

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



**ANÁLISIS DEL ACUERDO 40-2010 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y SU
INCIDENCIA EN LA INSTITUCIÓN DENOMINADA FAMILIA SUSTITUTA**

SANDRA ISABEL BARRERA ZEPEDA

GUATEMALA, AGOSTO DE 2015

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

**ANÁLISIS DEL ACUERDO 40-2010 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Y SU INCIDENCIA EN LA INSTITUCIÓN DENOMINADA FAMILIA SUSTITUTA**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

SANDRA ISABEL BARRERA ZEPEDA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, agosto 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
VOCAL I 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 Ayescas

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).



USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



Guatemala, 09 de octubre de 2013.

Licenciado
JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Ciudad de Guatemala

Licenciado JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que recibí el dictamen del (de la) Consejero (a) - Docente de la Unidad de Asesoría de Tesis de esta Facultad, en el cual hace constar que el plan de investigación y el tema propuesto por la estudiante: SANDRA ISABEL BARRERA ZEPEDA, CARNE No. 9413080, intitulado "ANÁLISIS DEL ACUERDO 40-2010 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y SU INCIDENCIA EN LA INSTITUCIÓN DENOMINADA FAMILIA SUSTITUTA" reúne los requisitos contenidos en el Normativo respectivo.

Me permito hacer de su conocimiento que como asesor esta facultado para realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar la investigación. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual regula: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

"DÉJEME Y ENSEÑAD A TODOS"


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis



cc.Unidad de Tesis, interesado y archivo

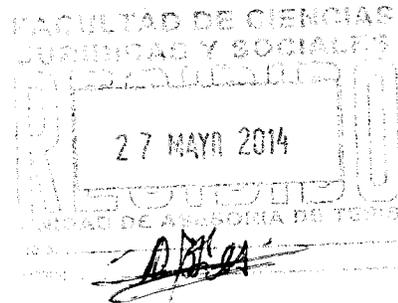


LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario. Col 4713
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
5ª. Ave.14-62 zona 1, Oficina 307. Comercial Esmol
Teléfono. 54066223



Guatemala, 21 de mayo de 2014

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



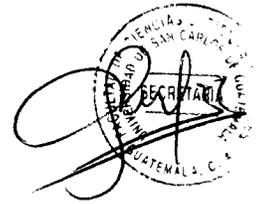
Doctor Mejía Orellana:

De manera atenta y respetuosa me permito comunicarle que atendiendo a la providencia emanada por la unidad a su cargo, he cumplido con la función de asesor de tesis de la bachiller: **SANDRA ISABEL BARRERA ZEPEDA**, cuyo trabajo se titula: **"ANÁLISIS DEL ACUERDO 40-2010 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y SU INCIDENCIA EN LA INSTITUCIÓN DENOMINADA FAMILIA SUSTITUTA"**, para lo cual, me permito emitir el siguiente dictamen:

- I) He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí cambios de fondo y forma, algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, mismas que considere oportunas y habiéndose realizado las modificaciones sugeridas a la sustentante, considero que el contenido del presente trabajo de tesis, contiene conocimientos en gran manera científicos y técnicos, ajustándose a la normativa respectiva para los trabajos de investigación.
- II) Además, la redacción empleada es la correcta y se ajusta perfectamente al desarrollo de la tesis, me parece bastante clara y adecuada, con un léxico jurídico correcto y práctico en vista que en su mayoría la sustentante utiliza palabras de uso común para la fácil comprensión y entendimiento del lector.
- III) Asimismo, el presente estudio jurídico y doctrinario servirá como fuente informativa y de referencia para profesionales, estudiantes de las ciencias jurídicas y sociales y público en general.



LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario. Col 4713
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
5ª. Ave.14-62 zona 1, Oficina 307. Comercial Esmol
Teléfono. 54066223



- IV) Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas de manera sencilla, y constituyen supuestos certeros que definen la problemática actual, son congruentes con el contenido de la investigación de mérito, para lograr los objetivos que se ha planteado en su plan de trabajo, determinado la veracidad de la hipótesis formulada.
- V) En cuanto a la bibliografía, la utilizada fue abundante, diversa y adecuada utilizándose la doctrinaria y legal para el análisis temático abordado.

La tesis desarrollada por la sustentante cumple efectivamente con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el tramite respectivo, hasta llegar a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo de usted, atentamente.

LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS.

Abogado y Notario

Col.: 4713.

Licenciado

Jaime Rolando Montealegre Santos

Abogado y Notario



fb

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 05 de junio de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante SANDRA ISABEL BARRERA ZEPEDA, titulado ANÁLISIS DEL ACUERDO 40-2010 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y SU INCIDENCIA EN LA INSTITUCIÓN DENOMINADA FAMILIA SUSTITUTA. 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



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORÍA

- A DIOS:** Por darme la oportunidad de vivir y estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio. Con todo mi corazón y mi alma.
- A MI BELLA FAMILIA:** A mi esposo y amigo Wily, por estar conmigo en aquellos momentos en que el estudio y el trabajo ocuparon mi tiempo y esfuerzo. Nataly y Sharon quienes son las joyas más valiosas de mi vida y con su mera existencia me impregnan de luz cada vez que respiro. Por su Amor, paciencia, apoyo y comprensión en todo momento.
- A MIS PADRES:** A quienes con este logro quiero devolverles un poco de lo que me han dado, desde antes que naciera, Los amo.
- A MIS SUEGROS:** Por su incondicional apoyo familiar
- A MIS MAESTROS:** Con todo mi corazón, les agradezco sus sabios consejos.
- A TODOS MIS AMIGOS:** Con aprecio y cariño sincero por todas aquellas palabras de aliento en su momento oportuno.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes	1
1.1. El niño como persona humana	1
1.2. El ser humano como depositario de derechos	3
1.3. Derechos de la niñez guatemalteca	7

CAPÍTULO II

2. Factores sociales y económicos que afectan a la niñez	17
2.1. El descuido familiar	18
2.2. La relación de poder frente al abuso corporal y sexual	19
2.3. El daño a la autoestima y el abuso psicológico	23
2.4. La confianza y la vulnerabilidad de la niñez	24
2.5. Factores económicos que afectan a la niñez	24
2.6. Los factores criminógenos que afectan a los niños	28
2.6.1. Las pandillas juveniles denominadas maras	30
2.6.2. La descomposición social de los jóvenes	31
2.6.3. La drogadicción y el síndrome del acomodo	32
2.6.4. Violencia sexual	33

CAPÍTULO III

3. La protección judicial de los derechos de la niñez abandonada y la adopción	37
3.1. Las políticas públicas de protección de la niñez	38



	Pág.
3.2. La administración de justicia juvenil	43
3.3. Las medidas de protección cautelar	45

CAPÍTULO IV

4. La institución denominada familia sustituta	51
4.1. La adopción en Guatemala	52
4.2. La Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia	59
4.3. La familia sustituta como institución	61
4.4. El programa de familia sustituta y sus beneficios	62
4.5. Quienes pueden ser familias sustitutas	71
4.6. Análisis del Acuerdo 40-2010 de la Corte Suprema de Justicia	72
4.7. Reforma del Acuerdo 40-2010 de la Corte Suprema de Justicia	80
CONCLUSIONES	83
RECOMENDACIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	87



INTRODUCCIÓN

El Estado de Guatemala, a través de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, ha implementado el programa de familia sustituta, con el fin de compartir de cerca con los niños, niñas y adolescentes ingresados a los hogares de protección y abrigo, que funciona en dicha Secretaría.

Existen situaciones de abandono o ser retirados de sus familias biológicas por maltrato, para su protección y abrigo por parte del Estado. Con la institucionalización de los niños, niñas o adolescentes, o la entrega de los mismos a una familia sustituta, se inicia el cumplimiento de la obligación del Estado de velar por el desarrollo integral de la niñez, lo cual constituye una medida temporal, ya que posteriormente se inicia el proceso de adopción, que tiene por objeto darle al niño una familia en definitiva.

El problema se centra en que del estudio de la disposición reglamentaria que prohíbe la adopción por parte de la familia sustituta, limita a dichos grupos a obtener o solicitar la adopción del niño o niña que se les ha confiado en forma temporal para su cuidado.

La hipótesis se centra en resaltar el interés superior del niño por medio de la legislación aplicable a la niñez, en nuestra sociedad, a través del amor fraternal que recibirá en una familia sustituta. El niño desde el momento en que se relaciona con ese núcleo familiar, vivirá en condiciones que les permitan desarrollarse integralmente. El hecho de regular que la familia sustituta pueda optar a adoptar al niño o niña que le ha sido dado a su cuidado, evitaría su re-victimización y facilitaría su desarrollo integral en virtud de que ya forman un lazo emocional-sentimental.



Se utilizaron los siguientes métodos: El deductivo para establecer la ubicación de la institución de familia sustituta y su funcionalidad; el analítico, para comprender los aspectos relevantes del fenómeno investigado; El método inductivo, utilizando la información recabada sobre el fenómeno que se estudia, realizando un ordenamiento lógico de la misma, orientando desde el proceso de síntesis una inducción del pensamiento; el método dialéctico, el cual permitió a través de la aplicación de sus leyes establecer como se ha generado el problema y el devenir jurídico de la institución de estudio. Las técnicas empleadas fueron la bibliográfica, y documental, que permitieron la elaboración de los capítulos.

El trabajo de graduación, se desarrolla y divide en cuatro capítulos: El primer capítulo, trata lo relativo a los derechos de los niños, niñas y adolescentes; el segundo capítulo, trata sobre los factores sociales y económicos que afectan a la niñez; el tercer capítulo, trata sobre la protección judicial de los derechos de la niñez abandonada y la adopción; y finalmente el cuarto capítulo, la institución denominada familia sustituta, realizando un análisis del Acuerdo 40-2010 de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente se establece, que la implementación de la institución de la familia sustituta, permite al juez competente, dictar como medida de protección del niño o adolescente en situación de riesgo, sea entregado a sus familiares cercanos, evitando la descomposición social de la niñez, al verse en peligro frente al maltrato infantil, la explotación, agresión, las maras, las drogas entre otros factores que lo afectan.



CAPÍTULO I

1. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Previo a la consideración de los derechos de la niñez guatemalteca, se hace necesario considerar que la adopción es la mejor solución a la situación de los niños o niñas amenazados o violados en sus derechos para la protección de los mismos, ha motivado el deseo de establecer si la familia sustituta debe tener el derecho a optar a la adopción del niño que le ha sido dado a su cuidado y, a querer realizar el estudio de la prohibición reglamentaria a la familia sustituta de adoptar.

Para establecer si tiene congruencia dicha prohibición reglamentaria con la búsqueda del interés superior del niño, establecido en la Convención de los Derechos del Niño y la demás legislación tanto internacional como nacional que no lo prohíbe, con el fin de evitar la re-victimización de los niños, niñas o adolescentes y establecer si la regulación de la misma puede ser mejorada para darle cumplimiento al principio del interés superior del niño.

1.1. El niño como persona humana

A través de normas jurídicas el hombre regula su convivencia social, estableciendo leyes que lo impelen a cumplir con los fines de la sociedad, y a su



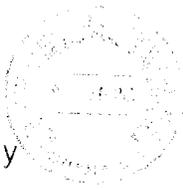
manera, preservar la existencia del hombre como especie de la naturaleza. Los mecanismos son múltiples, van desde las sanciones corporales y pecuniarias, hasta la privación de derechos inalienables, políticos o de familia, protegiendo a esta última como base de la sociedad.

Eduardo García Maynez, define: "Se da el nombre de sujeto, o persona, a todo ente capaz de tener facultades y deberes. Las personas jurídicas dividen en dos grupos: Físicas y morales. El primer término corresponde al sujeto jurídico individual, es decir, al hombre, en cuanto tiene obligaciones y derechos; se otorga el segundo a las asociaciones dotadas de personalidad (un sindicato o una sociedad mercantil, por ejemplo). Como ambas designaciones son ambiguas, preferimos decir persona jurídica individual y persona jurídica colectiva."¹

Desde el tiempo de los romanos, creadores y descubridores de un universo jurídico que perdura aún hoy, se establece que donde existe el hombre, existe el derecho y a la inversa. Sólo queda destacar que la persona humana y su conducta es razón objeto y sujeto del derecho, por lo que se trata de establecer, normas que permitan la convivencia de la sociedad guatemalteca.

El concepto hombre hace referencia a un ser dotado de inteligencia y de un lenguaje articulado, clasificado entre los mamíferos del orden de los primates y

¹ García Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Pág.65



caracterizado por su cerebro voluminoso, su posición vertical, pies y manos muy diferenciados.

El concepto de persona, el derecho lo ha utilizado para significar al ser humano. Persona es cualquier miembro del género humano por su propia naturaleza y dignidad, a la que el derecho se limita a reconocerle tal condición.

Es a partir de tal noción se desarrolla el concepto de capacidad jurídica, es decir, existe capacidad jurídica. una e igual para todos los individuos humanos, en cuanto se es persona, no se es persona porque se tenga capacidad jurídica.

El Diccionario Jurídico Espasa, define que: "Persona (personalidad). Derecho Civil. Sujeto de derecho y derechos y obligaciones, por referencia a todo individuo, así como a entidades especialmente reconocidas (entes morales o personas jurídicas)".²

1.2. El ser humano como depositario de derechos

La personalidad Jurídica, es concebida como la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones.

² Espasa Calpe. Diccionario jurídico multimedia espasa. Pág. 640



El ser humano es depositario de ciertos derechos, bienes o atributos en tanto ser humano, que permiten su desarrollo psico-somático de manera cabal.

Como primer paso debe definirse a la persona, según el autor García Maynez, expone que: "... ha sido la denominación genérica dada a todos los individuos de la especie humana. Proviene del latín persona, -ae, de origen etrusco. En este último idioma significaba "máscara teatral", y en latín tenía originalmente el mismo significado, pasando después al de "personaje representado por el actor", debido a una evidente metonimia; finalmente pasó al lenguaje común en la acepción actual. Se afirma que todos los seres humanos son personas, refiriéndose en este sentido al género humano, al hombre. Sin embargo, es evidente que las concepciones al respecto han variado."³

A lo largo del tiempo, no ha sido uniforme tal consideración, atributos tales como el honor, la honra, la dignidad figuran entre los objetos de mayor aprecio del hombre.

Guillermo Cabanellas establece respecto a la personalidad: "Aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones. Diferencia individual que distingue a cada uno de los demás... Capacidad para comparecer en juicio. Representación legal y bastante para litigar"⁴.

³ García Maynez, Eduardo. Ob. Cit. Pág 69

⁴ Cabanellas, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual Pág. 304



El Diccionario de la Lengua Española establece que personalidad es: "Der. Representación legal y bastante con que alguien interviene en él".⁵

Las teorías que hacen referencia a la personalidad, se enuncian las siguientes:

a) Teoría de la concepción

La cual establece que la personalidad comienza desde el principio de la vida intrauterina.

b) Teoría del nacimiento

La cual establece que la personalidad comienza desde que la persona nace, desde que se separa del claustro materno.

c) Teoría de la viabilidad

Establece que la persona nazca viable, lo que significa que pueda vivir fuera del claustro materno.

d) Teoría ecléctica:

⁵ Espasa Calpe. Ob. Cit. Pág. 1739



Esta teoría contempla a las tres anteriores, especificando que la personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte, sin embargo al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad.

La legislación guatemalteca, adecua a la realidad jurídica el desarrollo de la doctrina y normativa internacional sobre la materia, al haber reconocido que era necesario promover el desarrollo integral de la niñez y la adolescencia, especialmente aquellos con sus necesidades parcial o totalmente insatisfechas, porque la legislación en muchas ocasiones es vigente pero no positiva por su falta de aplicación.

Respecto a la definición de niño, la Enciclopedia Encarta 2004, establece que: "Que está en la niñez; Que tiene pocos años y; Que tiene poca experiencia"

"Edad o período de la vida humana que comprende desde el nacimiento hasta los siete años, época en que comienza el uso de razón".⁶

Al entrar en vigencia del Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, establece en su Artículo dos, la definición de niñez y adolescencia exponiendo: "Para los efectos de esta ley se considera niño o niña, a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad

⁶ Cabanellas, Guillermo. Ob. Cit. Pág 968



y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad."

1.3. Derechos de la niñez guatemalteca

Considerando que los mismos tienen una capacidad de obrar limitada y no es por lo tanto un incapaz, se debe tener en cuenta su grado de discernimiento o condiciones de madurez para cada acto o negocio jurídico concreto.

La niñez tiene una capacidad limitada y efectivamente, para ello debe partirse de que es un principio general la capacidad de obrar de toda persona.

El niño o adolescente para poder emitir su opinión en los asuntos administrativos o judiciales en los cuales por disposición legal debe escuchársele, no debe tener o padecer de alguna causa que le impida expresarse o ejercitar sus derechos o que haga dudar de lo expresado por él.

En la Convención Sobre los Derechos del Niño, se establecen derechos, valores o criterios más relevantes que constituyen la situación jurídica del menor:

- 1) El menor de 18 años no es tan sólo destinatario de una protección jurídica, sino titular en plenitud de derechos subjetivos.



- 2) Los poderes públicos tienen como principios rectores de su actuación, el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y su integración familiar y social.

- 3) Derecho a ser oído.

- 4) Finalmente, el menor aparece como titular de unos específicos derechos fundamentales (Artículos cuatro-ocho). Sobra en gran medida su regulación, pues todos ellos figuran en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, ratificada por Guatemala y, por tanto, forman parte del ordenamiento jurídico nacional.

A nivel internacional, se hace referencia a los siguientes documentos internacionales:

- a) La Convención Sobre los Derechos del Niño

Esta fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y suscrita por el Gobierno de Guatemala el 26 de enero de 1990. Tomando en consideración que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.



Tomando en cuenta que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad, y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica u otra condición.

Las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.



Se debe recordar lo dispuesto en la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda. Teniendo en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño.

Por medio del Decreto Número 76-2001 del Congreso de la República de Guatemala, se estableció que Guatemala como país, normará sus relaciones con otros Estados, conforme a los principios, reglas y prácticas internacionales, su propósito es contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, respeto y defensa de los derechos humanos. El Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia; que debe garantizarle a los habitantes de la República la vida y el desarrollo integral de la persona, y que protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad.

La Convención sobre los Derechos del Niño, hace relación a la venta de niños, la prostitución infantil y su utilización niños en la pornografía, obliga a los Estados Parte a emitir disposiciones jurídicas dentro de la legislación interna penal para estar en armonía con las disposiciones adoptadas en el ámbito internacional.

El Artículo tres de la Convención Sobre los Derechos del Niño establece que: "...

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones



públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas...”

El Artículo 12 del mismo texto legal preceptúa: “... 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional.”

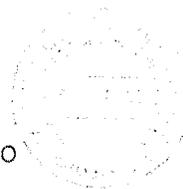
El Artículo 21 del mismo texto legal preceptúa: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de todas la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en



vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción en otro país pueden ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente Artículo mediante la concertación de arreglos y acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.”

b) La Declaración de los Derechos del Niño

Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. La misma fue proclamada a favor de los niños, para que estos puedan tener una infancia feliz y gozar en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian.



En la misma la obligación se establece no solo para los Estados partes sino para las familias, hombres y mujeres individualmente, a luchar por el respeto de esos derechos, para los gobiernos la necesidad de regular la protección de esos derechos a favor de los niños.

El principio I, de dicha declaración establece: “El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna...”

El principio II, del mismo texto establece: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades... Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”

c) La Declaración de los Derechos Humanos

Fue aprobada y proclamada por la Asamblea General de la Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948. El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El desconocimiento y el menosprecio de los Derechos Humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un



mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

Los derechos humanos deben ser protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.

La Declaración Universal de Derechos Humanos se tomó como un ideal común, por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional.

El Artículo uno de dicho texto legal establece que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

El Artículo dos establece que: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...".



El Artículo seis preceptúa: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica."

El Artículo siete expone: "Todos son iguales ante la Ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación"

El Artículo 10 del mismo texto legal establece: "Toda persona tiene derecho, en *condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*".

El Artículo 16 preceptúa: 1) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio; 2) Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio; 3) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Basados en el texto legal citado anteriormente, se pueden inferir, que la persona por el solo hecho de serlo, debe ser protegida por el Estado el que debe garantizar todos los derechos que le correspondan.

Con relación a los menores de edad, por ser normas de carácter internacional, se tienen que tomar en cuenta con una amplia gama de creencias, valores y tradiciones. Por estar comprendido en el dominio de los derechos humanos, el tema de los niños rebasa el mero sentimentalismo.

Debe tenerse en cuenta que constituyen una lista completa de las obligaciones que los Estados deben cumplir, razón por la cual Guatemala debe respetar las mismas.



CAPÍTULO II

2. Factores sociales y económicos que afectan a la niñez

Al perderse la confianza en la población adulta, la niñez quedara en estado de indefensión, por lo que será difícil recuperarla, especialmente porque esa pérdida conlleva la destrucción de la autoestima y del conglomerado familiar y social.

El confiar, vivir y establecer relaciones de confianza, al principio mediante los vínculos tempranos con el entorno familiar, es parte esencial de la niñez y está íntimamente relacionada con la capacidad de amar y de sentir empatía.

Sin la capacidad de creer plenamente y dedicar tiempo a convivir con otros *ciudadanos*, se corre el riesgo de vivir vidas aisladas, llenas de incertidumbre y suspicacia, que suplantán el amor y la alegría de la amistad y de la familia.

Las diferentes formas de abusar de los niños y adolescentes, constituyen un abuso contra las personas menores de edad, es una de las formas más crueles de atentar contra sus derechos.

No se considera que los niños y adolescentes sean el futuro de un país. La agresión física además de las cicatrices físicas que deja en el niño o la niña, las



secuelas emocionales es imborrable y obstaculizan su sano desarrollo integral. La amenaza de usar la fuerza física o el uso de ella contra una persona o grupo que produce o puede ocasionar lesión o muerte.

El abuso sexual, las maras, la delincuencia, crimen organizado, el consumo de drogas entre otros, representa grandes problemas, con los cuales los ciudadanos convivimos; día a día crece el número de adictos y de muertes por adicción, la economía es precaria y la desintegración familiar es evidente. A pesar de la existencia de normas jurídicas a favor de los derechos de la niñez, la realidad actual devuelve una imagen preocupante recuerda que tenemos con ellos una importante tarea social.

Es indudable que se requiere de un trabajo sostenido y articulado, así como una inversión consistente y suficiente para modificar los indicadores sobre la situación de la niñez y adolescencia. Los niños y adolescentes están expuestos a la infinidad de situaciones irregulares, que el propio Estado ha sido incapaz de resolver con consecuencias en la sociedad.

2.1. El descuido familiar

Dada la necesidad de que los padres trabajen fuera del hogar, es la causa principal del descuido o trato negligente, cuando la persona que tiene a su cargo el cuidado y crianza de un niño, niña o adolescente, no satisface las



necesidades básicas de alimentación, vestido, educación y atención médica, teniendo la posibilidad de hacerlo.

Los padres de familia o personas que tienen a su cargo el cuidado de niños, niñas o adolescentes, pueden incurrir o relacionarse con los delitos de lesiones, abandono de niños y de personas desvalidas, abandono por estado afectivo, omisión de auxilio y faltas contra las personas entre otros delitos.

Es una realidad nacional, que en la mayoría de hogares, los niños son vulnerables, porque quedan al cuidado de los hermanos mayores en edad, pero que aún no pueden preveer las cantidades de peligros a los que están expuestos sus hermanos.

2.2. La relación de poder frente al abuso corporal y sexual

La relación de poder frente a un niño, niña o adolescente, se da cuando existe una diferencia de fuerza, edad, conocimiento o autoridad entre la persona víctima y el ofensor; y la segunda provoca un daño, de forma dolosa o imprudente, que se manifiesta en lesiones internas, externas o ambas. Al presentarse el abuso corporal siempre existe la comisión de un hecho delictivo, ya sea constitutivo de una falta o de un delito contra la integridad física de las personas, que pueden ser una falta contra las personas o una lesión específica, gravísima, grave, leve e incluso parricidio, homicidio o asesinato.



Dentro del abuso de poder ejercido en contra de los niños, niñas y adolescentes, la existencia de golpes o heridas, quemaduras, laceraciones que no concuerdan con la causa alegada a favor del agresor, la fractura sin explicación, la ausencia a clases con la aparición de la lesión, la vestimenta inadecuada para el clima.

Se establece una cuota de poder que conlleva a un comportamiento agresivo, retraído, sumiso, hiperactivo, temeroso del niño o niña, ya que tienen miedo al padre, a la madre o a ambos; las lesiones que tiene son causa de factores poco creíbles, existen problemas de aprendizaje, fugas repetidas.

Respecto al abuso sexual, el mismo es progresivo y alarmante, impulsa a persistir en la visión sociopatológica de la pedofilia y reclama una seria valoración de las razones de este aumento acelerado.

Este se manifiesta como un mercado floreciente en el que se corrompen millares de infantes. Se debe profundizar en la estrecha relación existente entre la prostitución infantil, la pornografía infantil, el tráfico de menores con fines sexuales, el turismo sexual y la demanda pedófila de ese mercado sexual con infantes.

El descubrimiento del SIDA, la demanda de niños cada vez más jóvenes para la prostitución no ha dejado de crecer. Sus agresores ya no son sólo pederastas, sino también personas que consideran que las relaciones sexuales con los más



jóvenes comportan un riesgo menor. Consideran que las personas más jóvenes tienen menos probabilidades de haber contraído el virus al haber tenido menos relaciones sexuales y según algunos informes, en determinadas culturas persisten los mitos de que las relaciones sexuales con una persona virgen o con un niño curan la infección por VIH/SIDA en la persona mayor.

Una de las tantas caras oscuras del sexo rentado es la insalubridad o problemas de salud sexual; se presume comúnmente que el uso de niños y niñas prostituidos o no, reduce el riesgo de contraer enfermedades venéreas o el SIDA, sin cavilar en que precisamente la fragilidad fisiológica de un niño en pleno desarrollo los hace especialmente vulnerables a enfermedades de transmisión sexual.

Existen otras variantes que son expresamente guiadas por el imaginario popular y se presentan cuando el adulto solicita sexualmente a un niño en la vana creencia de que esa relación lo rejuvenecerá, llegando al extremo de atribuirle al sexo con infantes propiedades curativas de la virilidad dañada, capacidades de facilitación de la buena fortuna y en definitiva reafirmación de la masculinidad y el poder de género.

Algunas razones que rodean este crecimiento de la demanda pedófila son de índole económica y surgidas casi siempre en países en desarrollo con crisis económicas desestabilizadoras.



Generalmente en estos casos, los gobiernos recurren al desarrollo turístico como estrategia de progreso económico, esta variante trae aparejada efectos sociales colaterales, tales como el aumento de la demanda en el mercado sexual, debido a la elevación del número de turistas que solicitan ese tipo de *entretenimiento*.

Un coadyuvante de este mercado turístico sexual es el aumento de las facilidades de organización y localización de la oferta sexual, a partir del desarrollo de las nuevas técnicas mundiales de comunicación, que propician el intercambio de información y contactos a través del uso del Internet, como mecanismos de comunicación.

Resulta también importante e indispensable la preocupación, estudio y prevención de la explotación sexual de niños de naturaleza no comercial, tales como el abuso que algunos miembros del sacerdocio someten contra menores de edad, a las relaciones incestuosas victimizantes de niños, a las corruptas manifestaciones abusivas de maestros sobre sus alumnos que reciben educación con ellos y que amparados al infundir temor sobre sus víctimas estas ya no reaccionan.

Resulta válido dejar clarificado que las distinciones entre la explotación sexual de niños de carácter comercial y de entidad no comercial se mueven realmente en un plano de indeterminación.



2.3. El daño a la autoestima y el abuso psicológico

En los hogares guatemaltecos, es común que los padres por las mismas vicisitudes de su economía y preparación personal, descarguen en sus hijos sus problemas, los ven como una carga que les afecta su desarrollo personal.

Este ocurre cuando una persona daña la autoestima o el desarrollo potencial de un niño o niña o adolescente.

El juez que tenga conocimiento de esta situación por denuncia o por conocimiento de oficio, deberá actuar inmediatamente tomando todas las medidas que son necesarias para proteger física y emocionalmente al niño, niña y adolescente víctima, así como iniciar las diligencias que sean necesarias para sancionar al responsable.

Cualquier forma de violencia contra la niñez, pero sobre todo el abuso sexual perpetrado por personas en las que los niños confían y hacia quienes sienten lealtad, destruye para siempre los sentimientos básicos de felicidad, protección y seguridad que se asocian a la presencia de esa persona en un grupo familiar.

Cuando se ejerce una violencia emocional sobre los niños y adolescentes, se les causa problemas psicológicos, los cuales repercuten en indicadores que ayudan a determinar que algo afecta al niño, tales como los siguientes: Obesidad;



afecciones de la piel; asma; alergias; tartamudeo; fallas en el desarrollo; movimientos rítmicos repetitivos y extremadamente agresivo o retraído, entre otros.

2.4. La confianza y la vulnerabilidad de la niñez

El hecho de perder al padre o a la madre se convierte en algo peligroso e incomprensible, deja para toda la vida un permanente sustrato de pesar y desesperación, entonces es de imaginar que aun cuando los padres convivan con los niños, pero se da el maltrato, es evidente que en ese hogar corren peligro. La pobreza, el maltrato infantil, las maras, la explotación, la descomposición familiar, el abandono, la falta de políticas públicas a favor de los niños, niñas y adolescentes, afectan la estructura de la familia y ponen en situación de riesgo a los menores de edad de sufrir un daño en su integridad física o moral.

2.5. Factores económicos que afectan a la niñez

Respecto a la pobreza es un problema central de los países Centroamericanos, que persiste desde hace varias décadas. Se ha concluido que sus efectos en la niñez y adolescencia son mayores y muchas veces irreversibles. A nivel socio-económico la pobreza restringe severamente la igualdad de oportunidades



presentes y futuras, lo que alimenta un círculo vicioso que sume en la pobreza a los mismos grupos de generación en generación.

La pobreza tiene su impacto en los índices de mortalidad, desnutrición, trabajo infantil, deserción escolar, adicción a sustancias alucinógenas, entre otros. Los problemas de la niñez y adolescencia en un país multicultural y con grandes disparidades sociales y económicas no son semejantes para todos.

La Enciclopedia Encarta expone que: "Desempleo, paro forzoso o desocupación de los asalariados que pueden y quieren trabajar pero no encuentran un puesto de trabajo"⁷

El desempleo y no poder encontrar un trabajo es un grave problema, debido a los costes humanos derivados de la privación y del sentimiento de rechazo y de fracaso personal, la cuantía del desempleo se utiliza habitualmente como una medida del bienestar de los trabajadores. La cantidad de trabajadores desempleados también muestra si se están aprovechando adecuadamente los recursos humanos del país y sirve como índice de la actividad económica.

Es posible establecer quiénes son y dónde se encuentra la niñez y adolescencia más excluida. El enfoque de derechos de la persona vista como sujeto integral, permite observar los problemas de la niñez y de la adolescencia siguiendo su

⁷ Microsoft Corporation. Enciclopedia multimedia encarta. Pág. 245



ciclo de vida, comprendiendo el embarazo de la madre, el nacimiento y el desarrollo físico y psicológico hasta los 18 años de edad.

La adolescencia en las zonas rurales sólo es por un periodo breve, casi inexistente, más bien caracterizado por la búsqueda de pareja y por el inicio de la vida conyugal. En las áreas urbanas la adolescencia toma varios años, casi siempre enmarcados en la búsqueda de oportunidades laborales o de estudio, sus distintas dinámicas familiares, calidad de vida e imágenes de éxito.

Los principales problemas de la adolescencia son variados y se pueden enumerar los siguientes: Poco acceso a servicios básicos de educación y salud; escasos espacios de participación y de articulación a su entorno; conductas sexuales riesgosas basadas en el inicio temprano a la sexualidad.

La práctica de sexo con escasa protección que derivan en embarazo precoz; vulnerabilidad a conductas adictivas; incremento de la participación de los adolescentes en acciones violentas como pandillas juveniles, maras, crimen organizado, la pobreza la inadecuada comunicación en los hogares, la violencia familiar y extrafamiliar y la falta de espacios que acojan adecuadamente a los adolescentes entre los cuales se pueden incluir a la escuela.

Respecto a la pobreza la Enciclopedia Encarta, señala: "Pobreza, circunstancia económica en la que una persona carece de los ingresos suficientes para



acceder a los niveles mínimos de atención médica, alimento, vivienda, vestido y educación⁸. La pobreza relativa es la experimentada por personas cuyos ingresos se encuentran muy por debajo de la media o promedio en una sociedad determinada. La pobreza absoluta es la experimentada por aquellos que no disponen de los alimentos necesarios para mantenerse sanos.

Hay que tener en cuenta otros elementos esenciales que contribuyen a una vida sana. Así, por ejemplo, los individuos que no pueden acceder a la educación o a los servicios médicos deben ser considerados en situación de pobreza. También las personas que, por cualquier razón, tienen una capacidad muy por debajo de la media para ganar un salario, es probable que se encuentren en situación de pobreza. Históricamente, el grupo viene formado por personas mayores, discapacitados, madres solteras y miembros de algunas minorías entre ellos los niños y niñas.

No se debe únicamente a que las mujeres que trabajan fuera de casa suelen ganar menos que los hombres, sino fundamentalmente a que una madre soltera tiene dificultades para poder cuidar a sus hijos, ocuparse de su vivienda y obtener unos ingresos adecuados al mismo tiempo, por lo tanto afecta el desarrollo integral, social y educacional de los niños y adolescentes.

⁸ Microsoft Corporation, *Ibid.* Pag 326



La falta de oportunidades educativas es otra fuente de pobreza, ya que una formación insuficiente conlleva menos oportunidades de empleo. Gran parte de la pobreza en el mundo se debe a un bajo nivel de desarrollo económico.

El desempleo generalizado puede crear pobreza incluso en los países más desarrollados.

Son decenas de miles de personas en situación de pobreza que fallecen cada año a causa del hambre y la malnutrición en todo el mundo, sin tomar en cuenta sus núcleos familiares, que por esa misma situación están condenados a situaciones de riesgo social, así como lo es, la propia muerte.

El índice de mortalidad infantil es superior a la media y la esperanza de vida inferior. Parece inevitable que la pobreza esté vinculada al delito, aun cuando la mayor parte de las personas con muy bajos ingresos no sean delincuentes y estos últimos no suelen sufrir graves carencias.

2.6. Los factores criminógenos que afectan a los niños

Pese a la existencia de normas jurídicas a favor de los derechos de la niñez, la realidad actual nos devuelve una imagen preocupante sobre la situación de la niñez y adolescencia de nuestro país y nos recuerda que tenemos con ellos una importante tarea social.



Es indudable que se requiere de un trabajo sostenido y articulado, así como una inversión consistente y suficiente para modificar los indicadores sobre la situación de la niñez y adolescencia.

En las últimas décadas, en Guatemala se experimenta el impacto de una crisis económica profunda y prolongada, generada por la decadencia del modelo de desarrollo imperante.

Como consecuencia, la población guatemalteca y en especial los estratos más pobres, han sido sometidos a políticas económicas que se han traducido en un mayor número de desempleados y subempleados, una mayor concentración de la riqueza, un deterioro de los servicios públicos de salud, educación y seguridad ciudadana y un aumento en las actividades informales.

Lo anterior ha afectado en gran medida a la mayoría de la población infanto-juvenil, quienes viven en situaciones adversas como lo es la dificultad de acceso a fuentes de trabajo permanente y a niveles de ingreso que les permitan satisfacer adecuadamente las necesidades básicas, como la alimentación, acceso a centros educativos, a servicios de salud y a vivienda digna.

Todas las formas de violencia contra la niñez, pero sobre todo el abuso sexual perpetrado por personas en las que los niños confían y hacia quienes sienten



lealtad, destruye para siempre los sentimientos básicos de felicidad, protección y seguridad que se asocian a la presencia de esa persona.

2.6.1. Las pandillas juveniles denominadas maras

A inicios de la década de los 90, surgen en la sociedad guatemalteca pandillas juveniles denominadas popularmente maras, situación que agudizó la inseguridad ciudadana provocando un periodo de crisis en la sociedad civil aunada a la insuficiente respuesta estatal, para proteger al resto de la población, la cual ante la inseguridad ciudadana se ve afectada en su estabilidad emocional.

La cristalización de las subculturas marginales no sólo impide que adolescentes y jóvenes aporten al funcionamiento de la sociedad sino que deteriora la trama social, creando el estigma de clases peligrosas que incentiva la deserción de las clases medias de los ámbitos públicos

Se erosiona las normas de convivencia y, en última instancia, origina una sinergia negativa de refuerzo progresivo de la segregación y la segmentación social.

De los problemas derivados de los hechos anteriores, se iniciaron diálogos y el inicio de una política de Estado, que pudiera procurar cambios importantes en la



legislación y que condujeron a la aprobación de una ley que permitiera reconsiderar la responsabilidad penal de los adolescentes en conflicto con la ley penal, como una respuesta a las demandas de la sociedad civil.

2.6.2. La descomposición social de los jóvenes

La población juvenil de la ciudad capital y en la actualidad con mayor auge en el interior de la República, se ven afectados por la falta de oportunidades de desarrollo personal y social en el marco de sus respectivas comunidades, viéndose forzados a emigrar en busca de mejores horizontes, o debiendo conformarse con condiciones de vida sumamente precarias en su propio medio, lo cual ha permitido que sean integrantes de bandas delincuenciales, quienes aprovechan la inimputabilidad de los niños y las sanciones penales relativamente cortas para los adolescentes transgresores.

Las propias estructuras productivas y las correspondientes dinámicas sociales en el plano rural, impiden que nuestras sociedades utilicen más y mejor el rico potencial que caracteriza a estos jóvenes, quienes se ven enfrentados a mecanismos de reemplazo generacional extremadamente lentos, lo que sumado a la sugestiva atracción que generan los estilos de vida urbanos, los arrastra sistemáticamente hacia los centros poblados más cercanos, o directamente a las grandes ciudades ubicándose en sectores marginales. La combinación de estos elementos contribuye a que la delincuencia y el crimen organizado preste



atención y apoyo a la formación de subculturas marginales, pandillas y maras, que generan sus propios códigos y están fuertemente expuestas a la incorporación de los hábitos y comportamientos emergentes y socialmente destructivos, como el consumo de drogas y la violencia.

2.6.3. La drogadicción y el síndrome del acomodo

La edad de inicio del consumo de una droga proporciona información sobre los grupos etarios en riesgo hacia los cuales se tiene que focalizar la atención y la prevención.

Es notorio que a partir de la pubertad es decir a los 12 años, las probabilidades de consumo aumentan drásticamente.

Dentro de las drogas ilegales, la marihuana es la que presenta mayor probabilidad de consumo principalmente a partir de los 15 años de edad.

Las drogas, constituyen un problema de salud pública en el país. Los registros estadísticos ilustran que la población de mayor riesgo frente al consumo de drogas siguen siendo los adolescentes de ambos sexos. Abusar del consumo de drogas legales como el alcohol y el tabaco se constituyen en la puerta de inicio para el consumo de otras drogas o estupefacientes ilegales. El síndrome del acomodo consiste en que el niño o la niña que ha sufrido algún tipo de



violencia o consume drogas, no quieren contar lo que les sucedió, para ellos es un secreto.

Es necesario conocer la conducta que el menor de edad puede asumir. La tratadista Gioconda Batres Méndez, citada por el autor Justo Solórzano señala que: "La conducta de la víctima ha sido conceptualizada como Síndrome del Acomodo, que comprende el conjunto de síntomas y signos que obedecen a un delito, particularmente en los casos de abuso sexual"⁹

Es normal que no hablen de ello, pues les avergüenza, se sienten solos, impotentes y, lo que es peor, se sienten culpables.

Temen que no les van a creer y que no se le dará importancia a lo que digan. Temen por sus hermanos o hermanas, por su familia, por su seguridad, por tales motivos las víctimas resultan acomodándose a la situación.

2.6.4. Violencia sexual

Es necesario pronunciarse en contra del abuso sexual en niñas y niños, y de identificar maneras de abordar esta grave trasgresión de los derechos humanos de la niñez.

⁹ Solórzano, Justo. Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, una aproximación a sus principios, derechos y garantías. Pág. 47



Los gobiernos y la población deben reconocer que la explotación sexual infantil, debe ser combatida con acciones concertadas que efectivamente protejan a niñas y niños contra todas las formas de explotación y abuso sexual.

El tema del abuso sexual infantil merece que la comunidad mundial lo tome en serio. Es una invasión de la zona más íntima de un niño, una trasgresión a la integridad física y psicológica, y de las normas morales del niño y de la sociedad. Crea temor en los mismos y puede causarle daño físico y mental de por vida.

Respecto al maltrato infantil, los niños son víctimas de los miembros de su propio entorno familiar, como entonces brindar una certera protección infantil, si en muchos casos los padres de los niños y adolescentes, son los victimarios.

Las víctimas temen denunciar el comportamiento hostil y violento de sus progenitores y de sus hermanos mayores, por lo tanto en su desesperación por evitar dichos maltratos, se retiran de los hogares, integrándose a grupos de maras o de delincuencia común.

El estigma y la vergüenza que rodean al abuso sexual infantil en todas las sociedades, a menudo llevan a que el niño enfrente a solas el daño que sufre. La revelación del abuso rara vez conduce a la condena del abusador, y más bien se culpa y se juzga al niño.



La legislación internacional, en particular la Convención sobre los derechos de la niñez, establece normas para la protección de niñas y niños contra todo tipo de violencia, pero las leyes nacionales y el derecho consuetudinario, las prácticas tradicionales, los sistemas de justicia y los sistemas de bienestar infantil no brindan una protección adecuada a la niñez.

Por lo general, en muchos lugares y situaciones no se da prioridad y se desestima la puesta en práctica de los derechos de la niñez, incluido su derecho a la protección. Como consecuencia de ello, a los niños y niñas se les niega el pleno disfrute de sus derechos, el desarrollo de sus capacidades y su participación efectiva en la sociedad

CAPÍTULO III

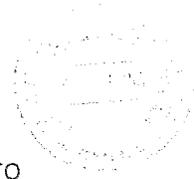


3. La protección judicial de los derechos de la niñez abandonada y la adopción

El Estado promueve una mayor coordinación, articulación, coherencia e integralidad en las acciones emprendidas por las instituciones gubernamentales, las organizaciones no gubernamentales y la cooperación internacional, para que en el marco de la ejecución y monitoreo de la Política Pública y el Plan de Acción a nivel nacional y municipal se genere la sostenibilidad de las acciones para el cumplimiento de los derechos humanos de la niñez y adolescencia.

Es necesario garantizar el cumplimiento de sus derechos humanos, en materia de salud, educación, recreación y protección; así como del desarrollo social, fortalecimiento y protección a sus familias. La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, establece el marco jurídico nacional para la protección integral de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

Todos los efectos de esta política pública y su plan de acción, se sustenta en el marco jurídico nacional e internacional vigente y en la voluntad política expresada por el Estado de Guatemala al suscribir compromisos y formular políticas en materia de derechos humanos en general y de derechos de la niñez y adolescencia en particular.



La Constitución Política de la República de Guatemala, de 1986, busca el logro del bien común, la justicia social y la vigencia de los derechos humanos; la Convención Sobre los Derechos del Niño, de 1989, reconoce que la niñez y adolescencia es sujeto de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Evidentemente el Estado de Guatemala, debe incentivar y promover políticas públicas de protección integral para la niñez y adolescencia como un instrumento político y de planificación social estratégico, de mediano y largo plazo, dirigido a construir las condiciones necesarias para que la presente y futuras generaciones de niños, niñas y adolescentes puedan disfrutar de una vida digna.

3.1. Las políticas públicas de protección de la niñez

Constituyen el conjunto de acciones formuladas por el Estado y la sociedad para garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes, el pleno goce de sus derechos.

Son de carácter universal, de amplia cobertura y largo alcance, representan una obligación para el Estado y un derecho para toda la niñez y la adolescencia. La protección institucional, se concreta a través de los programas y servicios de educación, salud, infraestructura básica, recreación, cultura, deportes y registro



civil. Se reconoce la responsabilidad del Estado de garantizar los derechos humanos de los niños, niñas, adolescentes y sus núcleos familiares, como base social.

Por ejemplo el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el Ministerio de Educación, el Ministerio de Cultura y Deportes y las Municipalidades del país, realizan las principales acciones del Estado en este nivel de políticas.

Los principales programas dirigidos a la niñez en el Ministerio de Salud, son el de inmunizaciones, atención primaria y atención hospitalaria a enfermedades respiratorias agudas, enfermedades transmitidas por agua y alimentos, seguridad alimentaria y nutricional, entre otros. Así también en el Ministerio de Educación los principales programas son los de educación pre-primaria, primaria, secundaria, diversificado, educación extraescolar y alfabetización. De igual manera en el Ministerio de Cultura y Deportes se impulsan programas culturales, deportivos y recreativos. Y en el Registro Nacional de las Personas es la encargada de extender los certificados de nacimiento. Según lo establecido por el Licenciado Justo Solórzano en su obra Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, señala que: "Se entiende por medida de protección, toda decisión judicial que genera una obligación de hacer o no hacer, por parte de una persona individual o jurídica, con el objeto de evitar que continúe la amenaza o violación de un derecho humano de la niñez, por tanto evitar la continuidad del daño físico o psicológico que la amenaza o violación que



conlleve y con el fin mediato de restaurar el derecho violado o amenazado, y de que el niño, niña o adolescente pueda ejercerlo y disfrutarlo libremente.”¹⁰

En respuesta a la necesidad sentida por las carencias que afectaban a la niñez, para dar cumplimiento a los compromisos internacionales contraídos por Guatemala, al ratificar la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, se inició la carrera para obtener y crear un cuerpo normativo que respondiera a las necesidades de la población vulnerable del país es decir los niños y adolescentes.

También se inició un proceso participativo de amplia consulta a las instituciones y personas especializadas en el tema de la niñez para la elaboración de un proyecto de Código que respondiera a las necesidades de los niños y adolescentes, se recopilaron las leyes vigentes en materia de derechos del niño, y se hizo un análisis comparativo de la Convención relacionada y las leyes nacionales.

La protección judicial de los derechos de la niñez, se realiza por medio de la normativa vigente, inicialmente únicamente con los delitos establecidos en el Código Penal y con las medidas de seguridad contempladas en el Código Procesal Civil y Mercantil y luego con la aprobación y posterior vigencia de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, se otorgó a

¹⁰ Solórzano, Justo Ibid. Pág.61



los jueces, una herramienta jurídica apropiada para enfrentar los problemas que causa el maltrato infantil.

La nueva Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece una serie de mecanismos para proteger los derechos de la niñez, tanto individuales como sociales, los primeros a través de una serie de prohibiciones y deberes para con la niñez y, los segundos por medio de la formulación, ejecución y control de políticas públicas.

El Licenciado Justo Solórzano en su obra: "El nuevo paradigma de los derechos de la niñez, plantea un reto para los jueces, pues éstos se ven obligados a buscar fórmulas adecuadas para conjugar la realidad de una persona en pleno desarrollo de su personalidad, con el respeto al ejercicio de sus propios derechos... y con la protección general de sus garantías individuales y la protección especial que su concreta condición de niño exige."¹¹

Los casos de la niñez en riesgo social sometidos a la antigua jurisdicción de menores, los niños víctimas de algún tipo de violación a sus derechos humanos, siempre eran sometidos a una medida tutelar de internamiento, que en la mayoría de ocasiones, se llevaba a cabo en el mismo lugar donde se internaba a los adolescentes que tenían algún conflicto con la denominada ley penal, por lo que se le separa del núcleo de la sociedad, para evitar que siga delinquirando y

¹¹ Solórzano, Justo. *Ibid.* Pág. 8



poniendo en peligro al resto de la población, no como una medida socioeducativa, sino de restricción de libertad.

Con la vigencia de la Convención Sobre los Derechos del Niño, comienza a construirse un nuevo modelo ideológico en torno a la concepción de los niños y las niñas, ya como sujetos de derecho y no como objeto de un proceso o procedimiento judicial.

Como lo señala el Licenciado Justo Solórzano que: “Este modelo genera una nueva forma de ver, pensar, concebir y tratar a este grupo de población que, en nuestro país constituye la mayoría. Estamos conscientes de que el niño y la niña no siempre están protegidos al interior de su familia, de su comunidad y de la sociedad...”¹²

Las políticas estatales, deben estar dirigidas a brindar una protección integral a los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en una situación de riesgo.

El tratadista Manuel Ossorio, señala respecto al riesgo que es: “Contingencia o probabilidad de un daño.”¹³

¹² Solórzano, Justo. *Ibid.*, Pág.34

¹³ Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, política y sociales.* Pág. 680



3.2. La administración de justicia juvenil

Con respecto a los derechos individuales toda amenaza o violación de un derecho humano de la niñez constituye, además de un probable hecho delictivo, maltrato o abuso infantil.

El maltrato se puede manifestar como abuso físico, emocional, sexual o como descuido y trato negligente. Con tal propósito, el juez debe tomar la medida provisional que más proteja y garantice los intereses del niño, niña y adolescente.

El hecho de que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia entre en vigencia, obliga a los operadores de justicia a tomar medidas institucionales necesarias para adecuarse con prontitud a los nuevos requerimientos y procedimientos allí definidos.

Los objetivos específicos del Plan de Acción Nacional en cuanto a las Políticas de Garantía, consiste en asegurar a la niñez y adolescencia vulnerada en sus derechos, que en los procedimientos administrativos y/o judiciales a los que estén sujetos, se apliquen las garantías procesales establecidas en la Ley de Protección Integral, se busque la restitución de sus derechos violados y se promueva su reinserción social y familiar. Asegurar a la adolescencia en conflicto con la ley penal, que en los procedimientos judiciales y/o



administrativos a los que estén sujetos, se apliquen las garantías procesales, sanciones socioeducativas acordes a la falta cometida, y se promueva su reinserción social y familiar, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Protección Integral.

Dentro de los casos que tienen relación con la problemática de la niñez y adolescencia amenazada en sus derechos y de los adolescentes en conflicto con la ley penal, intervienen una serie de actores estatales vinculados con la administración de justicia: la Policía Nacional Civil, los Jueces de Instancia de Menores, los Jueces de Paz, la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio Público, la Defensa Pública de Menores, la Procuraduría de los Derechos Humanos y la Secretaría de Bienestar Social.

Estas constituyen el conjunto de acciones formuladas por el Estado y la sociedad, para garantizar a los niños, niñas y adolescentes sujetos a procedimientos judiciales o administrativos, con las garantías procesales mínimas.

Con la finalidad de promover el reconocimiento y aplicación de los principios y garantías sustantivas, adjetivas y de ejecución, inherentes a la niñez y adolescencia que se encuentra sujeta a cualquier órgano administrativo o jurisdiccional, ya sea por violación a sus derechos humanos o en los casos de los adolescentes en conflicto con la ley penal.



3.3. Las medidas de protección cautelar

En la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se establece dos tipos de medidas según las funciones, fines y etapa procesal en que se encuentre el caso. Las medidas de protección cautelar y las medidas de protección definitiva.

Las cautelares, tienen por objeto evitar que continúe el daño físico o moral que el niño, niña o adolescente sufre, como consecuencia de una amenaza o violación en sus derechos. Debe dictarse inmediatamente después de conocido el hecho y siempre debe orientarse a la protección del interés del niño o niña víctima sobre cualquier otro interés.

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

El Artículo 112 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, señala que los juzgados de la niñez y adolescencia pueden determinar, entre otras, las siguientes medidas:



- a) Amonestación verbal o escrita al responsable de la violación o amenaza del derecho humano del niño, niña o adolescente.
- b) Declaración de responsabilidad a los padres, tutores o responsables.
- c) Remisión de la familia a programas oficiales o comunitarios de auxilio, orientación apoyo y seguimiento temporal.
- d) Colocación provisional del niño, niña o adolescente en familia sustituta.
- e) Ordenar la matrícula de los niños, niñas y adolescentes, en establecimientos oficiales de enseñanza y observar su asistencia y aprovechamiento escolar.
- f) Ordenar tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internamiento en hospital o tratamiento ambulatorio.
- g) Ordenar a los padres, tutores o responsables, sin inclusión en programas oficiales o comunitarios de auxilio, que impliquen orientación, tratamiento y rehabilitación a cualquier desviación de conducta o problemas de alcoholismo o drogadicción.

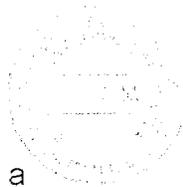


- h) Abrigo temporal del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada, conforma las circunstancias particulares del caso.
- i) En caso de delito o falta cometido por adulto o adolescente, certificar lo conducente a un juzgado correspondiente.

Con relación al abrigo provisional, el Artículo 114 de Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia señala que: “El abrigo será medida provisional y excepcional, utilizable como forma de transición para la colocación provisional o definitiva de niños, niñas y adolescentes en la familia u hogar sustituto y no implicará en ningún caso privación de libertad.”;

El Artículo 115 del mismo texto legal señala: “En caso de maltrato o abuso sexual realizado por los padres o responsables, la autoridad competente podrá determinar, como medida cautelar, el retiro del agresor del hogar o la separación de la víctima de su núcleo familiar, según las circunstancias.

Con el objetivo de lograr un efectivo cumplimiento y respeto de la medida cautelar impuesta, el juez podrá designar a una autoridad comunitaria u oficial, o a una persona individual o jurídica, particular o pública, para su seguimiento, supervisión y monitoreo. Esto deberá hacerlo constar en el auto, y deberá notificarse tal designación mediante oficio, en el que se indique el tipo de medida que se acordó y el tipo de supervisión, seguimiento y monitoreo que debe



realizar el designado. En todo caso la responsabilidad del niño o niña estará a cargo del juez que conoce el caso.

El Juez de la Niñez y Adolescencia competente, es quien dicta las medidas de protección definitivas, y tienen por objeto restituir el derecho violado y cesar la amenaza de la violación o vejamen a que está siendo sometido el niño.

Al aplicar una medida definitiva, el juez garantiza que el hecho que provocó dicha situación no se repita, pero debe agotar la investigación del caso concreto, escuchar a los interesados, principalmente al niño o niña afectados y a las instituciones llamadas por la ley a intervenir en este tipo de proceso, como el Abogado Procurador de la Niñez y Adolescencia, de la Procuraduría General de la Nación.

Una vez recibidos los medios de prueba en audiencia oral y reservada, el juez resolverá sobre la existencia o no de una amenaza o violación de un derecho humano de la niñez y fijará un *plazo perentorio para que dicha situación se modifique*, pueda dictar las medidas que fueren necesarias para ese objeto.

Al vencerse el plazo sin que las obligaciones se hayan cumplido deberá certificar lo conducente al Ministerio Público para los efectos de la persecución penal correspondiente, por el incumplimiento de la resolución judicial y por los hechos delictivos que de esa situación se desprendan.



Al igual que en las medidas cautelares, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, no establece para las medidas definitivas un listado numerus clausus.

Resulta imposible una regulación de ese tipo, por la diversidad de situaciones que pueden provocar una amenaza o violación a un derecho de la niñez y por ende, por las distintas soluciones que cada caso amerita. Por tal razón los órganos jurisdiccionales, deben ser creativos y cuidadosos al dictar una medida definitiva, debe procurar que ésta sea la más adecuada, según la ley, para la solución del conflicto social que se le presenta.

Sin excepción alguna toda medida de protección a favor de los niños, niñas y adolescentes, deben ser aplicables siempre que los derechos reconocidos en la ley, se vean amenazados o violados. En ese sentido, los presupuestos de toda medida deben ser razonados, por lo que se enuncian entre otros los siguientes:

Por amenaza se entiende toda acción u omisión que dé a entender que se quiere hacer un mal a través de actos o palabras a un niño, niña o adolescente. El mal debe implicar una violación a los derechos de la niñez reconocidos en la ley.

Por violación debe entenderse todo incumplimiento, por acción u omisión de un derecho a través de su no realización o de su transgresión.



En la Enciclopedia Encarta establece que: "Delito de amenaza, acción contraria a la libertad y al sentimiento de seguridad, que consiste en la exteriorización que hace una persona a otra de la intención de causarle un mal a ella o su familia, en contra de su honra o propiedad. El mal con el que se intimida debe depender de la voluntad de quien lo hace, aunque no es necesario que en realidad quiera llevarlo a cabo."¹⁴

Los derechos que la Ley de protección Integral de la Niñez y Adolescencia, son los establecidos en la Constitución Política de la República y la Convención sobre los Derechos del Niño. El Juez debe tener presente que los derechos son inherentes a la niñez y esto no excluye otros que aunque no estén expresamente señalados en dichos cuerpos normativos, les corresponden por su condición de niños o adolescentes.

Estos derechos, deben ser aplicados, reconocidos y protegidos sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional, étnico, social, posición económica etc.

¹⁴ Microsoft Corporation. Ob. Cit. Pág. 345



CAPÍTULO IV

4. La institución denominada familia sustituta

El nuevo paradigma de los derechos de la niñez, plantea un reto para el Estado, al tener que proteger a niños y niñas en instituciones públicas o privadas que no son una familia, es decir que jamás existirán padres o madres que orienten y brinden amor y protección al niño abandonado.

Este sector se ve marginado al no poder integrarse a un hogar guatemalteco, que tenga interés en adoptarlo, aun cuando sean familiares cercanos o bien otras personas que tengan interés, puesto que los trámites son burocráticos y lentos.

El Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene la Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, trata sobre los niños, niñas y adolescentes, desarrollando los derechos que les corresponden a los mismos.

Es innegable que la niñez y los adolescentes, se ven afectados por un sinnúmero de factores sociales tales como pobreza, el maltrato infantil, las maras, la explotación, la descomposición familiar, el abandono, la falta de políticas públicas a favor de la niñez, los cuales afectan en su estructura a los



integrantes de una familia y obligan en muchos de los casos al abandono de niños, exponiéndolos a sufrir un daño en su integridad física o moral.

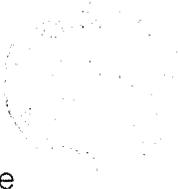
La problemática a la que se enfrenta la niñez guatemalteca, han motivado el abandono por parte de los padres o la necesidad de retirarlo del grupo familiar al que pertenece para su protección, llegando a requerir cuidados fuera de la familia, que en muchos de los casos se olvidan de ellos.

Es a través de orden judicial se ordena la institucionalización en un hogar estatal o privado del niño abandonado, existiendo hogares que pertenecen a la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia o bien algún otro que preste este servicio de forma particular y privada.

4.1. La adopción en Guatemala

Guatemala, al momento de ratificar la Convención Sobre los Derechos del Niño, en 1990, comienza a construirse un nuevo modelo ideológico en torno a la concepción de los niños y las niñas.

Se genera una nueva forma de ver, pensar, concebir y tratar a este grupo de población que, en nuestro país constituye la mayoría. Es necesario concientizarse de que el niño y la niña no siempre están protegidos al interior de su familia, ni un hogar estatal representa la mejor opción de integración,



protección y desarrollo humano del que ha sido abandonado. La institución de la adopción debiera tener por principio que sólo en caso de no existir interés para la adopción de niños en Guatemala, podría iniciarse una adopción internacional y esto lo deben tener en cuenta las autoridades.

Es un derecho humano que el niño pueda ser integrado a un hogar, puesto que es una persona en pleno desarrollo de su personalidad, que merece la protección especial que su concreta condición exige.

Se hace referencia a la naturaleza de la misma y sus antecedentes, que son importantes para la presente investigación, por lo que desde la antigüedad prevaleció el criterio de que la adopción, era una ficción de la Ley, por lo que no podía sustituirse el vínculo natural, lo cual ha sido superado en tiempos modernos y se ha convertido en un tema de vital importancia en el campo jurídico, por tratar de proveer una protección familiar a los niños que están sin padres.

El Autor Guillermo Borda expone lo siguiente: "Los antecedentes históricos de la adopción se pierden en la más remota antigüedad. Motivos religiosos dieron vida a la institución; las familias sin descendencia incorporaban a su seno a personas que pudiera perpetuar el culto doméstico."¹⁵

¹⁵ Borda, Guillermo A. *Tratado de derecho de familia*. Pag. 139



Basados en lo anteriormente expuesto, se establece que la adopción surgió en la antigüedad, para perpetuar el culto a los dioses familiares.

El tratadista Alfonso Brañas expone que: “El levirato del derecho hebreo que en la India tomo el nombre de nigoya, tienen el mismo origen. Las leyes de Manú decían, que los que no tienen hijos pueden adoptar uno para que no cesen las ceremonias fúnebres.”¹⁶

La Adopción, en el Derecho Romano, estuvo investida de un matiz político religioso y desempeñaba un papel de trascendental importancia, orientada a la continuidad del culto doméstico, permitiendo a quienes carecían de descendencia la conservación de sus cultos a sus dioses, con esto se pretendía la continuidad de las familias, las que debido a las continuas guerras, esterilidad o pestes disminuían el grupo familiar, por lo que veían en la adopción un recurso benéfico.

El autor Brañas, expone que “En la decadencia del Imperio Romano, se modificaron las motivaciones político-religiosas de la adopción, inicialmente se imitaba a la naturaleza ya que para poder adoptar se debía tener capacidad física de engendrar. Se practicaron dos formas de adopción, siendo la primera la Adrogatio y la segunda la adopción propiamente dicha. La primera se adopta a una persona sui juris, es decir no sujeta a ninguna potestad, esta forma de

¹⁶ Brañas, Alfonso. *Manual de derecho civil*. Pág. 219



adopción se practicó desde los orígenes de Roma y estaba sujeta a numerosas formalidades.

La segunda se adoptaba a una persona Aliene Juris, es decir sometida a la potestad de otras personas, esta forma de adopción se supone que aparece con la Ley de las Doce Tablas y requería como condición que previamente se emancipara la patria potestad a la persona que se iba a adoptar, acto que se realizaba con la intervención de un magistrado, del adoptante y del adoptado, así como su registro en un acta.

En la antigua Roma existían dos formas de adopción las cuales se describieron anteriormente, pero existieron otras regiones como la antigua Grecia, en la cual se consideraba que los hijos se debían al Estado, por lo cual se consideró históricamente que no existió la adopción.¹⁷

En la antigua Atenas existía la figura de la adopción, la cual estuvo organizada y se practicó de conformidad con las siguientes reglas:

- El adoptado debía ser hijo de padre y madre ateniense.
- Solamente quienes no tenían hijos podían adoptar.

¹⁷ Brañas, Alfonso. *Ibid.* Pág. 219



- El adoptado no podía volver a su familia natural, sin antes dejar un hijo de la familia adoptiva.
- La ingratitud hacia posible la revocación del vínculo.
- El adoptante soltero no podía contraer matrimonio sin permiso especial del magistrado y las adopciones se hacían en todos los casos con intervención de un magistrado, formalidad que se transmitió luego a Roma”.

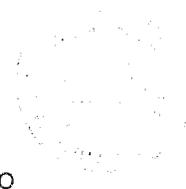
Algunos tratadistas y autores, que exponen una definición respecto a la adopción, siendo los siguientes:

Guillermo Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual, la define así: “La adopción es, pues, el acto por el cual se recibe como hijo nuestro, con autoridad real o judicial, a quien lo es naturalmente de otro”.¹⁸

Peniche López, respecto de la adopción establece: “Acto por el cual una persona mayor de treinta años, en pleno ejercicio de sus derechos y que no tenga descendencia, toma bajo su cuidado a un menor de edad o a un mayor incapacitado para establecer entre ambos, el parentesco civil de padre e hijo.”¹⁹

¹⁸ Cabanellas, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 27

¹⁹ Peniche López, Edgardo. Introducción al derecho y lecciones de derecho civil I. Pág. 126



Guillermo A. Borda, define la adopción como: “Una institución de derecho privado, fundada en un acto de voluntad del adoptante y nacida de la decisión de un juez, en virtud de la cual se establece entre dos personas una relación análoga a la filiación legítima.”²⁰

Dentro de las características de la adopción, es necesario resaltar los elementos que pueden considerarse elementales, para comprender los alcances de la misma, tales como los siguientes:

- La adopción como institución, busca proporcionar una familia al menor que no la tiene. Es decir que se busca proporcionar al adoptado, de los vínculos de carácter afectivo, educativo, social y jurídico, con relación a la familia del adoptante.

- La adopción imita a la naturaleza, de ahí se desprenden los requisitos en orden a la edad del adoptante; a la diferencia de edad entre uno y otro; al principio de la unidad de personas, según el cual ninguno puede ser adoptado por más de una, a excepción del caso que sean cónyuges los adoptantes.

²⁰ Borda, Guillermo A. Ob. Cit. Pag 140



- Se establecen relaciones entre dos personas extrañas, se puede mencionar la paternidad y la filiación. En consecuencia la Adopción es un modo de adquirir la Patria Potestad.
- La adopción tiene como finalidad ofrecer al adoptado, un mejoramiento a sus condiciones de vida, a través de la creación de vínculos paterno filiales por un adulto responsable y consciente de sus necesidades que pueda brindarle seguridad y apoyo necesarios para un desarrollo integral.

Esta se basa en fines sociales, caritativos de protección a los huérfanos, es decir que se brinda ayuda y asistencia social, con el propósito de integrarlos a una familia, se encuentra regulada constitucionalmente, por lo cual se afirma que el Estado reconoce y protege el vínculo de la adopción, declarando de interés nacional y como protección de los niños huérfanos y abandonados, que no cuentan con una protección constitucional.

La Institución de la Adopción, tiene su importancia en la utilidad y beneficio social, es decir que a través de ella se cumple una misión de protección a la infancia desvalida.

Con la existencia de esta institución civil, se beneficia principalmente a la niñez guatemalteca, debido a que existen hogares sin descendencia propia, a los cuales se puede integrar un miembro más, siendo estos niños huérfanos o



abandonados, quienes podrán contar con un núcleo familiar. La adopción como institución caritativa, tiene como objetivo principal responder a los intereses del adoptado, se debe fundar sobre motivos justos y que presenten ventajas para el adoptado, procurando su protección y desarrollo.

4.2. La Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia

La Secretaría de Bienestar Social, por disposición legal, tiene a su cargo el proyecto de Hogar Solidario, ubicado en la Aldea El Platanar, Finca lo de Rodríguez, San José Pinula, atiende a niños y jóvenes de sexo masculino con edad comprendida de 0 a 18 años, que viven en la calle y que han roto parcial o totalmente el vínculo familiar, y que presentan comportamiento vulnerable al consumo de drogas y a la comisión de hechos ilícitos (delitos o faltas), siempre remitidos por orden de los diferentes juzgados a nivel nacional. La institución relacionada surge mediante el impulso de un grupo de mujeres pertenecientes a familias con sólidos recursos económicos, que vio con buenos ojos la política social del gobierno de Juan José Arévalo (1945-1951).

Como elemento fundamental en el origen y la creación de la Secretaría de Bienestar Social, destaca la gratuidad y la orientación de programas dirigidos a niñas y niños, así como a madres pertenecientes a la clase social menos favorecida, a los desprotegidos y los enfermos; ello incluyó también a las madres carentes de asistencia médica en sus partos.



En lo concerniente a bienestar social, corresponde a la entidad relacionada, la ejecución de las políticas del Gobierno, con énfasis en los niños, niñas y jóvenes de ambos sexos, con el propósito de contribuir al mejoramiento de su nivel de vida.

Ese ente público desarrolla una diversidad de programas dentro de los que se encuentran los hogares de protección y abrigo, que son centros públicos.

El cumplimiento de los objetivos trazados y lograr el funcionamiento adecuado en los centros conforme las políticas institucionales y los principios establecidos en la Convención Sobre los Derechos del Niño, se hace necesario normar las relaciones existentes entre autoridades, niñez y adolescentes así como el demás personal, a fin de contribuir a crear un clima de armonía, respeto y convivencia pacífica.

Este centro cuenta con personal técnico profesional tales como médico de planta, enfermera profesional, médico psiquiatra, trabajadora social, psicóloga, procurador, terapeuta ocupacional, monitor y quien es el guía espiritual.

Se realizan actividades sociales, culturales, deportivas y de atención familiar orientadas a lograr el bienestar personal y salud mental de los internos. En el centro se cubren todas las necesidades básicas de higiene, vestuario, alimentación balanceada etc.



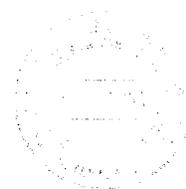
4.3. La familia sustituta como institución

La familia como unidad social primaria y universal, al constituir el primer grupo de personas que rodea al ser humano cuando nace, el que lo recibe, el primer espacio al que pertenece y su primera red de relaciones, le aporta al niño las condiciones necesarias para el desarrollo sano de su personalidad, particularmente a través de su repercusión en los primeros años de vida del niño.

Es así que dentro de toda la edad evolutiva, la infancia constituirá el período más importante, en el cual la personalidad infantil va absorbiendo y elaborando sus primeras y más válidas experiencias, recibe una fundamental impronta de dirección, la cual quedará como determinante para el desarrollo ulterior.

El Programa de Familias Sustitutas, adscrito a la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, una institución encargada de promover la medida de protección de la colocación en una familia sustituta de forma provisional a menores que han sido objeto de maltrato infantil dentro de sus hogares o bien, que hayan sido abandonados o expuestos a algún peligro.

Es una medida de carácter temporal, pues dependerá del juez que conozca el caso, la decisión de la pérdida de la patria potestad de los padres del menor abusado, maltratado o abandonado, de manera que los niños en lugar de ir a



una institución de menores ya sea privada o estatal, pues son acogidos por la familia sustituta en donde se preocupan de darle otro ambiente, más acogedor y personalizado, donde no se sienta abandonado y pueda sentir esa seguridad que sólo una familia le puede otorgar a un menor.

Básicamente radica en la promoción del programa, así como la selección de las familias que se inscriben con el deseo de participar voluntariamente como familia sustituta, asimismo formar parte activa en aquellos casos en donde el Juez de la Niñez y la Adolescencia otorga la citada medida, pues se preocupan por los avances que va teniendo el niño en el tiempo que pasa con la familia sustituta.

4.4. El programa de familia sustituta y sus beneficios

Existe un programa denominado familia sustituta que es impulsado por La Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, los cuales pretenden proteger a los niños, niñas en situación de riesgo o que se encuentran internos en centros de protección y abrigo o bien aquellos que por decisión judicial deberían ser institucionalizados en un hogar de protección y abrigo, pero se les protege en una familia sustituta.

Dicho programa consiste en evitar que los niños que han roto parcial o totalmente el vínculo familiar, y que presentan comportamiento vulnerable a los distintos factores sociales y económicos que los afectan y los llevan al consumo



de drogas, abusos físicos o sexuales, así como en un momento determinado, ser candidatos para la comisión de hechos y actos que se consideran ilícitos.

Con el ingreso del niño o adolescente, por orden judicial a las Instituciones de protección y abrigo de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, al ser considerado su vulnerabilidad y por considerar que su integridad física o moral está sujeta a riesgo, no se tomaba en cuenta el apoyo del resto de la familia, es decir los abuelos, tíos, tías, quienes pueden colaborar en que no sea necesario el ingreso en ninguna institución estatal de protección de la niñez de riesgo social, fortaleciéndose entonces, las alternativas de atención en núcleos ajenos a la familia, rompiendo así cualquier vinculación entre las parientes y el menor.

Por medio del programa impulsado por la Secretaría de Bienestar Social, se integra al niño, niña o adolescente en situación de riesgo social, en un hogar distinto al de sus padres, es decir que se incorpora al menor con personas que no son parientes que deseen y muestren su interés por él, para evitar que se le separe del círculo familiar y social al que pertenece.

Existe obligación por parte del Estado guatemalteco, al momento en el que los niños o niñas, se encuentren privados de relacionarse con su grupo familiar, debe brindárseles ciertos cuidados, entre los que se encuentran la colocación en hogares de guarda del Estado o los hogares sustitutos.



El Artículo ocho de la Convención Sobre los Derechos del Niño establece: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas...”.

Basados en el artículo anterior, es una realidad que es obligación del Estado, preservar la identidad de los niños, procurando no separarlos del núcleo familiar, social y cultural que permitan su desenvolvimiento normal.

El Artículo 20 del texto legal citado preceptúa: “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.... Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

El hecho de separar a un niño o adolescente de su entorno familiar, podría incidir en que el mismo no pueda desarrollarse adecuadamente en su personalidad, lo que deviene en una desorientación psicológica.

El Artículo 114 del mismo texto legal instituye: “El abrigo será medida provisional y excepcional, utilizable como forma de transición para la colocación provisional



o definitiva de niños, niñas y adolescentes en la familia u hogar sustituto y no implicará en ningún caso privación de libertad”

Resulta inaplicable en la población de escasos recursos, dentro del cual se da en mayor forma el maltrato o violación a los derechos de los menores, ya que los familiares no pueden hacerse cargo del niño, niña o adolescente al no poderles brindar una educación, protección o alimentación adecuada.

El Licenciado Justo Solórzano, se comprende como familia sustituta el siguiente: “... a aquel que se establece cuando los propios padres del niño o niña no puedan ocuparse de él o ella y sus cuidados sean inapropiados. debe considerarse la posibilidad de quedar a cargo de otros familiares de los padres u otra familia sustituta adoptiva o de guarda”²¹

Con respecto a los menores que se encuentran en situación de riesgo Unicef considera que: “... se convirtieron en mecanismos de castigo a situaciones de pobreza, exclusión social y vulnerabilidad... el derecho tutelar ofrecía a la niñez en riesgo social se reducía a su internamiento en Centros de tratamiento de menores... el mismo utilizado para privar de libertad a los adolescentes en conflicto con la ley penal...”²²;

²¹ Solórzano, Justo. Ob. Cit. Pag 69

²² Unicef. Los derechos humanos de la niñez. Pag. 13



El autor Berdugo Gómez señala que: "... se supera el paradigma etiológico de concebir a los niños y adolescentes como menos personas, menos capaces... el niño pasa de ser objeto de atención a ser sujeto activo, capacitado para su autodefensa"²³

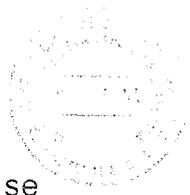
La defensa de los derechos de la niñez, según el autor Manuel Aznar López, señala que: "... el defensor de la niñez y adolescencia deberá someterse a los procedimientos señalados en la Ley..., deberá adoptar las medidas que sean necesarias, aplicando los reglamentos y disposiciones que sean necesarias"²⁴.

Tener una familia como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio del derecho a la dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala. Se trata de un derecho reconocido implícitamente en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual "el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión."

Respecto a la niñez en situación de riesgo, el mismo autor señala que: "... son los niños, niñas y adolescentes, que sufren de amenaza o intento de violación en

²³ Gómez, Berdugo. La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI Pág. 16

²⁴ Aznar López, Manuel. La defensa de los derechos de la infancia en un contexto internacional. Pág. 21



sus derechos y que deben ser atendidos en una forma adecuada, en donde se respete el carácter de sujeto de derecho del niño o la niña”²⁵

Los Estados velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud.

En este sentido, el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia.

²⁵ Solórzano, Justo Ibid. Pág 71



Creer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, es un derecho del niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material, ha entendido que el Estado, la sociedad y la comunidad asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. Los primeros en dar protección y amor a sus hijos, son los padres así como satisfacer sus derechos. Sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado. En este sentido, el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, se encuentra la protección de la persona desde un punto de vista legal, la cual señala en el Artículo Primero que: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.”

El Artículo 3º del mismo texto legal preceptúa: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.



El Código Civil establece en el Artículo uno que: “La personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad”

La necesidad de una nueva legislación en materia de la niñez y adolescencia, fue incluso motivo de análisis por parte de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso “Los niños de la calle”, en la que la *Corte, ordenó al Estado de Guatemala adecuar su legislación a la nueva doctrina de protección integral.*

El Estado guatemalteco, orienta sus políticas a favor de la niñez, dando cumplimiento a las Convenciones sobre Derechos Humanos y en especial a la Convención sobre los Derechos del Niño. Una prioridad para el Estado, es la integridad personal de aquellos menores en situación de riesgo social, es por lo que el Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de protección integral de la niñez y adolescencia, establece en el Artículo 11 que: “Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser protegido contra toda forma de descuido, abandono o violencia, así también a no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes”

Actualmente, existen diversos motivos por los cuales los niños o adolescentes debieran ser integrados a un grupo familiar que los acepte, evitando con ello su

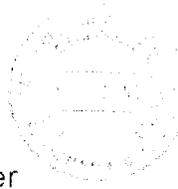


institucionalización, que si bien es cierto les brinda una protección, también lo es que su entorno social y familiar al cual están acostumbrados se desvanece y no alcanzan a comprender el porqué de su encierro en dicha institución, lo cual constituye una doble victimización, porque su encierro, constituye una forma de protegerlo, pero a la vez lo consideran un castigo personal.

Por muchas razones, los niños terminan viviendo con sus parientes las más comunes son enfermedad o muerte de sus padres. Pero en la mayoría de los casos, los padres no pueden cuidar de sus hijos porque abusan de ellos, son negligentes en sus cuidados o bien existe adicción u otros problemas que ponen en situación de riesgo social al niño.

El hecho de que ingrese el niño o adolescente a un hogar sustituto familiar, evita la institucionalización, que es el ingreso a un hogar de protección y abrigo, que lo afecta emocionalmente, al alejarlo de su familia y de sus amistades con quienes comparte desde el inicio de su vida.

El programa de familia sustituta, permite al juez competente que como medida de protección del niño o adolescente en situación de riesgo, sea entregado a un familiar, evitando la descomposición social de la niñez, al verse en peligro frente al maltrato infantil, la explotación, agresión, las maras, las drogas entre otros factores que lo afectan. La familia sustituta, se hará cargo del menor, con tal de brindar un apoyo familiar.



Debido a los factores que afectan a la niñez, sus familiares no pueden proveer a los niños de estímulos afectivos en un momento de su desarrollo, colocándolo en estado vulnerable para hacer afectado e incluso abusado en sus derechos incluso por su núcleo familiar, por tal razón es necesario protegerlo pero no aislarlo, por lo que si existen alternativas familiares que se hagan cargo del niño o adolescente y que le brinden una protección y ayuda integral. Es necesario buscar la integración del niño o adolescente a una familia sustituta, lo que le permitirá no sentirse institucionalizado o aislado para su protección y abrigo, por el contrario, se sentirá aceptado y protegido, lejos de aquellas personas que le proporcionan daños físicos o materiales, evitando la institucionalización.

La Institución de la familia sustituta y el estímulo de los familiares u hogares integrados, a través de reconocimiento y apoyo económico a cambio de hacerse cargo de un niño, niña o adolescente, que sea afecto por factores sociales impidiendo con dicha integración, el sufrimiento y vejámenes de los mismos, debe ser apoyada económicamente, su integración a dicho núcleo familiar para la cobertura de su manutención y educación.

4.5. Quienes pueden ser familias sustitutas

La Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, establece que pueden desempeñarse como familias sustitutas, los matrimonios con instrucción básica obligatoria como mínimo. Las mismas deberán presentar al momento de



selección, certificado de buena conducta y de aptitud psicofísica. La familia sustituta debe ser propietaria de la vivienda y asegurar la infraestructura básica y el mobiliario adecuado para el albergue requerido, la cantidad de miembros convivientes no debe ser demasiados para asegurar que le brindarán al menor el cuidado necesario para su desarrollo integral. Se requiere también que los miembros de la familia sustituta, tenga un trabajo estable.

Los núcleos familiares deberán brindar un cuidado integral, que comprende el sostenimiento de la asistencia, tratamiento y rehabilitación requeridas por cada menor a su cargo, garantizar una alimentación adecuada, promover la higiene personal, proveer un clima afectivo y de seguridad, que favorezca una vida lo más normalizada posible; demostrar capacidad para organizar y administrar el hogar, resolver problemas de la vida cotidiana y aceptar el asesoramiento del equipo profesional a cargo del programa y solicitarlo cuando sea necesario.

4.6. Análisis del Acuerdo 40-2010 de la Corte Suprema de Justicia

Sin que exista un análisis profundo de lo que es la Institución de la adopción en sí, es necesario analizar el Acuerdo relacionado anteriormente nominado como Reglamento para la Aplicación de Medidas de Protección a Niños Privados de su Medio Familiar por parte de juzgados que ejercen competencia en materia de Niñez y Adolescencia Amenazada o Violada en sus Derechos Humanos, cuando la familia sustituta, pudiera ser considerada como una posibilidad de adopción



del niño que les ha sido confiado para su cuidado. Partiendo de que la Constitución Política de la República en su Artículo primero, garantiza la protección de la persona y la familia de los habitantes del territorio guatemalteco, y siendo de interés nacional la protección de los niños, niñas y adolescentes huérfanos y abandonados, así como aquellos menores que han sido objeto de violencia física o psicológica, y en ese sentido se presenta este proyecto de investigación, para indagar sobre un programa muy interesante que se implantó en la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República.

En realidad, para estos menores, cuando tienen el ánimo de acogerse a las reglas del albergue, pueden verse beneficiados a veces hasta con ayuda psicológica y educación, así como instrucción religiosa que les permite recuperar sus valores morales.

Lo mismo sucede con los adolescentes cuando por diversas circunstancias de la vida se encuentran en abandono, porque en estos refugios pueden aprender un oficio y posteriormente conseguir un trabajo.

El programa de familia sustituta, contempla una visión que complementa la labor que estos albergues han venido realizando; pues hay que recordar que la personalidad de un menor se forma en su hogar, y si por todas las razones antes expuestas no es posible que crezca con sus padres porque simplemente no serían un buen ejemplo para él; se creó una alternativa a la institucionalización



del menor; mediante el Acuerdo 23-2000 de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República; de fecha 14 de marzo del año 2000 el programa de Hogares Sustitutos que empezó a funcionar formalmente en el mes de junio del año 2006.

El objetivo del programa de familias sustitutas de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República es captar, evaluar y certificar a familias idóneas que puedan acoger en su hogar a un niño, niña o adolescente de forma temporal, mientras se resuelve su situación judicial a través de la reincorporación en su familia biológica o la integración en una familia adoptiva.

Resulta que en la actualidad, aquellos menores que han salido de su hogar; por motivo de haber sufrido violencia intrafamiliar, ya sea física o psicológica, o bien han sido abandonados a su merced en las calles, y quienes tienen que mendigar para obtener recursos para sus alimentos, con buena suerte son llevados a albergues, en donde les proveen de lo indispensable para vivir. Por lo menos cuentan con un techo, alimentación en buen estado, quizá no en abundancia; pero es mucho mejor a pasar sus días y noches en la calle, expuestos a los vejámenes de otros indigentes o a la violencia común.

El Programa de Familia Sustituta fue creado como alternativa a la institucionalización de los niños, niñas y adolescentes que por diferentes razones tienen que enfrentar un proceso judicial de por sí ya traumático para

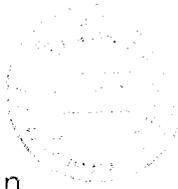


ellos, menores que también tienen que enfrentar el hecho de ser institucionalizados en los Hogares de Protección y Abrigo de la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia o en los Hogares de Protección particulares, donde la atención hacia ellos no es personalizada, aparte de ser carente de las más básicas expresiones de afecto necesarias para el desarrollo integral de los niños y el reencauce de los adolescentes que han pasado por similares condiciones de menores.

Es de mencionar que en el ámbito internacional existen Convenios y Tratados en los cuales se puede fundamentar el objetivo del Programa, sin embargo es importante que los Jueces de la Niñez y la Adolescencia lo apliquen en virtud del principio del interés superior del menor, con el objetivo que el niño o niña violentado en sus derechos por sus propios familiares pueda salir de ese seno violento y desarrollarse en una familia sustituta que le pueda brindar ese amor y buenos principios que lo formarán una persona de bien en el futuro.

Los beneficios que recibiría el menor que ha sido expuesto a violencia intrafamiliar, el ser colocado en una de las familias sustitutas que estén a disposición de los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia de la Republica para evitar institucionalizarlo, por lo impersonal de la institucionalización.

No obstante lo anterior es importante establecer, que al incorporar al niño o niña en una familia sustituta, su personalidad evidentemente se forma en torno a ese



núcleo familiar, lo que conlleva su desarrollo personal en dicho seno, sin embargo, resulta contradictorio, que una familia sustituta, quien ha sido evaluada por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, encuentre en el Acuerdo 40-2010 de la Corte Suprema de Justicia, un obstáculo al momento de tomar la decisión de adoptar al menor que les ha sido confiado para su cuidado y protección.

El Acuerdo Número 40-2010 de la Corte Suprema de Justicia establece en el Artículo 5 que: "Preservación de la familia. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, a través de los magistrados y jueces con competencia en materia de Niñez y Adolescencia que conocen los procesos de protección y abrigo, garantizar a los niños, niñas y adolescentes amenazadas o violada en sus derechos humanos, la preservación en el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección en su familia biológica; si no fuera posible, se procederá a la investigación correspondiente, para optarse por otorgarse la protección y abrigo en la familia ampliada. Agotados los dos recursos familiares anteriormente señalados, sin resultados positivos, el juez ordenará el abrigo provisional en una familia sustituta previamente acreditada por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República. Excepcionalmente, y como último recurso, el juez ordenará el abrigo del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada dedicada al cuidado de niños, instituciones públicas o privadas autorizadas por el Consejo Nacional de Adopciones."



La aplicación de medida de abrigo del niño en familia sustituta. Como familia sustituta, se entenderá a la familia que sin tener parentesco legal de consanguinidad o afinidad, acoge, en forma temporal, al niño, niña o adolescente que está privado de su medio familiar biológico o ampliado de los niños, niñas y adolescentes que sea declarado amenazado o violado su derecho a la familia.

El juez con competencia en niñez y adolescencia podrá ordenar el abrigo del niño, niña o adolescente en una familia sustituta, que haya sido previamente acreditada por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, como autoridad competente en materia de medidas de protección y la institución encargada de captar, seleccionar, capacitar y acreditar las familias sustitutas.

La medida de protección y abrigo temporal en el seno de una familia sustituta será ordenada por el juez con competencia en niñez y adolescencia siempre con carácter temporal, sin exceder de seis meses, siendo su fin primordial evitar que el niño en tal situación sea abrigado en una institución.

En ningún caso la familia sustituta designada para protección de los niños, niñas y adolescentes que sean declarados amenazados o violados en su derecho a la familia, podrá solicitar en el futuro la adopción del niño, niña o adolescente que abriga provisionalmente. En ningún caso un juez otorgará protección y abrigo



temporal de un niño, niña o adolescente a solicitud de una familia sustituta. Las autoridades judiciales no toman en cuenta que la institución de la adopción, debe tener por principio que solo en caso de no existir interés para la adopción de niños en Guatemala, podría iniciarse una adopción internacional.

Es un derecho humano que el niño pueda ser integrado a una familia sustituta que desee y demuestre interés por cuidarlo, beneficiando el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, como personas en el pleno desarrollo de su personalidad, que merecen la protección especial que su condición exige, respetando su entorno social, familiar y educativo.

El Artículo 9 del mismo texto legal preceptúa que: "Prohibiciones para ser familia sustituta. Tienen prohibición para ser familia sustituta: a) familias extranjeras que carezcan de residencia permanente en el país; b) familias guatemaltecas que soliciten ser familia sustituta de un niño, niña o adolescente cuando se encuentran en el proceso de adopción; y c) familias adoptivas o interesadas en adoptar, los niños, niñas y adolescentes que sean declarados amenazados o violados sus derechos a la familia para no desvirtuar la institución de la adopción, para no poner en riesgo la posibilidad de la reinserción con su familia biológica."

Derivado de la aplicación del programa de familia sustituta, puede establecer que existen los beneficios siguientes:



- a) El apoyo al programa de familia sustituta, hace positiva la normativa internacional que obliga a los Estados a respetar el derecho de identidad, educación y multiculturalidad, de los menores declarados en situación de abandono.

- b) El niño o adolescente en situación de riesgo, es más eficiente, cuando se realiza en su entorno en el ámbito social donde ha crecido.

- c) Debe apoyarse económicamente al núcleo familiar, que constituido en familia sustituta, hacerse cargo de un menor en situación de riesgo, permitiendo que el ingreso del nuevo miembro de la familia crezca en un entorno familiar compuesto de padres e hijos.

Resulta contradictorio, que existiendo un trabajo administrativo para calificar a las futuras familias sustitutas, quienes al aceptar en el seno de hogar a un niño, se le advierte que deberán entregarlo cuando exista una familia que desee adoptarlo.

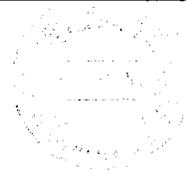
No es posible que si el niño está mejor con la familia sustituta que con cualquier otra, entonces no debería retirársele de la misma, atendiendo a su interés superior, el niño se quedará temporalmente, pero los padres sustitutos, no pueden ir en adopción porque hay una prohibición.



4.7. Reforma del Acuerdo 40-2010 de la Corte Suprema de Justicia

Es necesario que la familia sustituta, a cargo de un niño, pueda obtener la constancia de idoneidad y empatía que debe ser emitida por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, en la que se reconozca a una familia, apta para proteger y respetar de manera duradera a un niño que no nació en ella y que ha sido declarado judicialmente en estado de adoptabilidad, así como reconocer a los adoptantes declarados idóneos, como los más adecuados para un niño declarado en adoptabilidad, después de haber superado el proceso de selección y convivencia según lo establecido en el Artículo 14 y 16 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional del año 1986.

Es necesario que institucionalmente, se utilicen y viabilicen los recursos estatales, como lo es el trabajo de la Secretaría de Bienestar Social. Es inconcebible, que una familia sustituta que ha cumplido con los requisitos administrativos y legales para ser considerada como tal, ahora no pueda ser la principal candidata para adoptar al niño o adolescente que le ha sido confiado, cuando se aplica el Acuerdo 40-2010 de la Corte Suprema de Justicia, el cual en el Artículo 8, limita a una familia sustituta, el derecho a futuro, de adoptar al menor, por lo que no se concibe que un menor pueda ser separado del seno de



una familia que lo abrigo por un tiempo prudencial, sin tomar en cuenta su estado emocional, no solo del niño, sino de la familia que lo ha cuidado, alimentado y educado.

La Corte Suprema de Justicia tiene la facultad de emitir los reglamentos que le corresponden conforme a la ley, en materia de las funciones jurisdiccionales y en atención al desarrollo de las actividades propias de los órganos jurisdiccionales.

Se propone para la reforma del Artículo 8 del Acuerdo 40-2010 de la Corte Suprema de Justicia el cual quedaría así:

Aplicación de medida de abrigo del niño en familia sustituta. Como familia sustituta, se entenderá a la familia que sin tener parentesco legal de consanguinidad o afinidad, acoge, en forma temporal, al niño, niña o adolescente que está privado de su medio familiar biológico o ampliado de los niños, niñas y adolescentes que sea declarado amenazado o violado su derecho a la familia.

El juez con competencia en niñez y adolescencia podrá ordenar el abrigo del niño, niña o adolescente en una familia sustituta, que haya sido previamente acreditada por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, como autoridad competente en materia de medidas de protección y la



institución encargada de captar, seleccionar, capacitar y acreditar las familias sustitutas entregándoles la constancia de idoneidad y empatía que debe ser emitida por el Programa de Familia Sustituta de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, en la que se reconozca a una familia, apta para proteger y respetar de manera duradera a un niño que no nació en ella y que ha sido declarado judicialmente en estado de adoptabilidad, así como reconocer a los adoptantes declarados idóneos, como los más adecuados para un niño declarado en situación de adopción.

La medida de protección y abrigo temporal en el seno de una familia sustituta será ordenada por el juez con competencia en niñez y adolescencia siempre con carácter temporal, sin exceder de seis meses, siendo su fin primordial evitar que el niño en tal situación sea abrigado en una institución. Las familias sustitutas designadas para protección de los niños, niñas y adolescentes que sean declarados amenazados o violados en su derecho a la familia, podrán solicitar en el futuro la adopción del niño, niña o adolescente que abriga provisionalmente, siempre que hayan obtenido la constancia de idoneidad y empatía, así como la manifestación escrita de querer adoptar al niño que les ha sido confiado judicialmente.



CONCLUSIONES

1. El programa de Familia Sustituta como medida de protección y abrigo que proporciona el Estado a la niñez amenazada o violada en sus derechos, provee a la niñez en esa situación de un hogar temporal en donde el niño, niña o adolescente luego de haber sido víctima inicia una vida en familia con el fin de reparar el daño sufrido. por el papel que la Familia Sustituta desempeña en beneficio de la niñez.
2. La fundamental o principal legislación tanto nacional como internacional que vela por la protección de los derechos de la niñez, Convención de los Derechos del Niño, Constitución Política de la República de Guatemala, Ley de Adopciones, no establece prohibición alguna para que la familia sustituta pueda adoptar al niño, niña o adolescente dado a su cuidado.
3. La niñez guatemalteca por su naturaleza de persona tiene derecho a una familia, lo cual constitucionalmente está implícito en el principio del derecho a la dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad garantizado en la legislación tanto nacional como internacional.



4. Los factores sociales, económicos y criminógenos que afectan el desarrollo de la niñez y la relación con sus padres, lo que muchas veces obliga a que los padres los abandonen o los expongan y obliguen a desarrollar actividades que ponen en peligro su integridad y afectan su desarrollo integral, tales como la pobreza, el desempleo y el maltrato.



RECOMENDACIONES

1. Por medio del órgano jurisdiccional, se analice si la adopción de un niño entregado a una familia sustituta, lo perjudica al ser separado de la misma, luego de haber recibido en dicha familia el amor y cuidado necesarios para su desarrollo integral.
2. A través de la Corte Suprema de Justicia, reformar el Artículo 8 del Acuerdo 40-2010 de dicha corte, en el sentido de permitir la adopción por la familia sustituta del niño, niña o adolescente que le ha sido dado a su cuidado cuando dicha familia lo desee con el fin de velar por el interés superior del niño.
3. Las autoridades judiciales y administrativas deben interpretar el Principio del Interés Superior del Niño, como el principio fundamental para la protección de sus derechos, se procure el desarrollo integral del niño, niña o adolescente que ha sido amenazado o violado en sus derechos por medio de proveerle de una familia con la brevedad posible.



4. El Estado de Guatemala es el encargado de establecer y ejecutar políticas de desarrollo social y económico dirigidas a la población más desposeída invirtiendo para ello la mayor cantidad de recursos posibles con el fin de proveer de empleo como medida para el combate de la pobreza que son factores que provocan la descomposición social que afecta principalmente a la niñez.



BIBLIOGRAFÍA

- ANTOLISEI, Francisco. **Manual de derecho penal; parte general.** Colombia: Ed. Editorial Temis, 1998.
- ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales.** España: Ed. Fénix, 1993.
- ARRIAZA, Roberto. **Problemas socio-económicos de Guatemala.** Guatemala: Ed. Editexa, 1995.
- AZNAR López, Manuel. **La defensa de los derechos de la infancia en un contexto internacional.** España: Ed. CICODE, Universidad de Alcalá, 1999.
- BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho de familia.** Argentina: Ed. Abeledo-Perrot. Argentina. 1993.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Guatemala: Ed. Estudiantil Fenix, 2001
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Argentina: Ed. Heliasa S.R.L., 1980.
- CALVENTO SOLARI, Ubaldino. **La convención sobre los derechos del niño y la adopción internacional, cuadernos de trabajo, conferencia intergubernamental sobre adopción internacional.** Chile: (s.e.), 1999.



ESPASA CALPE. **Diccionario jurídico multimedia espasa.** España: Ed. Espasa, 2001.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho.** México: Ed. Porrúa. México, 2004.

GÓMEZ, Berdugo. **La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI.** España. Ed. Pamplona, 2002.

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, **Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia.** Holanda: Ed. ICCO. 2003.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, **Instrumentos de protección de los derechos humanos.** Costa Rica: Ed. Talleres San José, 1998.

MICROSOFT CORPORATION. **Enciclopedia multimedia encarta.** Estados Unidos de Norte América: Ed. Microsoft, 2004.

OSSORIO, MANUEL, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1981.

PECES-BARBA, Gregorio. **Derechos fundamentales.** España: Ed. Madrid Universitaria Complutense, 1983.

PENICHE LÓPEZ, Edgardo. **Introducción al derecho y lecciones de derecho civil I.** México: Ed. Porrúa, 1998.



PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. España: Ed. Pirámide S.A., 1976.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. Argentina: Ed. Revista de derecho privado, 1957.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**. España: Ed. Espasa, 2001.

SOLÓRZANO, Justo. **Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, una aproximación a sus principios, derechos y garantías**. Guatemala: Ed. Ediciones Superiores. S. A., 2004.

UNICEF. **Los derechos humanos de la niñez**. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Suiza: (s.e.), 2001.

Legislación

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

Convención Americana sobre los Derechos Humanos. 1969.

Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. 1984.

Código Civil, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106.



Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia. Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala. 2003.

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

Reglamento Orgánico de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, Acuerdo Gubernativo 752-2003 del Presidente de la República. 2003.

Reglamento para la Aplicación de Medidas de Protección a Niños Privados de su Medio Familiar por parte de juzgados que ejercen competencia en materia de Niñez y Adolescencia Amenazada o Violada en sus Derechos Humanos. Acuerdo Número 40-2010 de la Corte Suprema de Justicia. 2010.