entre otros, es amenazado o violado a un niño, niña o adolescente, se puede denunciar ante un juez de paz o de la niñez y la adolescencia; quien debe iniciar el diligenciamiento respectivo; debido a que la dinámica judicial está más acostumbrada a actuar ante la amenaza o violación de un derecho humano individual, como lo podría

ser la vida, la integridad física y la libertad sexual; lo que pudiera causar que al conocer un caso de amenaza o violación a un derecho social, no se le presta la importancia que amerita, o peor aún no se resuelva adecuadamente.

### 2.1.1. Definición de proceso

Para algunos juristas proceso y procedimiento son dos conceptos jurídicos que aunque se encuentran íntimamente relacionados son diferentes; aunque otros autores se pronuncian a favor de su sinonimia, tal vez por conveniencia didáctica. El maestro Guillermo Colín Sánchez en su obra, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, citado por Rosalío Bailón Valdovinos, define así al procedimiento: “El procedimiento es el conjunto de actos y formas legales que deben ser observados obligatoriamente por todos los que intervienen, desde el momento en que se entabla la relación jurídica material del Derecho Penal, para hacer factible la aplicación de la ley a un caso.”<sup>7</sup>

Para la licenciada Crista Ruiz de Juárez: “El proceso es el conjunto de actos dirigidos a un fin: solucionar la controversia surgida entre personas; por medio de él se satisfacen pretensiones empleando el Derecho y la norma jurídica para implantar la paz y la seguridad en la comunidad.”<sup>8</sup>

Para algunos, proceso es la connotación sistematizada y general y procedimiento es el trámite específico para cada caso en particular; de modo que una teoría general del

---

<sup>7</sup>Bailón Valdovinos, Rosalío. **Derecho procesal penal a través de preguntas y respuestas**. Pág. 82

<sup>8</sup>Ruiz Castillo de Juárez, Crista. **Teoría general del proceso**. Pág. 7.

proceso da cabida a muchos procedimientos. El procedimiento es la forma que deben observar las actuaciones jurisdiccionales; es decir, que es la manera de actuar conforme lo establece la ley.

## **2.2. Garantías procesales que rigen el procedimiento de protección de la niñez y la adolescencia**

Una garantía es la seguridad o protección contra un peligro o contra un riesgo que se encuentra descrita en un instrumento normativo. En la Constitución Política de la República de Guatemala se encuentran reguladas todas las garantías de que gozan los ciudadanos guatemaltecos, tanto individuales como sociales; contenidas dentro de los Artículos del 3 al 139.

Igualmente, en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, se regulan estas garantías, siempre atendiendo a la garantía de igualdad establecida en la Constitución Política de la República de Guatemala; que significa que todas estas garantías y derechos deben ser aplicables tanto a menores como adultos. Siendo las siguientes garantías procesales las que rigen el procedimiento de protección de la niñez y adolescencia:

A. Inmediación judicial: En el debido acceso a la justicia, la intermediación procesal consiste en la interrelación personal del juez con el niño o adolescente, sus representantes y las partes; cumpliendo así con lo estipulado en el Artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño; y con ello, que las resoluciones sean emitidas

mediante un conocimiento directo del caso que afecta los derechos humanos de la niñez.

La celeridad en los trámites, consiste en la emisión de resoluciones y su notificación en el menor tiempo posible; mediante la eliminación de rutas de gestión innecesarias en el trámite del proceso; así como la concentración de actos procesales, entre ellos la formulación de requerimientos de las partes, agilizan el ejercicio de la función jurisdiccional.

B. Celeridad, concentración y continuidad: El Artículo 4 del Reglamento de Juzgados de la Niñez y Adolescencia, desarrolla los principios de celeridad, concentración y continuidad dándoles los siguientes matices:

- a) Celeridad: El juez impulsará de oficio toda aquella actuación que la ley le permita sin necesidad de previo requerimiento y siempre bajo la premisa del cumplimiento de los plazos legales. Con el modelo por audiencias se intenta lograr la mayor celeridad reduciendo las rutas de gestión.
- b) Concentración: Se celebrará el mayor número de actos procesales en el menor número de audiencias posibles y siempre concatenadas.
- c) Continuidad: En este principio resulta imperante remarcar la concatenación de las audiencias, ya que si no fuere posible resolver en la audiencia, en el caso de que en ella fuera presentada una nueva solicitud y el juez estime necesario un mayor estudio

para su resolución, o que alguna de las partes se acoja a algún plazo concedido por la ley para pronunciarse, o la previsión normativa fije plazo para nueva audiencia; el juez en la misma audiencia señalará día y hora, notificando a las partes la celebración de la nueva audiencia sin mayor demora, para resolver.

C. Interés superior del niño: El Artículo 5 del citado reglamento, establece que ante cualquier tipo de conflicto de intereses que pueda originarse en las resoluciones, bien sean intermedias o finales, deberá primar el interés del niño, niña o adolescente. Asimismo, se le oirá y se tendrá en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez.

D. Exclusividad de la función jurisdiccional: Corresponde la misma única y exclusivamente al juez magistrado, sin que sea posible constitucionalmente la delegación de la misma.

E. Buena fe y colaboración con la justicia: Las partes, sus representantes, abogados y todos los participantes del proceso, colaborarán con la administración de justicia para la realización de sus fines; evitando entorpecer los procedimientos mediante cualquier conducta o actuación ilícita o dilatoria.

F. Tutela judicial efectiva: Se asegura el cumplimiento de la misma garantizando el acceso al sistema de justicia, obteniendo protección inmediata y efectiva y derivando el asunto al sistema penal si procede en todo caso. Y será la garantía dada por el Estado a las personas, para poder buscar el resarcimiento del daño causado.

### **2.3. Soporte e implementación modelo de gestión por audiencias**

Este procedimiento consta en primera instancia de las siguientes fases:

- a) Recepción de denuncia y primera declaración del niño, niña o adolescente, lo que en la práctica procesal se conoce como audiencia de medida cautelar.
- b) Una o dos audiencias. La componen la audiencia de conocimiento de hechos y la audiencia definitiva.
- c) Sustitución de medida. Audiencia de oficio a solicitud de parte, la cual se puede dar en cualquier fase del procedimiento.

### **2.4. La denuncia**

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a pedir ayuda y poner en conocimiento de cualquier autoridad la violación o amenaza de sus derechos; y dichas autoridades se encuentran obligadas a tomar las medidas pertinentes para brindar una protección integral inmediata y poder restablecer estos derechos, de conformidad con el Artículo 17 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; en el caso del juez, este tipo de denuncias pueden ser planteadas de forma directa por el mismo niño, niña o adolescente, si este fuera el caso, asistido o apoyado del trabajador social o psicólogo adscrito al juzgado; dicho menor no necesita estar acompañado de un familiar o adulto, ni presentar documentación que acredite su edad, pues ésta se presume, de conformidad con el Artículo 137 de la citada normativa. La denuncia puede ser planteada también por:

- a) Autoridad de los establecimientos de enseñanza pública o privada.
- b) Personal médico o paramédico que trata al niño, niña o adolescente.
- c) Agentes de la Policía Nacional Civil.
- d) Junta Municipal de Protección de la Niñez y la Adolescencia.
- e) Procuraduría General de la Nación.
- f) Cualquier persona, por ejemplo familiar, amigos o vecinos del niño, en estos casos el juez iniciará el proceso respectivo.

Por otro lado, el juez está facultado para poder iniciar el procedimiento de oficio, cuando considere que algún derecho humano del niño, niña o adolescente se encuentre amenazado o violado, lo que lo convierte en un garante de esos derechos.

## **2.5. La entrevista al niño, niña o adolescente amenazado o vulnerado en sus derechos**

La entrevista al niño, niña o adolescente va muy ligada a la recepción de la denuncia y el juez y el personal técnico de apoyo, trabajador social o psicólogo, deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) El niño, niña o adolescente ha sufrido un hecho traumático.
- b) El niño, niña o adolescente se siente intimidado por el ambiente de carácter institucional del juzgado.
- c) Al niño o adolescente probablemente se le dijo que no contara nada y se le amenazó de continuar el abuso a él y su familia.

- d) Probablemente el causante del abuso es un ser querido del niño, niña o adolescente.
- e) La entrevista con la finalidad de obtener información no es un encuentro entre iguales, sino más bien entre un experto o entrevistador que deberá ser el juez, auxiliado debidamente por personal de su equipo técnico, conformado por trabajador social o psicólogo y el entrevistado o víctima.

La entrevista usualmente se divide en tres fases:

- a) Preparación
- b) Entrevista propiamente dicha
- c) Cierre.

## **2.6. Audiencia de medida cautelar**

En las primeras actuaciones de estar presente el niño, niña o adolescente, se le tomará declaración a través de la entrevista, en cumplimiento de la garantía procesal contenida en el inciso a) del Artículo 116 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; recibiendo la correspondiente denuncia con el objeto de la adopción de la medida cautelar inmediata, de ser necesario, y del señalamiento de la audiencia de conocimiento en un plazo de 10 días o de 13 días por razón de la distancia; según lo establece el Artículo 118 de la misma normativa y 48 de la Ley del Organismo Judicial.

La denuncia, la entrevista, la resolución de medida cautelar y el señalamiento de la audiencia de conocimiento deberán quedar registrados; ya que debe darse traslado de la misma al resto de las partes con una antelación de 3 días a la celebración de la

audiencia, salvo que se encontraren presentes. En ese mismo momento inicial se debe:

- a) Solicitar la presencia del abogado delegado de la Procuraduría General de la Nación a través de la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia.
- b) Certificación de lo conducente a la Oficina de Atención Permanente del Ministerio Público o, donde no haya, a la fiscalía correspondiente para el inicio de la persecución penal; con copia de todo lo actuado de conformidad al Artículo 118 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.
- c) En el supuesto caso que el niño, niña o adolescente no se encuentre presente, se debe ingresar el caso vía escrita o por remisión de juez de paz. No se citará de nuevo a la persona menor de edad sino que se señalará inmediatamente la audiencia de conocimiento, se notificará a las partes con respecto de los plazos legales y, de no haberlo hecho el juez de paz, se realizará la comunicación inmediata a la Procuraduría General del Nación y la certificación de lo conducente al Ministerio Público. Asimismo, en su caso, se dictará la medida cautelar de ejecución inmediata que proceda; con el fin de salvaguardar la vida o integridad del niño, niña o adolescente, asegurándose el juez de su correcto e inmediato cumplimiento por quien corresponda.

## **2.7. Las medidas de protección**

“Se entiende por medidas de protección, toda decisión judicial que genera una obligación de hacer o no hacer, por parte de una persona individual o jurídica, sea esta de carácter pública o privada, con el objeto inmediato de evitar que continúe la

amenaza o violación de un derecho humano de la niñez. Por lo tanto se debe evitar la continuidad del daño físico o psicológico que la amenaza o violación conlleva, con el fin inmediato de restaurar el derecho violado o amenazado, y de que el niño o niña o adolescente pueda ejercerlo y disfrutarlo libremente.”<sup>9</sup>

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece dos tipos de medidas según las funciones, fines y etapa procesal en que se encuentre el caso:

- a) Las medidas de protección cautelar
- b) Las medidas de protección definitiva

### **2.7.1. Las medidas de protección cautelar**

Tienen por objeto evitar que continúe el daño físico o moral que el niño, niña o adolescente está sufriendo, como consecuencia de una amenaza o violación a sus derechos humanos. Por esto, la medida debe dictarse inmediatamente después de conocido el hecho y siempre debe orientar a la protección del interés del niño, niña o adolescente víctima, sobre cualquier otro interés.

El juez está obligado a procurar que la medida sea lo menos perjudicial posible para el niño, niña o adolescente; es decir, que no afecte el libre ejercicio de sus derechos. En este sentido, si el juez se encuentra ante la disyuntiva de perjudicar los derechos de un adulto, un niño, niña o adolescente, debe optar por el primero, pues el interés que prevalece siempre es el de la niñez, por ser preeminente.

---

<sup>9</sup> Solórzano León, Justo Vinicio. **Los derechos humanos de la niñez y su aplicación judicial**. Pág. 61.

El expediente número 368-2000 de la honorable Corte de Constitucionalidad establece que: “Ya se ha expresado en fallos anteriores de esta corte, que de conformidad a la Convención sobre los Derechos del Niño, en la jurisdicción de menores resulta primordial el atender el interés superior de la niñez, que supedita los derechos que puedan alegar instituciones o personas adultas al deber de procurar mayor beneficio que para las personas menores de edad puedan obtenerse.”

Las medidas que contempla la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia son las establecidas en los Artículos 112, 114 y 115; dichas medidas podrán adoptarse de forma separada o conjunta, así, como ser sustituidas en cualquier tiempo. Lo importante es que, cumplan con la función, el fin y objetivo de su creación; es decir, la inmediata protección del niño o adolescente y el cese de la violación o amenaza de sus derechos, mientras el caso es investigado.

El listado de medidas que la normativa establece, no implica que en caso se necesite dictar una medida no establecida en ley, el juez no la puede adoptar, sino que se deja abierta la posibilidad que el juez dicte la medida que el caso amerite, según el interés superior del niño, niña o adolescente víctima.

En esa línea el juez debe optar en primer lugar:

- a) En retirar y alejar al agresor del niño, niña o adolescente víctima de la amenaza o violación de sus derechos.
- b) Si esto no es posible debe ubicar al niño, niña o adolescente con un familiar o persona de su confianza.



- c) Utilizar las familias sustitutas que se organicen en su comunidad.
- d) El programa respectivo de la Secretaría de Bienestar Social, para recibir niños o niñas con problemas de abuso.
- e) En última instancia, siempre que compruebe que se han agotado otros medios, podrá acudir al abrigo temporal.

En la misma resolución, donde se ordena el abrigo temporal, se deberá ordenar la localización de familiares, personas de confianza o familia sustituta que se haga cargo del niño, niña o adolescente mientras se resuelve su situación; indicando el número de días que durará la medida y las personas responsables de la ubicación de un recurso familiar o comunitario y cómo se supervisará.

Pero siempre teniendo en cuenta como aspecto trascendental que ningún niño, niña o adolescente podrá ser abrigado en institución pública o privada, sino mediante declaración judicial; según lo establecido en el Artículo 116 inciso b) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; por lo que la entrega voluntaria que una madre pueda hacer de su hijo a un hogar de abrigo, familia sustituta, centro de desintoxicación, albergue u otra, debe ser debidamente notificada inmediatamente al juez por el director del hogar de abrigo, para que éste resuelva sobre el interés superior del niño, niña o adolescente e inicie el trámite del proceso de niñez amenazada o violada en sus derechos humanos.

Por otra parte si el juez a la hora de realizar un rescate, allanamiento o una visita o supervisión a un centro de abrigo temporal, encuentra niños, niñas o adolescentes



abrigados sin orden judicial; debe proceder a iniciar los expedientes respectivos a cada uno de los niños, niñas y adolescentes.

### **2.7.2. La medida de protección definitiva**

Dictada en primera instancia corresponde al juez de la niñez y adolescencia, tal como se establece en el Artículo 124 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Esto dado que debe velar por el cumplimiento de la resolución recaída, no sólo deberá vigilar la efectiva restitución del derecho amenazado o violado sino dar un estricto seguimiento de la medida definitiva de protección impuesta mediante auto o sentencia, midiendo sus efectos en el desarrollo del niño, niña y adolescente y el impacto en sus vidas; y tomando las resoluciones oportunas en casos de modificación de las circunstancias primigenias que motivaron su adopción.

Para ejercer este control es importante que la resolución que otorgue una medida definitiva de protección precise e identifique la persona física o jurídica encargada de ejecutar la misma y el o los profesionales del equipo técnico responsable de su monitoreo, atendiendo a la naturaleza de la medida impuesta. En algunos casos habrá la necesidad de efectuar el control de su ejecución y monitoreo de forma periódica por ser una medida de ejecución de tracto sucesivo. En este caso y en virtud del principio de audiencias, se fijará el lugar, día y hora en que se celebrará la próxima para que el juez verifique el correcto cumplimiento de la medida, recibiendo los informes técnicos necesarios con los medios de convicción que sustenten los mismos y, en su caso, confirmarla, revocarla o modificarla. Dicha audiencia en ningún caso podrá celebrarse



por fuera del plazo de dos meses fijados en la ley que regula la materia.

## **2.8. Audiencia de conocimiento de hechos**

En la audiencia de conocimiento de carácter preliminar, se propondrá por el juez la imposición de una medida definitiva de conformidad a lo estipulado en el Artículo 119 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; si, previo informe de la Procuraduría General de la Nación, que deberá ser emitido oralmente dentro de la misma audiencia y dada la escasa gravedad del asunto, las partes aceptan la propuesta del juzgador.

Los antecedentes del caso se presentarán en forma argumentativa sin necesidad de presentar documentos, testigos o peritos aunque podrán hacerlo, y el juez, para verificar lo argumentado por las partes, podrá realizar las preguntas que crea conveniente y revisar la documentación que acredita la realización de las diligencias de comprobación de los hechos y recopilación de información necesaria, si la hubiera.

Nunca se suspenderá la audiencia de conocimiento con el objeto de volver a celebrarla por carencia de medios de prueba; ya que la audiencia que la ley determina para su práctica o diligenciamiento es la audiencia definitiva. Si la propuesta del juez no fue aceptada o si el caso es de gravedad, se hará necesario el señalamiento de la audiencia definitiva, debiendo citar en ese momento a los comparecientes en el día y hora que se determine, según requerimiento de la Procuraduría General de la Nación y del resto de intervinientes y dentro de un término no mayor a treinta días, quedando



notificadas las partes en la propia audiencia.

Asimismo se ordena a las partes la presentación con cinco días de antelación a la audiencia definitiva, del informe de los medios de prueba que se aportarán y que contendrán el orden de lo diligenciado. Cada parte citará a sus testigos y peritos. Los informes estarán a la vista hasta un día antes de la audiencia. Por último, el juez deberá pronunciarse sobre la confirmación, modificación o revocación de la medida cautelar dictada, de conformidad a los Artículos 122 y 123 de la ley que regula la materia.

## **2.9. Audiencia definitiva**

Se desarrolla conforme a lo establecido en el Artículo 123 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y de forma verbal. Si durante la celebración de esta audiencia se presentaran nuevos medios de prueba, no ofrecidos en el informe, se diligenciarán. El juez resolverá en todo caso con los elementos de convicción de los que disponga hasta el momento.

Una vez recibida la prueba, el juez inmediatamente dictará la sentencia que en derecho corresponda, la cual será pronunciada de forma oral una vez finalizada la audiencia y se entregará por escrito. El juez podrá retirarse para analizar y fundamentar su decisión debiendo dictar su resolución el mismo día. Si por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora se hiciera necesario diferir la redacción de la sentencia; tal y como prevé la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en su Artículo 123 incisos c) y d), se leerá la parte resolutive explicándose de forma sintética los



fundamentos de la decisión, quedando constancia de ello por los medios idóneos. Y se señalará dentro del plazo de tres días, nueva audiencia para la notificación de la sentencia por escrito, quedando citadas las partes en ese momento.

## **2.10. Recursos**

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en sus Artículos 125 al 131, contempla una regulación específica de los medios de impugnación que caben en este procedimiento que incluye el trámite específico de los mismos, actuaciones y plazos.

## CAPÍTULO III

### **3. La función institucional en la protección integral de la niñez y adolescencia cuando se vulneran o violentan sus derechos fundamentales**

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece las responsabilidades del Estado para la protección de los derechos de la niñez. Crea varios organismos responsables de formular, ejecutar y velar por el cumplimiento de las políticas y asigna funciones a las instituciones encargadas de aplicar la normativa legal de protección integral para la niñez y la adolescencia.

#### **3.1. Instituciones especializadas para la implementación de la protección integral de la niñez y adolescencia**

Como resultado de varios años de trabajo, por iniciativa y propuestas de la sociedad civil, se logra en el año 2003 la aprobación y vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; reconociendo en una norma especial los derechos de la niñez y la adolescencia, así como la problemática que le afecta es un asunto de Estado que necesita atención inmediata; no sólo de las instituciones gubernamentales, sino de todas aquellas organizaciones de la sociedad civil que conjuntamente buscan soluciones a la misma; promoviendo un desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca; por lo que se crean las siguientes entidades, con el objeto que se pueda brindar una protección integral de la niñez y adolescencia en el área rural y la urbana. Entre los actores responsables se pueden mencionar:

A) Comisión Nacional de la Niñez y Adolescencia: Es un órgano paritario y deliberativo, responsable de la formulación de las políticas de protección integral para garantizar a los niños, niñas y adolescentes el pleno goce de sus derechos y libertades, creada por la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Una vez formuladas las políticas, deberán trasladarse al Consejo Nacional de Desarrollo para su incorporación en las políticas de desarrollo, velar por su cumplimiento y adoptar las acciones necesarias para garantizar la eficiencia y eficacia de la protección.

Tiene como responsabilidad central impulsar y generar dentro del Estado guatemalteco políticas públicas de protección y desarrollo integral; sin embargo, se encuentra en una etapa de institucionalización y consolidación como un órgano que integra a la sociedad civil y a las instituciones del Estado; por lo que monitorea y fiscaliza pertinentemente las políticas públicas para la protección, desarrollo integral y solución de los problemas que afectan a la niñez y adolescencia guatemalteca.

B) Comisiones Municipales de la Niñez y Adolescencia: Son órganos paritarios, encargadas de impulsar, formular, monitorear y fiscalizar políticas públicas locales para los niños, las niñas y adolescentes de las comunidades. Las Comisiones Municipales de la Niñez y Adolescencia, deberán gestionar con los diferentes ministerios y secretarías del gobierno y con organizaciones internacionales, financiamiento para sus planes y proyectos, para lo cual contarán con el respaldo del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia.

C) Unidad de Protección a la Adolescencia Trabajadora: Se crea dentro del Ministerio

de Trabajo y Previsión Social para ejecutar proyectos y programas específicos relacionados a la protección de la adolescencia trabajadora; así como para la implementación del Plan Nacional para la Erradicación de las Peores Formas de Trabajo Infantil.

D) Unidad Especializada de la Niñez y Adolescencia de la Policía Nacional Civil: Se establece con el objetivo principal de capacitar y asesorar sistemáticamente a todos los miembros de la Policía Nacional Civil sobre los derechos y deberes de la niñez y adolescencia. La Unidad Especializada desarrollará programas de capacitación y asesoría que busquen promover un alto contenido técnico y humano en el desempeño de sus funciones; la protección y atención especializada de conformidad con el interés superior de niños, niñas y adolescentes; el respeto irrestricto a la legislación nacional y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos de la niñez y adolescencia; la naturaleza civil y vocación de servicio a la comunidad. Rendirá cuentas de sus actuaciones, principalmente en el control y prevención del delito contra niños, niñas y adolescentes y los cometidos por adolescentes.

E) Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia: Es la entidad del Ejecutivo responsable de las políticas públicas y sociales para la niñez y adolescencia. Institución gubernamental encargada de coordinar a la Comisión Nacional de la Niñez y Adolescencia para la formulación de las políticas públicas, asignando dentro de su presupuesto los recursos necesarios para el funcionamiento de la Comisión Nacional. La Secretaría de Bienestar Social es también la autoridad competente y responsable de llevar a cabo las acciones relativas al cumplimiento de las sanciones

impuestas a los adolescentes en conflicto con la ley penal y las medidas de protección a la niñez y adolescencia vulnerada en sus derechos.

F) Secretaría Ejecutiva de la Presidencia: Responsable de que en la ejecución de los fondos sociales y de desarrollo social se incluyan los contenidos de la ley y la Política de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

G) Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente: Responsable de incluir los contenidos de la ley y la Política de Protección Integral en los hogares de cuidado diario y en los programas de asistencia social que brinda a familias en situación de pobreza extrema.

H) Congreso de la República de Guatemala: Responsable de la legislación del país y de la aprobación del presupuesto general de ingresos y egresos del Estado; de la asignación de recursos para la implementación de los programas y proyectos necesarios para cumplir con los contenidos de la ley y la Política de Protección Integral.

I) Defensoría de los Derechos de la Niñez y Adolescencia: Dependencia del Procurador de los Derechos Humanos creada para defender, proteger, divulgar y velar por el efectivo cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Dentro de sus funciones están: investigar denuncias presentadas o tramitadas de oficio a efecto de determinar las responsabilidades; ordenar la cesación de las violaciones ocurridas y promover las medidas de denuncia que procedan; velar porque las autoridades

encargadas de brindar protección a la niñez y adolescencia cumplan con sus atribuciones; supervisar instituciones gubernamentales y no gubernamentales que atiendan a la niñez y adolescencia para verificar las condiciones en que éstas se encuentran, recomendarles medidas pertinentes y darle seguimiento a las recomendaciones formuladas; realizar acciones de prevención tendientes a proteger los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

J) Consejo Nacional de Adopciones: Autoridad central del proceso de adopciones.

K) Procuraduría General de la Nación: Es la institución del Estado que a través de su Procuraduría de la Niñez y Adolescencia tiene la función de dirigir de oficio o a requerimiento de juez competente la investigación de los casos de niños, niñas y adolescentes amenazados en sus derechos; interviniendo en forma activa en los procesos judiciales de protección; presentar la denuncia ante el Ministerio Público de los casos de niñez y adolescencia que han sido víctimas de delitos y asumir la representación de los niños, niñas y adolescentes que carecieren de ella; evacuar audiencias y emitir opinión jurídica en todos los procesos judiciales, notariales y administrativos que la ley regule; haciendo valer los derechos y garantías que la legislación nacional e internacional reconoce a la niñez y adolescencia.

L) Ministerio Público: Responsable de la persecución penal de los victimarios de la niñez y adolescencia y de los adolescentes en conflicto con la ley penal, de acuerdo con los contenidos establecidos en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

M) Juzgados de Paz: En materia de protección de los derechos de la niñez y adolescencia, los juzgados de paz podrán conocer y resolver casos donde se soliciten medidas cautelares que sean necesarias para el cese de la amenaza o violación de un derecho humano de la niñez y adolescencia; por lo que supervisarán la ejecución de las medida cautelares y definitivas que imponga el Juzgado de la Niñez y Adolescencia competente.

N) Juzgados de la Niñez y la Adolescencia: Son los encargados de conocer, tramitar y resolver a través de una resolución judicial, todos los casos que constituyan una amenaza o violación a los derechos de la niñez y adolescencia; buscando que se restituya el derecho violado, cese la amenaza o violación del mismo; se propicie la reinserción familiar de la niñez afectada, se dé orientación o se sancione al transgresor de sus derechos.

O) Juzgados de Adolescentes en Conflicto con la Ley: Como se encuentra regulado en el Artículo 105 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; son los encargados de conocer, tramitar y resolver los casos sobre conductas cometidas por adolescentes que violen la ley penal. A través de los procedimientos establecidos, el juez dictará resolución sobre la responsabilidad transgresional del adolescente con base en hechos probados y las sanciones deberán ser siempre proporcionales a las circunstancias y a la gravedad del hecho.

P) Juzgados de Control de Ejecución de Medidas: Son los responsables de controlar la legalidad de las medidas socioeducativas impuestas a los adolescentes infractores;



vigilando que el plan individual de cada adolescente para el cumplimiento de la sanción impuesta, esté acorde con los objetivos de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Q) Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia: Conocerá los recursos de apelación que se interpongan contra las resoluciones que dicten los jueces de primera instancia de este ramo; resolverá los conflictos de competencia que se presenten por la aplicación de la Ley de Protección Integral; velará porque se respeten los derechos y las garantías procesales en esta materia.

R) Niños, niñas y adolescentes: Principales actores y sujetos de la ley y la Política Pública de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

S) Padres y madres de familia: Principales responsables del cuidado y desarrollo de sus hijos e hijas.

### **3.2. La función del juez como garante de los derechos de la niñez en los procesos de protección de la niñez**

El rol del juez es fundamental, pues será quien, con una adecuada interpretación y aplicación de la ley, hará efectivo dicho reajuste de los otros derechos. De ahí que, de la actuación del juez depende, en última instancia, la real y efectiva actualización de los derechos de los niños y las niñas, y de la población en general. Por esto, la sujeción a la Constitución Política de la República de Guatemala y la ley, que para los jueces

establecen los Artículos 154 y 203, contienen una intensidad que va más allá de una aceptación judicial pasiva de la Constitución Política, pues se traduce en una sujeción activa, en una actuación judicial que activamente vela por la real y efectiva vigencia y actualización de los derechos humanos de la población.

En el contexto de la nueva hermenéutica constitucional y de la constante actualización de los derechos humanos de la niñez; el juez asume el rol de garante de los derechos de los niños y las niñas. Al incorporarse la Convención sobre los Derechos del Niño a la normativa constitucional, a través de la aprobación por el Congreso de la República de Guatemala del Decreto 27-90, los derechos de la niñez constituyen por sí mismos derechos de carácter constitucional y como tales su observancia judicial deviene privilegiada.

Ahora bien, los derechos de la niñez no pueden limitarse a los que se encuentran regulados en convenios internacionales y leyes ordinarias, como la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; sino que, deben ampliarse a los que se encuentran plasmados en declaraciones, recomendaciones, reglas mínimas, directrices, etc.; pues todos ellos constituyen también manifestaciones positivas de juridicidad que pueden orientar la interpretación judicial. Hay que destacar que en esta línea argumentativa se ha expresado la Corte Constitucional al indicar que:

De manera inmediata en los casos concretos debe invocarse la legislación especial que regula determinada materia (civil, familiar mercantil, laboral, penal, etc.) pero esto no excluye, sino estimula, que su orientación interpretativa se sustente en valores,

principios y normas atinentes de superior jerarquía. De manera que para decidir sobre casos en los que se afecten los derechos de la niñez, ya sea directa o indirectamente, el juez debe acudir a los enunciados de la Constitución y también a los de la Declaración de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1959, y la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, ambas de la Asamblea General de las Naciones Unidas (expediente 787-2000).

En esta sentencia, la Corte de Constitucionalidad da un gran paso en materia de la interpretación judicial de los derechos de la niñez; pues va más allá de un concepto formal positivo, puesto que reconoce un valor jurídico positivo a la propia Declaración de los Derechos del Niño y asume así, una interpretación positiva en cuanto al valor jurídico de las declaraciones de derechos de las Naciones Unidas; en particular de los derechos del niño. No cabe duda que, en esta sentencia, la Corte Constitucional, asume un criterio material de interpretación judicial, del cual se puede desprender que toda disposición sobre derechos fundamentales y humanos de la niñez contenida en el texto constitucional, ya sea en su articulado o en su preámbulo, o en una declaración independiente de igual rango, constituye una manifestación positiva de juridicidad.

Así pues, el juez cuenta con una amplia gama de declaraciones independientes que pueden serle de utilidad para orientar la interpretación judicial en la resolución de casos concretos; aun cuando éstas no tengan la calidad de convenios o pactos sino de simples declaraciones; tal y como lo hizo la Corte de Constitucionalidad en la sentencia citada. Al respecto el juez puede entonces, auxiliarse de la Declaración sobre los Derechos del Niño de Ginebra de 1924; la Declaración Universal de Derechos

Humanos de 1948; la Declaración de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado de 1974; las Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la Administración Justicia de Personas Menores de Edad de 1985; entre otras.

### **3.3. Extensión y límites del interés superior del niño y la niña en las resoluciones judiciales**

Sobre la extensión del interés superior del niño debe recordarse cómo el Artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño; establece que este principio consiste en tener una consideración primordial en todas las medidas concernientes a la niñez. El concepto todas las medidas incluye todo tipo de acción u omisión, intencional o imprudente que afecte a la niñez, en el aspecto material, físico, psicológico o espiritual. Por ello, hay decisiones concretas que deben tomarse y precauciones que deben observarse sobre todo aspecto que concierna a la niñez.

Es importante establecer también el límite del principio del interés superior, pues su fuente no puede partir de lo que para el adulto, es el interés superior del niño o la niña, sino de lo que para el niño o la niña, significa dicho interés; en razón de que normalmente, la persona que decide sobre una cuestión que afecta a un niño o niña (directa o indirectamente) en ningún caso puede operar aislada de sus propias convicciones y prejuicios (generados por su experiencia de vida). Por ello, la propia Convención sobre los Derechos del Niño, ha fijado los parámetros y criterios dentro de los cuales dicho interés debe hacerse efectivo. Así, ha plasmado directamente como principios jurídicos que deben ser tomados en cuenta: el derecho a la no discriminación,

el derecho a la vida, el desarrollo y la supervivencia y el respeto de la opinión.

En ese sentido, es conveniente señalar que la determinación del interés superior del niño debe hacerse en función del corto, mediano y largo plazo; y debe corresponder al espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño en su totalidad y, en concreto, al énfasis que ésta pone en el niño y la niña como individuo, con opiniones y sentimientos propios, como persona con plenos derechos.

El principio del interés superior del niño exige una neutralidad inicial respecto de los estereotipos sociales, judiciales y legales que se generan alrededor de la protección del niño. Estereotipos producto de concepciones sociales, no siempre racionales y por lo regular, sobre generalidades, como el estereotipo social que afirma que los niños de corta edad son mejor cuidados por la madre que por el padre, o que es mejor que el hijo tenga una filiación matrimonial que una no matrimonial; por lo que los jueces a la hora de resolver tienen que hacerlo de manera responsable y objetiva y no mediante estereotipos que no se dan en todos los casos.

Más que dar una definición del interés superior del niño se debe constatar lo que se entiende por este concepto y jurídicamente qué constituye; pues una mala comprensión del término puede dar lugar a un mal uso, además de abuso en su utilización. El interés, como categoría jurídica, es un concepto fundamental en la consideración instrumental del derecho; se entiende como un medio para la satisfacción de los fines esenciales de la persona. Por tanto, la categoría jurídica de interés alcanza desde los bienes y valores relevantes para la persona, hasta sus aspiraciones como ser humano, del tipo que

sean: materiales o ideales (éticas, religiosas, estéticas, etc.), tanto en el ámbito individual como social.

En el caso de los niños y niñas, tiene especial importancia el interés constituido por sus bienes y valores no racionales; es decir sus sentimientos, afectos, aspiraciones e impulsos, puesto que son parte de su vida y satisfacen sus necesidades vitales; en virtud de que ellos y ellas aún no están en la capacidad de defenderlos y hacerlos valer. En ese sentido, el interés jurídico superior del niño comprende tanto los aspectos materiales o espirituales relevantes para la satisfacción de las necesidades presentes y futuras del niño y la niña; e incluyen todos sus requerimientos vitales, así como los bienes y valores no racionales (sentimientos, afectos, aspiraciones, etc.).

### **3.4. El interés superior del niño y la niña: la aplicación de una cláusula general**

La amplitud del concepto jurídico interés superior del niño, establecido en una cláusula general de la Convención sobre los Derechos del Niño (Artículo 3°.); se hace necesaria en razón de que se refiere a una realidad difícil de delimitar con exactitud. Es por esto que su determinación implica para el juez una doble labor: por una parte, la de establecer qué significa el interés superior del niño como valor jurídico; y por otra, la de establecer, en el caso concreto, en qué ha de materializarse, manifestarse y contrastarse ese interés superior del niño. Por esto, la labor del juez tiene que ir más allá de la simple lógica-deductiva y pasar a una lógica-argumentativa; cuyo fundamento será dado por los datos y circunstancias del hecho concreto que se le presenta, teniendo siempre en cuenta la opinión de la niña, niño o adolescente.



No cabe duda que la regulación del principio del interés superior del niño, como cláusula general, ofrece ventajas; pues permite incorporar una serie de derechos y expectativas, tanto materiales como espirituales del niño o niña, en cualquier situación que se le presente al juez. Sin embargo, presenta también algunos inconvenientes, pues se corre el riesgo de que el juez reemplace los criterios individuales, que siempre serán inciertos e imprecisos. Se critica el riesgo de la indeterminación del principio, pues se afirma que existe la posibilidad de justificar resultados contradictorios en un caso concreto, fundamentándolo siempre en el interés superior del niño.

Tal es el caso de la custodia de los niños, ya que en estas situaciones es posible que al otorgársele más valor a los criterios o convicciones culturales de la persona que decide, se tomen decisiones que contradigan el bienestar del niño; por ejemplo, en las sociedades latinoamericanas existe la convicción social de que el niño estará mejor protegido con la madre que con el padre; contrariamente a lo que sucede en algunos países africanos, como Zimbabwe, en donde la convicción social otorga un gran valor a la paternidad y por esto es común pensar que el niño estaría mejor con el padre. En ambos casos, si la persona que tiene que decidir otorga más valor al criterio cultural tendrá la decisión, tomada aun cuando ésta contradiga el interés superior del niño; en cambio, si aplica los criterios jurídicos de la Convención sobre los Derechos del Niño se verá obligada a indagar los presupuestos fácticos del caso y podría llegar a una solución distinta.

Lo mismo podría argumentarse para los matrimonios infantiles, en los que se pone en riesgo incluso la salud de la niña por su corta edad; o los matrimonios concertados que

impiden el ejercicio de la libertad y autonomía de la niña; y la situación del trabajo infantil, o la negativa para que los niños o las niñas asistan a la escuela. Es claro que si la persona que decide otorga más valor a las convicciones sociales o tradicionales, regularmente no racionales (jurídicamente hablando); siempre obtendrá una solución conforme con lo que ella cree que es el interés superior del niño; pero será acorde únicamente con el interés social e incluso, en algunos casos económico (como cuando se justifica el trabajo infantil por causa de la pobreza), que es contrario al interés jurídico superior del niño que manda la Convención sobre los Derechos del Niño.

No cabe duda de que si se otorga más valor a la convicción cultural, social o a los estereotipos legales y judiciales, la decisión que se adopte puede ser contraria al interés jurídico superior del niño o la niña. Por ello existe el riesgo (alto y peligroso) de que el juez incorpore convicciones y experiencias personales como criterios para establecer el interés superior; pero dicha situación puede ser corregida a través del control jurídico que se establece en la propia legislación (recursos), sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en las que puede incurrir por dictar una resolución judicial fuera del marco de la Convención. Debe resaltarse que lo que siempre favorecerá una aplicación adecuada de este principio, será la apropiada interpretación jurídica de la Convención sobre los Derechos del Niño realizada a través del método lógico-argumentativo, pues serán los argumentos que el juez plasme en la resolución judicial los que lo dirijan a una correcta solución del caso.

Sin embargo, se debe unir una nueva normativa a través de un diálogo intercultural que permita lograr mayores avances en relación con el reconocimiento de los derechos de



los pueblos indígenas; así como generar una mayor sensibilidad cultural en las autoridades administrativas, judiciales y ejecutivas en cuanto al respeto de los derechos ya reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala (que cabe denunciar como integracionista); en el Convenio 169 de la Organización Internacionales del Trabajo y en el desarrollo pendiente de los compromisos políticos adquiridos en el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

### **3.5. Análisis jurídico doctrinario a la propuesta de reforma del Artículo 119 literal e) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia**

La doctrina de la protección integral debe respetar una serie de principios rectores que constituyen sus pilares fundamentales: el niño como sujeto de derechos; el interés superior del niño; la prioridad absoluta; la participación, la no discriminación, el debido proceso y el rol fundamental de la familia en la garantía de los derechos de los niños y adolescentes.

Con fundamento en los principios y garantías constitucionales y legales, contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y muy especialmente la garantía procesal de que todo procedimiento sea tramitado sin demora (Artículo. 116, inciso e) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia); se hace necesario el establecimiento de ciertos criterios dentro del proceso de protección integral de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos; relativos a las suspensiones de las audiencias que, a veces, debido a su uso arbitrario han producido moras inaceptables en detrimento de los derechos de la niñez.



Partiendo de que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el Artículo 119 regula la audiencia de conocimiento; ésta no podrá ser suspendida por falta de material probatorio aportado por parte de la Procuraduría General de la Nación; dado que el momento procesal oportuno establecido en la ley para evacuar dicha actuación de ofrecimiento de prueba es de cinco días antes de la continuación de la audiencia definitiva; en la cual el representante de la Procuraduría General de la Nación deberá presentar al juez un informe con los medios de prueba que ha recabado, los cuales podrán ser: declaración de las partes, de testigos, dictamen de expertos o reconocimiento judicial (Artículo 122 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia).

El reporte que la Procuraduría General de la Nación debe llevar oralmente a la audiencia de conocimiento es una investigación preliminar de comprobación de hechos; que, en casos de escasa gravedad, según argumentaciones vertidas en la audiencia y siempre con aceptación de las partes; podrá dar lugar a la terminación del procedimiento mediante auto.

La consideración de ser parte procesal en un procedimiento de estas características debe limitarse al niño, niña o adolescente y a la Procuraduría General de la Nación; como ente investigador garante de sus derechos y, en ocasiones, representante legal. Por lo que la incomparecencia de padres, tutores o guardadores, teniendo en cuenta la naturaleza y los objetivos de esta audiencia, no suspenderá su celebración; en primer lugar, por su carácter de preliminar y en segundo lugar, porque la finalidad es conocer aquellos casos de escasa gravedad en los que, con una mera comprobación de los

datos y una aceptación de parte se puede finalizar el proceso; y en caso contrario, señalar la audiencia definitiva con el objeto de practicar las diligencias probatorias necesarias para la mejor respuesta ante la amenaza o violación del derecho del niño, niña o adolescente correspondiente.

Actualmente se lleva a cabo dentro del proceso de protección de la niñez y adolescencia, la solicitud de prórroga del plazo de investigación al órgano jurisdiccional competente; a pesar que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el Artículo 119 literal e), regula de manera clara que dicho plazo no deberá ser mayor a 30 días.

Lo anterior en la práctica procesal no se cumple, puesto que los órganos encargados de recabar los medios de investigación que se presentarán dentro de la audiencia de conocimiento de los hechos; solicitan prórrogas al plazo original de investigación por un tiempo similar, pero en algunos casos solicitan dos o tres extensiones extraordinarias de manera continua; lo que ha generado atrasos de cuatro o cinco meses para cumplir con lo establecido en el Artículo 123 literal c) el cual regula: "...Una vez recibida la prueba el juez declarará por finalizada la audiencia. Inmediatamente después el juez dictará la sentencia valorando la prueba en base a la sana crítica, en la misma se pronunciará y declarará si los derechos del niño, niña o adolescente se encuentran amenazados o violados y la forma como deberán ser restituidos; en la misma confirmará o revocará la medida cautelar decretada. Si por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora se hace necesario diferir la redacción de la sentencia, el juez leerá sólo su parte resolutive y explicará de forma sintética los fundamentos de su

decisión. La sentencia se notificará dentro de los tres días siguientes al pronunciamiento de la parte resolutive...”

La falta al cumplimiento del plazo original regulado por la normativa, ha llevado a la Procuraduría General de la Nación, a aplicar e interpretar de forma errónea la ley; en virtud que la misma no regula de manera textual o exacta el plazo máximo en que se podrá realizar la audiencia, o lo que podrá durar la audiencia de conocimiento de los hechos, en los casos que sea necesario recabar medios probatorios. Esto provoca que el mismo órgano encargado del control jurisdiccional motive la nueva revictimización del niño, niña o adolescente amenazado o violentado en sus derechos fundamentales.

Esta posición deja de lado la política de que los servicios sociales deben intentar resolver los problemas sin romper la familia. Por lo tanto, se debe priorizar la supervisión del cumplimiento de los plazos establecidos por la norma; que regula la materia respecto a su cumplimiento y control. No sin aclarar, que los casos más serios pueden necesitar una justificada prórroga del plazo de investigación; pero sin caer en el exceso o abuso como actualmente ocurre, y con el agravante que nunca se justifica de manera fehaciente la necesidad de dicha o dichas prórrogas. Lo anterior conlleva en los casos más graves a que el niño, niña o adolescente sea apartado de su familia, enviado a instituciones que muchas veces carecen de las más necesarias y mínimas medidas de seguridad, educación o salubridad; por periodos de tiempo inadecuados e innecesarios, lo que ocasiona la revictimización del niño, niña o adolescente.

En virtud a lo expuesto, se establece la necesidad de presentar una iniciativa de

reforma al Artículo 119 literal e) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, debido a que regula la prórroga al plazo de investigación sin indicar cuantas veces se puede invocar este aplazamiento de tiempo; lo que contraviene una de las garantías procesales dentro del proceso de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos; que establece que todo procedimiento se desarrollará sin demora, de igual manera deja sin observancia el debido proceso, lo que viene a repercutir en el interés superior del niño; al cual no se le está brindando una justicia pronta y cumplida. Ante esta laguna legal se plantea a los sectores de justicia, organismos del Estado, sociedad civil a motivar esta reforma, en el sentido siguiente:

### **3.6. Propuesta de reforma**

**DECRETO NÚMERO \_\_\_\_\_**

**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

**CONSIDERANDO:**

Que es deber del Estado proteger la salud física, mental y moral de la niñez y adolescencia, en concordancia con los convenios internacionales suscritos por Guatemala;

**CONSIDERANDO:**

Que es necesario, que se regule con exactitud el plazo y la duración máxima de los procedimientos de investigación y aportación de los medios de prueba dentro de los procedimientos de protección de la niñez y adolescencia, cuando sea necesario recabarlos.

CONSIDERANDO:

Que se afecta al niño, niña o adolescente dentro de los procedimientos de protección, en los cuales se ordena recabar medios probatorios, al otorgar a la Procuraduría General de la Nación como ente encargado de la misma una serie de prórrogas al plazo inicial establecido por la norma, provocando con ello la revictimización del menor.

POR TANTO:

En el ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala;

DECRETA:

**Reformar el Artículo 119 literal e) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto No. 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala.**

Artículo 1. Se reforma el Artículo 119 literal e) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto No. 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, el cual queda así:

Artículo 119. Audiencia. El día y hora señalados para la audiencia, el juez procederá de la siguiente forma:

- a) Determinará si se encuentran presentes las partes.
- b) Instruirá en el idioma materno al niño, niña o adolescente sobre la importancia y el significado de la audiencia. Cuando se trate de asuntos que puedan causarle perjuicio psicológico, el juez podrá disponer su retiro transitorio de la misma.
- c) Oirá en su orden al niño, niña o adolescente, al representante de la Procuraduría General de la Nación, al representante de otras instituciones, terceros involucrados,



médicos, psicólogos, trabajadores sociales, maestros o testigos que tengan conocimiento del hecho; y a los padres, tutores o encargados. En caso de ausencia injustificada de las personas citadas a la audiencia, se certificará lo conducente a un juzgado del orden penal.

d) Habiendo oído a las partes y según la gravedad del caso, el juez podrá proponer una solución definitiva; y en caso de no ser aceptada ésta por las partes se suspenderá la audiencia, la que deberá continuar dentro de un plazo no mayor de treinta días. Para el efecto, las partes se darán por notificadas. Si hubiere que notificar a otra persona se hará dentro de los tres días siguientes a la suspensión.

e) El representante de la Procuraduría General de la Nación deberá presentarse el día de la audiencia con todos los medios de prueba recabados para que el juez de inmediato dicte la resolución que corresponda. Este plazo no deberá ser en ningún caso mayor a 30 días. Excepcionalmente, bajo la responsabilidad del juez, se podrá prorrogar por una sola vez el plazo que no será mayor de 30 días, siempre que exista causa justificada

Artículo 2. Vigencia. El presente Decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el diario oficial.

Pase al Organismo Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

Dado en el Palacio del Organismo Legislativo en la Ciudad de Guatemala a los \_\_\_ días del mes de \_\_\_ de\_\_\_.





## CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el Artículo 119 literal d), establece que en la audiencia de conocimiento de hechos dentro de un proceso de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos; el juez previo a oír a las partes y según la gravedad del caso puede proponer una solución definitiva; sin embargo, si las partes no aceptan la misma, debe suspender la audiencia la que debe continuar dentro de un plazo no mayor de treinta días. No obstante esto, en la práctica es factible y así se acostumbra solicitar una ampliación por un plazo similar varias veces dentro de un mismo proceso, a pesar que el Artículo 122 de la citada ley, regula que la Procuraduría General de la Nación, cinco días antes de continuar la audiencia deberá presentar un informe al juez de los medios de prueba recabados y que se presentarán en la audiencia definitiva.

Como se puede observar y luego de analizar la ley, queda establecido que la misma sólo regula que la audiencia debe continuar en un plazo no mayor de treinta días; en ningún caso se regula que este plazo pueda prorrogarse una o varias veces; y debido a este abuso por parte de la Procuraduría General de la Nación quien es la que solicita y obtiene la ampliación o prórroga del periodo de investigación; los procesos de protección tardan entre tres a cuatro meses en resolverse, sin que el juez de la niñez encargado del procedimiento decida la situación del niño, niña o adolescente, amenazado o violentado en sus derechos fundamentales.

Por lo tanto, para evitar la prórroga en cuanto al plazo de la investigación en el proceso



de la niñez y adolescencia amenazada en sus derechos humanos; se propone con base a los principios y garantías procesales establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala y en la Convención sobre los Derechos del Niño; la reforma del inciso e) del Artículo 119 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; estableciendo que el plazo de investigación no deberá ser en ningún caso mayor de 30 días, y excepcionalmente bajo la responsabilidad del juez, podrá prorrogarse la audiencia únicamente por un plazo máximo de 30 días.



## BIBLIOGRAFÍA

BAILÓN VALDOVINOS, Rosalío. **Derecho procesal penal a través de preguntas y respuestas**. México: Ed. Limusa, S. A. de C. V., 2003.

BIDART CAMPOS, Germán José. **Teoría general de los derechos humanos**. México: Ed. Universidad Autónoma de México, 1989.

CALVO GARCÍA, Manuel y Natividad Fernández Sola. **Los derechos de la infancia y la adolescencia**. Zaragoza, España: Ed. Mira, 2000.

CANTÓN DUARTE, José y Rosario Cortés Arboleda. **Malos tratos y abuso sexual infantil: causas, consecuencias e intervención**. España: Ed. Siglo XXI de España, 1998.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. **La elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento**. Madrid, España: (s.e.), 1948.

FELDMAN, Robert Stephen y Juan Ignacio Canseco Gómez. **Psicología con aplicaciones para Iberoamérica**. (s.l.i.): Ed. McGraw-Hill, 1995.

HERRENDORF, Daniel E. y Germán José Bidart Campos. **Principios de los derechos humanos y garantías**. (s.l.i.): Ed. Ediar, 1991.

L. MERANI, Alberto. **Diccionario de psicología**. (s.l.i.): Ed. Grijalbo, 1996.

LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. **Derecho de familia**. (s.l.i.): Ed. Abeledo-Perrot, 1984.



ORELLANA DONIS, Eddy Giovanni. **Teoría general del proceso**. Guatemala: Ed. Orellana, Alonso & Asociados, (s.f.).

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 2006.

PALUMBO, Carmelo. **Guía para un Estado sistemático de la doctrina social de la iglesia**. (s.l.i.): Ed. Cies, 2006.

RUIZ CASTILLO DE JUÁREZ, Crista. **Teoría general del proceso**. Guatemala: Ed. Ediciones Guatemala, 2004.

SOLÓRZANO, Justo. **Los derechos humanos de la niñez y su aplicación judicial**. (s.l.i.): Ed. Editores Superiores, 2003.

VELÁSQUEZ, Fernando. **Derechos humanos y niñez**. Guatemala: (s.e.), 2001.

#### **Legislación:**

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

**Declaración de los Derechos del Niño**. Organización de Naciones Unidas, 1924.

**Declaración Universal de los Derechos Humanos**. Organización de Naciones Unidas, 1948.



**Convención Americana de Derechos Humanos.** Organización de Naciones Unidas, 1969.

**Convención sobre los Derechos del Niño.** Organización de Naciones Unidas, 1989.

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

**Reglamento General de Juzgados y Tribunales con Competencia en Materia de la Niñez y Adolescencia Amenazada o Violada en sus Derechos Humanos y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal.** Corte Suprema de Justicia, Acuerdo número 42-2007, 2007.