

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

**CÁMARA GESELL EN LOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL
INFANTIL DENTRO DEL PROCESO PENAL GUATEMALTECO**

JOSSUÉ JULIÁN XITUMUL SALGUERO

GUATEMALA, AGOSTO DE 2016

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

**CÁMARA GESELL EN LOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL
INFANTIL DENTRO DEL PROCESO PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSSUÉ JULIÁN XITUMUL SALGUERO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto de 2016

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

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
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. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Albert Clinton Whyte Bernard
Vocal:	Licda. Dilia Augustina Estrada García
Secretario:	Lic. Edgar Rolando Cuyún Bustamente

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Dixon Díaz Mendoza
Vocal:	Licda. Hilda Margarita Franco Hernández
Secretario:	Licda. Dora Renee Cruz Navas

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



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 28 de septiembre de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, ANABELLA ESMERALDA CARDONA CÁMBARA
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JOSSUÉ JULIÁN XITUMUL SALGUERO, con carné 200717081,
 intitulado CÁMARA GESELL EN LOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL INFANTIL DENTRO DEL PROCESO PENAL
GUATEMALTECO.

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 20 / 11 / 2015.



Asesor(a)
 (Firma y Sello)

Anabella Esmeralda Cardona Cámara
ABOGADA Y NOTARIA



LICDA. ANABELLA ESMERALDA CARDONA CÁMBARA
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiado 7296



Guatemala, 16 de febrero de 2016.

Doctor

Bonerge Amílcar Mejía Orellana

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Doctor Mejía Orellana:

Respetuosamente me dirijo a usted, para manifestarle que acorde al nombramiento emitido por la jefatura a su cargo, procedí a la asesoría del Trabajo de Tesis del Bachiller **JOSSUÉ JULIÁN XITUMUL SALGUERO**, intitulada "CÁMARA GESELL EN LOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL INFANTIL DENTRO DEL PROCESO PENAL GUATEMALTECO". Y en virtud que el trabajo asesorado reúne los requisitos, tanto de forma y de fondo que exige el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; rindo a Usted mi dictamen favorable en los términos siguientes:

- 1) Declaro no ser pariente dentro de los grados de ley, ni tener ningún interés directo, ni vínculo alguno con el ponente del presente trabajo de investigación, y no obstante al bosquejo del plan de investigación, se efectuó los cambios necesarios a manera de sintetizar la problemática planteada.
- 2) La tesis contiene un estudio jurídico, doctrinario y social sobre el derecho de niñez vinculado al derecho penal, que establece la ausencia de una ley ordinaria que regule el uso obligatorio de la Cámara Gesell en los delitos de abuso sexual infantil, motivo por el que propone una reforma al Código Procesal Penal con el propósito de resguardar y optimizar los derechos ya establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala referentes a la protección de niños, niñas y adolescentes.
- 3) La redacción, estructura de la investigación y la bibliografía utilizada se encuentra actualizada y acorde a un trabajo técnico científico de tesis, evidenciando un adecuado tratamiento de las fuentes y un análisis previo a la selección del material bibliográfico, constituyendo un valioso aporte a la rama del derecho penal y el derecho de la niñez, que servirá de fundamento para quien desee analizar la propuesta esbozada.

LICDA. ANABELLA ESMERALDA CARDONA CÁMBARA
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiado 7296



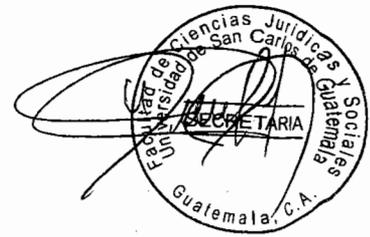
- 4) La tesis realizada por el Bachiller **JOSSUÉ JULIÁN XITUMUL SALGUERO**, se desarrolló sobre un tema importante dentro del derecho de la niñez vinculado al derecho penal, que se investigó según nuestra legislación, tratados internacionales y doctrina, que tienen relación con otras ramas del derecho desde puntos de vista tanto legales como doctrinarios, realizándose los cambios necesarios para una forma más consistente y con ello abarcar de una mejor manera la investigación.
- 5) Se considera que el ponente aborda de manera muy científica y técnica una problemática importante dentro de la sociedad guatemalteca, y los métodos y técnicas de investigación utilizadas para llegar a establecer la conclusión discursiva, ha sido seleccionada adecuadamente; reforzado con la bibliografía utilizada que está enriquecida con la legislación nacional e internacional, así como autores nacionales y extranjeros, lo que demuestra acuciosidad del ponente en la investigación, lo cual, ha contribuido a confirmar la hipótesis que se estableció dentro del plan respectivo.
- 6) El trabajo se realizó bajo mi propia dirección y supervisión, razón suficiente por la que me consta su planificación, elaboración, investigación y redacción, cumpliéndose a cabalidad las exigencias, necesarias por la naturaleza de un trabajo de vital importancia en la vida nacional y que representa un valioso aporte del autor para la rama ya mencionada; y en virtud de considerar que el trabajo de tesis sí llena los requisitos exigidos en el respectivo normativo, **EMITO DICTAMEN FAVORABLE**, previa revisión y discusión en el examen público.

Con muestras de mi más alta estima, me suscribo de usted.

LICDA. ANABELLA ESMERALDA CARDONA CÁMBARA
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiado 7296

21 Calle 7-70, zona 1, Nivel 12 Sala de la Corte de Apelaciones
Ramo Penal de procesos de Mayor Riesgo y Extinción de dominio, Ciudad
Teléfono 24267070

Licda. Anabella Esmeralda Cardona Cámbara
ABOGADA Y NOTARIA



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 09 de junio de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JOSSUÉ JULIÁN XITUMUL SALGUERO, titulado CÁMARA GESELL EN LOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL INFANTIL DENTRO DEL PROCESO PENAL GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

WELM/srrs.

Lic Daniel Mauricio Tejeda Ayestas
 Secretario Académico



Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO





DEDICATORIA

A DIOS:

Por haberme dado sabiduría para concluir el objetivo trazado, por su respaldo en todo momento y por guiarme en las decisiones trascendentales. Gracias Padre bendito.

A MI PADRE:

Julián Xitumul Tahuico, por su ejemplo de honestidad y humildad, por enseñarme a ser una persona íntegra y perseverante, por creer en mí en el transcurso de mi vida académica. Gracias, por tus valiosos consejos.

A MI MADRE:

María Cristina Salguero Beltrán, por su gran amor y su confianza, por inculcarme valores que me han permitido ser una persona de bien, por el apoyo brindado en cada etapa de mi vida y por ser la principal motivación en la consecución de mis sueños.

A MI HERMANA:

Katherinne Michelle Xitumul Salguero, por su amor y por transmitirme confianza en situaciones difíciles.

A MIS TÍAS:

Otilia Salguero Beltrán, que en paz descanse, por su cariño e inspiración a superarme. Marta Salguero Beltrán por su bondad y su afecto.

A MIS AMIGOS:

Por ser parte de los buenos y malos momentos, por su apoyo mutuo en nuestra formación profesional.



A:

La gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por abrirme sus puertas y brindarme la oportunidad superarme profesionalmente, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por cobijarme en su centro del saber y de donde me siento orgulloso de egresar.



PRESENTACIÓN

Este trabajo se desarrolla en el ámbito jurídico penal, se orienta en una investigación cualitativa, por su enfoque social, análisis inductivo e interactividad con los niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas o testigos de delitos de abuso sexual infantil, cuya observancia y recolección de datos, permiten conocer las relaciones sociales y la realidad experimentada por los mismos, que se impactan porque existe un vacío legal, es decir no existe ninguna norma ordinaria que regule el uso de la Cámara Gesell en los delitos de abuso sexual infantil, esta investigación comprenderá el período del año 2015, siendo los sujetos analizados los niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas o testigos de delitos de abuso sexual infantil, con el objeto de estudio de la reforma al Código Procesal Penal para el uso obligatorio de la Cámara Gessell en los delitos de abuso sexual infantil.

El tema Cámara Gesell es un problema poco estudiado y advertido dentro de la sociedad; y la ausencia de una adecuada legislación que establezca su obligatoriedad, hacen que la justicia no se ajuste a los postulados actuales ni le da valor a garantías constitucionales y derechos humanos; por tal motivo, en esta tesis se propone la transformación de esas circunstancias; esto conlleva el abordaje de la problemática con un enfoque interdisciplinario y con perspectiva de humanidad para su mejor comprensión. Y que sirva como una herramienta bibliográfica para estudiantes o profesionales afines a esta ciencia, que puedan darle seguimiento al tema.



HIPÓTESIS

Los problemas de la legislación que se ausenta para controlar el uso obligatorio de la Cámara Gesell en los delitos de abuso sexual, comprueban la validez legítima de la premisa que intitula la tesis, de lo contrario no hay un sistema jurídico ajustable a la realidad; pues sus postulados no protegerían a la sociedad tanto infantil como adulto.

Por lo tanto, la hipótesis que se plantea es: Con la creación de un decreto legislativo que regule el uso de la Cámara Gesell; mantendrá el orden social mejorando así la aplicación de justicia en tiempo y espacio.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis se fundamenta en el derecho de la niñez vinculado al derecho penal en favor de la justicia equitativa como práctica jurídica que hoy en día se pone en el centro de las discusiones del derecho, pero que tiene relación directa, o mejor aún, encuentra antecedentes en que una de las características propias del derecho es la mutabilidad, es decir aquella posibilidad de ir adecuando los distintos cuerpos normativos a las distintas realidades sociales, además de asentar acciones con el fin de conservar, proteger y resguardar los derechos de las personas, los cuales comprueban y validan la hipótesis planteada.

Derivado de la aplicación de los métodos analítico, sintético, deductivo e inductivo se realizó un estudio de la legislación nacional e internacional, así como doctrinario, y se llegó a comprobar la hipótesis, puesto que se determinó que para la efectiva impartición de justicia en favor de la sociedad para erradicar y prevenir los delitos de abuso sexual infantil se debe crear normas ordinarias que establezcan el uso obligatorio de la Cámara Gesell para las acciones ilícitas aludidas, de lo contrario la impartición de justicia sería ambigua con la legislación nacional y derecho comparado vigente; y alejado de la realidad jurídico política del país.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Derechos de la niñez	1
1.1. Origen del derecho de la niñez.	2
1.2. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.....	7
1.3. Principios básicos de la niñez	13
1.3.1. Principio interés superior del niño	17
1.3.2. Principio de la salud	20
1.3.3. Principio de seguridad.....	21
1.3.4. Principio de opinión.....	23
1.3.5. Principio de moralidad.....	24
1.4. Derechos y deberes fundamentales de la niñez	25

CAPÍTULO II

2. La adolescencia	29
2.1. Concepto de adolescencia.....	30
2.1.1. Antecedentes de la adolescencia.....	31
2.1.2. Adolescencia y pubertad	33
2.2. Definición de adolescencia	35
2.3. Adolescencia en la sociedad actual	38
2.4. Principios básicos de la adolescencia.....	41
2.5. Efectos de la adolescencia	42
2.5.1. Inmadurez emocional.....	42
2.5.2. Desarrollo físico	43
2.5.3. Desarrollo emocional	44



CAPÍTULO III

3.	El delito	49
	3.1. Antecedentes del delito.....	50
	3.2. Definición de delito.....	51
	3.3. La teoría del delito.....	52
	3.4. Diversos niveles analíticos de la teoría del delito.....	53
	3.5. La acción.....	54
	3.5.1. Teoría causal de la acción	54
	3.5.2. Teoría final de la acción	55
	3.5.3. El estado de la acción	57
	3.6. Ausencia de acción	58
	3.7. Bien jurídico tutelado.....	58
	3.8. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas.....	59
	3.8.1. Antecedentes de los delitos en los que el bien jurídico tutelado es la libertad e indemnidad sexual.....	60
	3.8.2. Agravación de la pena cuando las víctimas son menores de edad....	62
	3.9. Condiciones objetivas de penalidad.....	63

CAPÍTULO IV

4.	Adecuación del ordenamiento jurídico penal guatemalteco para el uso efectivo de la Cámara Gesell en los delitos de abuso sexual infantil	67
	4.1. Los derechos humanos en Guatemala	68
	4.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.....	69
	4.1.2. Declaración de Derechos del Niño, 1959.....	71
	4.1.3. Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.....	72
	4.2. Los derechos humanos en Guatemala analizados a la luz de derecho internacional.....	73



4.3. Victimología	74
4.3.1. Antecedentes de la victimología.....	75
4.3.2. Víctima	76
4.3.3. Clases de víctimas	77
4.3.4. Victimización	78
4.3.5. El abuso sexual de los niños.....	79
4.4. Cámara Gesell	81
4.4.1. Historia de la Cámara Gesell	81
4.4.2. Finalidad de la Cámara Gesell	83
4.4.3. Estructura y funcionamiento de la Cámara Gesell	84
4.4.4. Aplicación de la Cámara Gesell	84
4.4.5. Garantías para la víctima	85
4.5. Cámara Gesell en Guatemala.....	85
4.6. Sujetos procesales	86
4.7. Propuesta de reforma del Código Procesal Penal	87
4.9.1. Proyecto de ley	88
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	91
ANEXO	93
BIBLIOGRAFÍA	103



INTRODUCCIÓN

La legislación guatemalteca trata de adecuarse dentro de la modernización jurídica, lo que produciría que las víctimas de abuso sexual infantil tengan plena protección de sus garantías constitucionales y derechos humanos universales, así como la titularidad de una tutela completa, inclusive que no estén aún reconocidos. Actualmente no existe una ley ordinaria que regule el uso obligatorio de la Cámara Gesell en los delitos aludidos, lo cual impide seguir desarrollando de mejor manera el principio que la Carta Magna, garantiza el disfrute de derechos. La regulación de los actos en referencia permitirían un avance significativo en la impartición de justicia social, ecuánime y equitativa.

El objetivo de la investigación fue demostrar que el derecho de la niñez vinculado al derecho penal puede resolver la problemática de la falta de una norma ordinaria que regule la actividad de la Cámara Gesell, lo cual debilita el sistema jurídico ajustable a la realidad; pues sus postulados no protegerían a la sociedad tanto infantil como adulto.

Se afirma a manera de hipótesis fue posible solucionar el problema del vacío legal de normas ordinarias aplicable a los conflictos de la Cámara Gesell para los delitos de abuso sexual infantil; con las normas generales del derecho, pero resulta necesario recurrir a otros mecanismos, como la legislación de un decreto, los cuales comprueban la validez legítima de la premisa que intitula la tesis.



Hacer una propuesta, es presentar a alguien para un puesto o cargo, las articulaciones, las razones y objeciones de un asunto. Guatemala es un fiel defensor de los derechos humanos y universales aunque conlleve todo un drama social que requiere análisis de políticas y actividades para contrarrestar actitudes que restringen derechos.

La tesis está dividida en cuatro capítulos; el capítulo I, derecho de la niñez; comprende sus generalidades, su sentido histórico, práctico y social; el capítulo II, la adolescencia; establece y presenta facilidades y dificultades del ejercicio y disfrute de derechos; el capítulo III, el delito; revela la orientación global y las condiciones legales que avalan a las autoridades; el capítulo IV, adecuación del ordenamiento jurídico penal guatemalteco para el uso efectivo de la Cámara Gesell en los delitos de abuso sexual infantil; declara aspectos que se deben tomar en cuenta para determinar la legislación y como aporte y una forma de solución a los conflictos presentados.

El presente trabajo doctrinario, jurídico y social es acorde a criterios técnicos y jurídicos de diversos autores nacionales y extranjeros, así como en la adecuada aplicación de la legislación nacional e internacional vigente.

Se sustentó en el uso de los métodos y técnicas de investigación analítico, deductivo, inductivo, bibliográfica y la síntesis, mediante los cuales fue posible el análisis de la legislación y doctrina; determinando los presupuestos del tema planteado en la tesis.



CAPÍTULO I

1. Derechos de la niñez

La adecuación del ordenamiento jurídico penal guatemalteco para el uso efectivo de la Cámara Gesell en los delitos de abuso sexual infantil, se da porque se puede confirmar que las niñas y los niños, han ocupado un importante lugar en las etnias dominantes del país, debido a que se habla de la vida de un ser humano de quien se espera todo un buen futuro para sí y para sus hijos e hijas llenos de sueños e ilusiones, con esperanza de superación, visiones y metas que alcanzar, porque “la humanidad no puede olvidar a sus soñadores, no puede dejar sus ideales desaparecer y morir; la humanidad vive en estos, los conoce como las realidades que un día serán vistas y conocidas, porque el que lleva en el corazón una visión maravillosa, un ideal noble, algún día lo realizará.”¹

La niñez tiene que pasar por un período de cambios hormonales y emocionales en su desarrollo, en la cual se descubre una variedad de dificultades que se convierten en problemáticas sociales que hasta llegan a reñir con la ley, que pueden ser; episodios de violencia, agresiones, actos discriminatorios, etc., que trasfiere como consecuencia el uso de la Cámara Gesell en los delitos de abuso sexual infantil dentro del proceso penal guatemalteco, por lo que es necesario realizar un estudio jurídico, doctrinario y social, tanto nacional como derecho comparado al respecto.

¹ Allen, James. **Como el hombre piensa**. Pág. 10.

La niñez es protegida a nivel nacional como internacional, ya que son el futuro de cada nación y de la protección que se les dé en el presente dependerá que sean hombres y mujeres productivos, formando así una buena competitividad económica de cada país en virtud que son la materia prima de una fuerza motriz que moverá el lugar al que pertenezcan.

1.1. Origen del derecho de la niñez

Investigué que “el término “niño” viene del latín infans que significa “el que no habla”. Los romanos utilizaban este término para designar a las personas desde su nacimiento hasta los siete años de edad.

El significado evolucionó a través de los siglos y las culturas hasta llegar a ser usado para nombrar al ser humano en la etapa que comprende desde su nacimiento hasta la adultez. Esta concepción del niño, sin embargo, era muy amplia y la definición de mayoría de edad variaba dependiendo de la cultura”.²

Desde tiempos inmemoriales la falta de respeto a los derechos de los niños son temas delicados, debido a que se habla de la vida de un ser humano de quien espera un buen futuro para sí y para sus hijos e hijas. Se piensa que es hasta muy recientemente, cuando se considera a la infancia y a la adolescencia como sujetos de derechos y no como objetos de protección.

² <http://www.humanium.org/es/definicion/> (Consultado: 28 de septiembre de 2015)



“Los Derechos del Niño fueron formalmente reconocidos luego de la Primera Guerra Mundial con la adopción de la Declaración de Ginebra en 1924. El proceso de reconocimiento de estos derechos continuó luego gracias al trabajo de las Naciones Unidas y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

La admisión de los Derechos del Niño se concretó definitivamente el 20 de noviembre de 1989 con la aceptación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que representa el primer texto de compromiso internacional que reconoce legalmente todos los derechos fundamentales de los niños”.³

“En 1923 se redactó la Declaración de los Derechos del Niño, la cual fue adoptada por la Sociedad de Naciones en 1924 en la Declaración de Ginebra. Luego, en 1947 el Secretario de Naciones Unidas retomó la Declaración de Ginebra para establecer una carta del niño, proceso que culminó en 1958 con la declaración de los diez principios que se han conocido como Declaración sobre los Derechos del Niño.

En 1979, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas inició la elaboración de un proyecto de convención; en noviembre de 1989, concluye la elaboración de uno de los instrumentos jurídicos internacionales más importantes en la historia de la humanidad: los derechos humanos de la niñez, contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.”⁴

³ **Ibid.**

⁴ Argueta Laines, Miriam Ileana. **Una mirada a la infancia y a la adolescencia. Sus derechos y la violencia.** Pág. 228.

La niñez es una época de transformaciones corporales y psicológicas debido al proceso de crecimiento y maduración, empero dentro de esa etapa existen derechos fundamentales e inherentes del niño que encuentra su fundamento en la doctrina de protección integral de la niñez, este es un sustrato conceptual de la Convención sobre los Derechos del Niño y unifica en un solo cuerpo los instrumentos jurídicos y normas de carácter internacional, e intenta integrar en una misma perspectiva teórica el tratamiento jurídico de toda la infancia, niñez y adolescencia. Está sustentada por varios instrumentos jurídicos internacionales básicos que a continuación se mencionan algunas:

1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
2. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia juvenil.
3. Las reglas mínimas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad.
4. Las directrices de las Naciones Unidas para la administración de justicia.
5. Convenios a favor de la niñez de la OIT ratificados por Guatemala.

Los instrumentos jurídicos internacionales ut supra, consideran a los niños y niñas, adolescentes y jóvenes como objetos en el marco del derecho establecido en los diversos instrumentos jurídicos de las naciones, que más adelante dan vida a la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala.

“La Convención sobre los Derechos del Niño, es un tratado internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, que posee 54 artículos que reconocen que todas las personas menores de 18 años tienen derecho a ser protegidos, desarrollarse y participar activamente en la sociedad, estableciendo que los niños son sujetos de derecho. Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989”.⁵

Considero que el Estado de la República de Guatemala y sus instituciones, realizan acciones con el fin de conservar, proteger y resguardar los derechos de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes, todo ello para procurar tener una niñez positiva, de tal manera que en un futuro se logre por medio de esto mejorar el nivel de vida de muchos guatemaltecos, ya que desde pequeños se deben de instruir los menores, por medio del fortalecimiento de principios y garantías inherentes a su persona, comenzando desde la familia ya que, es la base de la sociedad, y la primera en desempeñar aquel papel importante en la vida de todo niño, tanto así que se promulgó la ley respectiva.

Varios autores han examinado la definición y proponen diversas formulaciones que revelan en general los rasgos específicos y dan diferentes definiciones que engloban todos los derechos de adultos y niños, de los cuales estos últimos han sufrido diversas violaciones como lo es el desuso de la Cámara Gesell, ellos con voz pero con miedo,

⁵ http://www.ammanu.edu.jo/wiki1/es/articles/c/o/n/Convenci%C3%B3n_sobre_los_Derechos_del_Ni%C3%B1o_ee82.html (Consultado: 28 de septiembre de 2015)

callan lo que sucede en sus vidas por diferentes amenazas que reciben de sus violadores y otros que ni siquiera saben que se están violando sus derechos.

Es necesario acentuar que la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 51 establece lo relativo a la protección de menores y que es el Estado el responsable de velar por la salud física, mental y moral de los menores, garantizando sus derechos. Las violaciones a los derechos de la niñez son notables y su protección es una preocupación que aumenta día con día encontrándose a cada momento más lejos de la realidad guatemalteca.

Los derechos del niño: "Es una rama del derecho que regula la protección integral del menor, para favorecer en la mayoría de lo posible el desarrollo de la personalidad del mismo y para integrarlo, cuando llegue a su plena capacidad, en las mejores y más favorables condiciones físicas, intelectuales y morales, a la vida normal".⁶

Todo derecho debe estar basado en un conjunto de principios que determinen su esencia y lo hagan diferente a cualquier proceso vigente en el país, debe reflejar la composición de la nación guatemalteca, es decir, su multiculturalidad, multiétnicidad y plurilingüismo.

"Los derechos del niño son un conjunto de normas de derecho internacional que protegen a las personas hasta determinada edad. Todos y cada uno de los derechos

⁶ Jiménez García, Joel Francisco. **Derechos de los niños**. Pág. 5.



de la infancia son inalienables e irrenunciables, por lo que ninguna persona puede vulnerarlos o desconocerlos bajo ninguna circunstancia. Varios documentos consagran los derechos de la infancia en el ámbito internacional, entre ellos la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño”.⁷

Se destaca la autonomía de los preceptos jurídicos, que han originado una importante corriente que agrupa la mayoría de estudiosos de la materia, y la mención de los intereses de la colectividad que han conllevado a la ley que a continuación se explica.

1.2. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

El 18 de julio de 2003, se publicó en el Diario de Centro América el Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala que contiene la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el cual entró en vigencia un día después, por lo que a partir del día 19 de julio de ese año, se dio un cambio radical en la administración de justicia en lo referente a la niñez y la adolescencia, ya que se derogó el Código de Menores y entró en vigencia esta nueva Ley.

Según el Artículo 1 de la ley ut supra, tiene por objeto el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos.

⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_del_ni%C3%B1o (Consultado: 10 de julio de 2015)

Asimismo, el Artículo 2 considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad, y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad.

El Artículo 75 de la ley en análisis, regula que las causas de amenaza o violación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes son: la acción u omisión de cualquier miembro de la sociedad o del Estado; falta, omisión o abuso de los padres, tutores o responsables, acciones u omisiones contra sí mismos. Esta ley creó un sistema de protección de la niñez y juventud cuyos derechos hayan sido violados o se encuentran amenazados, el cual está conformado por las siguientes entidades:

1. Procuraduría de los Derechos Humanos (PDH) a través de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia: Artículo 90 “Creación: Se crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, cuyas facultades son la defensa, protección y divulgación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ante la sociedad en general, así como el efectivo cumplimiento de las disposiciones que en esta materia precisa el ordenamiento jurídico nacional, la Constitución Política de la República, y otros convenios, tratados, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala”.
2. Policía Nacional Civil (PNC): Artículo 96: “Cooperación institucional. La Unidad Especializada de la Niñez y la Adolescencia de la Policía Nacional Civil, tendrá como objetivo principal, el capacitar y asesorar sistemáticamente a todos los

miembros de la Institución, sobre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes”.

3. Juzgados de Paz, y de la Familia: Artículo 103: “Atribuciones de los juzgados de paz. Son atribuciones de los Juzgados de Paz, en materia de derechos de la niñez y adolescencia:

- 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 establecidas...
- b) Supervisar la ejecución de las medidas cautelares y definitivas que el Juez de la Niñez y Adolescencia dicte y así le sea solicitado.
- c) Una vez decretada la medida cautelar, el expediente deberá ser remitido, a la primera hora hábil del día siguiente, al Juzgado de la Niñez y Adolescencia competente”.

4. Juzgados de la Niñez y Adolescencia: Artículo 104: “Atribuciones de los juzgados de la niñez y la adolescencia. Son atribuciones de los juzgados de la Niñez y la Adolescencia las 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.
5. Ministerio Público (MP): Artículo 108: "Atribuciones de la Procuraduría General de la Nación y del Ministerio Público: La Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia, tendrá las siguientes atribuciones:
- a) Representar legalmente a aquellos niños, niñas y adolescentes que carecieren de ella.
 - b) 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 mínimo, un Procurador de la Niñez y Adolescencia, en la jurisdicción de cada Juzgado de la Niñez y Adolescencia.
 - c) 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 éstos.

- d) 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.

Corresponderá al Ministerio Público, a través de la fiscalía especializada de la adolescencia, la investigación en aquellos hechos contrarios a la ley penal, atribuibles a los adolescentes”.

Así también, de acuerdo a los Artículos 83 y 87 de esta ley, la formulación de las políticas públicas de protección integral corresponden a nivel nacional, a la Comisión Nacional, y a nivel municipal a las Comisiones Municipales de la Niñez y Adolescencia.

Lo anterior exige, realizar y tomar las medidas que sean necesarias por medio de políticas públicas, lo que significa tener una mayor definición jurídica en cuanto a la garantía y protección de los derechos que le corresponden a todos los niños por igual, para comprender mejor todo lo antes descrito, se hace ineludible hacer un estudio exegético de la legislación guatemalteca, principalmente en aquellos cuerpos normativos que regulan de manera específica el control de los derechos de los cuales son titulares los menores y también aquellos que regulan y resguardan a los antes

mencionados, a no sufrir ni padecer ningún castigo ni menoscabo en su integridad física y psicológica.

El Estado, está en la obligación de proteger a los niños, debido a que estos son los más indefensos dentro del conglomerado social, evitar que sufran aspectos inhumanos, torturas, o que sean víctimas de un sin número de agresiones o violaciones por parte de sus padres, tutores, compañeros o cualquier otra persona que esté a su cargo. Todos los derechos que le ley le asigna a la niñez son encaminados a proteger su integridad física y mental, teniendo en cuenta que son una de las partes débiles del país.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, este segmento de la población prácticamente era ignorado en cuanto a sus intereses, ya que cuando por diversas razones resultaba involucrado en un asunto judicial, lo que menos se tomaba en cuenta eran sus intereses, jamás se le preguntaba que querían, con quien deseaban estar, como se sentían, nada, simplemente se le tenía como un objeto, en donde prevalecía la decisión inobjetable de un adulto.

Numerosos fueron los casos en donde a la niñez se les separaba del padre o de la madre, o de cualquier otra persona con la cual se encontraba protegido, se le colocaba en instituciones, que en ocasiones en lugar de ayudarlos los dañaban, eran objetos de disputas entre los padres en donde su interés carecía de valor; así era la situación que prevalecía, la opinión del niño no contaba, pero en la actualidad con el principio

aludido la situación cambió, al niño se le escucha, se le pregunta que quiere, que desea, ya es sujeto de derechos, los cuales antes se le negaban.

1.3. Principios básicos de la niñez

Considero que los principios que le son asignados a la niñez son fundamentales en el desempeño de su desarrollo, por lo que, se debe evitar la violación a sus derechos humanos básicos que constituyen principios mínimos de garantías sociales, protectoras para los infantes e irrenunciables para éstos, en virtud que “los principios están enlazados entre sí”.⁸

La Constitución Política de la República de Guatemala es la ley fundamental de nuestro país, emanada del poder constituyente, mismo que consiste en la capacidad y el derecho que tiene el pueblo de establecer sus propios principios y de fijar las normas o parámetros básicos de convivencia social.

Es menester hacer un esbozo general del tema, debiéndose aclarar que es principio, en virtud que:

“Así como existen principios de la ciencia del derecho en general, que abarcan cualquier área jurídica, también existen principios propios de cada rama específica del derecho (constitucional, penal, civil, administrativo, etc.), que permiten identificarla

⁸ Hernández Torres, Ana Beatriz. **Ineficacia de la prueba testimonial en el proceso laboral guatemalteco**. Pág. 44.

como tal y por otra, diferenciarla de otras ciencias, disciplina o doctrina, por lo que se sostiene que los principios generales del derecho no pueden identificarse con los principios propios de una disciplina en particular.”⁹

La Constitución Política, enuncia en su Preámbulo principios como la justicia, igualdad, legalidad, seguridad, libertad y paz, y el hecho de haber sido mencionados en forma expresa, como parte de los enunciados axiológicos del constituyente, permite identificar la fisonomía de dicha ley fundamental. “El preámbulo de la Constitución Política contiene una declaración de principios por la que se expresan los valores que los constituyentes plasmaron en el texto, siendo además una invocación que solemniza el mandato recibido y el acto de la promulgación de la carta fundamental”.¹⁰

Los principios constituyen todas aquellas directrices o lineamientos fundamentales propios de cada disciplina jurídica, siendo estos de carácter esencial, es decir, sine qua non, de todo andamiaje normativo de una materia específica, en consecuencia puede afirmarse “que los principios son –verdades fundantes- de un sistema de conocimiento, admitidas como tales por ser evidentes, por haber sido comprobadas, y también por motivos de orden práctico de carácter operacional, o sea, como presupuestos exigidos por las necesidades de Investigación y de praxis”¹¹

⁹ Chicas Hernández, Raúl Antonio. **Introducción al derecho procesal del trabajo**. Pág. 8.

¹⁰ Corte de Constitucionalidad. **Gaceta No. 49, expediente No. 386-98**, sentencia: 11-09-98 página No. 552.

¹¹ <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Noticias/NoticiasOJN/Eventos/Congreso07/Textos/5.pdf> (Consultado: 16 de septiembre de 2015)

En materia de leyes especiales la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, 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.

El Artículo 18, reconoce los siguientes derechos que pueden interpretarse como principios: “Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia.”.

El Artículo 69 de la ley en mención, preceptúa: “La formación técnico-profesional obedecerá a los principios siguientes:

- a) Garantía de acceso y asistencia obligatoria a la educación regular.
- b) Actividad compatible con el desarrollo de los adolescentes.
- c) Horario especial para el ejercicio de las actividades”.

La Ley Integral de Protección de la Niñez, en el Artículo 84 regula que para formulación, ejecución y control de políticas de protección integral a favor de los niños, niñas y adolescentes deberá fundamentarse en los principios siguientes:

- a) Unidad e integridad de la familia.

- b) Responsabilidad primaria de los padres en cuanto a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, en el marco de principios éticos cumplidos dentro del ordenamiento legal.
- c) Descentralización.
- d) Desconcentración.
- e) Participación.
- f) Coordinación.
- g) Transparencia.
- h) Sustentabilidad.
- i) Movilización.
- j) Respeto a la identidad cultural.
- k) Interés superior del niño.

También se puede agregar los principios básicos que debe regir en la vida de la niñez, son los siguientes:

- Formar relaciones nuevas y más maduras con compañeros de su edad y de ambos sexos.
- Establecer amistades heterosociales, diferentes a las amistades del mismo sexo más frecuentes y típicas de la niñez media.
- Desarrollar las habilidades necesarias para formar parte de grupos sociales y para interactuar de manera eficaz con los demás.



Considero que los principios fundamentales que protegen a los infantes, plasmados en legislaciones internas y tratados y convenios internacionales ratificados por Guatemala son: El interés superior del niño, la salud, la seguridad y la moralidad de los niños y niñas menores de dieciocho años de edad, así como el principio de legalidad, de lesividad, confidencialidad, etc. Por lo cual se analizaran algunos de ellos.

1.3.1. Principio interés superior del niño

Debe tenerse presente que el interés de los niños predomina sobre cualquier otro interés, debido que se han dado casos de conflictos sobre intereses de adultos y niños y en estos casos es donde se debe poner de manifiesto el interés de proteger a la parte más vulnerable, en este caso son los niños, quienes no se encuentran en igualdad de condiciones frente a los adultos.

Todos los niños tienen el derecho de exponer sus pensamientos y de ser escuchados, que se tome en cuenta su opinión al momento de resolver algún asunto en el cual estén involucrados, que no se dejen de tomar como objetos de derecho sino que se les tome en cuenta como sujetos de derecho a quienes hay que respetarles sus respectivos derechos.

Este principio goza de una gran amplitud en su aplicación, el cual rebasa el campo de acción del Estado e involucra a las instituciones privadas, aunque dentro del ámbito puramente judicial, es a los tribunales a quienes les corresponde velar porque se

respete el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, involucra a todas las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, garantiza este principio, en el numeral 1 del Artículo 3 y preceptúa: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

El interés superior del niño no es más que en todas las decisiones de las entidades públicas o privadas en relación a los niños, debe ser observado el bienestar de los infantes, mismo que no es cuestión de elección si no que es una obligación.

El Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, define 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 asegure el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación puede disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala.

Por tratarse de una garantía, corresponde al Estado a través de las diversas instituciones relacionadas con la niñez y la adolescencia el velar porque este principio se cumpla, ya que se debe asegurar el ejercicio y disfrute de los derechos que les corresponden, teniéndolos como sujetos de derechos y no como objetos de derecho, y en ningún caso se pueden disminuir, tergiversar o restringir los derechos que el ordenamiento jurídico garantiza, en virtud que siendo la niñez un sector vulnerable, merece especial atención y el estado cumple su función al darles una protección preferente.

Cuando se trata de asuntos que involucren a la niñez y la adolescencia debe tenerse siempre presente que el interés de estos prevalece sobre cualquier otro.

Considero que es importante mencionar que en muchas ocasiones surgen conflictos de interés entre adultos y niños, y es principalmente en estos casos en los cuales se pone de manifiesto el interés en proteger siempre a la parte más vulnerable, la cual no se encuentra en igualdad de condiciones, y es donde cobra importancia el principio del interés superior del niño, lo cual ha sido reconocido en varios fallos emitidos por la Corte de Constitucionalidad, antes que cobrara vigencia la actual ley, tales como los expedientes 1042-97, 866-98, 49-99, en donde ha quedado claro en los asuntos que se dirimieron, que conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, en el caso de que surja un conflicto de intereses, se debe tener presente siempre que en la jurisdicción de menores resulta primordial atender el interés superior de la niñez, que supedita los derechos que puedan alegar instituciones o personas adultas.

1.3.2. Principio de la salud

De conformidad con el Artículo 2 del Decreto 90-97, Código de Salud, establece una definición de lo que se debe de entender por salud: preceptuando que es un producto social resultante de la interacción entre el nivel de desarrollo del país, las condiciones de vida de las poblaciones y la participación social, a nivel individual y colectivo, a fin de procurar a los habitantes del país el más completo bienestar físico, mental y social.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 93, establece que es un derecho y que es fundamental del ser humano, sin discriminación alguna. Asimismo el Artículo 94 establece, que el Estado velará por la salud y asistencia social de todos los habitantes. También el Artículo 95 del mismo cuerpo legal regula que la salud de los habitantes de la nación es un bien público.

La disposición ut supra, coincide con la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en el Artículo 25 al preceptuar: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho, a un nivel de vida adecuado y a la salud, mediante la realización de políticas sociales públicas que les permitan un nacimiento y un desarrollo sano y armonioso, en condiciones dignas de existencia.” El Estado debe reforzar las políticas sociales públicas que permitan el acceso a los centros de salud, mejor si estos son gratuitos, para que toda la población tenga acceso a ellos y los niños y adolescentes de escasos recursos no se vean privados a tal derecho.

Una de las medidas adoptadas para proteger la vida y la salud de las personas, es el régimen de seguridad social el cual está a cargo del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, quien por mandato constitucional, debe participar con las instituciones de salud de forma coordinada para el beneficio de los habitantes de la nación. Las medidas que protegen la salud de los infantes, están establecidas en las leyes, a las cuales se les debe dar importancia para que las mismas se cumplan, además se deben hacer valer las sanciones respectivas a quienes no las cumplan, para que los niños gocen de buena salud y sean parte del desarrollo del país.

1.3.3. Principio de seguridad

El Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”. Éste no se refiere específicamente a la seguridad en sí de la persona, éste principio se refiere a la confianza que tiene el ciudadano, hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad, la cual es una obligación fundamental del estado protegerla. La gaceta número 61, expediente 1258-00, sentencia: 10-07-01 de la Corte de Constitucionalidad, expresa:

“El principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 2, de la Constitución, consiste en la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un Estado de Derecho, hacia el ordenamiento jurídico; es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan su

seguridad, y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible; en tal virtud, las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes, principalmente la Ley Fundamental...”

El principio de seguridad que corresponde para la presente investigación, es en sí la seguridad de la niñez como persona, para lo cual el Artículo 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”. Es responsabilidad del Estado velar por la seguridad de la población en general, entre ella los infantes, ya que la seguridad es un derecho constitucional que los niños tienen, regulado específicamente en el Artículo 51 de la Constitución Política, que establece que es prioridad la seguridad, entre otros, como medida de protección para los niños.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, complementa lo relacionado al principio de seguridad, en el Artículo 9 preceptúa: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho fundamental a la vida. Es obligación del Estado garantizar su supervivencia, seguridad y desarrollo integral...”.

Se ha enfatizado al principio de seguridad en general, haciéndose necesario enfocarnos al principio de seguridad que la ley ampara para los niños, además los Artículos 31 y 32; la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, también protege la seguridad de los infantes.

1.3.4. Principio de opinión

La libertad de opinión es un derecho reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Artículo 18 establece: “Toda persona tiene derecho a la Libertad de Pensamiento” y el 19 reza: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión... Este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones...”

Este derecho está contemplado, de igual modo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Congreso de la República de Guatemala, en febrero de 1992; y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificado en 1978.

Considero de gran importancia hacer una breve referencia al derecho de opinión de la niñez y la adolescencia, derecho que consiste, en que todo niño, niña o adolescente tiene el derecho libre de exponer su pensamiento, de ser oído en todo lo que incumba, que se tome en cuenta su opinión al momento de resolver un determinado asunto que le atañe, que deje de ser tratado como un objeto de derecho, para convertirse en un sujeto al que hay que respetarle sus derechos, y no que sean los adultos los que impongan su voluntad, sin escucharlo, sin saber, si lo que se le impone es lo que verdaderamente quiere.

El derecho de opinión guarda una estrecha relación con el interés superior, por cuanto para que se pueda garantizar ese interés, es indispensable escuchar la opinión de quien va a resultar beneficiado o afectado con la medida que se adopte.

El respetar el derecho de opinión de la niñez y la adolescencia, no significa de ninguna manera que se le esté confiriendo a este grupo poblacional, el poder absoluto de decisión, ya que en muchas ocasiones están influenciados, por personas adultas que pretenden manipular ese derecho de pronunciarse que tienen, si no que significa que su opinión va a ser tomada en cuenta, pero que paralelo a ello, personas especializadas realizarán los estudios correspondientes para determinar que en efecto esa opinión sea auténtica y corresponda a lo que en efecto beneficia a la niñez.

El derecho de opinión debe garantizarse especialmente por los jueces, por lo que, debe escuchárseles, aun cuando exista oposición de parte de algunas personas, incluso por parte de los padres, ya que la opinión no puede limitarse, y en caso de que esto suceda, el juzgador estaría en posición de resolver de la mejor manera y acorde al interés superior.

1.3.5. Principio de moralidad

Concerniente a la moral de los niños, el Artículo 51 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula: “El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad... Les garantizará su derecho de alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social”.

Proteger la moral de los infantes es una obligación del Estado, debido a que la moralidad va ligada a la conducta del ser humano y a su estado psicológico.

Considero que es importante trabajar por la moral de los niños ya que es primordial formar en ellos buenos principios y que en el futuro sean parte de los ciudadanos que contribuyan al desarrollo del país. Para incentivar la moral de los infantes es necesario hacer valer el derecho al respeto de los mismos, para lo cual la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, establece en el Artículo 15: “El derecho al respeto consiste en la inviolabilidad de la integridad física, psíquica, moral y espiritual del niño, niña o adolescente.”; al referirse la ley a la integridad moral, se refiere a la forma en que son instruidos los infantes, por costumbres o principio de buena conducta.

Para formar una integridad moral en los niños es necesario enseñarles buenos valores y principios, para que estos en el futuro tengan comportamientos adecuados no contrarios a la ley y a las buenas costumbres. La legislación guatemalteca si estipula la protección a la salud, seguridad y moralidad de los infantes, regulados en la Constitución Política, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, no existiendo discrepancia en ellas si no similitudes y complementos entre las mismas.

1.4. Derechos y deberes fundamentales de la niñez

Como parte de los derechos fundamentales “es importante resaltar que cada niño y niña debe de nacer en el seno de una familia, donde se aprenden los valores

humanos, sociales, morales, culturales e incluso religiosos y con base a ellos relacionarse con las demás personas”.¹²

Entender por niño o niña, en este orden de ideas a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad y adolescente a toda aquella desde que cumple los trece hasta los dieciocho años de edad.

Se extracta que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto número 27-2003, establece en el Artículo 9 al 61 que los derechos individuales de los niños son los siguientes: la vida, el derecho a la igualdad, el derecho a la integridad personal, el derecho a la identidad respeto a la dignidad y petición, el derecho a la familia y a la adopción.

La ley ut supra, norma que los derechos sociales de los niños son el derecho a un nivel de vida adecuado y a la salud, el derecho a la educación, cultura, deporte y recreación, derecho a la protección de la niñez con discapacidad, el derecho a la protección contra el tráfico ilegal, sustracción, secuestro, venta y trata de niños y niñas, el derecho a la protección contra la explotación económica, derecho a la protección por uso ilícito de sustancia que produzca dependencia, el derecho de protección por maltrato, el derecho a la protección por explotación y abusos sexuales, el derecho a la protección por conflicto armado, derecho a la protección de niños y niñas refugiados, el

¹² Pérez Contreras, María de Montserrat. **Derechos de los padres y de los hijos.** Pág. 3

derecho a la protección contra toda información material perjudicial para el bienestar de la niñez.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en el capítulo II derechos sociales dentro de los cuales incluye la familia, la cultura, la educación, el deporte, la salud, la seguridad y asistencia social y el trabajo.

Concerniente a los deberes de la niñez, el jurisconsulto Manuel Ossorio, expresa que: “el verbo deber es estar obligado.”¹³

El jurista Guillermo Cabanellas de Torres, define que es: “el cumplimiento de una obligación en general. Necesidad moral de una acción u omisión, impuesta por ley, pacto o decisión unilateral irrevocable, para servicio o beneficio ajeno y cumplimiento de los fines exigidos por el orden social humano. El fundamento inmediato del deber jurídico se señala en el orden procedente de las relaciones naturales de la sociedad; y el remoto, como surgido de la sociabilidad. Se apoya asimismo en la ley positiva o en la natural, o en ambas a la vez.”¹⁴

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, establece que es un deber inherente lo cual significa que está unido por naturaleza a los niños y niñas, y el Artículo 62 preceptúa lo concerniente a los deberes de los niños de la forma siguiente:

¹³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Pág. 257.

¹⁴ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 121.



En la medida de sus facultades, todo niño o niña estará solamente sujeto (obligado) a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás (en ámbito social) y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática según sus capacidades.

En este capítulo investigué acerca del tema derechos de la niñez y encontré información relacionada a la situación actual del país, donde obliga que se creen alternativas para el buen uso de la Cámara Gesell en los delitos de abuso sexual infantil dentro del proceso penal guatemalteco, con el propósito de resguardar y optimizar los derechos ya establecidos en nuestra legislación penal.

CAPÍTULO II

2. La adolescencia

Dentro del análisis de la adecuación del ordenamiento jurídico penal guatemalteco para el uso efectivo de la Cámara Gesell en los delitos de abuso sexual infantil; a criterio personal me motivó porque me preocupa el impacto emocional que experimentan los jóvenes en el inicio y transcurso de la adolescencia, y su respuesta ante las presiones, críticas, prohibiciones y todos aquellos factores a los que están expuestos, tanto en el ámbito familiar como social, teniendo muchas veces como consecuencia un estado de vulnerabilidad ante la violación de sus derechos fundamentales.

“La adolescencia es un período de transición, en donde el individuo pasa física y psicológicamente, desde la condición de niño a la de adulto. Cuya duración e incluso existencia, han sido discutidas y definidas como época de crisis.”¹⁵

La adolescencia es una época de cambios hormonales y emocionales en su desarrollo, unido a esto encuentra en su vida limitantes como problemáticas emocionales por desintegración familiar, un hogar conflictivo, una escuela individualista y rígida y una sociedad carente de valores, etc.; que por supuesto, como

¹⁵ Hurlock, Elizabeth B. **Psicología de la Adolescencia**. Pag. 624.

consecuencia en el ámbito social, interfieren enormemente, entre otros, el bajo rendimiento académico del joven.

2.1. Concepto de adolescencia

Es una etapa que es marcada por cambios notables en la vida de un individuo. Se expone que se debe modificar el concepto que se tenía de una persona rápidamente debido a la metamorfosis que ha sufrido su cuerpo, así como su identidad en general. No solamente son los otros los que deben modificar el concepto de la persona que conocían para poder captar la nueva identidad del individuo, sino que el adolescente mismo debe ajustar su psiquismo para poder lidiar con los cambios notables que se dan y así modificar la imagen que tenía de sí mismo o sea de su niñez.

El término “adolescencia proviene del verbo latín “Adoleceré”, que significa crecer o crecer hacia la madurez”.¹⁶

La adolescencia es una etapa de cambios no solamente a nivel biológico, sino también a nivel psicológico y social. Se convierte entonces en un ciclo crítico en el desarrollo de un ser humano, puesto que implica una transición entre dejar de ser niño. La adolescencia se inicia cuando el individuo accede y se independiza legalmente de la autoridad de los adultos; es un ser humano sometido a las mismas leyes que los seres humanos de otras edades, los adultos en particular. La adolescencia no constituye un

¹⁶ <http://www.e-neurocapitalhumano.org/shop/imprimirnoticia.asp?notid=539> (Consultado: 17 de agosto de 2015)



nuevo nacimiento, sino una reactivación de ciertos procesos que se habían desarrollado durante la infancia.

El adolescente resulta difícil de comprender, que desconcierta sobre todo las contradicciones y la ambivalencia que dominan su vida. El adolescente está directamente ligado al mundo y no se reduce a la familia, abarca a la sociedad en general a través de ciertos grupos particulares. Y los factores que pueden retardar su progreso son los problemas emocionales, los cuales ocupan un lugar preponderante. Es un proceso por el que atraviesa el ser humano, y que van marcando cambios significativos dentro de este período de vida, caracterizándose por espacios de rebeldía y autonomía propia, aprendiendo a través de experimentar y va formado su personalidad y su criterio como adulto.

"Todos esos cambios que viven los adolescentes hacen que en muchos casos sea un periodo difícil tanto para ellos como para sus familias. Pero a la vez es una etapa apasionante. El que antes era un niño ahora está madurando para convertirse en un adulto. Está descubriendo el mundo del que forma parte."¹⁷

2.1.1. Antecedentes de la adolescencia

Es difícil delimitar el comienzo de la adolescencia en el ciclo vital humano, también es

¹⁷ <http://adolescentes.about.com/od/Salud/a/Qu-E-Es-La-Adolescencia.htm>. (Consultado: 30 de agosto de 2015)

difícil ubicar su inicio en el marco psichistórico y sociohistórico de la humanidad, afirmando la mayoría de los especialistas en el tema que es un fenómeno reciente. En la historia social de la familia se afirma Hopkins que la adolescencia como período evolutivo estuvo integrada con la infancia hasta el siglo XVIII, pues se consideraba que en dicha etapa estaba la clave para explicar el desarrollo del ser humano y lo que en la actualidad se conoce como adolescencia se reducía al estudio de los cambios biológicos típicos de la pubertad, ignorando las transformaciones psicológicas que, según los conocimientos actuales, son tan decisivas y trascendentales para el desarrollo posterior de la personalidad.

La era del adolescente o preocupación actual por los jóvenes, comenzó en las primeras dos décadas del siglo XX. La contribución principal durante el período de 1900 a 1920, no fue tanto el descubrimiento de la adolescencia, más bien fue la invención del adolescente, de la juventud, cuya definición social y cuyo ser completo, se determina por un proceso biológico de maduración. "A principios del siglo XIX, hubo tres importantes cambios sociológicos que facilitaron el nacimiento de la adolescencia como periodo diferenciado, los cuales son:

- 1) La implantación de la educación obligatoria hasta los 16 años, que además de prolongar el período de control de la autoridad externa sobre el o la joven, ofrece un entrenamiento en las habilidades y destrezas indispensables para trabajar y funcionar dentro de un complejo sistema económico e industrial; superando ya su niñez.

2) La promulgación de leyes que prohibían explícitamente el trabajo infantil que a su vez alargaban el período de dependencia económica de los padres y alejaban a los jóvenes obreros no cualificados del mercado laboral.

3) La creación de procedimientos legales especiales para los jóvenes que hicieron posible el reconocimiento legal de su responsabilidad, que estaba limitada por carecer del estatus de adultos.

Los cambios descritos anteriormente han llevado a pensar que la adolescencia es un producto secundario de las economías industrializadas debido a que en estas sociedades se exige una preparación más prolongada y especializada antes de asumir los roles de adulto, cuestionando de esta manera que sea un período generalizable a otras culturas y afirmando en este sentido que la adolescencia es un “invento” de las sociedades occidentales industrializadas”.¹⁸ Los cambios biológicos influyen en la vida y en la conducta, las modificaciones físicas surgen con una mayor notoriedad durante el inicio de la adolescencia o lo que se conoce como la pubertad.

2.1.2. Adolescencia y pubertad

Durante la adolescencia, el logro principal es adquirir la madurez física y sexual. El cuerpo no solamente se modifica en cuanto al tamaño, sino también en cuanto a la forma; la transformación de los rasgos faciales es un ejemplo de ello.

¹⁸ Muñoz Vivas, Fabiola. **Adolescencia y agresividad**. Pág. 107 y 108.

“Pubertad es el período en el que una persona alcanza la madurez sexual y adquiere la capacidad reproductiva. También se utiliza la palabra “pubescencia” que significa volverse velludo o peludo, para denominar todo el periodo en el que se producen los cambios físicos relacionados con la madurez sexual. Con el término “juventud”, en la actualidad se hace referencia a la generación más joven, usualmente adolescente y el término “madurez” se aplica al momento vital en que una persona se convierte en adulto física, intelectual, emocional, social y moralmente, no alcanzándose esta madurez de forma igual en todas las áreas, pues muchas personas pueden ser física o socialmente maduras pero no lo son intelectual o moralmente”.¹⁹

Se caracteriza la adolescencia como una etapa de crisis en la que el individuo debe establecer un sentido de identidad personal, lograr una perspectiva temporal y no permanecer en la confusión en el tiempo; consolidar una polarización sexual y superar la confusión bisexual; por último, desarrollar un compromiso ideológico y no estancarse en una confusión de valores.

Por la serie de conflictos surgidos como parte del desarrollo del adolescente, es necesario describir que todo dependerá de cómo fue su niñez en la cual “es la primera fase de un ser humano, dependiente de los padres y adulto que lo rodea con deseos de aprender y explorar su entorno social o ya sea el Estado, siendo en esta etapa que el adulto forma su carácter y experimenta la protección de grupo”.²⁰

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 108.

²⁰ *Ibidem.*

En la edad de catorce y dieciséis años, el adolescente aprende a saber quien es a partir de su relación con sus padres y personas que les quieren. Nadie puede descubrirse a sí mismo si no hay un contexto amor y de valoración. Proporcionan el mejor clima afectivo, de protección. Es la oportunidad para que aprendan a ser generosos en el hogar.

2.2. Definición de adolescencia

Hasta este punto, se puede apreciar que la adolescencia es una etapa crítica del ciclo de vida, una búsqueda por la propia identidad y un desapego paulatino de lo que se ha sido como niños.

Este proceso es vivido de manera intensa, ya que implica transformaciones en lo más nuclear y básico de la identidad, que es el cuerpo, por lo que, se describe una variedad de definiciones.

“Pubertad: (Del latín *pubertas*, -atis). Primera fase de la adolescencia en la cual se producen las modificaciones propias del paso de la infancia a la edad adulta.

Pubescer: (Del latín *pubescere*, cubrirse de vello). Llegar a la pubertad.

Pubescencia: (Del latín *pubescens* — entis, pubescente). “Calidad de pubescente o velloso.

Adolescencia: (Del latín *adolescens*). Edad que sucede a la niñez y que transcurre desde la pubertad hasta el completo desarrollo del organismo.

Adolescente: (Del latín *adolescens*, -entis). Que está en la adolescencia.

Juventud: (Del latín *iuventus* - utis): 1. Edad que empieza en la pubertad y se extiende a los comienzos de la edad adulta. 2. Estado de la persona joven. 3. Conjunto de jóvenes.

Madurez: (De *maduro*): 1. Buen juicio o prudencia, sensatez. 2. Edad de la persona que ha alcanzado su plenitud vital y aún no ha llegado a la vejez”.²¹

Las definiciones ut supra, tanto la pubertad como la adolescencia hacen referencia al período evolutivo que va desde la niñez hasta el momento en que la persona alcance su completo desarrollo, destacando que no se limitan, por ejemplo en la pubertad, simplemente a los cambios biológicos sino que dejan un amplio margen a las modificaciones propias del paso de la infancia a la edad adulta en las que se pueden incluir cambios psicológicos y sociales, teniendo en cuenta que un púber no sólo experimenta cambios en su apariencia física, sino también en sus relaciones interpersonales, intereses, gustos, actividades, etc.

²¹ <http://es.slideshare.net/pilaralvarezconde3/bullying-y-adicciones> (Consultado: 17 de agosto de 2015)

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

El período de adolescencia influye también en la responsabilidad penal que, dentro de ciertos límites, puede estar disminuida y afectar el modo de cumplimiento de la condena.

“Pubertad, edad en que en el hombre y en la mujer empieza a manifestarse la aptitud para la reproducción que suele ser de los 12 a los 14 años en las mujeres y de los 14 a los 16 en los hombres, pero con adelantos y retrasos individuales de importancia a veces por los climas y factores individuales”.²²

El estudio de la adolescencia como período evolutivo diferenciado es reciente y no se puede generalizar a todas las culturas.

Definir la adolescencia exige ubicación en unas coordenadas biológicas, históricas y socioculturales, a partir de las cuales se pueden inferir unos rasgos más o menos constantes y universales (cambios fisiológicos) unidos a otros rasgos más cambiantes y particulares (cambios sociohistóricos y culturales), mediados por procesos

²² http://www.lexivox.org/packages/lexml/mostrar_diccionario.php?desde=Prueba%20indiciaria&hasta=Pueblo&lang=es#dic6312. (Consultado: 5 de septiembre 2015)

psicológicos (sensaciones, percepciones, emociones, pensamientos, sentimientos, etc.), que caracterizan a la población más joven de un grupo humano determinado.

2.3. Adolescencia en la sociedad actual

Considero que actualmente se puede afirmar que la adolescencia constituye una etapa evolutiva más larga de lo que fue para las generaciones anteriores, en virtud que ha ganado terreno a la infancia por una parte y a la madurez por otra. Durante los últimos cien años, la madurez sexual se ha alcanzado cada vez a edades más tempranas, situación que trae como consecuencia por un lado el acortamiento de la infancia y por otro el alargamiento de la adolescencia, implicando ello que un mayor número de personas están viviendo la incertidumbre que caracteriza a la generación que está en el limbo: no son niños pero tampoco adultos, se les exigen responsabilidades de adulto pero se les conceden derechos de niño, poseen una gran madurez cognitiva, en algunos casos, que contrasta con su gran inmadurez afectiva o emocional, en muchos casos; biológicamente están preparados para ejercer su sexualidad pero social y moralmente se les censura si lo hacen; jurídicamente se les concede el estatus de ciudadanos de primera, pero social y políticamente se les trata como cuasi ciudadanos o ciudadanos de segunda al no tomar en cuenta sus necesidades y reivindicaciones.

Todo lo anterior genera una serie de situaciones diferentes y desconocidas para las generaciones anteriores tanto en el plano psicológico como en el sociológico.

Se considera que en las sociedades no muy desarrolladas han surgido una serie de factores que están incidiendo en la vivencia de la adolescencia en la actualidad, destacando lo siguiente:

- El acortamiento de la infancia y el alargamiento de la adolescencia.
- El ritmo vertiginoso de cambios haciendo la sociedad cada vez más compleja e imprevisible.
- La influencia de los medios de comunicación y las nuevas tecnologías.
- La mayor posibilidad de experimentar diferentes opciones a todos los niveles; afectivo, social, sexual, laboral, cognitivo, etc.
- La mayor disponibilidad de tiempo para sí mismos y de recursos; institucionales, económicos, educativos, de ocio, etc.
- El debilitamiento de referencias y modelos adultos.
- Los cambios en la estructura y funcionamiento de las familias.
- El cuestionamiento de los roles de género tradicionales.

Como se mencionaba en los párrafos anteriores, en ninguna época pasada se había dedicado tanta atención a los adolescentes como en la actualidad. Cada vez el mercado se inunda más con material especializado para adolescentes: libros, discos, ropa, juegos, alimentos, etc., como reconocimiento del poder adquisitivo que tienen estos consumidores compulsivos de todo aquello que los ayude a ser diferentes, especiales, únicos, a gustar a los demás, a ser más listos, más guapos, etc.,

explotando de esa forma sus necesidades psicológicas y prometiéndoles el rápido acceso a ese territorio prohibido y lleno de ventajas que es el mundo de los adultos.

Tampoco nunca antes como ahora los padres, educadores y adultos en general se habían encontrado con una generación de jóvenes que disfrutara de tantos derechos y privilegios reconocidos en acuerdos internacionales y de tan pocas responsabilidades, desde el punto de vista de los adultos.

Todo lo expuesto anteriormente genera sentimientos contradictorios y una serie de reacciones estereotipadas que se resumen de la siguiente manera:

- Reacción estereotipada al adolescente considerado como un objeto o como un peligro.
- Reacción estereotipada al adolescente como objeto sexual.
- Reacción estereotipada al adolescente como un individuo inadaptado.
- Reacción estereotipada al adolescente como objeto de envidia.
- Reacción estereotipada al adolescente como objeto perdido.

Se hace necesario entonces revisar y cuestionar esas reacciones estereotipadas y crear unas relaciones más igualitarias entre adolescentes y los padres y entre los adolescentes y los otros adultos con los que se relaciona, con el fin de tender puentes de comunicación intergeneracional que faciliten el conocimiento y respeto mutuo para contrarrestar su problemática heredada de la niñez.

2.4. Principios básicos de la adolescencia

Se expone que los principios básicos que debe regir en la vida de los adolescentes, son los siguientes:

- Aceptar el físico propio y utilizar de manera eficaz su cuerpo. Durante la pubertad, los adolescentes se vuelven demasiado conscientes de lo que ocurre en sus cuerpos, vigilan su figura, su imagen, en general se preocupan por su apariencia corporal.
- Lograr independencia emocional de los padres y otros adultos. Hay adolescentes que dependen en exceso de sus padres y otros que por el contrario están muy alejados de ellos. Lo importante es lograr la autonomía de los progenitores a la vez que se establece con ellos unas relaciones adultas.
- Lograr un rol social sexual masculino o femenino, ¿Cómo deben ser las mujeres? ¿Cómo deben ser los hombres? Una parte fundamental del proceso de maduración de los adolescentes es revisar los roles sexuales cambiantes de su cultura y decidir cuáles pueden adoptar.
- Formar relaciones nuevas y más maduras con compañeros de su edad y de ambos sexos. Otra de las tareas básicas es establecer amistades heterosociales, diferentes a las amistades del mismo sexo más frecuentes y típicas de la niñez media. También se deben desarrollar las habilidades necesarias para formar parte de grupos sociales y para interactuar de manera eficaz con los demás.

- Desear y alcanzar una conducta socialmente responsable. Algunos adolescentes se sienten preocupados por las injusticias, las desigualdades sociales, el hambre, la miseria y todo lo que sucede a su alrededor, buscando en determinados casos cauces positivos de participación, mientras que otros se convierten en extremistas radicales o simplemente se rehúsan a actuar.

2.5. Efectos de la adolescencia

Se expone que un dato importante para entender los efectos del adolescente es que suelen aparecer con el comienzo de la adolescencia, durante la pubertad, y suelen ser ellos o ellas quienes están en mayor riesgo de lesionarse a sí mismos.

La adolescencia es una etapa de mayor mirada a los cambios que se dan en uno mismo. Esto trae consigo emociones intensas con respecto a sí mismo, nuevas formas de relacionarse y una posterior explicación del mundo a partir de lo que uno conoce de sí mismo. Así, se trata de una etapa de emociones fluctuantes, principalmente dirigidas hacia sí mismo.

2.5.1. Inmadurez emocional

Éste es un efecto que se manifiesta en las reacciones impulsivas y violentas que pertenecen al tipo infantil, debido a que está en un periodo de transición entre la etapa

a la que ha pertenecido (niñez) y a la que pertenecerá (adulto), por lo que su conducta, pensamientos y emociones oscilan entre ambas.

"La emoción es un "trastorno repentino del ánimo, originado por una persona, idea, recuerdo u objeto, con efectos psíquicos y también fisiológicos, de lo tenue a lo violento, según las circunstancias y los agentes." ²³

Las personas que se autolesionan suelen presentar algunas dificultades en la expresión y sobre todo en la simbolización de las experiencias emocionales. Es por ello que ante algún conflicto emocional tienden a actuarlo más que a simbolizarlo.

2.5.2. Desarrollo físico

Este aspecto radica en los cambios y transformaciones que sufre el cuerpo del adolescente en el día a día sin que su voluntad intervenga, ofreciéndole una apariencia o imagen diferente cada vez que se mira al espejo.

Connotados autores afirman que todos los seres humanos pasan por los cambios fisiológicos y físicos de la pubertad y del crecimiento posterior; y allí se deben hacer frente a la construcción de su propia identidad, intentando dar respuesta y descubrir la interrogante existencial de ¿quién soy?.

²³ Cabanellas de Torres. **Op. Cit.** Pág. 157.

En este periodo de desarrollo físico finalmente se debe trazar un proyecto o plan de futuro que tiene como eje central el aprendizaje de una ocupación que garantice su vinculación a la sociedad adulta como miembros autónomos y productivos, tomando en cuenta que desarrollo es un "impulso progresivo."²⁴

El desarrollo físico destaca en la adolescencia sus elementos más generales y representativos de este período denominado pubertad marcado fundamentalmente por cambios biológicos y fisiológicos. Existe un gran consenso entre diferentes investigadores en diferenciar entre los términos pubertad y adolescencia, separación difícil de establecer debido a los aspectos comunes que poseen pero que, precisamente gracias a ella, se ha podido estudiar la adolescencia no como un producto o un estado sino como un proceso, porque no es lo mismo hablar de la adolescencia temprana, entre los once y los catorce años, aproximadamente, que del período entre los quince y los dieciocho años.

2.5.3. Desarrollo emocional

El término emoción literalmente significa el acto de ser removido o agitado, empero, es difícil conceptualizarla, encontrándose infinidad de definiciones diferentes. Sin embargo, la mayoría de autores le incluyen secuencia de componentes básicos, como los siguientes:

²⁴ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 316.

- Estímulos que provocan una reacción y que son interpretados cognitivamente.
- Sentimientos o experiencia consciente positiva o negativa de la que cobramos conciencia.
- Activación fisiológica producida por las secreciones hormonales de las glándulas endocrinas.
- Respuesta conductual a las emociones.

Teniendo en cuenta los elementos anteriores se puede afirmar que una emoción es un estado de conciencia, o un sentimiento experimentado como una reacción integrada del organismo, acompañada de activación fisiológica que da como resultado cambios conductuales, afectando tanto al bienestar psíquico como a la salud física.

Se expone que las emociones cumplen diversas funciones importantes, éstas son:

- Función adaptativa; asegurando la supervivencia individual y de la especie.
- Función comunicativa; que permite la expresión de los propios estados emocionales internos, positivos o negativos y los sentimientos asociados.
- Función relacional; facilitando la formación de vínculos sociales y apegos o lo contrario, manteniendo alejadas a determinadas personas.
- Función motivacional; al impulsar al individuo a la acción, ejerciendo una influencia significativa sobre su conducta.

Los cambios biológicos influyen significativamente en la vida y en la conducta y se dan en todas las personas a diferente ritmo. Las modificaciones físicas surgen con una mayor notoriedad durante el inicio de la adolescencia o lo que se conoce como la pubertad. Durante ésta, el logro principal es adquirir la madurez física y sexual.

La centralidad del cuerpo hace que existan emociones intensas y muchas veces encontradas hacia este. Algunos autores discuten de la adolescencia como una etapa de pérdida, así como también otra etapa de una pobre sensación de control sobre el cuerpo. El primero; que el adolescente debe elaborar un duelo por la fantasía del cuerpo ideal que pierde. Su cuerpo no se convierte en lo que deseó y fantaseó que iba a ser, sino que se transformó siguiendo determinantes genéticos, otorgándole una pobre sensación de control sobre este.

En la otra etapa, se considera que a los quince años aproximadamente, el adolescente debe comenzar a defenderse del vacío que siente debido a las partes del yo que ha perdido y que además se incrementan acciones de control sobre el cuerpo dominando cualquier problemática emocional.

Concluyo este capítulo exponiendo que la sociedad guatemalteca sufre una fuerte transculturación promovida por los medios de comunicación. Los mensajes de estilos de vida extranjeros, ajenos a nuestra realidad, son rápidamente imitados por grandes estratos de nuestra sociedad, y sobre todo por los adolescentes.



La adolescencia como etapa de transición entre la niñez y la edad adulta, ha sido estudiada desde varias perspectivas, principalmente desde el punto de vista psicosocial y biológico.

La adolescencia es una época de transformaciones corporales y psicológicas debido al proceso de crecimiento y maduración.



CAPÍTULO III

3. El delito

Éste capítulo se justifica dentro del ámbito del derecho penal, en virtud que se considera que es notorio que el Estado, no ha difundido lo concerniente a la temática planteada, por lo que, es necesario realizar un estudio de la persona dentro de las actuales coyunturas que forman nuestra realidad social, con el propósito de establecer una mejor comprensión de los efectos jurídicos y sociales de la aplicación de la ley, en especial cuando se encuentra íntimamente relacionada con menores de edad. El delito viene a ser un fenómeno social que va cambiando de la misma forma en que la sociedad va evolucionando, razón por la que es necesario tener un sistema jurídico de leyes penales actualizado en respuesta a la exigencias de la sociedad, mismo que debe resguardar todos aquellos intereses elementales denominados bienes jurídicos tutelados, para lograr una convivencia pacífica dentro de la sociedad.

Existe variedad de autores que hacen diversidad de síntesis del delito, empero, por el carácter de este trabajo es necesario hacer un breve análisis general, por el hecho que es un tema de trascendencia en el ámbito social, ya que el propósito de esta tesis es dar a conocer la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico penal guatemalteco para el uso efectivo de la Cámara Gesell en los delitos de abuso sexual infantil.

3.1. Antecedentes del delito

Considero que cualquiera que sea la tesis del delito aceptada, hay un hecho cierto: tanto la antigüedad como en la actualidad, realizan un modelo de ciencia penal integrada, es decir, un modelo en el que la ciencia jurídica y la concepción general del hombre y de la sociedad se hallan estrechamente ligadas.

“Aun cuando sus respectivas concepciones del hombre y de la sociedad sean profundamente diversas, en ambos casos se analiza el delito, en presencia de la afirmación de una ideología de política social como nudo teórico y fundamental del sistema científico; naciendo como una nueva colección o sea, otro espacio desde el cual se mantiene viva la inquietud en torno a una compleja y controvertida disciplina, ya más que centenaria, que se resiste y que no podrá quedar al olvido y a la negación”.²⁵

Desde la antigüedad hay “concepción de planes y la aplicación de medidas, por el Estado y otros organismos de eficacia pública, que contribuyen a la eliminación o alivio de los antagonismos sociales e impulsan, a más del urgente remedio de angustiosas necesidades permanentes u ocasionales de índole general, el bienestar material y moral de la sociedad, colectivamente considerada, con el propósito adicional de

²⁵ Baratta, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. Pág. 7.

fomentar el mejoramiento del nivel de vida y las aspiraciones laudables de todos, dentro de lineamientos conjuntos o de gran amplitud”.²⁶

3.2. Definición de delito

El derecho penal conlleva la sanción impuesta, corporal o pecuniaria, contra el sujeto activo que ha participado en un hecho delictivo, el cual se encuentra perfectamente encuadrado como delito en el Código Penal, sea doloso o culposo, si el hecho no se encuentra tipificado, no existe delito, lo cual hace necesario definirlo.

Etimológicamente la palabra delito deriva del latín delinquere, abandonar, descuidar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. El delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico, añadiéndose la exigencia de que sea punible, en otras palabras se entiende como delito la conducta activa u omisiva imputable al ser humano.

“Delito, es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.²⁷

Se puede decir que el delito, en el fondo, es una infracción a las normas jurídicas promulgadas por el Estado con facultad de ius puniendi, para la mejor convivencia social, es la antijuricidad, es el hecho de quebrantar la norma estipulada vulnerando el

²⁶ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 744.

²⁷ **Ibid.** Pág. 312.

bien jurídico tutelado, y causando un daño ya material, ya personal o un daño a la sociedad. En ese sentido el daño puede ser grave o leve, derivándose de ello el delito, respectivamente.

3.3. La teoría del delito

“Es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal”.²⁸

La teoría del delito es una construcción dogmática, que proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto.

“La Teoría del Delito, entonces, como parte de la Ciencia Penal, se ocupa de explicar qué es el acto ilícito para tales fines; es decir, tiene la misión de señalar cuáles son las características o elementos esenciales de cualquier delito. De esa forma debe superar definiciones genéricas y ambiguas que pueden ser admisibles en ciertas áreas de estudio o útiles para otros efectos por ejemplo; en el ámbito social o criminológico, pero no para precisar el hecho específico que la legislación represiva castiga”.²⁹

²⁸ López Contreras, Rony Eulalio, y Félix M^a Pedreira González. **Curso de derecho penal parte general. Estudio comparado Guatemala-España.** Pág. 137.

²⁹ Jáuregui, Hugo Roberto. **Apuntes de teoría del delito.** Pág. 13.

3.4. Diversos niveles analíticos de la teoría del delito

La dogmática, es un método o nivel del conocimiento, pero la delimitación de lo que hay que conocer no es cuestión que incumba al método; es una elaboración teórica, lógica, no contradictoria, y no contraria al texto de la ley; que nos permite definir, cuándo una conducta puede ser calificada como delito.

“El delito es antes que nada una acción o conducta humana. De esta manera se descartan todos los resultados producidos por las fuerzas de la naturaleza. Entre todas las acciones humanas que se realizan el legislador selecciona unas pocas y las describe en la parte especial del Código Penal o ley específica penal.

Los dispositivos que la ley penal utiliza para individualizar una conducta prohibida se llaman tipos, los cuales tienen un carácter eminentemente descriptivo. Una acción es típica cuando se adecua a la descripción realizada por la ley, caso contrario es atípico. Una vez comprobada la tipicidad, el jurisconsulto observa si la acción típica es también antijurídica, contraria al orden jurídico y que no esté amparada por alguna causa de justificación.

La acción típica y antijurídica es el injusto penal, el cual supone el desvalor o reproche del hecho. Al admitir el injusto penal, el jurisconsulto realiza un desvalor o reproche al autor mediante el análisis de la culpabilidad y la ausencia de causas de inimputabilidad

o inculpabilidad, las cuales son expresas. Finalmente se debe de estudiar la punibilidad, es decir, la posibilidad de imponer una pena”.³⁰

La dogmática jurídico penal, establece límites y construye conceptos, posibilita una aplicación del derecho penal segura y previsible y lo substraer de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de la improvisación.

3.5. La acción

En la realización de la acción se encuentran tres elementos indispensables:

- 1.- Una manifestación de voluntad.
- 2.- La producción de un resultado ya sea de naturaleza formal o bien material.
- 3.- La existencia de una relación causal entre la conducta y el resultado.

3.5.1. Teoría causal de la acción

Las teorías causales de la acción definen a la misma como la conducta humana voluntaria, ya que la acción es un puro proceso causal. El comenzar de manera voluntaria un curso causal es acción.

³⁰ González Cauhapé-Cazaux, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco, teoría del delito.** Pág. 26.

“Lo que el sujeto haya querido es totalmente irrelevante, y solo tendrá importancia en un momento posterior, al analizar la culpabilidad”.³¹

3.5.2. Teoría final de la acción

“A diferencia de los causalistas, los finalistas no distinguen entre elementos objetivos del delito y elementos subjetivos, sino que por el contrario todos tienen una parte objetiva y una subjetiva. Así por ejemplo, la tipicidad tiene parte subjetiva y parte objetiva, al igual que la antijuridicidad o la culpabilidad”.³²

“La acción humana es ejercicio de la actividad final. La acción es, por eso, acontecer ‘final’, no solamente ‘causal’. ‘La finalidad’ o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber casual, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber casual previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobre determine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer casual no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante casual de los componentes

³¹ González Cauhapé-Cazaux. **Op. Cit.** Pág. 32

³² **Ibid.** Pág. 33

causales existentes en cada caso. Por eso la finalidad es dicho en forma gráfica vidente, la casualidad es ciega”.³³

Investigué que ésta se originó como una acción a las teorías causalistas en Alemania. Para los mismos la acción es todo comportamiento que depende de la voluntad del ser humano y que se dirige a la consecución de un determinado fin. Ellos, entienden claramente que no se concibe un acto de voluntad que no se dirija a un fin. Además, la acción humana que se encuentre regida por la voluntad siempre es una acción final.

➤ **Aspecto o fase interna “iter criminis”**

“El iter criminis comprende el estudio de las diversas fases recorridas por el delito desde su ideación hasta su agotamiento. Tradicionalmente distingúense en el iter criminis (camino del delito), que se encuentra en su fase interna cuando aún no ha sido exteriorizado; no ha salido de la mente del autor; en tal estado se colocan a la ideación, a la deliberación y a la resolución de delinquir”.³⁴

La fase interna puede suceder en décima de segundos, y en muchos casos apenas se piensan medios o efectos concomitantes. Pero la estructura básica se mantiene. Por ello no hay que confundir fase interna con premeditación.

³³ Welzel, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Págs. 39 y 40.

³⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco. **Manual de derecho penal mexicano**. Pág. 467.

➤ **Aspecto o fase externa**

Cuando el sujeto exterioriza de alguna manera su idea criminal. El aspecto o fase externa es aquel en el cual una vez se proponga el fin, se seleccionen los medios y se califiquen los efectos a producirse, entonces el autor pone en marcha el proceso causal que se encuentra dominado por la finalidad que quiere obtener, procurándose alcanzar la meta que se proponga.

3.5.3. El estado de la acción

Investigué que la mayoría de tratadistas mantiene la estructura del delito que propone el finalismo, al hacer una distinción en cada uno de los elementos objetivos y subjetivos, situando el análisis relativo al dolo y la imprudencia en la tipicidad y no en la culpa. Pero, también existen autores que no aceptan el finalismo puro.

También es de importancia anotar que la doctrina comprende el estudio de la acción y únicamente es de importancia el aspecto negativo de la misma o sea, que deben de estudiarse aquellos aspectos, en los cuales puede interpretarse que no existe acción alguna.

3.6. Ausencia de acción

Para los causalistas y finalistas, no existe una acción que sea penalmente importante si no hay voluntad. Existen supuestos en los cuales la existencia de un determinado comportamiento del ser humano no es considerada como acción, debido a que en el mismo no existe voluntad por parte de quien lo realiza.

3.7. Bien jurídico tutelado

Según Johannes Welsels citado por Hugo Jauregui: “Por bienes jurídicos se entienden los bienes vitales, los valores, sociales y los intereses reconocidos jurídicamente del individuo, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad personal, el honor, la propiedad y el patrimonio(bienes jurídicos individuales). Son bienes jurídicos de la colectividad entre otros, la integridad del Estado y su régimen de libertad y democracia, la salvaguarda de secretos de Estado, la administración de justicia, la incorruptibilidad de los funcionarios públicos, la seguridad de los medios de pago, la fidelidad de los documentos en las relaciones jurídicas (bienes jurídicos universales).”³⁵

Concluyo en que son todos aquellos valores que el Estado protege en virtud que la violación o transgresión de los mismos produce un impacto social, el cual amenaza y atenta contra la convivencia pacífica de una sociedad, por tal motivo se consideran

³⁵ Jauregui, Hugo Roberto. **Módulo de derecho penal II, delitos contra la vida.** Pág. 9.

penalmente relevantes, trayendo consecuentemente la creación de tipos penal que sancionen aquellas conductas que los afecten.

3.8. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas

Del título se pueden desprender dos bienes jurídicos tutelados: la libertad sexual y la indemnidad sexual de las personas.

La libertad sexual es la facultad de la persona de auto determinarse en materia sexual, sin ser compelido o abusado por otro, siendo uno de los bienes jurídicos de mayor jerarquía, quizás el más importante después de la vida y la salud, pero es el más expuesto a ser atacado.

La indemnidad sexual consiste en el libre desarrollo de la sexualidad, es la seguridad que deben tener todos en el ámbito sexual para poder desarrollarse, por eso las leyes penales se preocupan en especial de proteger la indemnidad sexual de los menores de edad, los más vulnerables en este aspecto.

Estos delitos se encuentran regulados en el Código Penal guatemalteco, en el Libro II, Título III, bajo el acápite de delitos en contra de la libertad e indemnidad sexual, título que fue reformado por el Decreto 09-2009 del Congreso de la República, que sustituyó al acápite que anteriormente se encontraba descrito como: de los delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y contra el pudor.

“Hay comportamientos dentro de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida que la víctima carece de libertad. Se busca proteger la indemnidad o intangibilidad sexual, o sea la seguridad o desarrollo físico o psíquico normal de las personas”.³⁶

La explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes es un fenómeno social que se ha conceptualizado como una de las más crueles violaciones a los derechos fundamentales de los infantes y adolescentes, siendo una forma contemporánea de esclavitud que implica la planificación y organización del ejercicio de la violencia sexual, contra menores de edad, por parte de personas individuales y grupos.

3.8.1. Antecedentes de los delitos en que el bien jurídico tutelado es la libertad e indemnidad sexual

Han sido objeto de distintas denominaciones y de las diversas legislaciones a través de la historia. Se les ha denominado de las siguientes formas: atentados contra las costumbres, atentados contra el orden de las familias, crímenes y delitos contra la moralidad, atentados contra la decencia y la moral públicas, delitos contra las buenas costumbres, delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia, delitos contra la honestidad y el pudor. Actualmente nuestra legislación les denomina de la siguiente manera: Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas.

³⁶ Chero Medina, Félix. **El delito de violación de la libertad sexual**. Pág. 5.

Los menores de edad vulnerados en su libertad e indemnidad sexual sufren particularmente graves daños físicos, como por ejemplo: embarazos no deseados, infecciones de transmisión sexual, lesiones por violencia física, daños psicológicos, pérdida de autoestima, desconfianza, culpa y tristeza, también daños sociales como la marginación, la humillación y la exclusión y en los casos más graves problemas para la comunicación verbal y escrita.

La explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes implica que el cuerpo y la sexualidad de los menores ha sido cosificada, implicando una relación de poder y dominación a tal grado que llega a parecer que existe un consentimiento y lo que existe realmente es todo lo contrario, es una privación a la libertad, los menores no dejan de realizar estas actividades por que los explotadores los mantienen bajo constantes amenazas, lo que provoca temor a confiar en otras personas, baja autoestima, depresión y culpabilidad.

"El 17 de julio de 2013 salió a la luz un escándalo que resalta la tolerancia oficial de las relaciones sexuales ilegales, con el desmantelamiento de una red de prostitución infantil que presuntamente involucra a funcionarios de alto rango. Cinco personas fueron capturadas acusadas de vender niños y niñas para fines sexuales a clientes "exclusivos" que van desde médicos, diputados, hasta alcaldes y funcionarios del gobierno." ³⁷

³⁷ Oficina de Derechos Humanos Arzobispado de Guatemala. **Situación de la niñez guatemalteca, informe 2013-2014.** Pág. 31.

3.8.2. Agravación de la pena cuando las víctimas son menores de edad

La doctrina actual, la historia de las instituciones penales y las legislaciones contemporáneas consideran que la verdadera esencia del delito de violación sexual es la imposición sexual sin consentimiento de la persona ofendida, ya sea por medio de coacción física o la intimidación moral.

Tanto en la violencia física y en la violencia moral, el sujeto pasivo sufre en el cuerpo un acto sexual que no ha querido, por lo que se viola su derecho a la libre determinación de la conducta sexual.

Como parte de esa tutela, el Estado de Guatemala ha realizado políticas de salud encaminadas al cuidado de personas que han sufrido actos sexuales violentos, es así como se implementa el protocolo de atención a víctimas en la cual establece la obligatoriedad de que en Hospitales Públicos se administre un Kit de emergencia. El Kit contiene medicamentos para el tratamiento de enfermedades de transmisión sexual y la píldora del día después, que es un anticonceptivo de emergencia utilizado posteriormente de haber ocurrido un hecho sexual.

Empero, especial atención merece el aumento de la pena por consecuencia de lo antes expuestos ante víctimas menores de edad que están en circunstancias especiales de agravación, precisamente señalados en el Artículo 195 quinquies del Código Penal donde establece el aumento de penas para los delitos de violación,

exhibicionismo sexual, ingreso a espectáculos y distribución de material pornográfico a personas menores de edad, actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad, exhibiciones obscenas, comercialización o difusión de pornografía de personas menores de edad y posesión de material pornográfico de personas menores de edad. La agravación consiste en el aumento de la pena en sus dos terceras partes si la víctimas fuera menor de dieciocho y mayor de catorce años de edad, en tres cuartas partes si la víctima fuera persona menor de catorce años y con el doble de la pena si la víctima fuera persona menor de diez años agravación de la pena.

3.9. Condiciones objetivas de penalidad

La condición objetiva de penalidad es la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

La penalidad puede excluirse en aquellos casos en los cuales el legislador no considere conveniente, por motivos de política criminal o por no imponer una pena, ya sea que se trata de aquellas causas ligadas a la persona del autor y por ello únicamente le afectan a él y al resto de los partícipes.

“Ernest Von Beling, concerniente a las condiciones objetivas de penalidad, explica: sobre estos elementos o consecuencia ciertas circunstancias exigidas por la ley penal,

para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito y no condicionan la anti juridicidad y tampoco tienen carácter de culpabilidad”.³⁸

Las condiciones objetivas de la penalidad son aquellas circunstancias que sin formar parte de la culpabilidad, son condicionantes en algún delito concreto para la imposición de una pena.

“Las condiciones objetivas de punibilidad deben diferenciarse de los presupuestos procesales. En virtud que en las primeras se expresa el grado de menoscabo del orden jurídico protegido, que en cada caso se requiere, mientras que los presupuestos procesales toman en consideración circunstancias opuestas a la verificación de un proceso penal”.³⁹

También “son aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación”.⁴⁰

Considero que las condiciones objetivas de punibilidad son aquéllos elementos objetivos que sirven para aplicar una sanción y que están dentro del tipo penal.

Concluyo en este capítulo con que el delito es estudiado por la teoría general del delito y éste se ocupa de todos aquellos elementos comunes, a todo hecho punible. En la

³⁸ López Betancourt, Eduardo. **Teoría del delito**. Pág. 247.

³⁹ **Ibíd.** Pág. 247 y 248.

⁴⁰ Castellanos Tena, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal. Parte general**. Pág. 278.

actualidad hay acuerdo casi unánime entre los juristas en relación a que los elementos comunes de todo delito coinciden.

“Muchos criminalistas han intentado formular una noción de delito en sí, en su esencia, una noción de tipo filosófico que sirva en todos los tiempos y en todos los países para determinar si un hecho es o no delictivo. Tales tentativas han sido estériles, pues hallándose la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, aquella ha de seguir forzosamente los cambios de éstas, y por consiguiente, es muy posible que lo penado ayer como delito se considere hoy como lícito y viceversa. Es pues, inútil buscar una noción del delito en sí”.⁴¹

A pesar que en Guatemala existe gran variedad de normativa nacional e internacional que regulan el derecho de la niñez, se considera insuficiente si no se readecua el ordenamiento jurídico penal guatemalteco concerniente al uso efectivo de la Cámara Gesell en los delitos de abuso sexual infantil, en virtud que los infantes son constantemente vulnerados en el país. Esto se puede notar en que hay muchas personas adultas que aún no tienen el total conocimiento de lo que se puede hacer en casos de delitos de abusos sexuales. Para poder entender y establecer cuáles son los orígenes que han llevado a dicha vulneración en la actualidad se debe adecuar a la ley las posibles soluciones legales.

⁴¹ Cuello Calón. **Op. Cit.** Pág.98.



CAPÍTULO IV

4. Adecuación del ordenamiento jurídico penal guatemalteco para el uso efectivo de la Cámara Gesell en los delitos de abuso sexual infantil

Con el transcurso del tiempo la situación en el país va cambiando, la población va aumentando y con ella el número de niñez, que requieren adecuaciones a sus derechos en virtud que con el devenir de la historia y con la misma evolución de la humanidad las sociedades han ido cambiando y con ellas también las distintas formas de sometimiento entre unos individuos y otros a través del derecho.

Una de las características particulares del derecho es la mutabilidad, es decir aquella posibilidad de ir adecuando los distintos cuerpos legales a las distintas realidades sociales, entre ellas realizar acciones con el fin de conservar, proteger y resguardar los derechos de las personas, siempre y cuando se reconozca que deben ser abordadas desde cada contexto particular o sea sociocultural, socioeconómico, jurídico, político y educativo singular, dirigidas a satisfacer la necesidad de un futuro mejor de una sociedad pluralista, incluyente, solidaria, justa, participativa, intercultural, pluricultural, multiétnica y multilingüe, en virtud que “la decisión y el propósito emanan de saber lo que podemos hacer. La duda y el miedo son los grandes enemigos del conocimiento, y aquel que los aliente, y no los elimine, encontrará la frustración a cada paso”.⁴²

⁴² Allen. **Op. Cit.** Pág. 21.

Cuando se inicia el estudio de un objeto, lo primero que se desea saber es, que se está estudiando, por lo que, se plantea un análisis jurídico, doctrinario y social de los efectos jurídicos y sociales de la aplicación de la Cámara Gesell en los delitos de abuso sexual infantil dentro del proceso penal guatemalteco, acudiendo de manera sistemática a su punto sociológico, en el cual se aborda el aspecto legal y se propone su uso obligatorio.

4.1. Los derechos humanos en Guatemala

Investigué que “hay una falla consistente del Estado para hacer uso de las oportunidades, el tiempo y las capacidades para llevar a cabo medidas efectivas que den cumplimiento a sus obligaciones en materia de derechos humanos”.⁴³

Considero que es necesario analizar determinadas percepciones de la tesis y en la búsqueda de definiciones de una realidad jurídica, se acude de manera sistemática que no se limita al aspecto legal, empero, permitirá comprender algunos elementos dudosos.

“Análisis es separación de las partes de un todo hasta llegar a conocer sus principios y elementos”.⁴⁴

⁴³ Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas en Guatemala. **Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en Guatemala.** Pág.5.

⁴⁴ <http://es.thefreedictionary.com/an%C3%A1lisis> (Consultado: 01 de septiembre de 2015)

En virtud que se pretende fortalecer la protección de los derechos humanos, se hace una selección de las aportaciones más representativas y de sus rasgos más notables de diferentes autores nacionales e internaciones que han abordado en el tema, “para comprender en toda su dimensión el estado por el que atraviesa actualmente el respeto a los derechos humanos en Guatemala, es imprescindible describir la dinámica de los factores de desarrollo que han influido en el escenario tanto nacional como internacional, concerniente a los mismos”.⁴⁵

Los Derechos Humanos tuvieron desde su origen como elemento esencial de su existencia a la persona humana; sin embargo, la concepción de ésta ha sido diferente a través de las distintas épocas de la historia así como de Estado en Estado, por lo que existen distintas percepciones de la misma.

4.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, considerando en ella que la paz, la justicia y la libertad en el mundo tiene como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos, consiguiendo para ellos implementar las relaciones amistosas entre los miembros que la conforman. En ella se establece que ningún ser humano está apto para aceptar cualquier forma

⁴⁵ Paz y Paz, Claudia, y Luis Ramírez, Gustavo Cetina, Fernando López, Miguel Urbina. **El Proceso Penal En Guatemala**. Pág. 65

que se le vulneren sus derechos como lo son la libertad, ni estar sometido a un régimen de maltrato y tratos denigrantes.

Esta declaración universal tiene como ideal común que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan el respeto a estos derechos y libertades, y que se aseguren, medidas progresivas de carácter nacional e internacional, el reconocimiento de las mismas y aplicación universal entre los pueblos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos es considerada generalmente el fundamento de las normas internacionales sobre derechos humanos. Ha inspirado un valioso conjunto de tratados internacionales de derechos humanos legalmente vinculantes y la promoción de estos derechos en todo el mundo a lo largo de las últimas décadas.

Además, sigue siendo una fuente de inspiración para cada organización social, ya sea en momentos de conflicto, en sociedades que sufren represión, en la lucha contra las injusticias, y en los esfuerzos por lograr el disfrute universal de los derechos humanos en una sociedad organizada.

La jurista Rosario Gil Pérez, en su obra Introducción a la Sociología, “considera a la organización social como un sistema de relaciones sociales estables de carácter recíproco, como un conjunto de interacciones entre personas o entre grupos en la cual

surge una manifiesta unidad y aparecen algunos resultados o productos que son consecuencias de la actividad común que realizan los individuos”.⁴⁶

Se descubrió que esta legislación sigue creciendo y ampliando los derechos y libertades fundamentales que en ellas figuran, al abordar asuntos como los derechos de la mujer, los niños, los migrantes, las minorías y los pueblos indígenas.

4.1.2. Declaración de Derechos del Niño, 1959

La declaración contiene derechos que poseen los niños, niñas y adolescentes. Todos y cada uno de los derechos de la infancia son inalienables e irrenunciables, por lo que ninguna persona puede vulnerarlos o desconocerlos bajo ninguna circunstancia. Este documento reconoce a los niños como sujetos de derecho, pero convierten a los Estados y a los adultos en titulares de la obligación de respetarlos y hacerlos respetar.

Esta declaración nace considerando que los niños, niñas y adolescentes por su inmadurez tanto física como mental, necesitan de protección y cuidados especiales incluso una debida protección legal antes como después de su nacimiento, para que este tenga una infancia feliz y pueda así, gozar en su propio bien y en bien de la sociedad de los derechos y libertades que en ella se enuncian y consagran a favor de toda la humanidad. También es oportuno establecer, que en esta Declaración, se logra

⁴⁶ Gil Pérez, Rosario, y Carlos Paiz Xulá. **Introducción a la Sociología**. Pág. 197-198.

que tanto hombres como mujeres de todas las naciones, raza o sexo, reconozcan que los niños, las niñas y los adolescentes son lo mejor con lo que la humanidad cuenta.

4.1.3. Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966

Con este pacto se considera que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen como base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo además que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a cualquier persona humana.

Investigué que este pacto fue ratificado por el Estado de Guatemala, mediante Decreto Legislativo número 69-87 de fecha 30 de septiembre de 1,980. El Artículo 11 del Pacto regula: Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Se reconoce además y con arreglo a la declaración universal de derechos humanos, que no puede realizarse el ideal del ser humano libre dentro de la sociedad, ya que el mismo no logra desprenderse de los temores de la miseria por no tener ni poder crear

las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales y así como de sus derechos civiles y políticos, lo que le da puerta a la vulneración de derechos de los más débiles, en este caso los menores de edad.

4.2. Los derechos humanos en Guatemala analizados a la luz del derecho internacional

La internacionalización de los derechos humanos, es uno de los aspectos más importantes para la humanidad, puesto que lleva consigo un avance categórico y esencial para su aplicación en cada Nación.

“Guatemala es generosa en cuanto a suscripción de tratados internacionales, empero, en materia de cumplimiento, es deficitaria”.⁴⁷

Considero que es difícil afirmar que en la actualidad a pesar de la gran cantidad de instrumentos ratificados por los Estados, ya no se lleven a cabo violaciones de los derechos humanos, al contrario, es más difícil su cumplimiento debido a la gran variedad y extensión que éstos han adquirido, empero, si se puede afirmar, que los Estados pueden aumentar interés en su cumplimiento, en Guatemala, por ejemplo: la adecuación del ordenamiento jurídico penal para el uso efectivo de la Cámara Gesell en los delitos de abuso sexual infantil, a lo cual se encuentra rezagado Guatemala, al no ubicar esta institución de forma más entendible su aplicación.

⁴⁷ Morente Acetún, Carlos Hugo. **Necesidad de crear órganos jurisdiccionales agrarios**. Pág. 117.

4.3. Victimología

“Es una disciplina que tiene por objeto el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales; de sus relaciones con el delincuente y del papel que ha jugado en la génesis del crimen”⁴⁸

La victimología también examina el grado de vulnerabilidad que puede tener una víctima y trata de buscar alternativas que ayuden a prevenir o disminuir la misma, tomando en cuenta factores de carácter personal, psicológico y social, así como la dinámica interpersonal en el crimen y, en particular en los delitos contra la persona y en aquellos de naturaleza sexual.

Esta disciplina se viene perfilando con matices cada vez mas científicos y definidos, viene a ser útil, no sólo a los operadores del Derecho, sino a psicólogos, psiquiatras, sociólogos, asistentes sociales, educadores, padres de familia, gobernantes, dirigentes, líderes sociales y criminólogos, en general, tiene alcance internacional válido.

⁴⁸ Rivera Llano, Abelardo. **La victimología: ¿un problema criminológico?**. Pág. 1.

Se puede afirmar “que la incidencia de la víctima, por lo que ella es y por lo que ella hace, en la génesis del delitos, puede representar una perspectiva muy fecunda para la defensa social (seguridad ciudadana) y para la prevención del delito”.⁴⁹

4.3.1. Antecedentes de la victimología

Hace más de un cuarto de siglo se habló por primera vez de victimología, se quiso y pretendió identificar con ese vocablo una nueva ciencia, la cual tenía como finalidad afrontar el estudio de la víctima y de sus características, en el campo psicológico, social, moral, etc., con fines preventivos y terapéuticos, Se destacó, por parte de algunos autores, la necesidad de que esta nueva disciplina desarrollase criterios e instrumentos de análisis propios, que le permitiesen adquirir cada vez más identidad y perfil propios, capaz de llevarla, frente a las demás ciencias sociales, como disciplina autónoma e independiente, que ha venido, en efecto, a abrir nuevos horizontes a la misma reflexión penalística y humanista. Ha dejado de enfocarse únicamente en el delincuente y en todo lo que su entorno significa, sosteniendo que el sujeto pasivo en un delito merece un estudio y análisis propio por su condición de víctima y por las múltiples circunstancias que giran a su alrededor.

Dichas afirmaciones suscitaron una toma de posición opuesta por parte de otros estudiosos que consideraron inoportuno e inconveniente aislar de tal modo la victimología, la cual debía ser considerada y tratada simplemente como una rama o

⁴⁹ *Ibid.* Pág. 5.

capítulo específico de la criminología, en la cual deben estudiarse las relaciones entre el criminal y su víctima. No obstante, hoy se abre camino la corriente de pensamiento que propugna por la autonomía científica de esa nueva rama que se desprende de la criminología, dada, precisamente, la complejidad creciente de sus estudios se puede arribar que la victimología estudia la influencia de la víctima en el delito cometido, de tal modo que se aspira a una séxtuple relación, así: 1) Estudio dogmático: Derecho penal; 2) Causas del delito, estudio del delincuente: Criminología; 3) Relación entre el delincuente y su víctima, estudio de la personalidad de la víctima: Victimología; 4) Derecho a la pacificación entre autor, víctima y sociedad: Terapia de relación, conciliación-víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal; 5) Los servicios de apoyo a las víctimas y 6) Finalmente, políticas preventivas de orden social.

4.3.2. Víctima

La Sociedad Internacional de Victimología en su primera declaración sobre justicia y asistencia para las víctimas la define como: La persona que ha sufrido una lesión o daño físico o mental, una pérdida o daño material, o cualquier otro perjuicio social, como resultado de una acción que: a) Esté en violación con las leyes penales nacionales; b) Es un crimen catalogado bajo la ley internacional o c) Constituye una violación a las normas de los derechos humanos internacionalmente reconocidos que protegen la vida, la libertad y la seguridad personal o d) Constituye un abuso de poder ejercido por persona que en razón de su posición política, económica o social, ya sean oficiales políticos, agentes o empleados del Estado o entidades comerciales,

estén fuera del alcance de la ley o que, aunque no estén realmente proscritos por las leyes nacionales o internacionales, causan daños físicos, psicológicos o económicos, comparables a los causados por los abusos de poder, constituyendo de esta forma un delito dentro de la ley internacional o una violación de las normas internacionalmente reconocidas de los derechos humanos y cree serias necesidades en sus víctimas similares a las causadas por violación de esas normas.

Es necesario hacer mención de que la víctima en sentido amplio, abarca tanto al sujeto pasivo del delito, como a las personas cercanas que también han sido dañadas o afectadas como consecuencia del delito.

4.3.3. Clases de víctimas

Según Mendelsohn citado por Rivera Llano, la víctima se puede clasificar tomando como punto de partida el grado de participación culpable de la misma en el delito. Por lo que establece seis tipos principales:

“1. *Víctimas completamente “inocentes”* o ideales, que no hacen nada para desencadenar el hecho delictivo, como los niños, algunos enfermos o que se hallan en estado inconsciente.

2. *Víctimas con culpabilidad menor*, o por ignorancia, que irreflexivamente o por cierta falta de diligencia se colocan en situación de peligro de victimización, como la mujer

que provoca una reacción de la que resulta su muerte. La víctima por imprudencia, y víctimas únicamente culpables: las que son víctimas de su propio delito, la víctima simulante y la víctima imaginaria.

3. La víctima *“tan culpable como el delincuente”*, o voluntaria tales los casos de quienes incitan a actos de suicidio, homicidio-suicidio, eutanasia, etc.

4. La *“víctima más culpable que el delincuente”*; en este tipo se hallan la víctima que *“provoca”* al delincuente y la *“víctima imprudente”*, que lo incita.

5. La *“víctima más culpable”*, o la que es *“ella sola culpable”*, aquella que, por su agresividad desencadena el delito. Por ejemplo, el agresor injusto que es muerto porque usa la legítima defensa.

6. La *“víctima simulada o imaginaria”*. Se trata de aquellas personas que acusan sin fundamento a otras, para conseguir que sean injustamente castigadas; tal ocurre con algunos paranoicos, histéricos, seniles y niños.”⁵⁰

4.3.4. Victimización

Puede definirse de una forma sencilla, como el efecto de sufrir un daño en forma directa o indirecta, consecuencia de un delito. Puede visualizarse desde tres grados:

⁵⁰ *Ibid.* Pág. 126-127.

La *victimización primaria* es la que deriva directamente del delito, incluye padecimientos físicos hasta efectos psicológicos que trastornan a la víctima.

La *victimización secundaria* es una agravación de la primaria, y se produce cuando la víctima se presenta en busca de ayuda ante los órganos judiciales o administrativos como los son: Policía Nacional Civil, Ministerio Público, Organismo Judicial, Procuraduría de los Derechos Humanos, Procuraduría General de la Nación, Instituto Nacional Ciencias Forenses, etc.

Y finalmente la *victimización terciaria*, que se presenta con la conducta posterior de la misma víctima, es producto de la vivencia de las victimizaciones anteriores, ya que la víctima acepta una imagen de sí mismo y empieza a asumir un rol de auto castigo y sufrimiento. Se produce también cuando la sociedad lo etiqueta o estigmatiza, generalmente de por vida.

4.3.4. El abuso sexual de los niños

Es una forma aberrante de victimización primaria derivada de hechos punibles, tales como la violación, exhibicionismo sexual, producción de pornografía, exhibiciones obscenas, y en general, de los atentados al pudor.

Los adultos pueden hacer sufrir a quien está sometido natural, institucional, emocional o accidentalmente a su autoridad por razones familiares, laborales, deportivas,

educativas, recreativas, espirituales, policiales, asistenciales, etc. En este sentido, el poder es la capacidad para hacer que los demás hagan lo que uno desea que hagan, independientemente de sus deseos. Como contrapartida, los que están indefensos y desprotegidos de ese poder terminan siendo sus víctimas. Por ello, el abuso sexual de los niños es la situación por la que un adulto pretende satisfacer sus deseos sexuales explotando el poder que tiene sobre un menor que aún comprendiendo o no, lo que está pasando o lo que le están haciendo, se encuentra imposibilitado para dar un consentimiento válido o de oponerse a los actos practicados sobre su cuerpo.

La mayoría de los casos de abuso sexual con niños se detecta en el ámbito familiar donde las pequeñas víctimas no tienen otra alternativa que permanecer junto a sus padres, padrastros u otro familiar, quienes, por regla general, mantienen bastante distancia con el resto de la comunidad, y pretenden que nadie se introduzca en sus vidas, menos en sus casas, en las que tienen amenazados a los niños, quienes, como si fuera poco, carecen del apoyo de la madre. Si la tienen es a su vez maltratada, o de escaso coeficiente, y para nada dispuesta a terminar con la precaria unidad económica lograda con el abusador. En estas condiciones al niño se le hace muy difícil salir de la permanente situación por la que atraviesa. Su crecimiento lleva a costas e incorporado el proceso corruptor y podría suponerse que en un momento dado intentará buscar la ayuda de terceros y hasta la intervención de la justicia, pero nada de esto le resulta fácil, pues además de vergüenza, tiene miedo al rechazo de familiares, desconfía de los servicios de policías y jueces.

4.4. Cámara Gesell

La cámara Gesell es una habitación acondicionada para observar y recibir la declaración de niños, niñas, adolescentes, víctimas o testigos, está conformado por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral, los cuales cuentan con equipo de audio y video para registro y grabación de las declaraciones. El primero de los ambientes consiste en una sala de observación donde debe estar presente el Juez y los demás sujetos procesales. El segundo ambiente está compuesto por una sala de entrevista en la que se encuentra presente el niño o adolescente y el psicólogo, dicho espacio debe inspirar la tranquilidad y comodidad de la víctima. Los sujetos procesales son los encargados de formular las preguntas que consideren pertinentes y útiles para la averiguación de la verdad, debiendo transmitir las al psicólogo, posteriormente el psicólogo las dirige al niño o adolescente de una forma entendible, de acuerdo a su edad y a su desarrollo mental, buscando siempre ganarse la confianza del mismo.

4.4.1. Historia de la Cámara Gesell

El estadounidense Arnold Gesell, nacido en el Estado de Wisconsin en 1880, es el creador del sistema de la Cámara Gesell. Como médico especializado en psicología, centró sus estudios en la niñez, trabajando inicialmente con menores que presentaban problemas de desarrollo madurativo, tanto físico como psíquico y más adelante extendió sus investigaciones sobre el crecimiento integral del niño, realizando una

importante contribución a la investigación que nos ocupa, al establecer el poder que tienen los factores exógenos o de ambiente externo sobre el desarrollo infantil.

En nuestro país a partir de los años noventas, con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio de que ante dos situaciones enfrentadas prima el interés superior del niño, se empieza a escuchar más al niño o a la niña.

En Guatemala el uso de la Cámara Gesell tiene su inició en el mes de octubre del año 2009, siendo el Organismo Judicial la entidad que habilitó por vez primera, un espacio en el que se prestaran dichas declaraciones testimoniales, específicamente ubicado en un área del segundo nivel de la Torre de Tribunales. La utilización de la misma carecía de una normativa que regulara su utilización.

El Ministerio Público con apoyo de la comunidad internacional implementó también el uso de la Cámara Gesell, rigiéndose la misma por el Acuerdo número 41-2010 emitido por la Fiscal General, que establece los lineamientos para su utilización, instituyendo que debe ser utilizada para realizar diligencias de investigación, consistente en la declaración de víctimas directas o colaterales de los delitos sexuales, trata de personas y/o testigos de violencia familiar, dirigido a niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, también se contempla su uso cuando se trata de mayores de edad que hayan sido víctimas de abuso sexual y personas de la tercera edad, entre otros; este último, con atención a la discreción del fiscal a cargo del caso.

Es hasta el año 2013 que el Organismo Judicial por medio del Acuerdo número 16-2013 emitido por la Corte Suprema de Justicia establece el instructivo para el uso y funcionamiento de la Cámara Gesell, circuito cerrado y otras herramientas para recibir las declaraciones de niños, niñas y adolescentes víctimas y/o testigos. Siendo su principal desventaja el carácter administrativo de su contenido, el cual permite hacer ineficaz la protección especial en favor de los niños víctimas y testigos de delitos de abuso sexual infantil, motivo por el que se advierte la necesidad de establecer normas de carácter ordinario que impongan el uso obligatorio de la misma.

4.4.2. Finalidad de la Cámara Gesell

La Cámara de Gesell debe ser un laboratorio en el que la víctima no ve a su agresor, y así no va a sentir la presión que tendría si enfrentara al agresor públicamente, o rindiera testimonio en la Etapa de Juicio frente al acusado, cara a cara. Sería de gran utilidad el uso de la Cámara de Gesell para estos casos, puesto que el juzgador tendría un panorama más amplio de la comisión de los delitos sexuales, consecuencia de la declaración testimonial de los niños, niñas y adolescentes, en ambientes donde se sientan cómodos y lo más relajado posible, evitando su revictimización; y un medio de prueba más objetivo en la búsqueda de la verdad y de una justicia pronta y cumplida.

4.4.3. Estructura y funcionamiento de la Cámara Gesell

La Cámara permite observar, sin ser observado, el comportamiento natural de los niños y adolescentes, observando su reacción ante estímulos con filmación de lo que ocurre adentro. La Cámara Gesell permite la grabación del relato para su posterior reproducción; admitiendo a la vez la presencia y participación de los demás sujetos procesales del lado contrario del vidrio unilateral, para observar lo que está sucediendo, sin que la persona que se encuentre adentro, pueda tener un contacto directo con ellos.

4.4.4. Aplicación de la Cámara Gesell

En la práctica dentro de los procesos de niñez y adolescencia víctima dentro del Proceso Penal, es el Ministerio Público quien solicita el uso de la Cámara Gesell, como medio para la declaración de menores víctimas de abuso sexual, o en su defecto, este derecho también le asiste al querellante adhesivo como lo regula el artículo 116 último párrafo del Decreto 51-92, emitido por el Congreso de la República de Guatemala. Tanto el Organismo Judicial como el Ministerio Público cuentan con la instalación de Cámara Gesell, teniendo cada uno su regulación interna correspondiente.

4.4.5. Garantías para la víctima

El uso de la Cámara Gesell dentro del Sistema Judicial guatemalteco, es una herramienta que contribuye a brindar protección a menores de edad al emitir su declaración dentro del Proceso Penal, en virtud que evita el contacto directo entre la víctima y el agresor, permitiendo que la diligencia quede debidamente grabada para su reproducción en cualquier etapa del proceso, lo que garantiza la participación de la víctima en una sola vez.

La utilización de la Cámara Gesell es garantía a las víctimas de un hecho delictivo en el caso de los niños y niñas en especial los que han sufrido un abuso sexual ya que prioriza el interés superior del niño y la no revictimización, así como la minimización del impacto judicial.

El objeto de la utilización de nuevas tecnologías al proceso penal, permite reducir la revictimización a los niños y niñas de un hecho delictivo como los delitos de abuso sexual.

4.5. Cámara Gesell en Guatemala

Actualmente la Cámara Gesell se encuentra instalada en varias sedes del Ministerio Público, como los son: Barrio Gerona, Mixco, Villa Nueva, Chimaltenango, Quetzaltenango y Chiquimula. Son utilizadas por algunos Jueces, cuando las Cámaras

Gesell del Organismo Judicial no están disponibles o no existen en la región donde ejercen su competencia, cabe mencionar que el Juzgado Pluripersonal de Paz Penal, el Centro de Justicia de Delitos de Femicidio, los Tribunales de Delitos de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer de la ciudad de Cobán y la Torre de Tribunales cuentan con Cámara Gesell. La mayoría de las declaraciones se reciben en calidad de anticipo de prueba, lo que se consideraría como ideal, sin embargo, en algunos procesos la declaración testimonial se desarrolla en la fase de juicio, para lo cual se deben observar todas las formalidades de la declaración testimonial dentro del Debate.

Las acciones implementadas por el Ministerio Público y el Organismo Judicial a través de sus normativos internos son positivas; sin embargo; pese a establecerse como imperativo la aplicación de la Cámara Gesell en donde deba recibirse la declaración de niños y niñas abusados sexualmente, y de tenerse como anticipo de prueba, debe existir un cambio en la legislación procesal penal, específicamente en normas de carácter ordinario que establezcan el uso obligatorio, coadyuvando a que las sujetos procesales tengan una mayor información sobre el uso de la nuevas tecnologías y una mayor certeza jurídica en dichas diligencias.

4.6. Sujetos procesales

La Cámara Gesell es un instrumento en el que se reciben declaraciones testimoniales de víctimas de delitos de abusos sexuales, especialmente de niños, niñas y

adolescentes, debiendo estar presente únicamente en la sala de entrevistas el menor y el psicólogo(a), a quien se le encomienda la realización de las preguntas para establecer qué ocurrió, quién fue, dónde y hace cuánto tiempo pero no indagar más allá de esta instancia y mantener una actitud de imparcialidad. La sala de observación es el otro espacio que comprende la Cámara Gesell, lugar donde debe estar presente el Juez y los demás sujetos procesales, quienes con antelación a la realización de la declaración debieron ser notificados legalmente para garantizar su asistencia. Los sujetos procesales son los responsables de elegir las preguntas que estimen oportunas y adecuadas para la averiguación de la verdad, las cuales deben hacerlas llegar al psicólogo quien las incluirá en la entrevista, dirigiéndose al niño o adolescente con un lenguaje apropiado para su edad y condición.

4.7. Propuesta de reforma del Código Procesal Penal

La Cámara Gesell ya existe en Guatemala, pero no se utiliza como debería, por lo que se debe reformar el Código Procesal Penal; relacionada a la temática al tipo penal adecuado dentro del modelo guatemalteco, en virtud del interés que se tiene sobre la misma dentro del contexto jurídico social representado por la sociedad civil, juristas y estudiantes de derecho, en concordancia al papel que desarrolla la impartición de justicia pronta y cumplida en una sociedad democrática, equitativa, plurilingüe, multicultural y contemporánea, debido a la necesidad del uso de la Cámara Gesell para una pronta y efectiva justicia penal a las víctimas de abuso sexual en materia de niñez y adolescencia, y la reforma de normas procesales que establezcan su

utilización obligatoria dentro del proceso penal guatemalteco, es para evitar la reiteración de la declaración testimonial, en atención al interés superior del niño, y al principio de no revictimización.

4.7.1. Proyecto de ley

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO...

CONSIDERANDO:

Que en la Constitución Política de la República de Guatemala, el Estado garantiza la igualdad de todos los seres humanos en dignidad y derechos que el hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades.

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, corresponde al Congreso de la República decretar, reformar y derogar las leyes.



CONSIDERANDO:

Que las limitaciones e impedimentos para impartir justicia con el uso de la Cámara Gesell en los delitos de abuso sexual infantil dentro del proceso penal guatemalteco, no pueden estar sujetas a la lógica de leyes supletorias, en virtud que es obligación nacional e internacional del Estado en orden a que ciertos hechos queden debidamente reservados en protección de las víctimas debidamente en leyes ordinarias.

POR TANTO:

En ejercicio de las funciones que le confiere el Artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

DECRETA:

La siguiente reforma al Decreto No. 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, Código Procesal Penal.

ARTÍCULO 1. Se reforma el Artículo 213 del Decreto No. 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, Código Procesal Penal, el cual queda así:

Artículo 213. (Declaraciones de menores e incapaces). Si se tratare de niños o niñas menores de catorce años o de personas que, por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales o por inmadurez, no comprendieren el significado de la facultad de abstenerse, se requerirá la decisión del representante legal o, en su caso, de un tutor designado al efecto. **Cuando se tratare de delitos de abuso sexual infantil, dicha declaración deberá realizarse en Cámara Gesell, en anticipo de prueba.**

ARTÍCULO 2. El presente Decreto entra en vigencia a los ocho días de su publicación en el Diario de Centro América.

Dado en el Palacio del Organismo Legislativo, en la ciudad de Guatemala, a los... días del mes de... del año dos mil...

f) Presidente del Congreso

f) Secretario

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La utilización de la tecnología es vital en la actualidad, más aún cuando trae consigo aportes significativos al proceso penal, es por ello que el uso de la Cámara Gesell se considera una herramienta idónea para la toma de declaración testimonial de niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas o testigos de delitos de abuso sexual infantil, ya que la aplicación adecuada y obligatoria de la misma evita la revictimización.

La repetición de la declaración testimonial de niños, niñas y adolescentes, genera efectos devastadores para la víctima, en virtud que cada vez que relata los hechos, es probable que reviva el momento de la comisión del delito, por tal motivo la declaración testimonial de niños, niñas y adolescentes debe realizarse en Cámara Gesell en anticipo de prueba.

Pese a existir disposiciones de carácter administrativo que regulan el uso de la Cámara Gesell, es de vital importancia que el Congreso de la República de Guatemala realice una reforma en la legislación penal, ya que al reformarse el Código Procesal Penal se establece la obligatoriedad de escuchar la declaración testimonial de niños, niñas y adolescentes en Cámara Gesell en anticipo de prueba, grabada en única vez, coadyuvando a la no revictimización, teniendo además un soporte digital que podría reproducirse en cualquier momento y aportarse como prueba durante el debate.





ANEXO





Decreto 17-73 Código Penal

Libro Segundo

Parte Especial

Título III

De Los Delitos Contra La Libertad e Indemnidad Sexual de las Personas

Capítulo I

De Los Delitos Contra La Indemnidad Sexual De Las Personas

Artículo 173. Violación.

Quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirselos a si misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años.

Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aún cuando no medie violencia física o psicológica.

La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos.

Artículo 173. Bis. Agresión sexual.

Quien con violencia física o psicológica, realice actos con fines sexuales o eróticos a otra persona, al agresor o a sí misma, siempre que no constituya delito de violación, será sancionado con prisión de cinco a ocho años.

Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aún cuando no medie violencia física o psicológica.

La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos.

Artículo 174. Agravación de la pena.

La pena a imponer por los delitos enunciados en los artículos anteriores, se aumentará en dos terceras partes en los siguientes casos:

- 1º. Cuando la conducta se cometa por la acción conjunta de dos o más personas.
- 2º. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por ser adulto mayor, padecer de enfermedad, estar en situación de discapacidad física o mental, o por encontrarse privada de libertad.
- 3º. Cuando el autor actúe con uso de armas o de sustancias alcohólicas, narcóticas o estupefacientes o de otros instrumentos o sustancias que lesionen gravemente la salud de la persona ofendida o alteren su capacidad volitiva.

4°. Cuando se cometa en contra de una mujer en estado de embarazo o cuando se produzca dicho estado como consecuencia del delito.

5°. Cuando el autor fuere pariente de la víctima, o responsable de su educación, guarda, custodia, cuidado, tutela, o sea el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente de la víctima o de uno de sus parientes dentro de los grados de Ley.

6° Cuando a consecuencia de la conducta, el autor produjere contagio de cualquier enfermedad de transmisión sexual a la víctima.

7°. Cuando el autor fuere un funcionario o empleado público o un profesional en el ejercicio de sus funciones.

Artículos del 175 al 187. Derogados, por el Decreto número 9-2009, del Congreso de la República, Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.

Capítulo V

De Los Delitos Contra La Indemnidad Sexual De Las Personas

Artículo 188. Exhibicionismo sexual.

Quien ejecute, o hiciere ejecutar a otra persona, actos sexuales frente a personas menores de edad o persona con incapacidad volitiva o cognitiva, será sancionado con pena de tres a cinco años de prisión.

Artículo 189. Ingreso a espectáculos y distribución de material pornográfico a personas menores de edad.

Será sancionado con prisión de tres a cinco años, quien:

- a. Permita presenciar espectáculos de naturaleza sexual reservados para adultos, a personas menores de edad o con incapacidad volitiva o cognitiva.
- b. Permita a menores de edad el ingreso a espectáculos públicos de naturaleza sexual, reservados para adultos.
- c. De cualquier forma distribuya a personas menores de edad material pornográfico.
- d. De cualquier forma permita adquirir material pornográfico a personas menores de edad.

Artículo 190. Violación a la intimidad sexual.

Quien por cualquier medio sin el consentimiento de la persona, atentare contra su intimidad sexual y se apodere o capte mensajes, conversaciones, comunicaciones, sonidos, imágenes en general o imágenes de su cuerpo, para afectar su dignidad, será sancionado con prisión de uno a tres años.

Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, acceda, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, comunicaciones efectuadas por cualquier medio físico o electrónico o datos reservados con contenido sexual de carácter personal, familiar o de otro, que se encuentren registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o en cualquier otro tipo de archivo o registro

público o privado, en perjuicio de la persona titular de los datos o de una tercera persona.

Se impondrá prisión de dos a cuatro años a quien difunda, revele o ceda, a cualquier título, a terceros, los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refiere este artículo.

Capítulo VI

De Los Delitos De Explotación Sexual

Artículo 191. Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución.

La explotación de una persona mayor de edad, a través de la promoción, facilitación o favorecimiento de su prostitución, será sancionada con prisión de cinco a diez años, y con multa de cincuenta mil a cien mil quetzales.

Artículo 192. Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución agravada.

Las penas señaladas en el artículo anterior se aumentarán en una tercera parte, en los casos siguientes:

- a. Si durante su explotación sexual la persona hubiere estado embarazada.
- b. Cuando el autor fuere pariente de la víctima, o responsable de su educación, guarda, custodia, cuidado, tutela, o sea el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente de la víctima, o de uno de sus padres.
- c. Cuando mediare violencia o abuso de autoridad.

Artículo 193. Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad.

Quien para sí mismo o para terceras personas, a cambio de cualquier acto sexual con una persona menor de edad, brinde o prometa a ésta o a tercera persona un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza, independientemente que logre el propósito, será sancionado con prisión de cinco a ocho años, sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos.

Artículo 193. Bis. Remuneración por la promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución.

Quien para sí mismo o para tercera persona, a cambio de cualquier acto sexual con una persona mayor de edad, brinde o prometa a tercera persona un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza, independientemente que logre el propósito, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

Artículo 193. Ter. Producción de pornografía de personas menores de edad.

Quien de cualquier forma y a través de cualquier medio produzca, fabrique o elabore material pornográfico que contenga imagen o voz real o simulada de una o varias personas menores de edad o con incapacidad volitiva o cognitiva, en acciones pornográficas o eróticas, será sancionado con prisión de seis a diez años y multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales.

Artículo 194. Derogado por el Artículo 69, del Decreto Número 9-2009, del Congreso de la República, Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.

Artículo 195. Exhibiciones obscenas.

Quien, en sitio público o abierto o expuesto al público, ejecutare o hiciere ejecutar actos obscenos, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales.

Artículo 195. Bis. Comercialización o difusión de pornografía de personas menores de edad.

Quien publique, reproduzca, importe, exporte, distribuya, transporte, exhiba, elabore propaganda, difunda ó comercie de cualquier forma y a través de cualquier medio, material pornográfico de personas menores de edad o con incapacidad volitiva o cognitiva en donde se utilice su imagen o voz real o simulada, será sancionado con prisión de seis a ocho años y multa de cincuenta mil a quinientos mil Quetzales.

Artículo 195. Ter. Posesión de material pornográfico de personas menores de edad.

Quien a sabiendas posea y adquiera material pornográfico, de una o varias personas menores de edad o con incapacidad volitiva o cognitiva, en acciones pornográficas o eróticas, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

Artículo 195. Quáter. Utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad.

Quien facilite, organice, promueva o permita de cualquier forma la realización de los delitos contemplados en este capítulo, a través de actividades relacionadas con el turismo, será sancionado con prisión de seis a diez años y multa de cien mil a quinientos mil Quetzales.





BIBLIOGRAFÍA

ALLEN, James. **Como el hombre piensa**. Inglaterra: (s.e.), 1903.

ARGUETA LAINES, Miriam Ileana. **Una mirada a la infancia y a la adolescencia. Sus derechos y la violencia**. Revista de derechos humanos, año III, número 4. Guatemala: Ed. Serviprensa S. A. 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: Ed. Su Gráfica, Basabilvaso, 2004.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Argentina: Ed. Heliasta (s.f.)

CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal. Parte general**. México: Ed. Porrúa. 2007.

CHERO MEDINA, Félix. **El delito de violación de la libertad sexual**. (s.l.i.), (s.e.), (s.f.).

CHICAS HERNÁNDEZ, Raúl Antonio. **Introducción al derecho procesal del trabajo**. 9ª. ed. Guatemala: Ed. Litografía Orión, 2009.

Corte de Constitucionalidad. **Gaceta No. 49**, expediente No. 386-98,1998. Pág. 552.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal, parte general**. México: 9ª ed. Ed. Nacional México. 1948.

GIL PÉREZ, Rosario y Carlos Paiz Xulá. **Introducción a la Sociología**. Guatemala: 6ª ed. Ed. Litografía Orión, 2001.

GONZÁLEZ CAUHAPÉ CAZAUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco, teoría del delito**. Guatemala: 2ª ed. Ed. Fundación Myrna Mack, 2003.



HERNÁNDEZ TORRES, Ana Beatriz. **Ineficacia de la prueba testimonial en el proceso laboral guatemalteco**. Guatemala: (s.e.) 2007.

HURLOCK, Elizabeth B. **Psicología de la adolescencia**. México: Ed. Paidós, 1993.

<http://adolescentes.about.com/od/Salud/a/Qu-E-Es-LaAdolescencia.htm>. (Consultado: 30 de agosto de 2015)

<http://es.slideshare.net/pilaralvarezconde3/bullying-y-adicciones> (Consultado: 17 de agosto de 2015)

<http://es.thefreedictionary.com/an%C3%A1lisis> (Consultado: 01 de septiembre de 2015)

http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_del_ni%C3%B1o (Consultado: 10 de julio de 2015)

http://www.ammanu.edu.jo/wiki1/es/articles/c/o/n/Convenci%C3%B3n_sobre_los_Derechos_del_Ni%C3%B1o_ee82.html (Consultado: 28 de septiembre de 2015)

<http://www.e-neurocapitalhumano.org/shop/imprimirnoticia.asp?notid=539> (Consultado: 17 de agosto de 2015)

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Noticias/NoticiasOJN/Eventos/Congreso07/Textos/5.pdf> (Consultado: 16 de septiembre de 2015)

<http://www.humanium.org/es/definicion/> (Consultado: 28 de septiembre de 2015)

http://www.lexivox.org/packages/lexml/mostrar_diccionario.php?desde=Prueba%20indiciaria&hasta=Pueblo&lang=es#dic6312. (Consultado: 5 de septiembre 2015)

JÁUREGUI, Hugo Roberto. **Apuntes de teoría del delito, delitos contra la vida**. (s.e.), Guatemala: 2009.



JÁUREGUI, Hugo Roberto. **Módulo de derecho penal II.** (s.e.), Guatemala: Ed. Talleres Magna, 2007.

JIMENEZ GARCIA, Joel Francisco. **Derechos de los niños.** Distrito Federal, México: 1ª ed. Ed. Alejandro Cruz Ulloa, 2000.

LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio, y Félix M^a Pedreira González. **Curso de derecho penal, parte general. Estudio comparado Guatemala-España.** Guatemala: Ed. Litografía MR, 2013.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Teoría del delito.** México: 14ª ed. Ed. Porrúa, 2007.

MORENTE ACETÚN, Carlos Hugo. **Necesidad de crear órganos jurisdiccionales con competencia agraria.** Guatemala: Ed. Impresos Joma, 2014.

MUÑOZ VIVAS, Fabiola. **Adolescencia y agresividad.** Madrid: Ed. Universidad Complutense, 2000

Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas en Guatemala. **Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en Guatemala.** Guatemala: Ed. Superiores, S. A. 2011.

Oficina de Derechos Humanos Arzobispado de Guatemala. **Situación de la niñez guatemalteca 2013-2014.** Guatemala: Ed. ODHAG, 2015.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales,** 28ª ed. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1981.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de derecho penal mexicano.** 10ª ed. México: Ed. Porrúa, 1991.

PAZ Y PAZ, Claudia y Luis Ramírez, Gustavo Cetina, Fernando López, Miguel Urbina. **El proceso penal en Guatemala.** Guatemala: Ed. Fundación Myrna Mack, 1997.



PÉREZ CONTRERAS, María Montserrat. **Derechos de los padres y de los hijos.** 1ª ed. Distrito Federal, México: Ed. Talleres de Formación Grafica, 2000.

RIVERA LLANO, Abelardo. **Victimología. ¿Un problema criminológico?.** 1ª ed. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Ed. Ediciones Jurídicas Radar, 1997.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán.** Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile: Ed. Jurídica de Chile. 1977.

Legislación:

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

Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de Diciembre 1948.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos (OEA), 18 de julio de 1978.

Convención Internacional Sobre los Derechos Del Niño. Ratificado por el Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 27-90. 1990.

Tratados y Convenios Internacionales en Materia de Niñez. Ratificados por Guatemala.

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

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