

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

DETERMINACIÓN DE LOS MOTIVOS PARA ORDENAR LA MEDIDA DE ABRIGO Y
PROTECCIÓN EN ENTIDAD PÚBLICA O PRIVADA A FAVOR DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES

JOSÍAS JOSUÉ FELIPE PAJARITO

GUATEMALA, ABRIL DE 2016

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

**DETERMINACIÓN DE LOS MOTIVOS PARA ORDENAR LA MEDIDA DE ABRIGIO Y
PROTECCIÓN EN ENTIDAD PÚBLICA O PRIVADA A FAVOR DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSÍAS JOSUÉ FELIPE PAJARITO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril de 2016

**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. | Jhonathan Josué Mayorga Urrutia |
| VOCAL V: | Br. | Freddy Noé Orellana Orellana |
| SECRETARIO: | Lic. | Daniel Mauricio Tejeda Ayestas |

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

| | | |
|-------------|--------|-----------------------------------|
| Presidente: | Lic. | José Luis de León Melgar |
| Vocal: | Licda. | Hermencia Elizabeth Alvarado Mota |
| Secretario: | Licda. | Edna Mariflor Irungaray López |

Segunda Fase:

| | | |
|-------------|--------|---------------------------------|
| Presidente: | Lic. | Jorge Mario Álvarez Quiros |
| Vocal: | Lic. | Carlos Humberto de León Velazco |
| Secretaria: | Licda. | Josefina Cojon Reyes |

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




Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 04 de noviembre de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, MARVIN RABANALES GARCIA
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JOSÍAS JOSUÉ FELIPE PAJARITO, con carné 200610474,
 intitulado DETERMINACIÓN DE LOS MOTIVOS PARA ORDENAR LA MEDIDA DE ABRIGO Y PROTECCIÓN EN
ENTIDAD PÚBLICA O PRIVADA A FAVOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

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


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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


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



Fecha de recepción 06 / 11 / 2014.


 Asesor(a)
MARVIN RABANALES GARCIA
 Abogado y Notario



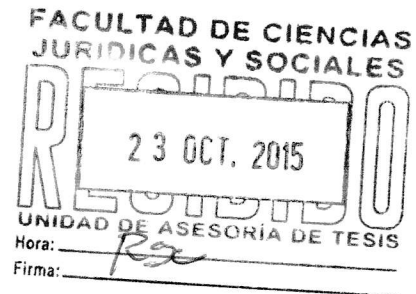


Licenciado
Marvin Rabanales García
Abogado y Notario



Guatemala, 22 de octubre de 2015

Dr. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

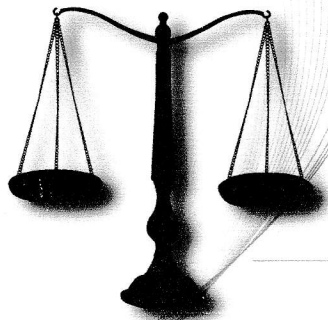


Estimado Doctor:

En cumplimiento a la designación que usted me hiciera en fecha cuatro de noviembre de dos mil catorce, he procedido a REVISAR el trabajo de tesis del bachiller **JOSÍAS JOSUÉ FELIPE PAJARITO**, sobre el tema: **"DETERMINACIÓN DE LOS MOTIVOS PARA ORDENAR LA MEDIDA DE ABRIGO Y PROTECCIÓN EN ENTIDAD PÚBLICA O PRIVADA A FAVOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES"**. Para lo cual me complace dirigirme a su persona y manifestarle lo siguiente:

- I. El contenido científico y técnico de la presente investigación es de mucha importancia para nuestra sociedad, en especial para la niñez y adolescencia. En virtud que aporta herramientas para el pleno ejercicio de los derechos de la niñez, en el marco de la Doctrina de Protección Integral, considerando el trabajo como novedoso por su temática.
- II. Se aplicó en el presente trabajo de investigación, los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y las entrevistas, sistematizando los aportes que se consideró razonables al tema, fundamentado en la legislación internacional y nacional vigente que desarrolla la Doctrina de Protección Integral de la niñez.

10a. calle 9-68 zona, 1 Edificio Rosanca Oficina 501
Guatemala, Ciudad.
 Teléfono: (502) 5511-0993
 e-mail: mrabanales.ala@gmail.com



Licenciado
Marvin Rabanales García
Abogado y Notario

III. El desarrollo de la investigación presentada en el documento, ordena y concreta las ideas, utilizando un vocabulario jurídico que explica las doctrinas e instituciones de manera adecuada conforme al derecho vigente.

IV. La conclusión discursiva a la que el bachiller Felipe Pajarito arribó, es fruto del interés y compromiso demostrado en el proceso de la investigación, la cual fue discutida en reuniones de análisis del informe final, la cual es acorde al tema desarrollado y en relación a la bibliografía que se utilizó.

V. Expreso que no soy pariente dentro de los grados de ley con el bachiller **JOSÍAS JOSUÉ FELIPE PAJARITO**.

VI. Por todo lo anteriormente expuesto, manifiesto que el trabajo de tesis que tuve a bien revisar, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en tal virtud emito mi dictamen en sentido **favorable**, para ser presentado, discutido y defendido en el examen público correspondiente.

"Id y enseñad a todos"



Lic. Marvin Rabanales García
Abogado y Notario
Colegiado
7626

MARVIN RABANALES GARCIA
Abogado y Notario

📍 10a. calle 9-68 zona, 1 Edificio Rosanca Oficina 501
Guatemala, Ciudad.
☎ Teléfono: (502) 5511-0993
✉ e-mail: mrabanales.ala@gmail.com



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 12 de febrero de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JOSÍAS JOSUÉ FELIPE PAJARITO, titulado DETERMINACIÓN DE LOS MOTIVOS PARA ORDENAR LA MEDIDA DE ABRIGO Y PROTECCIÓN EN ENTIDAD PÚBLICA O PRIVADA A FAVOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. 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





DEDICATORIA

A MIS ANCESTROS

AJTUJAAL:

A mis ancestros que a lo largo de la historia han demostrado su fortaleza, su valentía, su sabiduría y que han propiciado que, como nietos de una nación ancestral, después de siglos sigamos vivos. En especial a Miguel Pajarito, Magdalena Espinoza, Pascual Felipe y Juana Arcón.

A MI MADRE

Y MI PADRE:

Petrona Pajarito Espinoza y Pascual Felipe Arcón, por todo el apoyo incondicional, por su sacrificio en cada momento de mi vida.

A MIS HERMANOS:

Juana, Magdalena, Pascual, Margarita, Barbara, María, Miguel, Alicia y Alexander que la finalización de este ciclo sea un resultado de los tiempos difíciles que se lograron superar, fruto de lo que como hermanos hermanas supieron cultivar.

A MIS AMISTADES:

Especialmente: Juan Ruben Brito, Roxana López, Manuel Bolom, Silvia Tecún, Jorge Matías, Cristina Gonzales, Eva Tecún, Edwin Simon y todos los demás amigos y compañeros que han sido parte importante en mi formación personal para aportar en los diversos procesos sociales de nuestros pueblos Mayas.

A:

La Licenciado Marvin Rabanales por la asesoría y la revisión correspondiente al presente trabajo.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, espacios de reflexión,



discusión y formación de generaciones que aportan y
aportarán a la construcción de un país con justicia.



PRESENTACIÓN

La presente investigación es de tipo cualitativa-cuantitativa. Siendo el objeto de estudio el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del municipio de Mixco, departamento de Guatemala durante la labor jurisdiccional del año 2013. Por lo que se obtuvieron datos cuantitativos en el Centro de Información y Estadística Judicial, el Consejo Nacional de Adopciones y la Secretaría de Bienestar Social sobre las medidas de abrigo y protección dictadas al año 2013.

Se analiza a la luz de los principios de la doctrina de protección integral la medida de abrigo y protección que se ordena a favor de niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos. Es así que el presente análisis se enmarca en los derechos humanos de la niñez y adolescencia.

La importancia de este trabajo radica en ser un aporte para la mejor aplicación de la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada a favor de niños y adolescentes basado en los principios de la doctrina de la protección integral. De esa cuenta aplicar el principio de legalidad en el proceso de protección de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos.



HIPÓTESIS

La hipótesis en la presente investigación es la siguiente: Para garantizar los derechos de la niñez y adolescentes al dictar una medida de abrigo y protección en entidad pública o privada, se debe reformar la literal h) del Artículo 112 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el sentido de determinar los motivos para ordenar la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada a favor de niños, niñas y adolescentes.



COMPROBACIÓN DE HIPOTESIS

La metodología que se utilizó para comprobar la hipótesis planteada es inductivo-deductiva. En base a la información recabada y el análisis realizado se puede afirmar que la hipótesis planteada es válida. De esa cuenta es preciso reformar la literal h) del Artículo 112 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el sentido de determinar los motivos para ordenar la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada a favor de niños, niñas y adolescentes para garantizar los derechos de la niñez y adolescentes. Sin embargo la investigación permite establecer que la reforma debe ser para regular los motivos por los que no se puede dictar la medida de abrigo y protección para garantizar el principio de legalidad y el principio de prioridad absoluta propio de la doctrina de protección integral.



ÍNDICE

| | Pág. |
|-------------------|------|
| Introducción..... | i |

CAPÍTULO I

| | |
|---|----|
| 1 Doctrinas de la niñez y adolescencia..... | 1 |
| 1.1. Antecedentes..... | 1 |
| 1.2. Doctrina de situación irregular..... | 4 |
| 1.2.1. Definición..... | 4 |
| 1.2.2. Características..... | 5 |
| 1.3. Doctrina de protección integral..... | 7 |
| 1.3.1. Definición..... | 7 |
| 1.3.2. Principios..... | 9 |
| 1.3.3. Características..... | 13 |
| 1.4. Derechos humanos..... | 14 |
| 1.4.1. Definición..... | 14 |
| 1.4.2. Sujeto de los derechos humanos..... | 14 |
| 1.4.3. Características..... | 16 |
| 1.4.4. Clasificación de los derechos humanos..... | 18 |

CAPÍTULO II

| | |
|---|----|
| 2 Instrumentos jurídicos de protección de la niñez y adolescencia..... | 23 |
| 2.1. Legislación internacional..... | 24 |
| 2.1.1. Convención Sobre los Derechos del Niño..... | 24 |
| 2.2. Legislación nacional..... | 26 |
| 2.2.1. Constitución Política de la República de Guatemala..... | 26 |
| 2.2.2. Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia..... | 27 |



| | Pág. |
|---|-------------|
| 2.2.3. Decreto número 28-2010 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth..... | 32 |
| 2.2.4. Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Adopciones..... | 33 |

CAPÍTULO III

| | | |
|--------|--|----|
| 3 | Proceso de protección de la niñez y adolescencia..... | 37 |
| 3.1. | Definición..... | 37 |
| 3.2. | Principios del proceso de protección de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos..... | 38 |
| 3.3. | Partes procesales..... | 43 |
| 3.3.1. | Tribunales de Niñez y Adolescencia..... | 43 |
| 3.3.2. | Niño, niña y adolescente..... | 47 |
| 3.3.3. | Procuraduría General de la Nación..... | 48 |
| 3.3.4. | Profesional acompañante del niño, niña y adolescente..... | 50 |
| 3.3.5. | Familiares e interesados..... | 50 |
| 3.4. | Medidas específicas de protección a la niñez y la adolescencia, padres y responsables..... | 51 |
| 3.5. | Diligenciamiento del proceso de protección de la niñez y adolescencia violada en sus derechos humanos..... | 53 |
| 3.5.1. | Inicio del proceso de protección..... | 53 |
| 3.5.2. | Trámite de la denuncia..... | 53 |
| 3.5.3. | Audiencia preliminar para dictar medidas de protección..... | 53 |
| 3.5.4. | Audiencia de conocimiento de hechos..... | 54 |
| 3.5.5. | Proposición de pruebas..... | 55 |
| 3.5.6. | Audiencia definitiva..... | 56 |
| 3.5.7. | Impugnaciones..... | 57 |



| | Pág. |
|--|-------------|
| 3.5.8. Ejecución de la medida..... | 60 |
| 3.6. Separación familiar..... | 60 |
| 3.6.1 Familia biológica..... | 61 |
| 3.6.2. Familia ampliada..... | 61 |
| 3.6.3. Familia sustituta..... | 61 |
| 3.6.4 Abrigo de niño, niña o adolescente en entidad pública o privada. | 63 |

CAPÍTULO IV

| | |
|--|-----------|
| 4 Fundamentos para regular motivos para ordenar la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada..... | 71 |
| 4.1. Principios y garantías de la niñez y adolescencia..... | 73 |
| 4.2. Presupuestos para limitar la libertad..... | 75 |
| 4.2.1. En el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal..... | 76 |
| 4.2.2. En el proceso penal..... | 77 |
| 4.3. Niñez y adolescencia abrigada en entidad pública o privada..... | 79 |
| 4.4. Efectos de la Institucionalización..... | 85 |
| 4.5. Alternativas para regular los motivos por los que no se puede ordenar la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada a favor de niños, niñas y adolescentes..... | 87 |
| 4.5.1. Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia..... | 89 |
| 4.5.2. Decreto del Congreso de la República de Guatemala..... | 91 |
| CONCLUSIÓN DISCURSIVA..... | 93 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 95 |



INTRODUCCIÓN

La garantía del pleno ejercicio de los derechos de la niñez y adolescencia es de vital importancia debido que es en ese contexto en el que se desenvuelve la niñez y adolescencia actualmente, mismos que propiciarán el desarrollo de las nuevas generaciones en el que nuestros descendientes interactuarán.

La decisión de realizar la presente investigación se debe al impacto que tiene en la niñez y adolescencia la separación familiar y posterior abrigo en entidad pública o privada. A esto se suma que la legislación otorga una amplia discrecionalidad al Juez con competencia en niñez y adolescencia para dictar las medidas de protección. Es así que en algunos casos suele dictarse la medida de abrigo por motivos de rebeldía y falta. Convirtiendo la medida en una herramienta disciplinaria, característica propia de la doctrina de situación irregular.

En ese contexto, con la presente investigación se tuvo como objetivo demostrar la necesidad de reformar la literal h) del Artículo 112 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto No. 27-2003 del Congreso de la República, en el sentido de determinar los motivos para ordenar la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada a favor de niños, niñas y adolescentes.

Siendo la hipótesis la siguiente: Para garantizar los derechos de la niñez y adolescentes al dictar una medida de abrigo y protección en entidad pública o privada, se debe reformar la literal h) del Artículo 112 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el sentido de determinar los motivos para ordenar la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada a favor de niños, niñas y adolescentes.

La validez de la hipótesis se puede afirmar, toda vez que por el principio de legalidad se debe regular esta medida de abrigo y protección. Sin embargo, no en el sentido de



establecer los motivos por los que se dicta una medida de abrigo y protección en entidad pública o privada, sino más bien, en el sentido de regular los motivos por los cuales no se podrá dictar dicha medida.

Se desarrollan cuatro capítulos, en el primero se aborda la doctrina de situación irregular y la doctrina de protección integral en el marco de los derechos humanos de la niñez y adolescencia; en el segundo capítulo se expone sobre los principales instrumentos jurídicos internacionales y nacionales que regulan los derechos de la niñez y adolescencia así como los mecanismos para protegerlos y restituirlos ante una amenaza o violación; en el tercer capítulo se analiza el proceso de protección de la niñez y adolescencia y la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada; finalmente en el cuarto capítulo se enlista los fundamentos para regular la medida de abrigo y protección a la luz de la doctrina de protección integral.

Se utilizó el método deductivo-inductivo, que con los insumos obtenidos por la recopilación de información documental, estadística y opiniones de actores claves en la atención de la niñez y adolescencia abrigada, permitió llegar a una conclusión importante a favor de la niñez y adolescencia basada en los principios de la doctrina de protección integral.

Es así que se precisa seguir reflexionando para el desarrollo de la positivización de la doctrina de protección integral, toda vez que en la labor de recopilación realizada se evidencia otros aspectos a implementar para el pleno ejercicio de los derechos de la niñez y adolescencia.



CAPÍTULO I

1. Doctrinas de la niñez y adolescencia

La forma en que las legislaciones han regulado lo referente a la niñez y adolescencia ha evolucionado a la par del origen y evolución de la teoría sobre los derechos humanos. De esa cuenta, es preciso exponer un panorama general sobre la evolución que ha tenido el tratamiento diferenciado de la niñez y la adolescencia.

1.1. Antecedentes

El jurista Emilio García Méndez realiza un análisis crítico, de la evolución del tratamiento a la niñez y adolescencia, alrededor de la teoría del control social. Expone que existe el control social formal y el control social informal. Siendo el control social formal el que se ejerce por las distintas instancias del sistema penal, policía, jueces; y el control social informal el que se ejerce en la familia, la escuela, la religión. De esto se deriva que existan un doble orden de las cosas: la intencionalidad y grado de institucionalización.

Sobre los fundamentos de la existencia de mecanismos formales de control social, García Méndez expone:



- a) “Necesidad de dar relevancia y hacer transparente ciertos conflictos sociales, los que de otro modo asumen la categoría de inevitables porque forman parte de una cultura específica.
- b) La necesidad de impedir o reducir la venganza privada provocada por la no intervención del sistema penal.
- c) La existencia de principios y garantías formales de las libertades.”¹

En ese contexto de los mecanismos de control social se construye la categoría de la infancia.

La infancia ha tenido diversas etapas en la historia de la humanidad. Desde el punto en que no es visible hasta nuestros tiempos en que se le faculta como sujeto de derechos. García Méndez, citando a Ph. Aries, expone que: “en la sociedad tradicional, y hasta bien entrado el siglo XVII, la niñez, tal como ella es entendida hoy, no existe. Existe en cambio, un periodo de estricta dependencia física luego del cual se entra, sin más, al mundo de los adultos. Un ejemplo y prueba de ello, es que el desconocimiento del niño por parte del arte del Medioevo no puede ser reducido a un mero error o distracción de los artistas. Utilizando la pintura de la época, como documento cuya importancia no puede despreciarse, el siglo XVII muestra una inversión de tendencia representada por el retrato de la campaña que se organiza ya en torno al niño. En este proceso de descubrimiento-intervención de la niñez, la vergüenza y el orden constituyen dos sentimientos de carácter contrapuestos que ayudan a modelar un sujeto a quien la

¹ García Méndez, Emilio. **Derecho de la infancia-adolescencia en América: de la situación irregular a la protección integral.** Pág. 36



escuela dará forma definitiva. La escuela, organizada bajo tres principios fundamentales: vigilancia permanente, obligación de denunciar y la imposición de penas corporales, cumplirá conjuntamente con la familia, la doble tarea de prolongar el período de la niñez, arrancándola del mundo de los adultos. Es el nacimiento de una nueva categoría.”²

El tratamiento del infanticidio da muestra de la falta de importancia que la infancia tenía para la sociedad. “En la antigua Roma, el vínculo de sangre contaba menos que el vínculo de elección. Durante el tiempo de Augusto, los recién nacidos eran expuestos en las puertas del palacio imperial. Matándose a los que no resultaban elegidos; una práctica que cumplía las funciones actuales del aborto. Hasta bien avanzado el Medioevo, durante el cual los profundos cambios ocurridos no logran modificar el hecho de que el matrimonio, y en consecuencia la Familia, constituyan un ámbito exclusivo de la vida privada, el infanticidio continua teniendo una influencia cuantitativa de no poca importancia. Resulta interesante observar, que si bien recién a partir del siglo IV, el infanticidio empieza a ser jurídicamente considerado como un delito, habrá que esperar hasta el siglo XVI, para que comience a obtener un cierto rechazo social por parte de las clases populares. Rechazo que coincide, por otra parte, con la necesidad estructural de poseer una familia numerosa. Para decirlo con Aries, tres son las etapas más importantes de la muerte infantil hasta hoy. La muerte como un hecho: a) provocado; b) aceptado y por último, c) absolutamente intolerable.”³

² *Ibid.* Pág. 39

³ *Ibid.* Pág. 40



Entonces, la categoría del niño toma vida en el siglo XVII. Con esto, se sientan las bases para definición de la niñez abandonada-delincuente como categoría específica. Esta categoría abarca un sector de sujetos débiles que merecen protección.

Como bien se cito en páginas anteriores, la escuela será un mecanismo de control social informal en el que se produce el orden y homogenización de la categoría niño. Esto conlleva que los niños que han sido expulsados o no han tenido acceso al sistema escolar, serían sujetos a mecanismos de protección para atender esta carencia. Dentro de la lógica de la doctrina de defensa social, el no estar sujetos a un sistema educativo serian potenciales criminales de quienes se debía proteger a la sociedad. Bien lo señala García Méndez, el tratamiento diferenciado de la niñez surge dentro del ámbito estrictamente penal.

Es así como se construyen los cimientos de la corriente teórica que ahora conocemos como doctrina de situación irregular.

1.2. Doctrina de situación irregular

1.2.1. Definición

Partiremos en definir doctrina como lo contempla el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como: "conjunto de ideas u opiniones religiosas, filosóficas,



políticas, etc., sustentadas por una persona o grupo.”⁴ Nos parece una definición que abarca ámbitos amplios. Sin embargo también es preciso tener referencia lo que refiere Manuel Ossorio, que expone la doctrina como: “el conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas. Tiene importancia como fuente mediata del Derecho, ya que el prestigio y la autoridad de los destacados juristas influyen a menudo sobre la labor del legislador e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes.”⁵

Así, la doctrina de situación irregular se define como el “conjunto de tesis, opiniones, criterios o investigaciones que han producidos los científicos del derecho, sobre un sector marginal de la infancia denominado menores.”⁶

En el marco de esta doctrina surge el concepto de menor en situación irregular como una construcción epistemológica que los científicos del derecho realizaron, para definir a un fenómeno social, que afectaba el statu quo de las sociedades.⁷

1.2.2. Características

En referencia a lo mencionado, García Méndez enlista algunos rasgos centrales de las legislaciones minoristas latinoamericanas:

⁴ <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=XWVRYVWHVDXX2t0VzYSc> 27-04-2015

⁵ Ossorio, Manuel. **Diccionario e ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 339

⁶ Pro Niño y Niña Centroamericanos. **Doctrina de protección integral, cuaderno divulgativo No. 29**. Pág. 20

⁷ **Ibid.** Pág. 19



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



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

Con la doctrina de situación irregular se legitima la potencial acción judicial indiscriminada sobre niño y adolescentes en situación de dificultad.

El autor García Méndez, al definir menor en situación irregular se incluyen las categorías de material o moralmente abandonado, por lo que, no existe nadie que potencialmente no pueda ser declarado irregular.

1.3. Doctrina de protección integral

1.3.1. Definición

La doctrina de protección integral de la niñez y la adolescencia es una corriente teórica que pretende con su implementación garantizar el ejercicio pleno de los derechos de la niñez y adolescencia. Esta corriente teórica surge como una doctrina que plantea un enfoque distinto a los postulados de la doctrina de situación irregular. Con la Convención Sobre los Derechos del Niño se regula, mediante un instrumento jurídico internacional, la doctrina de protección integral. La importancia de la Convención Sobre los Derechos del Niño es tal, que García Méndez al definir doctrina de protección

⁸ García Méndez, Emilio. **Op. Cit.** Pág. 21



integral se basa en los instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. De esa forma reconoce, como antecedente directo la Declaración de los Derechos del Niño. Sin embargo la doctrina se condensa en cuatro instrumentos básicos:

- a) La Convención Sobre los Derechos del Niño
- b) Las reglas mínimas de la naciones unidas para la administración de la justicia juvenil
- c) Las reglas mínimas de las naciones unidas para los jóvenes privados de libertad.
- d) Las directrices de las naciones unidas para la administración de la justicia Juvenil.
(directrices de RIAD)

Sin embargo, una definición que llena más los requisitos técnico jurídicos es el planteado por Marvin Rabanales, quien define a la doctrina de protección integral como: “el Conjunto de estudios que los juristas han realizado sobre las instituciones, naturaleza, sujetos, de los derechos humanos de la niñez, que tiene por objeto el amparo de todos ellos.”⁹

⁹ Pro Niño y Niña Centroamericanos. **Op. Cit.** Pág. 24

1.3.2. Principios

- **El niño como sujeto de derecho**

Este principio es de los fundamentales en el paradigma de la protección integral. Esto debido que, coloca a la infancia como una parte protagónica de los asuntos que le conciernen. Es así que Marvin Rabanales expone que: “La nueva doctrina convierte las necesidades de niños y adolescentes en derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, así como garantía para los adolescentes en conflicto con la ley penal, una justicia que respete los mismos derechos procesales consagrados para los adultos.”¹⁰

Lo regulado por la Convención se puede agrupar en cuatro:

- a) “Derecho de supervivencia: los derechos de supervivencia incluyen principalmente, el derecho a la vida (Artículo 6), a la salud (Artículo 24), a un nivel de vida adecuado (Artículo 27), a la seguridad social (Artículo 26), a la protección en casos de conflictos armados (Artículo 38), a que los padres tengan asistencia debida para que puedan asumir su crianza (Artículo 18).
- b) Derecho al desarrollo: incluye entre otros, derecho a la educación (Artículos 28 y 29), acceso a la información (Artículo 17), a preservar su identidad (Artículo 8), al nombre y nacionalidad (Artículo 7), a no ser separado de sus padres (Artículo 9), a

¹⁰ **Ibid.** Pág. 10



la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Artículo 14), a la recreación y la cultura (Artículo 31)

- c) Derecho a la protección: La protección abarca todas las formas de explotación y crueldad (Artículo 19), a no ser objeto de injerencias en su vida privada, familia, correspondencia (Artículo 16), protección especial al niño refugiado (Artículo 22), protección al niño mental o físicamente impedido (Artículo 23), contra abusos en el sistema de justicia penal (Artículos 37 y 40), contra el abuso sexual (Artículo 34), contra la venta o trata de niño (Artículo 35), contra el uso ilícito de estupefacientes (Artículo 33).
- d) Derecho a la participación: los derechos a la participación incluyen la libertad expresión (Artículo 13), a expresar su opinión y ser escuchado en asuntos que le conciernen (Artículo 12), derecho a la libre asociación y libertad de celebrar reuniones pacíficas (Artículo 15) además del derecho a desempeñar un papel activo en la sociedad en general.”¹¹

- **Interés superior del niño**

Es el principio base para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas para los niños y los adolescentes. Marvin Rabanales al respecto expone: “establece líneas de acción de carácter obligatorio para todas las instancias de la protección y pone límite a la discrecionalidad de sus actuaciones.” La Convención Sobre los Derechos del Niño desarrolla lo relativo al interés superior del niño en el Artículo 3 numeral uno: “En todas

¹¹ **Ibid.** Pág. 12



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 es al interés superior del niño.”¹² Asimismo, en el Decreto 27-2003 se regula en el Artículo 5 el interés superior del niño como: “una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen, étnico, religioso, cultural y lingüístico, tendiendo siempre presente su opinión en función de su edad y madurez.”

Laura Rodríguez y Ernesto Blanck exponen al respecto: “Es usual que cuando se decide una medida de protección se invoque el “interés superior del niño”. Más allá de la ambigüedad y limitaciones que este principio trae consigo, la ley ha hecho un avance significativo en su interpretación, siguiendo a CILLERO en su ya clásico trabajo, y considerando al interés superior del niño como un principio garantista”.¹³

- **Prioridad absoluta**

Esto obedece a la importancia que se le brinda a la niñez en la doctrina de protección integral. De esa cuenta que las necesidades y problemáticas de la niñez y adolescencias deben ser atendidos de forma urgente. En el Artículo 6 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia lo regula como tutelaridad. Al respecto,

¹² **Ibid.** Pág. 13

¹³ García Méndez, Emilio (compilador). **Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes: análisis de la Ley 26.061.** Pág. 194



Marvin Rabanales expone que: "...implica atender prioritariamente antes que nada, las necesidades y derechos básicos de los niños. Simplemente, el niño esta primero. Así, ellos tendrán primacía en recibir atención y socorro en cualquier circunstancia, precedencia en la atención en los servicios públicos, preferencia en la formulación de las políticas públicas, prioridad en el destino de recursos públicos, etc."¹⁴

- **La participación**

Con este principio se hace coparticipe a los grupos sociales, desde el más pequeño, la familia, hasta el más grande, el Estado. Es en ese sentido que Marvin Rabanales expone: "La convención distribuye la responsabilidad de proteger al niño entre tres actores: el Estado, la familia y la comunidad. Cuando éstos no asumen la cuota de responsabilidad que les corresponde garantizar el respeto y cumplimiento de los derechos del niño son ellos, los actores, quienes estarán en situación irregular. Para hacer efectivos los derechos que la convención consagra es necesaria la plena participación y control de las personas, de las familias y de las sociedades organizadas y del propio niño y adolescente (...) la participación de la sociedad como corresponsable de la protección de la infancia, no solo impone la adopción de una nueva ética social y de significativos, cambios en la estructura institucional del Estado sino, que de esa participación depende el éxito del nuevo paradigma"¹⁵

¹⁴ Pro Niño y Niña Centroamericanos. Op. Cit. Pág. 13

¹⁵ Ibid. Pág. 12



1.3.3. Características

Las principales características son:

- a) "Reconocimiento de la personalidad de todos los niños, niñas y jóvenes, con capacidad absoluta de goce y relativa de ejercicio, al estar limitada su acción al respeto del orden público, las buenas costumbres y la ley, dentro de la cual se destaca la sujeción a la patria potestad.
- b) Se desmitifica la figura del juez, devolviéndolo al mundo para el cual fue preparado y en el cual debe desarrollar sus actividades las cuales consisten en dirimir conflictos, no así resolver problemas que tienen como causas los desajustes sociales.
- c) Se determina con claridad que muchos fenómenos sociales, que antes eran captados por el sistema de la justicia juvenil, son producto de las omisiones en las políticas públicas.
- d) Se delimitan las funciones del juez en la resolución de conflictos de la naturaleza penal, limitando sus facultades discrecionales las cuales son fuente de impunidad y se sustituyen por actividades regladas que tienden a alcanzar el valor justicia.
- e) Se abandonan los estigmas o categorías discriminatorias, que aparte de ser peyorizantes, ocultan la realidad de las cosas, asumiéndose posturas congruentes con la cotidianidad, a la vez de proponer soluciones alternativas a los conflictos, dejando como última opción la segregación social; y,



- f) Se pretende ir más allá del control-represión de los jóvenes o del asistencialismo barato, estableciendo la imperiosa necesidad de convocar a los sectores representativos de la sociedad civil, a participar con los gobiernos en la planificación, ejecución y control de las políticas públicas, tendientes a garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de la niñez.”¹⁶

La doctrina de la protección integral de la niñez y adolescencia tiene su base en el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez. De esa cuenta, es preciso abordar la teoría de los derechos humanos para entender la naturaleza de los derechos de la niñez y adolescencia.

1.4. Derechos humanos

1.4.1. Definición

Los derechos humanos son el conjunto de atributos que tiene una persona por su naturaleza de ser humano.

1.4.2. Sujeto de los derechos humanos

Para los efectos del análisis de los derechos humanos es preciso determinar el sujeto activo y pasivo.

¹⁶ Ibid. Pág 26



- **Sujeto activo**

Como se ha desarrollado de los derechos humanos son atributos que tienen las personas, hombres y mujeres. El autor Rony Eulalio López Contreras al respecto expone: “El sujeto activo es la persona individual a la que se le deben de respetar los derechos humanos (...) La persona individual como titular de los Derechos Humanos tienen la facultad de exigir el respeto de estos derechos al sujeto pasivo.”¹⁷

- **Sujeto pasivo**

La persona individual como sujeto activo de derechos al verse amenazado o violentado en sus derechos humanos debe tener un mecanismo para exigir el cese de la amenaza o la restitución de su Derechos Humanos. Debe existir un garante de los derechos humanos. El papel de garante de los Derechos Humanos se le asigna a los poderes del Estado, según lo plantea Rony Eulalio López Contreras: “El sujeto pasivo son los poderes públicos del Estado, los cuales deben velar por el respeto de los Derechos Humanos que posee todo hombre y mujer. El Estado es el obligado a satisfacer las necesidades básicas de sus gobernados. Cuando el estado incumple con el respeto a los Derechos Humanos, se convierte en un violador de tales Derechos.”¹⁸

¹⁷ López Contreras, Rony Eulalio. **Derechos humanos**. Pág. 15

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 15



1.4.3. Características

Al respecto Ligia Galvis Ortiz, “las características de los derechos humanos se desprenden de la naturaleza múltiple de su concepción. Desde el punto de vista filosófico, es característica de los derechos humanos la pertenencia esencial a la persona como sus atributos fundamentales, y por ellos son inalienables e intransferibles. Desde el punto de vista político, determinan la relación entre el individuo y el Estado y el modo de ser del sistema democrático. En ese ámbito también podemos afirmar que los derechos humanos son inherentes a la democracia contemporánea. Desde el punto de vista jurídico, son normas de carácter positivo.”¹⁹ En definitiva es un razonamiento que permite tener una visión amplia. Sin embargo para los efectos de la presente exposición se presenta la clasificación que el autor Rony López plantea, siendo estas las siguientes:

- **Universales**

Los derechos humanos, se aplican a todos y cada uno de los seres humanos, sin distinción de color, sexo, religión, condición económica social o idioma.

¹⁹ Galvis Ortiz, Ligia. **Comprensión de los derechos humanos**. Pág. 64



- **Indivisibles**

No se puede dar preferencia exclusiva a algún derecho. Existe una plena igualdad entre los distintos; los derechos humanos forman un todo, integrado por un conjunto de valores y principios del ser humano. Con esto no se quiere decir que se pueda negar una clasificación, puesto que con la clasificación lo único que se logra, es establecer un orden para su estudio y no un orden jerárquico.

- **Interdependiente**

Los derechos humanos se complementan entre sí, se relacionan y se apoyan. Estos derechos no se pueden concebir el uno sin el otro.

- **Imprescriptibles**

No se pierden por el transcurso del tiempo. Por la misma naturaleza o esencia de los derechos humanos, estos no pueden limitarse por alguna causa o circunstancia temporal.

- **Inalienables**

No pueden trasladarse de ninguna forma (enajenarse, cederse o regalarse) a otra persona, puesto que son inherentes a la dignidad humana.



- **Irrenunciables**

Ninguna persona puede renunciar a la titularidad de un derecho humano.

- **Inviolables**

Nadie puede violar un derecho humano, por ser absolutos.²⁰

1.4.4. Clasificación de los derechos humanos

Como bien se desarrolla en la parte de las características de los derechos humanos, estos son indivisibles, interdependientes, razón por la cual no es posible hacer una clasificación jerárquica de los mismos. Sin embargo en el transcurso de la historia los derechos humanos han evolucionado y desarrollado. Entonces se plantea una clasificación horizontal según el momento histórico en que han aparecido. Es la razón por la que se clasifica en derechos humanos de primera, segunda y tercera generación.

- **Los derechos de primera generación**

Son los derechos civiles y políticos, “tuvieron su aparición en la Declaración del Buen Pueblo de Virginia en 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano

²⁰ López Contreras, Rony Eulalio. **Op. Cit.** Pág. 17



en 1789 en Francia (...) Se consideran como verdaderos derechos subjetivos, que se derivan de la exigencia que tienen los particulares frente al poder estatal.”²¹

La Organización de Naciones Unidas los regula en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José) 1969 de la Organización de Estados Americanos.

Dentro de estos derechos se encuentran: El derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho a la igualdad, derecho a la tutela judicial, el derecho a la seguridad, el derecho a la integridad personal, el derecho al honor, el derecho a la familia, el derecho a la religión, el derecho a la intimidad, el derecho a la propiedad, el derecho a la nacionalidad, el derecho al asilo, el derecho a elegir y ser electo, el derecho a petición, el derecho a la asociación, el derecho a reunión, el derecho a la libertad del pensamiento, el derecho a la libertad de expresión.

- **Los derechos de segunda generación**

Son los denominados derechos económicos, sociales y culturales. Con estos derechos se pretende brindar a la persona el acceso al bienestar económico, la educación, la cultura, al trabajo, etc. Esto con el objetivo de que se pueda alcanzar el máximo desarrollo de los seres humanos dentro de una sociedad.²²

²¹ **Ibid.** Pág. 18

²² **Ibid.** Pág. 28



El instrumento internacional que contiene los derechos denominados de segunda generación es el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966.

Dentro de estos derechos se encuentran: El derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social, el derecho de huelga, el derecho a la educación, el derecho a una adecuada calidad de vida, el derecho a la vida cultural, entre otros.

- **Derechos de tercera generación**

Derechos de tercera generación: también denominados los derechos de los pueblos o de solidaridad. Estos derechos son complementarios. No existe aún un instrumento jurídico que los agrupe como tal, sino que, con el desarrollo social, así como del estudio de los derecho humanos, la exigencia de los naciones, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas se han promulgado diversas declaraciones y convenciones en diversas materias, tales como el derecho al desarrollo del ser humano, el derecho a la libre determinación de los pueblos, el derecho al medio ambiente, el derecho a la paz.

Estos nuevos derechos tienen una especial característica supranacional ya que se caracterizan por no sólo ser reclamables al Estado, sino que pueden ser realizados por un conjunto de sujetos, como el Estado mismo, el individuo, las entidades públicas y la comunidad internacional.



Instrumentos internacionales que hacen valer esta clase de derechos son la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas, la Carta de África de Derechos Humanos de 1986, y la Declaración y Programación de Acción de Viena de 1993.²³

El desarrollo teórico de los nuevos derechos humanos lleva aparejada la regulación en instrumentos jurídicos internacionales o nacionales. Regularmente son los instrumentos jurídicos internacionales, que los diversos organismos internacionales promulgan, los que definen el desarrollo de los instrumentos jurídicos nacionales.

Es en este marco de los derechos humanos es que se encuentra los derechos de la niñez y adolescencia. Derechos que se materializan en la Convención Sobre los Derechos del Niño. Importante instrumento en el que se postula la denominada doctrina de protección integral.

²³ **Ibid.** Pág. 32





CAPÍTULO II

2. Instrumentos jurídicos de protección de la niñez y adolescencia

Ha sido un largo recorrido histórico para concretar en instrumentos jurídicos internacionales y nacionales la protección de los derechos de la niñez y adolescencia. A nivel internacional desde la Declaración de los Derechos de la Niñez el 20 de noviembre de 1959 a la Convención sobre los derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989. En el derecho interno, existen diversas leyes para implementar la Convención Sobre los Derechos del Niño, siendo las más importantes:

- a) El Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia;
- b) El Decreto número 28-2010 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth.
- c) El Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Adopciones.

Aun con las diferencias de temporalidad entre la promulgación y posterior ratificación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, la Constitución de la República de Guatemala establece postulados sobre la protección de la niñez y adolescencia.



La doctrina de protección integral se concretiza en la Convención Sobre los Derechos del Niño. Dicho instrumento jurídico internacional, ratificado en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, compromete a los Estados parte a adecuar su legislación a su contenido. De esa cuenta, la Convención Sobre los Derechos del Niño es el instrumento jurídico internacional más importante por su naturaleza revolucionaria sobre la concepción de la niñez y la adolescencia.

2.1. Legislación internacional

2.1.1. Convención Sobre los Derechos del Niño

Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución del 44/25, del 20 de noviembre de 1989. El referido instrumento que entra en vigencia el 2 de septiembre de 1990, luego de que 20 países depositaran su ratificación. Con el Decreto número 27-90 del Congreso de la República de Guatemala se aprueba el Convenio sobre los Derechos del Niño, suscrita por el gobierno de Guatemala el 26 de enero de 1990. Por lo que para Guatemala, con la suscripción, aprobación y ratificación, los compromisos adquiridos entran en vigencia el 2 de septiembre de 1990.

Lo regulado por la Convención de los Derechos del Niño se divide en tres partes. La parte I, corresponde a los compromisos del Estado parte y los derechos de la niñez y adolescencia. En la parte II, se establece y organiza el Comité de los Derechos del Niño con la finalidad de examinar los progresos en el cumplimiento de las obligaciones



contraídas por los Estados Partes. En la parte III lo correspondiente a la ratificación del instrumento.

Los derechos regulados por la convención se pueden agrupar en cuatro:

- a) "Derecho de supervivencia: los derechos de supervivencia incluyen principalmente, el derecho a la vida (Artículo 6), a la salud (Artículo 24), a un nivel de vida adecuado (Artículo 27), a la seguridad social (Artículo 26), a la protección en casos de conflictos armados (Artículo 38), a que los padres tengan asistencia debida para que puedan asumir su crianza (Artículo 18).
- b) Derecho al desarrollo: incluye entre otros, derecho a la educación (Artículos 28 y 29), acceso a la información (Artículo 17), a preservar su identidad (Artículo. 8), al nombre y nacionalidad (Artículo 7), a no ser separado de sus padres (Artículo 9), a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Artículo 14), a la recreación y la cultura (Artículo 31)
- c) Derecho a la protección: La protección abarca todas las formas de explotación y crueldad (Artículo 19), a no ser objeto de injerencias en su vida privada, familia, correspondencia (Artículo 16), protección especial al niño refugiado (Artículo 22), protección al niño mental o físicamente impedido (Artículo 23), contra abusos en el sistema de justicia penal (Artículos 37 y 40), contra el abuso sexual (Artículo 34), contra la venta o trata de niño (Artículo 35), contra el uso ilícito de estupefacientes (Artículo 33).



d) Derecho a la participación: los derechos a la participación incluyen la libertad expresión (Artículo 13), a expresar su opinión y ser escuchado en asuntos que le conciernen (Artículo 12), derecho a la libre asociación y libertad de celebrar reuniones pacíficas (Artículo 15) además del derecho a desempeñar un papel activo en la sociedad en general.”²⁴

Los Estados parte de la Convención Sobre los Derechos del Niño adquieren el compromiso de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. Esto significó para Guatemala la aprobación, sanción, promulgación y vigencia del Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, a partir del 19 de julio de 2003.

2.2. Legislación nacional

2.2.1. Constitución Política de la República de Guatemala

En la invocación que los constituyentes realizaron en la Constitución Política de la República de Guatemala manifiestan la intención de garantizar los derechos humanos, “...decididos a impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al Derecho.” Así, los derechos humanos de la niñez y adolescencia

²⁴ Pro Niño y Niña Centroamericanos. **Op. Cit.** Pág. 12



forman parte de la visión que como Estado se planteó en la Asamblea Nacional Constituyente de 1985.

La Constitución Política de la República de Guatemala como la ley suprema en que se regula los derechos y libertades fundamentales de las personas, así como la estructura y organización básica del Estado de Guatemala. En su parte dogmática regular en el Artículo 3 la protección de la vida de la persona humana está garantizada desde su concepción. Así, en el Artículo 51 de la Constitución Política de la República de Guatemala se establece que el Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad. La importancia de los derechos humanos en general y de los derechos humanos de la niñez y adolescencia en Guatemala es tal, que en el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

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

Como se expuso anteriormente la suscripción de la Convención Sobre los Derechos del Niño, significó para Guatemala la aprobación, sanción y promulgación del Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, publicado en el diario oficial el 18 de julio de



2003. Dicho Decreto entra en vigencia el 19 de julio de 2003, entra en vigencia 13 años después de la suscripción de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

La Ley PINA, como se conoce a la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, es el instrumento jurídico que regula los procedimientos y entes para implementar los postulados de la Convención Sobre los Derechos del Niño. Como bien lo regula el Artículo 1 del referido instrumento legal “es un instrumento jurídico de integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos.”

Establece en el Artículo 8 que: “la interpretación y aplicación de las normas deberá hacerse en armonía con sus principios rectores, con los principios generales del derecho, con la doctrina y normativa internacional en esta materia, en la forma que mejor garantice los derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por Guatemala.”

También se regula en el Artículo 5 el interés superior del niño y la familia, en el sentido de que: “toda decisión que se adopte con relación a la niñez y adolescencia, se deberá atender al interés superior del niño, como una garantía para asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función a su edad y



madurez.” El interés de la familia serán: “todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos.”

La Ley está organizada en tres libros. I) Disposiciones sustantivas, II) Disposiciones organizativas y III) Disposiciones adjetivas.

- **Disposiciones sustantivas**

Se encuentran reguladas del Artículo 1 al 79 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Se establecen los derechos humanos individuales y sociales de la niñez y adolescencia, los deberes de los niños, niñas y adolescentes, así como las obligaciones del Estado, sociedad, padres, tutores o encargados. Es así que se enlistan los derechos humanos de la niñez de la forma siguiente:

- a) Derecho a la vida
- b) Derecho a la igualdad
- c) Derecho a la integridad personal
- d) Derecho a la libertad, identidad, respeto, dignidad y petición
- e) Derecho a la familia y a la adopción
- f) Derecho a un nivel de vida adecuado y a la salud
- g) Derecho a la educación, cultura, deporte y recreación
- h) Derecho a la protección de la niñez y adolescencia con discapacidad

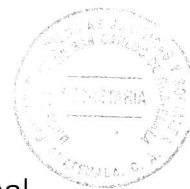


- i) Derecho a la protección contra el tráfico ilegal, sustracción, secuestro, venta y trata de niños, niñas y adolescentes.
- j) Derecho a la protección contra la explotación económica
- k) Derecho a la protección por el uso de sustancias que produzcan dependencia
- l) Derecho a la protección por la explotación y abusos sexuales
- m) Derecho a la protección por conflicto armado
- n) Derecho a la protección de los niños, niñas y adolescentes refugiados
- o) Derecho a la protección contra toda información y material perjudicial para el bienestar de la niñez y adolescencia.

- **Disposiciones organizativas**

Contenido del Artículo 80 al Artículo 97. Se establece que la protección integral de la niñez y adolescencia deberá realizarse a nivel social, económico y jurídico. Por ende, en este libro se crea la Comisión Nacional de Niñez y Adolescencia, quien será el responsable de la formulación de las políticas de protección integral de la niñez y la adolescencia.

Aunado a lo anterior se regula la creación: En la estructura administrativa del Procurador de los Derechos Humanos, la Defensoría de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia cuyas facultades son la defensa, protección y divulgación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; en el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, la Unidad de Protección a la Adolescencia Trabajadora para ejecutar los



proyectos y programas que se emprenda dentro del ministerio; en la Policía Nacional Civil, la Unidad Especializada de la Niñez y Adolescencia, encargada de capacitar y asesorar sistemáticamente a todos los miembros de la Institución, sobre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescente.

- **Disposiciones adjetivas**

Comprendido en los Artículos 98 al 265. Son los mecanismos procesales ante la vulneración o amenaza de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, y la realización por parte de estos de alguna conducta que viole la Ley Penal, la Ley Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, crea los siguientes juzgados:

- a) De la Niñez y Adolescencia
- b) De Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal
- c) De Control de Ejecución de Medidas: y,
- d) Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia.

Por lo tanto en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se regula: I) El proceso de protección de la niñez y adolescencia para restituir y proteger la vulneración o amenaza de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes; II) El proceso de Adolescentes en conflicto con la Ley penal que tiene como objetivos establecer la existencia de una transgresión a la Ley penal, determinar quién es su autor o participe



y ordenar la aplicación de las sanciones correspondientes, buscando la reinserción del adolescente en su familia y en la sociedad.

2.2.3. Decreto número 28-2010 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth

El Decreto número 28-2010 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth tiene como objetivo regular un sistema para la localización y resguardo inmediato de niños sustraídos o desaparecidos.

El Artículo 4 define el sistema de alerta Alba-Keneth como “el conjunto de acciones coordinadas y articuladas entre instituciones públicas, que permitan agilizar y lograr la localización y resguardo del niño, niña o adolescente que ha sido sustraído o que se encuentre desaparecido y la recuperación y resguardo del mismo.”

Todas las acciones se realizarán a la luz del principio del interés superior del niño y el principio de celeridad. Al respecto el Artículo 2 del Decreto número 28-2010 establece: “...el interés superior del niño se entiende como la realización de todas las acciones que permitan la pronta localización y resguardo de un niño que ha sido sustraído o que se encuentra desaparecido”. Asimismo, el Artículo 3 del Decreto número 28-2010 regula el principio de Celeridad “... el principio de celeridad se entiende como la urgencia, prioridad e inmediatez con que se realicen las acciones de búsqueda,



localización y resguardo de un niño, niña o adolescente desaparecido o sustraído, para asegurar su integridad y resguardo”.

En ese sentido el Decreto en el Artículo 5 del Decreto número 28-2010 se regula: “se crea la Coordinadora Nacional del Sistema de Alerta Alba-Keneth con el objeto de coordinar, impulsar y ejecutar todas las acciones dirigidas a la búsqueda, localización y resguardo inmediato del niño, niña o adolescente que ha sido sustraído o que se encuentra desaparecido.” El artículo 6 artículo regula: “La Coordinadora Nacional del Sistema de Alerta Alba-Keneth está integrada por las instituciones públicas siguientes:

- 1) Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia, quien la preside;
- 2) Policía Nacional Civil;
- 3) Dirección General de Migración;
- 4) Secretaría de Comunicación Social de la Presidencia;
- 5) Ministerio Público, a través de la Fiscalía de Trata de Personas.”

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

Respecto al tema que ocupa, es de especial importancia la función administrativa que se le otorga al Consejo Nacional de Adopciones. El Decreto número 77-2007 tiene como objeto regular la adopción como institución de interés nacional y sus



procedimientos judicial y administrativo. En ese sentido, en el Artículo 17 crea el Consejo Nacional de Adopciones como una entidad autónoma, de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. El Consejo Nacional de Adopciones será la Autoridad Central de conformidad con el Convenio de La Haya.

Dentro de las funciones que al presente documento interesa, están los regulados en la literal g. y o. del Artículo 23:

g. "Mantener un registro actualizado de los niños vulnerados en su derecho de familia y de la institución donde se encuentran en resguardo;

o. Autorizar, supervisar y monitorear en forma periódica, y en su caso sancionar a las entidades privadas, hogares de abrigo, hogares sustitutos que se dediquen al cuidado de los niños;"

Asimismo, en la literal a. de la literal B. del Artículo 22 del Reglamento de la Ley de Adopciones Acuerdo Gubernativo 182-2010, respecto a las funciones del Equipo Multidisciplinario en materia de registro, autorización y supervisión de entidades dedicadas al abrigo de niños, enlista los siguientes:

"a.1 Elaboración y mantenimiento de un censo actualizado de niños y adolescentes institucionalizados y de las entidades públicas y privadas que los albergan;



a.2 Recepción y evaluación de solicitudes de autorización de entidades privadas dedicadas al abrigo de niños;

a.3 Autorización, registro y supervisión de entidades privadas;

a.4 Supervisión del funcionamiento de entidades públicas dedicadas al abrigo, de acuerdo a los protocolos aprobados para el efecto; y,

a.5 Implementación de las medidas necesarias para garantizar la protección de la niñez y adolescencia institucionalizada e imposición de sanciones, en caso de incumplimiento de los estándares y recomendaciones realizadas por el Consejo Nacional de Adopciones.”





CAPÍTULO III

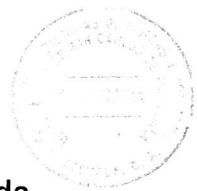
3. Proceso de protección de la niñez y adolescencia

Con la suscripción de la Convención Sobre los Derechos del Niño por parte del Estado de Guatemala el 26 de enero de 1990, la aprobación por parte del Congreso de la República de Guatemala el 10 de mayo de 1990 y con la vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez Adolescencia, Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, se establecen procesos para abordar ante los órganos jurisdiccionales la vulneración y/o amenaza de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, así como las conductas cometidas por adolescentes que violen la Ley penal.

De esa cuenta se regula el Proceso de Protección y el Proceso de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal. Para los efectos del desarrollo del presente escrito la exposición se centra en el proceso de protección de la niñez y adolescencia.

3.1. Definición

Es la serie de actos jurídicos concatenados realizada ante un órgano jurisdiccional con motivo de la vulneración y/o amenaza de los derechos humanos de la niñez y adolescencia a efectos de dictar las medidas de protección que se amerite.



3.2. Principios del proceso de protección de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos

La niñez y adolescencia al participar en un proceso judicial como parte, se le otorgan garantías procesales para la protección de sus derechos humanos. Siendo estos, los principios propios del proceso en general y los principios del proceso de protección en específico. Respecto a los principios propios de los procesos, Crista Ruiz Castillo de Juárez expone que los principios que informan el proceso consisten en:

- a) “Libertad de acceso a los tribunales. Toda persona física o jurídica tiene el derecho constitucional de acudir a los tribunales de justicia y pedirles administración de justicia. A su vez, los tribunales tienen la obligación de administración y dictar resoluciones favorables o desfavorables a las pretensiones de las personas, luego de haber cumplido con el procedimiento preestablecido legalmente (Artículos 12, 28 y 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala);
- b) Imparcialidad del juzgador. La decisión en el proceso debe ser imparcial, no estar inclinada hacia una u otra forma de las partes en conflicto, salvo que las pruebas formales e históricas así lo aconsejen, lo que no significa en ninguna manera pueda interpretarse como parcialismo del juzgador hacia una de las partes;
- c) Contradicción y bilateralidad. En el proceso, esencialmente, debe darse oportunidad a las partes para intervenir atacando o defendiendo probar e improbar, etc. Los hechos motivo de la litis. Cada parte tiene el derecho de afirmar y probar y a la vez de contrafirmar y probar, en igualdad de condiciones y oportunidades



procesales, tal como se establece en el Artículo 126 del Código Procesal Civil y mercantil y 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala;

- d) Igualdad procesal. Las partes en el proceso intervienen y participan bajo las mismas condiciones de ataque y defensa, así como derechos, lo cual es un corolario del principio de contradicción y bilateralidad (Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala);
- e) Oficiosidad y disponibilidad. El proceso, según la forma en que se manifieste la voluntad de la partes, puede ser iniciado e impulsado de oficio por el tribunal o ser iniciado e impulsado por las partes.
- f) Probidad. El proceso debe ser iniciado, impulsado, tramitado y decidido, sin utilizar argucia, artilugios o argumentos falaces y fraudulentos que concluyan en un fraude de ley (Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial);
- g) Eficacia. El proceso debe ser eficiente para que se alcance por las partes las finalidades y satisfacciones de sus derechos y pretensiones jurídicas, pues de otra manera la ejecutorabilidad de la sentencia deja de tener razón; y,
- h) Veracidad. El proceso debe fundarse en hechos y pruebas verdaderas que permitan al juez una decisión justa y conforme a lo que obra en el proceso.²⁵

El Artículo 116 del Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, establece que la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos gozarán de las siguientes garantías:

²⁵ Ruiz Castillo de Juárez, Crista. **Teoría general de proceso.** Pág. 11



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



separación es necesaria en el interés superior del niño, en caso en que este sea objeto de maltrato o descuido.

- k) A evitar que sea re victimizado al confrontarse con su agresor en cualquier etapa del proceso.”

El Acuerdo número 42-2007 de la Corte Suprema de Justicia regula el Reglamento General de Juzgados y Tribunales con Competencia en Materia de la Niñez y Adolescentes Amenazada o Violada en sus Derechos Humanos y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal. Este tiene como objeto la adecuación de la práctica judicial a la normativa aplicable, así como la reorganización del personal adscrito a la jurisdicción, con el objetivo de lograr la gestión adecuada y eficaz de los casos.

Es así que para el proceso de protección, regula los siguientes principios:

- a) Inmediación: Regulado en el Artículo 3 del referido Acuerdo: “la organización del despacho judicial desarrollará las actividades administrativas que acompañan al ejercicio de la función jurisdiccional y no podrá afectar al principio según el cual es indispensable la presencia del juez en todos los actos del proceso. Como principio general las solicitudes y previsiones normativas serán resueltas y notificadas en audiencia, salvo cuando la ley lo prohíba expresamente.”
- b) Celeridad, concentración y continuidad. En el Artículo 4 del Acuerdo en mención se regula: “La gestión del procedimiento deberá desarrollarse dentro de los plazos que señala la ley concentrándose el mayor número de actuaciones en audiencias que



se celebrarán de forma continua. El juez deberá impulsar de oficio todas aquellas actuaciones que la ley le permita sin necesidad de previo requerimiento o solicitud de parte. Para el ejercicio de su función jurisdiccional deberá entenderse que los plazos fijados en la ley al tribunal o juzgado son máximos, por lo que no es necesario esperar su transcurso total.”

- c) Interés superior del niño. Contemplado en el Artículo 5 del Acuerdo 42-2007 de la Corte Suprema de Justicia y regula: “En cualquier conflicto de intereses que pueda originarse durante la gestión de los procesos deberá prevalecer el interés superior del niño. en toda resolución judicial, el Juez deberá fundamentar fácticamente la prevalencia del interés superior del niño, en concordancia con los instrumentos internacionales de los cuales forma parte el Estado de Guatemala, la Constitución Política de la República, y el ordenamiento jurídico. Cuando la decisión judicial implique el otorgamiento de una medida de protección o la imposición de una sanción, el Juez deberá observar el carácter excepcional y provisional de la institucionalización o privación de libertad de los niños y adolescentes.”
- d) Buena fe y colaboración con la justicia. Regulado en el Artículo 6 del Acuerdo al que se hace referencia. Las partes, sus representantes, abogados y todos los partícipes del proceso, colaborarán con la administración de justicia para la realización de sus fines evitando entorpecer los procedimientos mediante cualquier conducta o actuación ilícita o dilatoria.



3.3. Partes procesales

3.3.1. Tribunales de niñez y adolescencia

El juez de un órgano jurisdiccional es el encargado de conocer los procesos de protección de la niñez y adolescencia amenazada o violentada en sus derechos humanos y dictar las medidas de protección necesarias.

Los Tribunales de la Niñez y Adolescencia serán especializados en niñez y adolescencia amenazada o violentada en sus derechos humanos. De esa cuenta en el Artículo 98 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se regula la creación los juzgados siguientes:

- a) De la Niñez y la Adolescencia.
- b) Sala de la corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia.

Es importante resaltar lo regulado en el Artículo 99 sobre la jurisdicción especializada, por lo que refiere que el personal que labore en los referidos Tribunales de la Niñez y Adolescencia deberá ser especialmente calificado y contará por lo menos con un psicólogo, trabajadores sociales y un pedagogo. De esa cuenta para la mejor atención de la niñez y adolescencia podrán auxiliarse de los especialistas de las instituciones de asistencia social y otras instituciones públicas o privadas así como de intérpretes de mayenses, garifunas y xincas, cuando sea necesario.



En añadidura a la creación de los tribunales especializados, en el Artículo 103 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, se otorgó competencia a los Juzgados de Paz en materia de protección de los derechos de la niñez y adolescencia los siguientes:

- a) “Conocer y resolver las solicitudes de medidas cautelares que sean necesarias para el cese de la amenaza o violación de un derecho humano de la niñez y adolescencia, pudiendo dictar las medidas siguientes: I) Ordenar tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internamiento en hospital o tratamiento ambulatorio; II) Colocación provisional del Niño, niña o adolescente en familia sustituta; III) Abrigo temporal del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada, conforme las circunstancias particulares del caso; IV) En caso de delito o falta cometido por adulto o adolescente, certificar lo conducente a un juzgado correspondiente; y V) 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.
- b) Supervisar la ejecución de las medidas cautelares y definitivas que el Juez de Niñez y Adolescencia dicte y así le sea solicitado.”



- **La competencia por razón de territorio**

En los procesos para los niños, niñas y adolescentes violentados o amenazados en sus derechos humanos, según lo regulado por el Artículo 101, la competencia por razón de territorio deberá ser determinada:

- a) “Por el domicilio de los padres o responsables
- b) Por el lugar donde se encuentra el niño, niña y adolescente cuando falten los padres o el responsable
- c) Por el lugar donde se realizó el hecho.”

- **La competencia por razón de grado**

- ✓ **Juzgados de la Niñez y Adolescencia**

Es el órgano jurisdiccional que conoce en primera instancia el proceso de protección de la niñez y adolescencia amenazada o vulnerada en sus derechos. Aunado a eso la Ley en el Artículo 104 otorga a estos juzgados las atribuciones siguientes:

- a) “Conocer, tramitar y resolver aquellos hechos o casos remitidos, denunciados o conocidos de oficio, que constituyan una amenaza o violación a los derechos de la niñez y adolescencia y que, a través de una resolución judicial, se restituya el derecho violado o cese la amenaza o violación al mismo



- b) Cuando sea necesario conocer, tramitar y resolver todas aquellas conductas que violen la ley penal, atribuibles a los niños o niñas menores de trece (13) años, dictando las medidas de protección adecuadas que, en ningún caso, podrán ser de privación de libertad.
- c) Conocer y resolver de los casos remitidos por las Juntas Municipales de Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia.
- d) Remitir a quien corresponda, los informes estadísticos mensuales.
- e) Realizar el control judicial de la medida o medidas decretadas en forma provisional.
- f) Las demás funciones y atribuciones que esta Ley u otras Leyes le asignen.”

✓ **Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia**

La Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia conoce en segunda instancia los procesos de protección de la niñez y adolescencia, en el Artículo 107 se le ha otorgado las atribuciones siguientes:

- a) “Conocer y resolver excusas y recusaciones que se presenten por la aplicación de esta Ley.
- b) Controlar el estricto cumplimiento de los plazos fijados por esta Ley.
- c) Conocer de los recursos de apelación que se interpongan contra las resoluciones que dicten los Jueces de Primeras instancia de este ramo.
- d) Resolver los conflictos de competencia que se presenten por la aplicación de esta Ley.



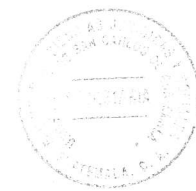
- e) Velar por que en los centros de privación de libertad de adolescentes se respeten los derechos y garantías contemplados en la Constitución y tratados y convenios internacionales de la materia ratificados por Guatemala.
- f) Ejecutar las demás atribuciones que le asigne la ley.”

3.3.2. Niño, niña y adolescente

La Convención Sobre los Derechos del Niño en su Artículo 1 establece que: “niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” Asimismo de los compromisos adquiridos en la referida Convención, está el establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que el niño no tiene la capacidad para infringir las leyes penales. El Artículo 2 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia define al niño o niña y al adolescente.

✓ Niño, niña

Se debe considerar niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta el cumplimiento de los trece años de edad.



✓ Adolescente

Se debe considerar niño o niña a todo ser humano desde el cumplimiento de los trece años de edad hasta que cumple dieciocho años de edad, que en la legislación guatemalteca, es la edad en que se cumple la mayoría de edad.

En el Artículo 75 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece que se amenazan y violan los derechos de la niñez y adolescencia por:

- a) "Acción u omisión de cualquier miembro de la sociedad o del Estado.
- b) Falta, omisión o abuso de los padres, tutores o responsables.
- c) Acciones u omisiones contra sí mismos."

3.3.3. Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría General de la Nación es un órgano administrativo que tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales, asimismo, el Procurador General de la Nación el que ejerce la representación del Estado. Así lo establece la Constitución Política de la República en el Artículo 252.

El Decreto 512 en el numeral segundo del Artículo segundo se establece que: "la Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo representar provisionalmente a los



ausentes, menores e incapaces, mientras éstos no tengan personero legítimo conforme el Código Civil y demás Leyes.”

El Artículo 108 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia le otorga las siguientes atribuciones:

- I) “Representar legalmente a aquellos niños, niñas y adolescentes que carecen de ella.
- II) Dirigir, de oficio o a requerimiento de parte o del Juez competente, la investigación de los casos de niños, niñas y adolescentes amenazados o violados en sus derechos; interviniendo de forma activa en los procesos judiciales de protección. Para el efecto deberá tener como un mínimo, un Procurador de la Niñez y Adolescencia, en la jurisdicción de cada Juzgado de la Niñez y Adolescencia.
- III) Presentar la denuncia, ante el Ministerio Público de los casos de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de delito y que carezcan de representante legal, apersonándose en el proceso penal para la defensa de los intereses de estos.
- IV) Evacuar audiencias y emitir opinión jurídica en todos los procesos judiciales, notariales y administrativos que la ley señala, haciendo valer los derechos y garantías que la Constitución Política, tratados y convenios internacionales, aceptados y ratificados por Guatemala, y esta Ley, reconocen a la niñez y adolescencia.



V) Aunado a esto el Artículo 121 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula la función de proposición de medios de prueba de la Procuraduría General de la Nación. Por lo que a fin de proporcionar al juez las información requerida, realizará o solicitará entre otras las siguientes diligencias: a) Estudios sobre situación socioeconómica y familiar del niño, niña y adolescente; b) Informes médicos y psicológicos de los padres, tutores o responsables; c) Requerir a cualquier institución o persona involucrada, cualquier información que contribuya a restablecer los derechos del afectado.”

3.3.4. Profesional acompañante del niño, niña y adolescente

Como bien lo establece en las garantías procesales en el Artículo 116 literal c), el niño, niña y adolescente debe asistir a las audiencias judiciales programadas acompañado por un trabajador social, psicólogo o cualquier otro profesional similar.

3.3.5. Familiares e interesados

En el proceso de protección se establece la existencia de un hecho que haya violado o amenazado los derechos humanos de la niñez y adolescencia, así como los responsables de la misma. De tal manera que los familiares interesados en la protección del niño, niña y adolescente pueden ser parte en el proceso y proponer sus medios de prueba.



3.4. Medidas específicas de protección a la niñez y la adolescencia, padres y responsables

Las medidas específicas de protección son todas las disposiciones que el titular de un órgano jurisdiccional ordena para los efectos de restitución del derecho vulnerado y el cese de la amenaza al derecho.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el Artículo 112 se regula que: “los Juzgados de Niñez y Adolescencia podrán determinar, entre otras, las siguientes medidas...” De esa cuenta, nomina ciertas medidas, sin embargo deja la facultad al titular del órgano jurisdiccional competente de ordenar otras.

Las medidas de protección podrán adoptarse separada o conjuntamente, así como ser substituidas en cualquier momento.

Las medidas que la Ley regula son las siguientes:

- i. “Amonestación verbal o escrita al responsable de la violación o amenaza del derecho humano del niño, niña o adolescente.
- ii. Declaración de responsabilidad a los padres, tutores o responsables.
- iii. Remisión de la familia a programas oficiales o comunitarios de auxilio, orientación apoyo y seguimiento temporal.



- iv. Ordenar la matrícula de niños, niñas y adolescentes, en establecimientos oficiales de enseñanza y observar su asistencia y aprovechamiento escolar.
- v. Ordenar tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internamiento en hospital o tratamiento ambulatorio.
- vi. Ordenar a los padres, tutores o responsables, su inclusión en programas oficiales o comunitarios de auxilio, que impliquen orientación, tratamiento y rehabilitación a cualquier desviación de conducta, problemas de alcoholismo o drogadicción.
- vii. Colocación provisional del niño, niña o adolescente en familia sustituta.
- viii. Abrigo temporal del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada, conforme las circunstancias particulares del caso.
- ix. En caso de delito o falta cometido pro adulto o adolescente, certificar lo conducente a un juzgado correspondiente.”

Así en el Artículo 115 de la referida ley regula: “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.”



3.5. Diligenciamiento del proceso de protección de la niñez y adolescencia violada en sus derecho humanos

3.5.1. Inicio del proceso de protección

El Artículo 117 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula que el proceso de protección puede iniciarse de las formas siguientes:

- I) “Por remisión de la Junta Municipal de Protección de la Niñez y/o del Juzgado de Paz.
- II) De oficio o por denuncia presentada por cualquier persona o autoridad.”

3.5.2. Trámite de la denuncia

Recibido el expediente, el juez de niñez y adolescencia deberá dictar inmediatamente las medidas cautelares que correspondan y señalará día y hora para la audiencia, que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes. Debiendo ser notificadas las partes por lo menos con tres días de anticipación a la celebración de la misma.

3.5.3. Audiencia preliminar para dictar medidas de protección

El Artículo 7 de del Acuerdo 42-2007 de la Corte Suprema de Justicia regula que en las primeras actuaciones si se encuentra presente el niño o adolescente “se procederá



inmediatamente a oírlo, tomándose su declaración a través de la correspondiente entrevista, dictándose la medida cautelar oportuna, si procede, y fijando la fecha de la audiencia de conocimiento de hechos, notificándole a las parte. Posteriormente de forma inmediata se comunicará a la Procuraduría General de la Niñez y la Adolescencia de la Procuraduría General de la Nación para el inicio de la investigación. En todos los casos en que existieren indicios de la comisión de un hecho delictivo en contra del niño o adolescente, se certificará lo conducente adjuntando todas las actuaciones efectuada a la Oficina de Atención Permanente del Ministerio Público, en donde exista, o a la fiscalía correspondiente.”

3.5.4. Audiencia de conocimiento de hechos

Respecto a la audiencia de conocimiento de hechos el Artículo 119 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula que: “El día y hora señalada para la audiencia, el juez procederá de la siguiente forma:

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



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

- IV) Habiendo oído a las partes y según la gravedad del caso, el juez podrá proponer una solución definitiva; y en caso de no ser aceptada ésta partes se suspenderá la audiencia, la que deberá continuar dentro de un plazo no mayor de treinta días. Para el efecto, las partes se darán por notificadas. Si hubiere que notificar a otra persona se hará dentro de los tres días siguientes.
- V) Si se prorroga la audiencia, el juez deberá revocar, confirmar o modificar las medidas cautelares dictadas. En caso contrario dictará de inmediato la resolución que corresponda."

3.5.5. Proposición de pruebas

El Artículo 122 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula: "Cinco días antes de la continuación de la audiencia, las partes y el representante de la Procuraduría General de la Nación deberán presentar al juez un informe de los medios de prueba recabados que se aportarán en la audiencia definitiva. En esta diligencia podrán proponer los medios de prueba siguientes:

- i) Declaración de las partes
- ii) Declaración de testigos
- iii) Dictamen de expertos

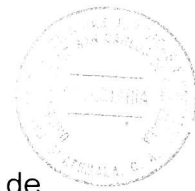


- iv) Reconocimiento judicial
- v) Documentos
- vi) Medios científicos de prueba”

3.5.6. Audiencia definitiva

El Artículo 123 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula: “El día y hora señalados para la continuación de la audiencia, el juez procederá de la siguiente forma:

- i) Determinará si se encuentran presentes las partes
- ii) Oirá en su orden al niño, niña o adolescente, al representante de la Procuraduría General de la Nación, representante de otras instituciones o terceros involucrados, profesionales, testigos y por último a los padres, tutores o encargados.
- iii) Una vez recibida la prueba el juez declarará por finalizada la audiencia. Inmediatamente después el juez dictará la sentencia valorando la prueba en base a la sana crítica, en la misma se pronunciará y declarará si los derechos del niño, niña o adolescente se encuentran amenazados o violados y la forma como deberán ser restituidos; en la misma confirmará o revocará la medida cautelar decretada. Si por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora se haga necesario diferir la redacción de la sentencia, el juez leerá solo su parte resolutive y explicará de forma sintética los fundamentos de su decisión. La



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

- iv) La sentencia deberá llenar los requisitos que establece la Ley del Organismo Judicial

En caso de que la declaración fuera positiva, el juez deberá:

- i) Fijar un plazo perentorio en el cual deberá restituirse el o los derechos violados
- ii) Vencido el plazo sin que se haya cumplido con la obligación, se certificará lo conducente al Ministerio Público para los efectos de la acción penal.”

3.5.7. Impugnaciones

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula en la sección XI los medios procesales para oponerse a una resolución dictada por juez competente en un proceso de protección. Es así que en los Artículos 125 al 131 se regulan los siguientes recursos:

✓ Revisión

El juez de niñez y adolescencia correspondiente, a petición de parte, revisará las disposiciones o medidas acordadas por la Comisión Municipal de la Niñez y la Adolescencia.



Se interpondrá en forma verbal o por escrito dentro de los cinco días siguientes a su notificación. El juez correspondiente resolverá en el plazo de cinco días.

✓ **Revocatoria**

Las resoluciones son revocables de oficio por el juez que las dictó o a instancia de parte, salvo las que pongan fin al procedimiento.

La interposición del recurso puede hacerse en forma verbal o por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su notificación.

Interpuesta la revocatoria, el Juez o Tribunal deberá resolverlo sin más trámite, dentro de las veinticuatro horas siguientes.

✓ **Apelación**

Salvo disposición en contrario, únicamente son apelables los autos que resuelvan definitivamente el procedimiento o que determinen la separación del niño, niña y adolescente de sus padres, tutores o encargados. El plazo para interponer la apelación es de tres días posteriores al día de su notificación y podrá hacerse en forma verbal o por escrito ante el juzgado que conoció del asunto, el que lo remitirá junto con lo actuado a la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia.



El Tribunal Superior confirmará, modificará o revocará la resolución apelada, únicamente en la parte que sea objeto del recurso, salvo que necesariamente requiera modificar otros de sus puntos como consecuencia de lo resuelto.

La Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia señalará audiencia en un plazo de cinco días, para que las partes hagan uso del recurso y resolverá el mismo en un plazo de tres días. Lo resuelto deberá remitirse con certificación al juzgado de su origen.

✓ **Ocurso de hecho**

Cuando el Juez de primera instancia haya negado el recurso de apelación, la parte interesada puede ocurrir de hecho dentro de tres días de notificada la denegatoria ante la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia. Recibido el ocurso, se requerirá al juez respectivo la remisión de las actuaciones, las que serán expedidas dentro de 24 horas. El ocurso será resuelto dentro de 24 horas de recibidas las actuaciones.

Si el ocurso fuere desestimado, las actuaciones serán devueltas al tribunal de origen sin más trámite. Si se declara con lugar el ocurso, se procederá conforme a lo prescrito para el recurso de apelación.



3.5.8. Ejecución de la medida

La ejecución de la medida está a cargo del juez que dictó la resolución final. Para el efecto solicitará informes cada dos meses a donde corresponda sobre el cumplimiento de las medidas acordadas para la protección del niño, niña y adolescente.

3.6. Separación familiar

En este apartado conviene exponer sobre las opciones que existen cuando de la medida de protección conlleva la separación familiar. La Corte Suprema de Justicia mediante el Acuerdo 40-2010 emite el 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. De esa cuenta regula y define las opciones que se deben agotar antes de dictar una medida de abrigo y protección en entidad pública o privada sin exceder de seis meses, en tanto el niño es prioritariamente reunificado con su familia biológica, familia ampliada o es integrado a una familia adoptiva como solución permanente. Es así, que define a la familia biológica, familia ampliada y familia sustituta.



3.6.1. Familia biológica

En el Artículo 6 del referido Acuerdo define familia biológica como las personas que tienen vínculo consanguíneo. Comprenden principalmente los hermanos y progenitores.

3.6.2. Familia ampliada

Conforme el Artículo 7 del Acuerdo 40-2010 en mención, como familia ampliada deberá comprenderse: “a todas las personas que no sean familia biológica, que tengan parentesco de consanguinidad, afinidad o que mantengan una relación equiparable a la relación familiar con el niño, niña y adolescente amenazadas o violada en sus derechos humanos; de acuerdo a la práctica, usos y costumbres nacionales y comunitarias.”

3.6.3. Familia sustituta

Como familia sustituta, el Artículo 8 del referido Acuerdo nos orienta a entender que: “es 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.”



Para poder abrigar un niño, niña o adolescente, la familia sustituta debe estar previamente acreditada por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, quien es la institución encargada de captar, seleccionar, capacitar y acreditar las familias sustitutas.

El abrigo en familia sustituta siempre tiene un 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.

✓ **Prohibiciones para ser familia sustituta**

El Artículo 9 del Acuerdo 40-2010 establece que: "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

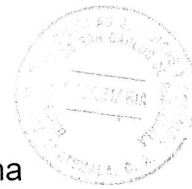
c) Familias adoptivas o interesadas en adoptar, los niños, niñas y adolescentes que sean declarados amenazados o violados sus derechos a la familia para no desvirtuar la institución de la adopción, para no poner en riesgo la posibilidad de la reinserción con su familia biológica.”

3.6.4. Abrigo de niño, niña o adolescente en entidad pública o privada

Para los efectos de adentrarnos en materia se desarrollará la medida de protección que consiste en el abrigo y protección del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada.

✓ Definición

Consecuente con lo expuesto en las anteriores páginas se establece que la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada es la medida de protección que el titular de un órgano jurisdiccional competente ordena a favor de un niño, niña o adolescente amenazado o vulnerado en sus derechos en entidades dedicadas al abrigo y protección para el cese o restitución del sus derechos amenazados o violados, siendo esta temporal o definitiva.

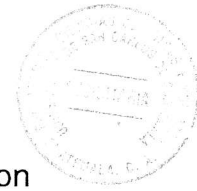


El Artículo 11 del Acuerdo 40-2010 de la Corte Suprema de Justicia proporciona una definición legal y establece que: “las entidades públicas o privadas dedicadas al abrigo de los niños, niñas y adolescentes, son aquellas instituciones cuya función primordial es brindar la protección y abrigo, cuyo funcionamiento ha sido autorizado por el Consejo Nacional de Adopciones.”

✓ Origen de la institucionalización

Rubén M. Lo Vuolo Expone que: “Las instituciones de protección social son propias del modo de organización del “capitalismo tardío” que identifica a las sociedades modernas”²⁶ En el entendido que en esta forma de organización, se provocan condiciones en las excluyen a sectores sociales. Sin embargo, la brecha que provoca la exclusión debe ser controlada para mantener el orden social. Es en ese contexto en el que surgen las instituciones de servicio social. Es así que Rubén M. Lo Vuolo expone “los riesgos sociales afectan a todos los miembros de la sociedad, pero se descargan con mayor fuerza sobre los más vulnerables: aquellos que no pueden cubrirse por no tener riqueza y por no tener derechos efectivamente realizables. Las instituciones que se ocupan de ofrecer cobertura y protección frente a estos riesgos, deben tener en cuenta estos elementos con el objetivo de cumplir con su objetivo general: promover la integración, la cohesión social. Estas elucidaciones ayudan a comprender del problema que aquí nos ocupa. Dos aspectos merecen especial atención: 1) la atribución de responsabilidad de cobertura ante los riesgos sociales; 2) el modo en que los arreglos

²⁶ García Méndez, Emilio (compilador). **Op. Cit.** Pág. 105



operativos son diseñados para prevenir y reparar los daños derivados de ellos. Con respecto a lo primero, se entiende que, si los riesgos sociales son inherentes al modo de organización social, la responsabilidad de la cobertura no es del sujeto afectado sino del conjunto de la sociedad que decide el modo en que se organiza política y económicamente. En cuanto a lo segundo, los arreglos operativos creados para cubrir las consecuencias dañosas de los riesgos sociales no pueden estimular la fractura social, la segregación de las personas.”²⁷

La institucionalización en la doctrina de situación irregular, es utilizada en atención a la niñez y adolescencia que infringe la ley penal, el llamado niño delincuente, y la niñez y adolescencia que se encuentra en situación de riesgo social por no tener las condiciones materiales para responder a la categoría de niñez concebido dentro de los mecanismos de control formales e informales, niño abandonado, el niño que por su condición en el futuro puede infringir la Ley penal.

La concepción de institucionalización en la doctrina de protección integral es una medida de protección excepcional y temporal. Misma que se desarrollará a continuación:

²⁷ **Ibid.** Pág. 106



✓ **Entidad de abrigo y protección**

De acuerdo a lo expuesto se puede establecer que una entidad de abrigo y protección es la institución que brinda el cuidado de forma definitiva o temporal de niños, niñas y adolescentes amenazados o vulnerados en sus derechos. Las entidades de abrigo pueden ser públicas o privadas.

✓ **Clasificación**

Según lo desarrollado en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se puede establecer que una entidad de abrigo y protección se puede clasificar según su dependencia con el gobierno de un Estado en: público y privado; y según su temporalidad en: temporal y definitivo.

La medida de abrigo y protección de niño, niña o adolescente en entidad pública o privada atendiendo a su naturaleza pueden ser pública o privada y atendiendo a su temporalidad pueden ser temporales o definitivas.

○ **Las entidades públicas**

Las entidades públicas de abrigo y protección son las instituciones que brindan cuidado a niños, niñas y adolescentes, siendo parte de la estructura administrativa del gobierno.



Estas dependen administrativamente de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República de Guatemala.

- **Las entidades privadas**

Las entidades privadas de abrigo y protección son las instituciones que brindan cuidado a niños, niñas y adolescentes, sin embargo no forman parte de la estructura administrativa del Estado, de esa cuenta no perciben recursos provenientes de la recaudación fiscal. Las entidades privadas de abrigo y protección deben realizar el trámite administrativo ante el órgano administrativo con competencia para su autorización, cancelación y supervisión, siendo el Consejo Nacional de Adopciones el órgano administrativo el facultado. Competencia que la Ley de Adopciones, Decreto número 07-2007 del Congreso de la República de Guatemala le otorga.

- **Temporal**

La medida de abrigo y protección en entidad pública o privada temporal, es la que se dicta y se mantiene mientras se diligencian las etapas procesales en el proceso de protección antes de la sentencia que se dicta en la audiencia definitiva.



- **Definitivo**

La medida de abrigo y protección en entidad pública o privada definitivo, será la medida de protección que se ordena con la sentencia.

Ambas modalidades del abrigo no pueden exceder del máximo de seis meses, sin embargo puede ser prorrogada a petición de la Procuraduría General de la Nación o parte interesada, como lo regula el Acuerdo número 40-2010 de la Corte Suprema de Justicia. El Acuerdo no establece un límite de prórrogas.

Sin embargo, como bien lo regula el Artículo 110 del Decreto número 27-2003, cualquier medida de protección que se dicte en un proceso de protección podrá ser sustituida en cualquier momento. Es en ese sentido que durante la ejecución de la medida de protección ordena al juez que dictó la resolución final que vele por el cumplimiento de la medida dictada por lo que solicitará informes cada dos meses a donde corresponda con este objetivo. En la práctica forense, los Juzgados de Niñez y Adolescencia señalan audiencias de verificación de la medida, y en su caso, cuando corresponda, audiencias de modificación de la medida.



✓ **Características**

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia al regular en el Artículo 114 la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada describe las siguientes características:

○ **Excepcional**

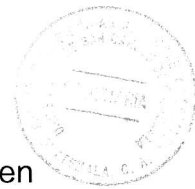
La medida de abrigo y protección en entidad pública o privada es la última opción que el juzgador puede ordenar a favor del niño, niña o adolescente. Esto obliga a las partes procesales a agotar las opciones de recurso familiar antes de dictar esta medida.

Los autores Palummo y López exponen que: “La excepcionalidad de la institucionalización se fundamenta en la existencia de un importante consenso científico sobre el impacto negativo de la institucionalización en el desarrollo de los niños, así como sobre los riesgos que tienen los niños institucionalizados de sufrir distinto tipo de violencia.”²⁸

○ **Provisional**

En el caso de que el juzgador disponga ordenar el abrigo y protección de un niño, niña o adolescente en entidad pública o privada, esta será en primer término de carácter

²⁸ López, Agustina y Palummo, Javier. **Internados. Las practicas judiciales de institucionalización por protección de niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Montevideo.** Pág. 17



temporal, provisional. Aplicable solo el tiempo necesario para ubicar un espacio en familia biológica o ampliada. Esto conlleva que se considerará cualquier opción para el abrigo del niño, niña o adolescente.

- **Transicional**

Por la naturaleza excepcional y provisional de la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada, esta será utilizable como forma de transición para la colocación provisional o definitiva de niños, niñas y adolescentes en familia u hogar sustituto.

- **No implica privación de libertad**

La medida de abrigo y protección en ningún momento se tendrá como una medida que implique privación de la libertad. Es una medida de protección, como el mismo concepto lo define, se ordena cuando los derechos de la niñez y adolescencia se ve amenazada o vulnerada.

- **Sustituible en cualquier etapa**

Tal como la naturaleza de las medidas de protección en este proceso, son susceptibles de cambio en cualquier tiempo, en cualquier etapa procesal.



CAPÍTULO IV

4. Fundamentos para regular motivos para ordenar la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada

Como se apunta en el capítulo tres de este documento, en el proceso de protección de la niñez víctima de amenaza o vulnerada en sus Derechos Humanos, se tienen contemplados una serie de medidas de protección para restituirlos y/o protegerlos. Entre esas medidas de protección se encuentra el abrigo y protección en entidad pública o privada, comúnmente conocido como institucionalización en hogares.

Con la ratificación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, la colocación de niños, niñas y adolescentes en hogares debe tener una naturaleza de protección, con la condición de que su interés superior así lo exija. Con la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el Artículo 114 se establece que dicha medida de protección debe ser temporal, excepcional, utilizable como forma de transición para la colocación provisional o definitiva de niños, niñas y adolescentes en familia u hogar sustituto y no implicara en ningún caso privación de libertad.

La regulación de esta medida deja cierta discrecionalidad al Juez de niñez y adolescencia. Esto debido que el Decreto número 27-2003 del Congreso de la República solo explica la naturaleza del abrigo y protección en entidad pública o privada, mas no establece las condiciones para adoptar esta medida.



Como garantía de los derechos fundamentales de la niñez y adolescencia respecto a la separación familiar y al abrigo y protección el Artículo 116 regula en la literal b) y j) lo siguiente: “b) No ser abrigado en institución pública o privada, sino mediante declaración de autoridad competente, previa a agotar las demás opciones de colocación. Asimismo, no podrán, bajo ninguna circunstancia, ser internados en instituciones destinadas a adolescentes en conflicto con la ley penal, incurriendo en responsabilidad los funcionarios que no cumplieren esta disposición. j) A no ser separado de sus padres o responsables contra la voluntad de estos excepto cuando el juez determine, previa investigación de los antecedentes, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, en caso en que este sea objeto de maltrato o descuido.” Asimismo, en el Artículo 115 del Decreto número 27-2003 del Congreso de la República regula supuestos en los cuales se puede separar a la niñez y adolescencia víctima la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia siendo estos los casos de maltrato o abuso sexual realizado por los padres o responsables. Al respecto se plantean dos alternativas como medida cautelar: el retiro del agresor del hogar o la separación de la víctima de su núcleo familiar, según las circunstancias.

En síntesis, según lo regulado en el Decreto número 27-2003, la niñez y adolescencia solo puede ser abrigado en una institución pública o privada mediante orden judicial y por causas relativas al maltrato, descuido y abuso sexual realizado por los padres o responsables.



El principio básico en el nuevo paradigma de la doctrina de protección integral es el interés superior. Es así, que la Convención Sobre los Derechos del Niño establece que para tomar la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada se atenderá al interés superior del niño. La doctrina, expone que tomar como base el interés superior del niño en las decisiones judiciales para su protección será con el objeto de garantizar el ejercicio de más derechos que los que se limitará con la adopción de alguna medida. En este sentido, la separación de la niñez y adolescencia de su núcleo familiar debe seguir esta orientación.

Laura Rodríguez y Ernesto Blanck exponen al respecto: “Es usual que cuando se decide una medida de protección se invoque el “interés superior del niño”. Más allá de la ambigüedad y limitaciones que este principio trae consigo, la ley ha hecho un avance significativo en su interpretación, siguiendo a CILLERO en su ya clásico trabajo, y considerando al interés superior del niño como un principio garantista.”²⁹

4.1. Principios y garantías de la niñez y adolescencia

La niñez y adolescencia al participar en un proceso judicial como parte, se le otorgan garantías procesales para la protección de sus derechos humanos. Siendo estos, los principios propios del proceso y las garantías reguladas en el Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala. Mismos que se desarrollaron en el capítulo III del presente escrito.

²⁹ García Méndez, Emilio (compilador). **Op. Cit.** Pág. 194



Analizando el uso tradicional que se le da a la medida de protección, Laura Rodríguez y Ernesto Blanck exponen sobre los principios que se vulneran: “el principio de legalidad, en tanto no se encuentran definidas claramente las causales de procedencia. Nada limita la actividad del juez, ningún criterio objetivo que conduzca su decisión, ningún tipo de taxatividad en su intervención o control de su actividad.

Asimismo viola el debido proceso constitucional en tanto no tiene regulado un tipo de procedimiento; la ausencia de limitación a las facultades omnímodas otorgadas al juez para resolver la guarda de una persona menor de edad en el marco de una medida cautelar y la falta de valoración de los derechos que pueden conculcarse en estas medidas que van desde la separación de las personas menores de edad de sus progenitores, hasta el internamiento.

Estas facultades discrecionales vulneran el principio de reserva y violan el derecho a la vida privada y a la identidad, pudiendo llegar a tener una intensidad extrema - excluyendo a los niños de su familia biológica- en un marco de absoluta violación de la constitución nacional y de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, sin tener en cuenta otras alternativas establecidas por CDN. Es así que en nombre de la ‘protección’ es válido todo tipo de intromisiones por parte del Estado, siendo los niños y jóvenes y sus familias considerados ‘objetos de evaluación’ de los juzgados a través de los diagnósticos e informes.”³⁰

³⁰ **Ibid.** Pág. 189



“Esta medida es violatoria del principio constitucional de igualdad, dado que su aplicación se ha destinado generalmente a una categoría de niños y jóvenes en situación de vulneración social. Se lesiona la libertad ambulatoria, porque la institucionalización es privación de libertad. Se vulnera el derecho de defensa de las personas menores de edad y de sus padres, porque bajo el pretexto de la incapacidad de los niños y el “abandono” de su familia, no se les permite el acceso como parte al expediente.”³¹

La medida de protección en una entidad de abrigo y protección o institucionalización siempre es privación de libertad. Se limita la libre locomoción del niño, niña y adolescente. Esto, tanto en el enfoque de la situación irregular así como en la doctrina de protección integral. Aunque sus causas y sus intenciones sean distintas, siempre es limitación a la libertad.

Es por esto, que las garantías en un proceso de protección, respecto a la medida de institucionalización, deben ser tan estrictas como la privación de libertad en el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal y el proceso penal.

4.2 Presupuestos para limitar la libertad

Si bien es cierto, en algunas circunstancias es preciso dictar la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada a favor de la niñez y adolescencia. También es

³¹ **Ibid.** Pág. 190



cierto que al dictar dicha medida de protección por motivos que no sean maltrato o abuso sexual de parte de los padres, tutores o responsables la niñez, puede ser arbitrario al tener como presupuesto una resolución que puede basarse en fundamentos espurios.

La libertad es uno de los derechos humanos que la legislación tanto en materia penal, así como en el proceso de adolescente en conflicto con la ley penal se regula con un estricto recelo. Al respecto las garantías que se brindan en la Ley de Protección de la Niñez y Adolescencia, para dictar la medida de abrigo en entidad pública o privada en los procesos de protección, se limita a establecer que dicha medida debe ser dictada por un órgano competente. Es decir los Juzgados con competencia en niñez y adolescencia. Siendo las causas el maltrato, descuido o abuso sexual de parte de los padres o responsables.

4.2.1 En el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal

En el Artículo 182 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se establece el carácter excepcional de la privación de libertad provisional, la privación de libertad provisional tiene carácter excepcional, especialmente para los mayores de trece años y menores de quince y sólo se aplicará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa.



Dicha medida de coerción solo procede cuando sea necesaria, según los objetivos señalados, y cuando:

- a) "Exista peligro de fuga y/o de obstaculizar la averiguación de la verdad.
- b) Que el hecho que se atribuya al adolescente sea constitutivo de un delito que implique grave violencia y sea contra la vida, la integridad física, la libertad individual o sexual de las personas."

4.2.2 En el proceso penal

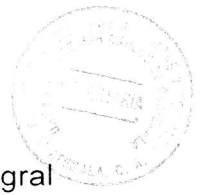
Hay que tener presente que la construcción de los principios y garantías del proceso penal han sido contruidos a partir de sindicado, acusado, procesado. Es por esto que con el objetivo de garantizar la libertad en el Código Procesal Penal respecto a la prisión preventiva el Artículo 264 establece los motivos por los cuales no se puede dictar medida sustitutiva. Esto quiere decir que cuando el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por la aplicación de otra medida se puede evitar la prisión preventiva al sindicado. Con estos presupuestos la mayoría de delitos del que pueda ser sindicado una persona se puede disponer de una medida sustitutiva mientras se realizan las diligencias del proceso penal hasta llegar a la sentencia.

Así también establece que no podrá concederse ninguna medida sustitutiva en los procesos instruidos contra:



- a) Reincidentes o delincuentes habituales
- b) Por delitos de homicidio
- c) Asesinato
- d) Parricidio
- e) Violación agravada
- f) Violación de menor de doce años de edad
- g) Plagio o secuestro en todas sus formas
- h) Robo agravado
- i) Cuando las leyes lo limiten
- j) Los comprendidos en el capítulo VII del Decreto No. 48-92 del Congreso de la República, Ley contra la Narcoactividad
- k) En los procesos instruidos por los delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera y contrabando, excepto la de prestación de caución económica.
- l) En los procesos instruidos por los delitos de: a) adulteración de medicamentos; b) Producción de medicamentos falsificados, productos farmacéuticos falsificados, dispositivos médicos y material médico quirúrgico falsificado; c) Distribución y comercialización de medicamentos falsificados, productos farmacéuticos falsificados, medicamentos adulterados, dispositivos médicos y material médico quirúrgico falsificado; y d) Establecimientos o laboratorios clandestinos.

En Argentina, debido a la importancia que debe tener la participación activa del niño, niña o adolescente en el proceso de protección, se crea el Consejo de Derechos de Niñas y Niños y Adolescentes. Órgano conformado por Defensorías Zonales que



“tienen a su cargo la implementación de medidas de efectivización y protección integral de derechos. Asimismo, ejercen el patrocinio jurídico gratuito y la asistencia letrada de niños, niñas y adolescentes en todo expediente administrativo y judicial que los involucre.”³²

Para poder ejercer plenamente los derechos de la niñez y adolescencia en un proceso judicial es preciso el patrocinio de un abogado. El letrado debe ser exclusivo para defender los intereses del niño, niña o adolescente. Y es en este sentido que el derecho a la libertad puede ser garantizado de mejor forma a favor de la niñez y adolescencia.

4.3 Niñez y adolescencia abrigada en entidad pública o privada

El Consejo Nacional de Adopción, órgano creado en el Artículo 17 de la Ley de Adopciones, Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, como entidad autónoma, de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad de adquirir derecho y contraer obligaciones, la ley le asigna el su naturaleza de Autoridad Central en materia de adopciones en Guatemala de conformidad con el Convenio de La Haya.

La Ley de Adopciones en el Artículo 23, en la literal o del referido artículo establece que entre sus funciones está: “autorizar, supervisar y monitorear en forma periódica, y en su

³² **Ibid.** Pág. 205

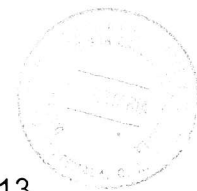


caso sancionar a las entidades privadas, hogares de abrigo, hogares sustitutos que se dediquen al cuidado de niños.”

Asimismo, en la literal a. de la literal B. del Artículo 22 del Reglamento de la Ley de Adopciones Acuerdo Gubernativo 182-2010, respecto a las funciones del Equipo Multidisciplinario en materia de registro, autorización y supervisión de entidades dedicadas al abrigo de niños, se establece la elaboración y mantenimiento de un censo actualizado de niños y adolescentes institucionalizados y de las entidades públicas y privadas que los albergan.

Es así que las entidades privadas de abrigo reportan mensualmente la cantidad de niños, niñas y adolescentes que abrigan. De esa cuenta la Unidad de Acceso a la Información del Consejo Nacional de Adopciones reporta que en el año 2013, se autorizaron un total de cinco hogares privados de abrigo, protección y cuidado de niños, niñas y adolescentes. Se culmina el año 2013 con 95 hogares de protección en proceso de autorización. En el año 2013 se contó con un registro de 4394 de niños niñas y adolescentes abrigados.

Aunado a lo anterior de enero a diciembre del año 2013, la unidad de acceso a la información de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia reporta que las entidades públicas de abrigo, atendió un total de 12,462 niños, niñas y adolescentes. Un promedio de atención mensual de 1038.5 niñas y adolescentes en los hogares públicos.



El Centro de Información, Desarrollo y Estadística Judicial reporta que en el año 2013 dictó una cantidad de 1067 medidas de protección dictadas a favor de la niñez y adolescencia en entidades de abrigo y protección por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del municipio de Mixco.

Ya se anotaba por Agustina López y Javier Palummo quienes exponían que: “es imprescindible mencionar que la internación de los niños, niñas y adolescentes por motivos asistenciales ha constituido una de las respuestas privilegiadas de los sistemas tutelares basados en la doctrina de situación irregular.”³³ Ante esto es preciso anotar que son doce años desde la vigencia de la Ley de Protección integral de la niñez y adolescencia en los que se intenta implementar la doctrina de protección integral. La implementación de un nuevo paradigma no se aplica de la noche a la mañana, es precisa la revisión constante para que las prácticas de la doctrina de situación irregular se vayan eliminando de la labor jurisdiccional.

Para ejemplificar los razonamientos tomados en resoluciones judiciales para dictar la medida de abrigo y protección a favor de niñas, niños y adolescentes se transcribe el siguiente:

³³ López, Agustina y Palummo, Javier. **Op. Cit.** Pág. 11

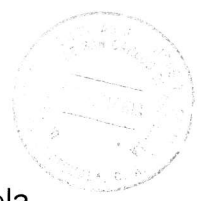


“... JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Y DE ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL, MUNICIPIO DE MIXCO, DEPARTAMENTO DE GUATEMALA. Mixco, siete de mayo del año dos mil trece.-----

En base al estado que guardan los autos y declaración que antecede, se resuelve de la siguiente manera.-----

CONSIDERANDO LEGAL: Que la Constitución Política de la República de Guatemala regula que el Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Asimismo, el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. También establece la referida Convención que los Estados Partes velaran porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.-----

CONSIDERANDO: Que en el presente caso con fecha trece de marzo de dos mil trece se revocó el abrigo provisional de la niña ... recaído en el hogar ..., entregando a dicha menor a la señora ... Y el día de hoy se presentó a este Juzgado la progenitora de la niña de mérito ... manifestando que su hija se ha portado mal con su abuela no le hace



caso solo en la calle se mantiene y le roba dinero, y hace como dos semanas la abuela se la entrego para que ella se hiciera responsable de su hija situación que no ha podido porque la menor no le hace caso y no quiere estar con ella ni con ningún familiar situación por la cual la progenitora solicito al señor Juez que ingrese a su menor hija a un hogar para que la puedan corregir, motivo por el cual debe dictarse la resolución que en derecho corresponde.-----

CITA LEGAL: Artículos: 1,2, 3, 4, 5, 20, 175, 203, 204, 205, de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 2, 3, 4, 5, 9, 12, 19, 20 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 1 al 17, 18, 19, 25, 36, 53, 54, 62, 75, 76, 80, 98, , 99, 101, 104, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 126 y 127 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 141, 142 y 143 de la Ley del Organismo Judicial. POR TANTO: Con base en lo considerado y en la cita legal este juzgado al resolver DECLARA: I) Se ordena Revocar la medida de Colocación Provisional a favor de la niña ..., recaída en la abuela materna ..., contenida en la resolución de fecha trece de marzo de dos mil trece; II) Se ordena el Abrigo Provisional y Excepcional de la Niña ... en el Hogar Asociación ..., bajo declaratoria de responsabilidad, para su cuidado, educación y protección; III) Se señala como fecha para la audiencia de revisión de la medida el día LUNES TRES DE FEBRERO DE DOS MIL CATORCE A LAS CATORCE HORAS, debiendo estar presentes en la misma la niña de mérito, la progenitora y la abuela materna; IV) Se ordena a la Procuraduría General de la Nación realice estudios social y



psicológicos a la progenitora y abuela materna o en su caso ubique recurso familia idóneo para la menor de mérito; V) NOTIFIQUESE.”³⁴

Los nombres verdaderos contenidos en la resolución se omiten con el fin de mantener bajo reserva la identidad de la niña que fue sujeta al proceso de protección así como la identidad de los demás sujetos procesales. Esto debido a la garantía de discreción y reserva de las actuaciones en el proceso de protección.

En la resolución transcrita se puede establecer que en considerandos se menciona que el motivo principal para dictar la medida de abrigo y protección es que la niña se ha portado mal y no hace caso. Seguidamente no se establece si se ha agotado la posibilidad de medida de protección en familia amplia o sustituta procedimiento que regula el Acuerdo no. 40-2010 de la Corte Suprema de Justicia. ¿Qué razonamiento se considera para creer que el abrigo y protección en entidad pública o privada es beneficioso para la niña objeto de protección de la resolución transcrita?

Al respecto se ha escrito sobre los efectos negativos de la institucionalización en el desarrollo de la niñez y adolescencia.

³⁴ Juzgado de Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del Municipio de Mixco. Expediente E-281-2013. Fecha 07-05.2013



4.4 Efectos de la Institucionalización

En caso de vulneración o amenaza en los derechos humanos de la niñez y adolescencia en Guatemala se tiene un sistema de protección que contempla medidas con los cuales se pretende protegerlos y restablecerlos. Es en ese sentido que en los casos que ameriten se puede dictar la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada.

Sin embargo, cualquiera que sea el motivo para la institucionalización de un niño o adolescente tiene consecuencias en su desarrollo. Sobre el impacto en el desarrollo de la niñez y adolescencia Agustina López y Javier Palummo exponen: “La excepcionalidad de la institucionalización se fundamenta en la existencia de un importante consenso científico sobre el impacto negativo de la institucionalización en el desarrollo de los niños, así como sobre los riesgos que tienen los niños institucionalizados de sufrir distinto tipo de violencia (...)En especial, esto responde a que en muchos casos la falta de atención personalizada en esas instituciones apareja una ausencia de vínculo emocional entre los niños y las personas a su cargo, además de una carencia de estímulo e interacción, aspectos que provocan retrasos en el desarrollo (...) Citando a Williamson, John y Greenber, Aaron se expone que “En términos generales se ha señalado que por cada tres meses que un niño de corta edad reside en una institución pierde un mes de desarrollo.”³⁵

³⁵ López, Agustina y Palummo, Javier. **Op. Cit.** Pág. 17



Profesionales en Psicología, con experiencia en atención terapéutica a niños, niñas y adolescentes abrigados en entidad pública o privada, exponen que el efecto que tiene la institucionalización se manifiesta de la forma siguiente:

- a) Distorsiona su percepción del peligro que podía tener fuera de la institucionalización,
- b) Le crea fantasías respecto a la situación de su familia, lo separa de su espacio familiar, de sus redes sociales, sus rituales y su cotidianidad implicando para el niño, niña o adolescente el reto de adaptarse, crear nuevas estructuras, nuevos conocimientos y manejar el malestar emocional derivado de la separación de su familia, lo que también dificulta la visibilización del delito y la responsabilidad del agresor.
- c) Cuando estos procesos son prolongados, pueden desarrollar el “síndrome del niño institucionalizado” que se manifiesta por la presencia de los trastornos de la conducta, dificultad de vinculación, trastornos del sueño, pérdida de habilidades sociales, síntomas depresivos y/o ansiosos, retraso en el desarrollo y dificultades de aprendizaje.
- d) En ocasiones se produce también un rechazo hacia hábitos normales. Pueden presentarse también comportamientos que manifiestan carencias afectivas,

Estiman aproximadamente un mes de retraso en el desarrollo global por cada seis meses de institucionalización.



4.5 Alternativas para regular los motivos por lo que no se puede ordenar la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada a favor de niños, niñas y adolescentes

Definitivamente, la medida de abrigo y protección ha sido de gran utilidad en las situaciones en que la niñez y adolescencia está seriamente amenazada y/o violentada en sus derechos humanos, atendiendo al principio de prioridad absoluta propio de la doctrina de protección integral. De esa cuenta, este análisis no pretende la inaplicación de la medida de protección. Sino conciliar el principio de legalidad y el principio de prioridad absoluta en la aplicación de la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada.

Lo anterior garantizará a la niñez y adolescencia que la medida de abrigo será utilizada conforme a la naturaleza de la doctrina de protección integral más no de la doctrina de situación irregular. Que la medida de abrigo se aplicará en los casos que en efecto no existe alternativa protección ante la amenaza y/o violación a algún derecho humano de la niñez y adolescencia.

Es así, que enlistar una serie de circunstancias en las cuales se puede dictar la medida de protección consecuente con el principio de legalidad que se aplica en el derecho penal puede generar limitaciones al juzgador que en el momento que conoce de la denuncia aún no tiene toda la información para poder disponer de una medida de



protección conforme al principio de prioridad absoluta. Esto debido que la Procuraduría General de la Nación aún debe realizar y profundizar en la investigación.

Es así que para mantener la facultad del juzgador de poder proteger a la niñez y adolescente ante una situación urgente conforme al principio de prioridad absoluta lo técnico es enlistar una serie de circunstancias en las cuales se puede dictar la medida de protección por existir alternativas distintas a la del abrigo en entidad pública o privada.

Se hace referencia a esto ya que en la práctica jurisdiccional se ha ordenado la medida de abrigo y protección por razones que tienen que ver con las circunstancias siguientes:

- a) Rebeldía y desobediencia de niños, niñas y adolescentes. la medida de protección en entidad pública o privada no es una medida correctiva para la niñez y adolescencia.
- b) Por carencia de recursos económicos de los responsables del núcleo familiar para brindar educación y otros servicios a la niñez y adolescencia.
- c) Por negativa de los progenitores de responsabilizarse del cuidado de sus hijos e hijas.

En ese sentido es preciso regular los motivos por los cuales definitivamente no se puede ordenar la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada a favor de



la niñez y adolescencia. De esta forma garantizamos el principio de legalidad y el principio de prioridad absoluta en el proceso de protección de la niñez y adolescencia amenazada y vulnerada en sus derechos humanos. De esa cuenta las alternativas pueden ser:

4.5.1 Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia

El Organismo Judicial como poder del Estado con facultad de impartir justicia, con su órgano superior, la Corte Suprema de Justicia, está facultado a emitir reglamentos, acuerdos y órdenes ejecutivas que le corresponden conforme a la ley en materia de las funciones jurisdiccionales.

Es así que la Corte Suprema de Justicia en la materia que nos ocupa, ha regulado el Acuerdo no. 40-2010, el 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 y el Acuerdo No. 42-2007, Reglamento General de Juzgado y Tribunales con Competencia en Materia de la Niñez y Adolescencia Amenazada o Violada en sus Derechos Humanos y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal.

Nos interesa en particular el Acuerdo no. 40-2010 que se ocupa de la medida de abrigo en entidad pública o privada. Sin embargo dentro de lo regulado en dicho acuerdo se centra en desarrollar lo regulado en el Ley de Protección de la Niñez y Adolescencia,



sobre la preeminencia del derecho a la familia de la niñez y adolescencia, la naturaleza de la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada como último recurso, luego de haberse agotado todas las posibilidades de que el niño, niña y adolescente sea abrigado en su familia biológica, en su familia ampliada o en una familia sustituta.

En ese sentido la Corte Suprema de Justicia con un Acuerdo puede regular la aplicación de la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada, en el sentido de enlistar los motivos por los cuales no se puede ordenar la medida referida.

Sin embargo la vigencia de un Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia se contrasta con la realidad en su aplicación. De esa cuenta se evidencia la falta de positividad del acuerdo referido. Ya que bien regula el Acuerdo no. 40-2010 de la Corte Suprema de Justicia la medida de abrigo y protección es una medida que debe ser considerada como último recurso, luego de haberse agotado todas las posibilidades de que el niño, niña y adolescente sea abrigado en su familia biológica, en su familia ampliada o en una familia sustituta. Se observará que la medida de protección y abrigo en entidades públicas o privadas dedicadas al cuidado de niños, niñas y adolescentes deberá decretarse con carácter provisional, sin exceder de seis meses, en tanto el niño es prioritariamente reunificado con su familia biológica, familia ampliada o es integrado a una familia adoptiva como solución permanente. Sin embargo, en la realidad sucede que se dicta la medida de abrigo sin agotar las otras posibilidades y por motivos como rebeldía de los niños, niñas y adolescentes, pobreza e irresponsabilidad de los progenitores, tutores o responsables.



4.5.2 Decreto del Congreso de la República de Guatemala

El Congreso de la República de Guatemala es el poder del Estado que tiene la facultad legislativa. Es así que la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 171 literal a) establece que el Congreso de la República de Guatemala tiene como atribución decretar, derogar y reformar leyes. Seguidamente la Ley del Organismo Judicial establece en el Artículo 3 sobre la primacía de la ley que contra la observación de la ley no puede alegarse, ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario.

Por lo que a través el Congreso de la República de Guatemala se debe reformar en el Artículo 112 literal h) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el sentido de adicionar, a lo ya regulado, los motivos por los que no se puede ordenar la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada a favor de niños, niñas y adolescentes.

La regulación en un Decreto del Congreso de la República de Guatemala implica que debe ser de observancia general. Realizar la reforma en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es adecuado a la técnica jurídica en el sentido que la regulación sobre la protección de la niñez y adolescencia se encuentra en un mismo cuerpo normativo.



Aun contando con ambas posibilidades para brindar garantías a la niñez y adolescencia es claro que la opción técnica jurídica es la reforma, mediante aprobación de un Decreto del Congreso de la República de Guatemala, de la literal h) del Artículo 112 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

A doce años de vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia la implementación de los postulados de la doctrina de protección integral en el sistema judicial ha sido paulatina. Es así que al analizar la práctica jurisdiccional en materia de protección de la niñez y adolescencia se evidencian prácticas compatibles a la doctrina de situación irregular. Tal es el caso de la medida de abrigo y protección que en algunos casos se utiliza una medida disciplinaria ya que la ley al no regular los motivos para dictar la medida de abrigo permite cierta discrecionalidad al juzgador para ordenarla. En ese sentido el principio de legalidad es vulnerado al no imponer límites y supuestos precisos en los cuales se basa un juzgador.

Sin embargo, por el principio de prioridad absoluta propio de la doctrina de protección integral se faculta al juez a tomar las medidas necesarias para proteger a la niñez y adolescencia amenazada o vulnerada en sus derechos. Es así que para el principio de legalidad en los procesos de protección se deben concretar los supuestos negativos para no dictar la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada. Con esto se garantiza el principio de legalidad en los procesos de protección pero también el principio de prioridad absoluta.

De esa cuenta se recomienda que el Congreso de la República de Guatemala reforme, mediante la aprobación de un Decreto, la literal h) del Artículo 112 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia a efecto de enlistar los supuesto por los cuales no se puede dictar la medida de abrigo y protección en entidad pública o privada a favor de la niñez y adolescencia.





BIBLIOGRAFÍA

GALVIS ORTIZ, Ligia. **Compresión de los derechos humanos**. Bogotá, Colombia, 4ª edición, Ediciones Aurora, mayo 2008.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. **Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina**. Bogotá, Colombia, 1ª edición, Editorial Forum Pacis, 1994.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (Compilador). **Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes: análisis de la Ley No. 26.061**. Buenos Aires, Argentina, 2ª edición, Editores del Puerto, 2008

LÓPEZ, Agustina y Palummo, Javier. **Internados. Las prácticas judiciales de institucionalización por protección de niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Montevideo**. Uruguay, 1ª edición, Fundación Justicia y Derecho, 2013.

LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **Derechos humanos**. Guatemala, 1ra. Edición, 2007.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina, 36ª edición, Editorial Helilasta, 2008.

Pro Niño y Niña centroamericanos. **Doctrina de la protección integral**. Guatemala, Cuaderno divulgativo No. 29. 2001.

RAFAEL LINARES, Aurélia. **La institucionalización y la familia de acogida**. http://www.paidopsiquiatria.cat/archivos/Texto_acogida.pdf. (Consultado: 09-02-2015)

RUIZ CASTILLO DE JUÁREZ, Crista. **Teoría general del proceso**. Guatemala, XIII ed. Ediciones Mayté, 2006

SAGASTUME GEMMELL, Marco Antonio. **La protección internacional de los derechos de la niñez**. Guatemala, 1ª edición, COPREDEH, 1992.

Legislación

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

Declaración Universal de los Derechos de derechos Humanos. Organización de las Naciones Unida. 1948.

Convención Interamericana de los Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. 1978.

Convenio Sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas. 1989



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

Ley del Organismo Judicial. Decreto no. 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1989.

Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth. Decreto no. 28-2010 del Congreso de la República de Guatemala, 2010

Ley de Adopciones. Decreto no. 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, 2007.

Código Procesal Penal. Decreto no. 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto no. 512 del Congreso de la República de Guatemala, 1948.

Reglamento General de Juzgado y Tribunales con Competencia en Materia de la Niñez y Adolescencia Amenazada o Violada en sus Derechos Humanos y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal. Acuerdo No. 42-2007 de la Corte Suprema de Justicia, 2007.

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 no. 40-2010 de la Corte Suprema de Justicia, 2010.

Reglamento de la Ley de Adopciones. Acuerdo Gubernativo No. 182-2010. Gobierno de la República de Guatemala, 2010.