

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



**INEFICACIA DE LA LIBERTAD ASISTIDA COMO SANCIÓN IDÓNEA PARA
REINSERTAR AL ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL DENTRO
DEL CONGLOMERADO SOCIAL Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DEL INTERÉS
SUPERIOR DE LA NIÑEZ**

MYNOR IVAN ROMÁN FELIPE

GUATEMALA, MARZO DE 2023

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

**INEFICACIA DE LA LIBERTAD ASISTIDA COMO SANCIÓN IDÓNEA PARA
REINSERTAR AL ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL DENTRO
DEL CONGLOMERADO SOCIAL Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DEL INTERÉS
SUPERIOR DE LA NIÑEZ**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MYNOR IVAN ROMAN FELIPE

Previo a conferirle el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos de

Abogado y Notario

Guatemala, marzo de 2023

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

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Licda.	Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda.	Ana Marce Castro
Vocal:	Licda.	Doris Anabela Gil Solís
Secretaria:	Licda.	Noemí Arealo López

Segunda Fase:

Presidente:	Licda.	Lilian Claudia Andrade Escobar
Vocal:	Lic.	Alex Franklin Méndez Vásquez
Secretaria:	Licda.	Aura Mariana Donis Molina

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, 07 de marzo del 2022

Atentamente pase al (a) Profesional, **REYNA BEATRIZ SAPUT COJ**
Para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **MYNOR IVAN ROMAN ELIPE**, con carné: **201514592** intitulado: **INEFICACIA DE LA LIBERTAD ASISTIDA COMO SANCIÓN IDÓNEA PARA REINSERTAR AL ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL DENTRO DEL CONGLOMERADO SOCIAL Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ.**

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.

CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
Jefe (a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



JPTR

Fecha de recepción 06/05/2022

(F)

[Handwritten signature of Reyna Beatriz Saput Coj]

Asesor (a)
(Firma y sello)

Licda. Reyna Beatriz Saput Coj
Abogada y Notaria

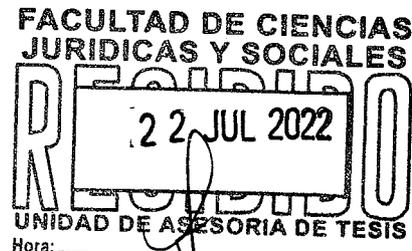


LICDA. REYNA BEATRÍZ SAPUT COJ
Abogada y Notaria – Col 17,588
3ra calle 1A-38 zona 5, Chimaltenango
Email: beatriz.saput@gmail.com
Teléfono. 42143140



Guatemala, 19 de mayo de 2022

Doctor. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



De conformidad con el nombramiento emitido con fecha ~~siete de marzo de dos mil~~ ^{veintidós}, en el cual se me faculta para realizar las modificaciones de forma y de fondo en el trabajo de investigación como asesora de tesis del bachiller Mynor Ivan Román Felipe, me dirijo a usted haciendo referencia a la misma con el objeto de informar mi labor y oportunamente emitir dictamen correspondiente, en relación a los extremos indicados en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público y estableciendo que con el estudiante no existe relación de parentesco o de enemistad, por lo cual se establece lo siguiente:

- I) El trabajo de tesis intitulada: **INEFICACIA DE LA LIBERTAD ASISTIDA COMO SANCIÓN IDÓNEA PARA REINSERTAR AL ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL DENTRO DEL CONGLOMERADO SOCIAL Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ.**
- II) Al realizar la asesoría sugerí correcciones que en su momento consideré necesarias para mejorar la comprensión del tema desarrollado.
 - a) **Contenido científico y técnico de la tesis:** El sustentante abarcó tópicos de importancia en materia penal, enfocado desde un punto de vista práctico social y jurídico.
 - b) **La metodología y técnicas de la investigación:** Para el efecto se tiene como base el método analítico, sintético, deductivo e inductivo. Dentro de las técnicas de investigación se encuentran inmersas en el trabajo las siguientes: la observación, como elemento fundamental de todo proceso investigativo. La observación, científica obteniendo con ella un objetivo claro, definido y preciso. La bibliográfica y documental para recopilar y seleccionar adecuadamente el material de estudio, ya que a través de las cuales se estudió el fenómeno investigado y culminó con la comprobación de la hipótesis planteada estableciendo los objetivos generales y específicos con el objeto de establecer doctrinariamente y jurídicamente cómo resolver ese problema en la práctica y legal;

LICDA. REYNA BEATRÍZ SAPUT COJ
Abogada y Notaria – Col 17,588
3ra calle 1A-38 zona 5, Chimaltenango
Email: beatriz.saput@gmail.com
Teléfono. 42143140



- c) La redacción: La estructura formal de la tesis está compuesta de cuatro capítulos, se realizó en una secuencia ideal empezando con temas generales para finalizar en orden lógico con el fenómeno en particular;
- d) La conclusión discursiva: La ineficacia de la libertad asistida como sanción idónea para reinsertar al adolescente en conflicto con la ley penal dentro del conglomerado social y su incidencia en el principio del interés superior de la niñez. Los adolescentes constantemente están expuestos a altos grados de violencia, desigualdad, poca inversión, falta de oportunidades, desintegración familiar, explotación laboral y son aprovechados por las estructuras criminales, quienes les ofrecen una falsa protección, pertenencia, e identidad para involucrarlos en actos delictivos. Para establecer el cumplimiento de la finalidad de reinserción e inclusión social de los Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal; capacitar al grupo multidisciplinario a cargo del cumplimiento de las sanciones de Libertad Asistida que gozan los Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, para que proceda a mejorar las áreas mediante la constante capacitación sobre el Interés Superior del Niño, por último que el secretario a cargo de la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia solicite una ampliación presupuestaria.
- III) En conclusión y atendiendo a lo indicado en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, informo a usted, que APRUEBO, ampliamente la investigación realizada, por lo que, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, ya que considero el tema un importante aporte.

LICDA. REYNA BEATRÍZ SAPUT COJ
Abogada y Notaria – Col 17,588

Licda. Reyna Beatriz Saput Coj
Abogada y Notaria



Guatemala 28 de julio de 2022

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



Estimado Director:

De manera atenta le informo que fui consejero de redacción y estilo de tesis titulada: **INEFICACIA DE LA LIBERTAD ASISTIDA COMO SANCIÓN IDÓNEA PARA REINSERTAR AL ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL DENTRO DEL CONGLOMERADO SOCIAL Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ**, realizada por el bachiller: **MYNOR IVAN ROMÁN FELIPE**, para obtener el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

El estudiante realizó todos los cambios sugeridos, por lo que, a mi criterio, la misma cumple con todos los requisitos establecidos en el Normativo respectivo para que le otorgue la **ORDEN DE IMPRESIÓN** correspondiente.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

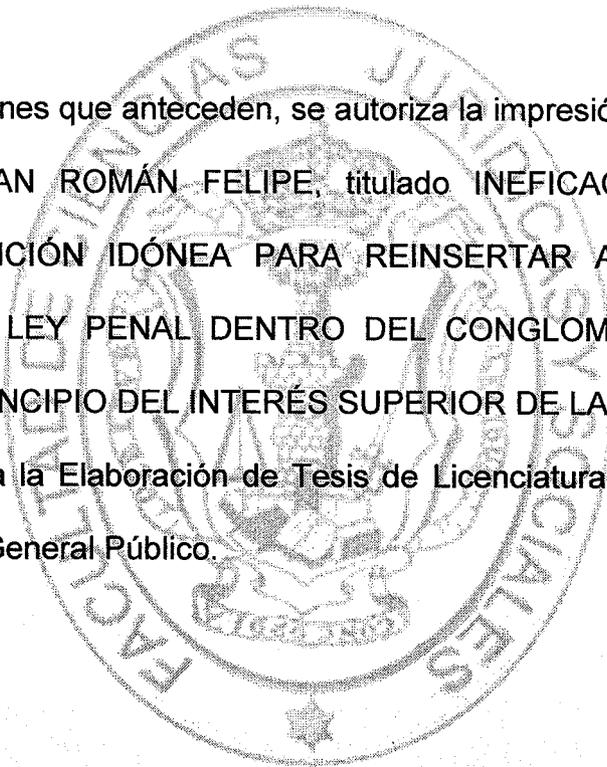

 Licda. Norma Beatriz Santos Quezada
 Consejero Docente de Redacción y Estilo



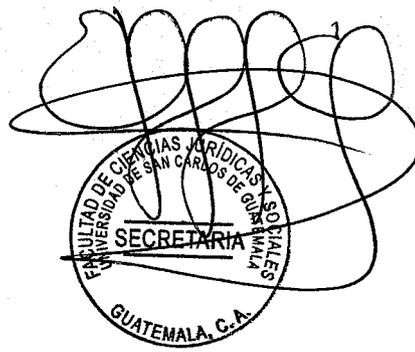
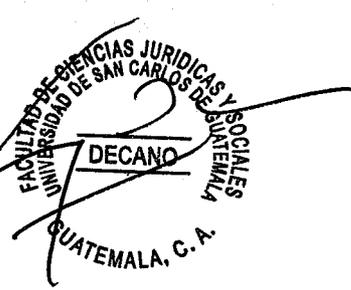


Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y la Universidad de Sociales de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, veintiocho de febrero de dos mil veintitrés.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MYNOR IVAN ROMÁN FELIPE, titulado INEFICACIA DE LA LIBERTAD ASISTIDA COMO SANCIÓN IDÓNEA PARA REINSERTAR AL ADOLESCENTE EN CONFLICTO COIN LA LEY PENAL DENTRO DEL CONGLOMERADO SOCIAL Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



CEHR/SAQO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Mi Señor y Salvador, que a pesar de mis errores tu gracia y favor me ha sostenido, porque cuando fui débil me diste la fuerza para alcanzar este éxito.
- A MIS PADRES:** Los amo y con profundo agradecimiento, por la educación plasmada en mí, les dedico este triunfo que es con esfuerzo y sacrificio. Gracias por esperar pacientes ese momento, Dios los bendiga.
- A MIS HERMANOS:** Gracias por el apoyo y amor brindado durante todo este tiempo, los amo y cada uno sabe cuán importante es este momento de mi vida.
- A MIS AMIGOS:** Porque muchas veces su amistad y consejos me hicieron seguir adelante gracias por su sincera amistad.
- A:** Los profesionales, en especial a mi asesor de tesis gracias por su colaboración y paciencia. Y a todos los buenos catedráticos que con lealtad, fidelidad y honorabilidad nos impartieron día a día cada asignatura a cursar.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la tricenaria Universidad de San Carlos de Guatemala. Por brindarme los conocimientos que hoy me convierten en un profesional y donde me fue dado el pan del saber.
- A:** Universidad de San Carlos de Guatemala, alma máter que albergó durante todo este tiempo mis sueños de estudiante y superación gracias por haberme permitido el honor de forjarme en sus gloriosas aulas.



PRESENTACIÓN

La investigación realizada se encuadra en el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente lo relativo al interés superior de la niñez y los derechos de las niñas, niños y adolescentes; asimismo, se fundamenta en el derecho penal juvenil, en lo relativo a los adolescentes en conflicto con la ley penal, por contener las garantías básicas y especiales para el juzgamiento adecuado por su condición especial, así como los principios e instituciones que le pertenecen

Los sujetos de estudio fueron los adolescentes en conflicto con la ley penal, los jueces de la adolescencia en conflicto con la ley penal y los profesionales de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia; mientras que el objeto de estudio fue la ineficacia de la libertad asistida como sanción idónea para reinsertar al adolescente en conflicto con la ley penal dentro del conglomerado social y su incidencia en el principio del interés superior de la niñez.

El aporte realizado fue exponer que para garantizar la eficacia de la libertad asistida, la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia debe implementar un modelo proactivo orientado a la formación permanente del grupo multidisciplinario para que tenga las capacidades para lograr la re inserción e inclusión social de los adolescentes en conflicto con la ley penal, teniendo como eje de su actuación el interés superior del niño, niña y adolescente en conflicto con la ley penal y su resocialización.



HIPÓTESIS

Para superar la ineficacia de la libertad asistida como sanción idónea para reinsertar al adolescente en conflicto con la ley penal dentro del conglomerado social y su incidencia en el principio del interés superior de la niñez, el Estado guatemalteco debe reformar la actual sanción de carácter educativa, socializadora e individualizada, puesto que la misma ha perdido su finalidad, por lo que al momento que se le brinda el beneficio de la libertad asistida al adolescente, se le debe brindar el seguimiento necesario por parte del equipo multidisciplinario, el cual debe ser especializado en medidas socioeducativas, así como en la aplicación práctica del interés superior de la niñez en la implementación de las actividades socioeducativas de los adolescentes con libertad asistida, para que los jóvenes de vuelvan a reincidir aunque se encuentren en condiciones socioeconómicas favorables a la realización de actos delictivos.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis planteada fue debidamente comprobada a partir de la utilización de los métodos deductivo, inductivo analítico y sintético, pues se estableció que para superar la ineficacia de la libertad asistida como sanción idónea para reinsertar al adolescente en conflicto con la ley dentro del conglomerado social, la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia debe implementar un modelo proactivo orientado a la formación permanente del grupo multidisciplinario para que tenga las capacidades para lograr la reinserción e inclusión social de los adolescentes en conflicto con la ley penal, teniendo como eje de su actuación el interés superior del niño, niña y adolescente en conflicto con la ley penal y su resocialización.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPITULO I

1. El derecho y los derechos humanos.....	1
1.1. Definición de derecho.....	1
1.2. Los derechos humanos.....	7
1.3. Dignidad y derechos humanos.....	11
1.4. Derechos reconocidos en Guatemala.....	15

CAPÍTULO II

2. El menor adolescente y sus derechos.....	17
2.1. Características de la niñez y la adolescencia.....	18
2.2. Derechos de los adolescentes.....	22
2.3. Normativa internacional para los menores.....	26

CAPÍTULO III

3. El derecho penal y los derechos del adolescente en Guatemala.....	33
3.1. Definición del derecho penal.....	33
3.2. Antecedentes del derecho penal.....	40
3.3. Características del derecho penal.....	43
3.4. Función del derecho penal.....	45
3.5. Los derechos del adolescente en Guatemala.....	46
3.6. Institucionalidad especializada en materia de adolescentes transgresores..	47



CAPÍTULO IV

4. Libertad asistida y su incidencia en el principio de interés superior de la niñez...	51
4.1. Problemática.....	56
4.2. Ineficacia de la libertad asistida para reinsertar al adolescente en conflicto con la ley penal.....	62
4.3. Solución a la problemática.....	63
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	65
BIBLIOGRAFÍA.....	67



INTRODUCCION

Debido a que la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República de Guatemala no cuenta con equipos multidisciplinarios para garantizar la eficacia de la libertad asistida como sanción idónea para reinsertar al adolescente en conflicto con la ley penal, los adolescentes que participan en este modelo, constantemente están expuestos a falta de oportunidades, desintegración familiar o explotación laboral, entre otras amenazas, situaciones que son aprovechadas por las estructuras criminales, quienes les ofrecen a los menores transgresores una falsa protección, pertenencia, e identidad para involucrarlos en actos delictivos.

Los objetivos del estudio de la presente investigación se orientaron a establecer la libertad asistida, el interés superior de la niñez, el adolescente en conflicto con la ley penal, la ineficacia de la libertad asistida como sanción idónea para reinsertar al adolescente en conflicto con la ley penal dentro del conglomerado social y su incidencia en el principio del interés superior de la niñez.

La hipótesis, que fue debidamente comprobada, se orientó a establecer que para superar la ineficacia de la libertad asistida como sanción idónea para reinsertar al adolescente en conflicto con la ley dentro del conglomerado social, la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia debe reformar la actual sanción de carácter educativa, socializadora e individualizada, puesto que la misma ha perdido su finalidad, por lo que al momento que se le brinda el beneficio de la libertad asistida al adolescente, se le debe brindar el seguimiento necesario por parte del equipo multidisciplinario, el cual debe ser especializado en medidas socioeducativas, así como en la aplicación práctica del interés superior de la niñez en la implementación de las actividades socioeducativas de los adolescentes con libertad asistida, para que los jóvenes de vuelvan a reincidir aunque se encuentren en condiciones favorables a la realización de actos delictivos.

Los métodos utilizados fueron el deductivo, el inductivo, el analítico y el sintético, mientras que las técnicas que sirvieron para obtener la información que permitió alcanzar



los objetivos y someter a prueba la hipótesis fueron la bibliográfica y la documental, con la cual se revisaron libros sobre los derechos del niño, los adolescentes en conflicto con la ley penal y las medidas alternativas que se le presentan a estos para evitar su institucionalización, pues esta implica perder la libertad.

El contenido de esta tesis se integra por cuatro capítulos, en el primero se expuso el derecho y los derechos humanos; en el segundo, se orientó a explicar lo que es el menor o adolescentes y sus derechos; en el tercero se estableció el derecho penal y los derechos del adolescente en Guatemala; finalizando con el cuarto, que explicó la ineficacia de la libertad asistida como sanción idónea para reinsertar al adolescente en conflicto con la ley penal dentro del conglomerado social y su incidencia en el principio de interés superior de la niñez.

La propuesta que se logró establecer es que la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia debe implementar un modelo proactivo orientado a la formación permanente del grupo multidisciplinario para que tenga las capacidades para lograr la reinserción e inclusión social de los adolescentes en conflicto con la ley penal, teniendo como eje de su actuación el interés superior del niño, niña y adolescente en conflicto con la ley penal y su resocialización.



CAPÍTULO I

1. El derecho y los derechos humanos

El Estado tiene la obligación de velar por el acceso de todas las personas que constituyen parte de éste mismo ente y que como mandato constitucional, está coaccionado por su propio ordenamiento jurídico interno supremo a cumplir con dar ése acceso, que a su vez es el pilar clave o la estructura básica del sistema nacional de protección de los derechos humanos, porque se parte diciendo que el acceso a la justicia es una excelente forma de protección a los derechos humanos tanto básicos como generales.

1.1. Definición de derecho

El derecho es resultado de los distintos contextos históricos, de las ideologías, de los intereses y conflictos predominantes en los mismos; su naturaleza es normativa, por lo que su contenido pertenece al mundo del deber ser; es, a la vez, la expresión de un sistema de valores, preferencias e ideologías, que se expresan a través de modelos de comportamiento, de ahí que ningún modelo jurídico sea neutro desde el punto de vista axiológico.

El carácter emotivo del término se evidencia cuando se utiliza como sinónimo de justicia, también se entiende como metalenguaje sintáctico y metalenguaje semántico, por lo que



puede considerarse una construcción de tres niveles, pues cuando se refiere la idea del derecho desde la ciencia del derecho se remite a las normas jurídicas, todo el comportamiento jurídico se reduce a ellas, formando una relación imputativa de comportamientos, que dura cierto tiempo y que se da en cierto espacio, por lo que resulta complejo definir con precisión lo que el derecho es desde una concepción personal y su expresión real.

“El derecho es la regla de conducta impuesta a los individuos que viven en sociedad, cuyo respeto se considera, por una sociedad y en un momento dado, como la garantía del interés común, cuya violación produce contra el autor de dicha violación una reacción colectiva”.¹

De igual manera, el derecho puede ser analizado desde múltiples dimensiones, todo depende de la perspectiva que se esté analizando, pues el mismo constituye un mecanismo específico de ordenación de la existencia social humana, por lo que se puede observar que el derecho no está constituido por el tipo de actividades o dimensiones de la vida humana regulada por él, sino por la determinada forma en que se produce la regulación de aquellas.

Cuando se afirma que el derecho es un fenómeno humano se está diciendo que el mismo es un producto humano que regula comportamientos humanos y que es producido por los seres humanos en el marco de diversas circunstancias y contextos históricos, por lo

¹ Ossorio, Manuel, **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Pág. 226.



que, a partir de estos aspectos es que debe de ser entendido; de ahí que se diga que el derecho tiene una vinculación circunstancial con el conjunto de realidades concretas en el seno de las que surge.

“Ante ciertas circunstancias consideradas indeseables, en cuanto socialmente perjudiciales, en especial ante conductas humanas de ese tipo, un mal que debe infringirse contra la voluntad del que lo padece inclusive, de ser necesario, recurriendo a la fuerza física, es decir coactivamente. En este contexto se puede entender mejor las relaciones que tiene el derecho con la sociedad, puesto que el mismo es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad, por consiguiente, el derecho está unido a la facultad de coaccionar a quien lo viola según el principio de contradicción”.²

Asimismo, el derecho se destaca por su naturaleza normativa, en donde los modelos de conducta incluidos en un ordenamiento jurídico constituyen criterios de comportamiento a los que están sujetos los destinatarios de ese sistema, puesto que pertenece al mundo del deber ser.

A partir de lo cual, los ordenamientos jurídicos incluyen sistemas de coacción destinados a asegurar el cumplimiento de sus modelos de conducta, puesto que son órdenes coactivos en el sentido de que reaccionan a partir de amenazas como de la privación de la vida, de la salud, de la libertad, de bienes económicos y otros.

² Ochoa, Alfonso. **La definición del derecho**. Pág. 15.



El derecho establece modelos de comportamiento a partir de considerar que dichas conductas son necesarias para el mantenimiento de un modelo o el logro de unos determinados fines; de lo cual se deduce que el derecho es expresión de un sistema de valores, preferencias, ideologías, que se expresan a través de esos modelos de comportamiento, de ahí que ningún modelo jurídico sea neutro desde el punto de vista axiológico.

El término derecho, se define como: “Éste sería definido como lo recto, lo justo concreto de cada situación en la que estuviesen en conflicto dos o más voluntades. En esta acepción el derecho no se concibe como un ordenamiento o código de normas, sino como un conjunto de leyes que tiene por objeto ayudar a los jueces a buscar el orden justo en una situación concreta”.³

Entre las diferentes perspectivas desde donde puede definirse al derecho, se encuentra la que propone que deben entenderse las normas de conducta, las cuales son reglas que están destinadas directamente a provocar ciertos comportamientos en los individuos, seres libres que pueden optar entre violarlas u obedecerlas.

Pero, si estas son normas jurídicas, el derecho puede acudir al poder para imponer el cumplimiento forzado de sus disposiciones y para ejecutar las sanciones aplicables a quienes se desvían de sus normas, por lo que no se puede pensar un ordenamiento jurídico sin poder coercitivo, que es el poder para hacer cumplir, aun por medio de la

³ De La Torre Villar, Ernesto. **Estudios de historia jurídica**. Pág. 431



fuerza física, las normas que integran dicho ordenamiento; sin embargo, es preciso no confundir el poder con la fuerza para no caer en el error de reducir el derecho a la fuerza.

La fuerza es un instrumento que el poder necesita, pero no es su fundamento, el poder no está fundamentado ni justificado en la fuerza, menos el poder que concierne al derecho pues el mismo no está sostenido sólo por la fuerza, ésta es un instrumento del que se vale aquél para ejercer, pero no reposa sólo en ella, sino también en el consenso general.

De ahí que no es válido sostener que el derecho no sería posible sin el poder de hacer cumplir sus disposiciones por la fuerza, puesto que no significa que el derecho se reduzca a la ella, sino que la misma es necesaria para la realización del derecho, como también es necesario el consenso, porque es difícil un ordenamiento jurídico que repose en la fuerza, por lo que la conexión entre derecho y fuerza puede entenderse viendo a la fuerza como un medio para realizar el derecho, apareciendo éste como un conjunto de normas que se vale de la fuerza para garantizar su cumplimiento.

Pero también puede entenderse como un conjunto de normas que regula el uso de la fuerza, entendida no como medio sino como el contenido de las normas jurídicas, en donde la relación entre derecho y fuerza está dada por una conexión de tipo externo o de tipo interno; sin embargo, no siempre el derecho necesita de la fuerza, puesto que generalmente, las normas jurídicas son cumplidas espontáneamente.



“Si bien es cierto que el derecho requiere la posibilidad de su imposición por la fuerza, también hay un elevado número de individuos que cumple las normas espontáneamente. Los individuos que se desvían de las normas son unos pocos. Lo general, lo corriente, es el acatamiento de las disposiciones jurídicas; la violación, la conducta antijurídica, es lo excepcional. De modo que cuando se habla de consenso se hace referencia a la aceptación de las normas jurídicas por parte de sus destinatarios, la conciencia de la conveniencia que tiene para todos el cumplimiento del derecho en función de una convivencia ordenada y pacífica”.⁴

Esto implica que el derecho no es únicamente coacción, cumplimiento forzado, fuerza, sino también, y en gran medida, aceptación y cumplimiento espontáneo de las normas jurídicas, por lo que puede verse en este amplio acatamiento, absolutamente vinculado a la eficacia del sistema jurídico, una manifestación del poder ideológico que en este sentido ejerce el derecho, puesto que en el Estado democrático, por otra parte, el consenso está facilitado por la adhesión de los ciudadanos a los valores superiores que informan el ordenamiento plasmado positivamente a partir de la Constitución Política de la República.

Este es el pilar básico de suprema importancia porque entendemos como acceso a la justicia sistema de justicia, aquel conjunto de normas jurídicas, instituciones y procedimientos que, dentro de una determinada sociedad, sirven para la solución de los conflictos entre las personas y la protección de sus derechos.

⁴ Suárez, Eloy Emiliano. **Introducción al derecho**. Pág. 36.



1.2. Los derechos humanos

Teniendo en cuenta que el derecho es una creación humana en función de su finalidad, es consecuencia necesaria de que el derecho tome como punto de partida y a la vez como finalidad por lograr a la persona humana, a la figura de los derechos humanos, puesto que en el momento en que se decide reconocer y dar protección jurídica a una serie de atributos de la persona por tener la condición de humanas, se está produciendo una respuesta desde el derecho a la consideración de la persona como una realidad compleja que tiende a la perfección.

“Los derechos humanos pueden ser definidos como el conjunto de bienes humanos que han de ser reconocidos y garantizados por el derecho a fin de permitir a la persona alcanzar cuotas de perfección humana en la medida que logra satisfacer necesidades o exigencias propia y efectivamente humanas; así, los derechos humanos se convierten en la principal vía con la que cuenta el derecho para justificar su existencia como constructo, al favorecer con ellos el pleno desarrollo de la persona humana”.⁵

Como se aprecia, acudir a la persona humana, más precisamente a su naturaleza humana, no sólo ha permitido fundamentar los derechos humanos, sino que también hace posible saber y reconocer un derecho como derecho humano en la medida que sea posible la identificación de una necesidad y su correlativo bien humano; sin embargo, nada se ha dicho hasta ahora acerca de la obligatoriedad de los derechos humanos, pero

⁵ Castillo-Córdova, Luís. **Fundamentos filosóficos de los derechos humanos**. Pág. 9.



si se repara en que reconocer jurídicamente un bien significará la posibilidad de exigir su cumplimiento y de sancionar su incumplimiento, entonces se comprende la importancia de que el derecho reconozca y garantice los derechos humanos como bienes jurídicos.

Es decir que, afirmar que la persona humana tiene una serie de necesidades humanas las cuales demandan la consecución de bienes humanos, no dice nada acerca de la obligatoriedad de esta consecución, por lo que el fundamento de la misma está determinado en la ley positivada, que emana de los parlamentos nacionales o de los organismos internaciones a través de tratados.

Según esta forma de entender el fundamento de los derechos humanos, la ley será la que decida cuales son los derechos humanos y será ella misma la que justifique su cumplimiento; en otras palabras, hay que respetar los derechos humanos porque la ley así lo ha dispuesto; sin embargo, esta justificación se enfrenta al inconveniente de que se deberá admitir también que cuando la ley decida no reconocer ni proteger determinado bien humano como derecho humano, éste no tiene existencia jurídica alguna por lo que no vincularía de ningún modo.

Cuando se admite que el legislador es quien crea los derechos humanos y es él quien decide cuáles son, cuándo y cómo se han de cumplir y si se han de cumplir, así como en la medida se deberán cumplir, se entiende que los mismos quedan sujetos a la arbitrariedad del legislador, puesto que éste no se ve sujeto a ningún límite a la hora de crear y de decidir la vinculación de los derechos humanos; de ahí que cuando una ley se



aprueba según una mayoría de votos, los derechos humanos quedarán en definitiva a expensas de lo que una mayoría parlamentaria diga que es lo debido o no debido sin más limitación que alcanzar el mayor número de votos para tomar la decisión.

Sin embargo, a nivel internacional la postura que prevalece es que la obligatoriedad de los derechos humanos proviene de la dignidad de la persona humana, la cual es anterior y superior al poder público, por lo que no puede ser otra distinta que la persona humana misma; puesto que si se toma en cuenta que el derecho y, por tanto, también la ley, es una creación del hombre que se define y legitima según su finalidad, no es difícil concluir que el derecho debe formularse siempre en atención y referencia a la persona humana.

A partir de lo expuesto es que se comprende que reconocer los derechos humanos, es también reconocer la protección jurídica de los bienes humanos que satisfacen necesidades humanas, puesto que este reconocimiento se centra en la dignidad humana o sea el valor jurídico de la persona humana, teniendo en cuenta que algo digno es algo con valor, puesto que la persona humana tiene una dignidad que consiste en ser un fin en sí misma, pues se le reconoce un valor que no se formula por consideración a otra cosa o realidad que no sea ella misma.

Esto supone reconocerle un valor tal a la persona humana que rechaza ser considerada como un medio; de esta forma se arremete contra este valor cuando se intenta tratar a la persona como un objeto, puesto que la persona humana existe como fin en sí mismo, pues tiene que ser considerado en todas sus acciones, tanto en las dirigidas a sí mismo



como también en las dirigidas a otros seres racionales, siempre a la vez como fin; pues bien, es precisamente este valor de la persona humana por lo que resulta siendo jurídicamente obligatorio favorecer que consiga el mayor número de bienes humanos el mayor número de veces.

Es decir, la dignidad de la persona humana es el fundamento de la obligatoriedad de los derechos humanos, por lo que los mismos se han de cumplir porque la persona humana es un fin en sí misma; o sea, ella es la razón por la que existe el Estado, la sociedad y el derecho, por lo que estos se encuentran al servicio de la persona en la medida que facilitan o promueven su perfección y felicidad a través de la satisfacción de las exigencias y necesidades humanas en la medida que posibilita y favorece la consecución de bienes humanos.

“Los derechos humanos no se han de cumplir porque lo dispone la ley, de hecho, si una ley les es contraria jurídicamente no tendrá validez alguna y es posible levantarse y rebelarse contra ella a fin de lograr la consecución del bien que está detrás del derecho humano contrariado. El fundamento último de obligatoriedad de los derechos humanos es, pues, el valor de fin en sí misma que tiene la persona humana”.⁶

La Declaración de los Derechos Humanos, fue aprobada y proclamada por la Asamblea General de la Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, en relación a la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la

⁶ *Ibíd.* Pág. 10.



dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; sin embargo, el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos ha originado actos de barbarie y ultrajantes para la conciencia de la humanidad, por lo que la promoción de estos se orienta a alcanzar el advenimiento de un mundo liberados del temor, donde se disfrute de la libertad.

1.3. Dignidad y derechos humanos

Si bien los derechos humanos solo han revelado su significado realmente vasto a partir de la segunda mitad del Siglo XX, la idea que subyace a ellos es bastante más antigua, pues desde un punto de vista filosófico, el así llamado derecho natural ha sido de gran importancia a este respecto, puesto que las raíces de esta tradición se remontan a la antigüedad, pero el derecho natural recién alcanza su auge filosófico con la Ilustración europea de los Siglos XVII y XVIII.

La enorme innovación consistió en que se aceptó que al ser humano le asisten derechos tan importantes como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la propiedad y a la libre práctica religiosa en razón a un orden natural superior o divino, se debe hacer que tales derechos sean independientes de sus más bien azarosas circunstancias históricas de aplicación, lo que a la sazón significaba sobre todo defenderlos de la arbitrariedad de los gobernantes absolutistas; es decir que, el ser humano, por el simple hecho de su hechura antropológica, de su esencia o naturaleza, tiene de por sí determinados derechos.



Los derechos que posee la persona pueden ser entendidos como preestatales, en tanto que no se requiere de un Estado concreto que conceda en efecto tales derechos a fin de que podamos ser considerados sujetos de derecho, reconocidos o no por un Estado, simplemente tenemos esos derechos por el hecho de ser humanos.

“En la historia, esta convicción sobre los derechos naturales se ve reflejada en los siglos XVII y XVIII en diversos proyectos constitucionales de la aún joven modernidad occidental; sin embargo, se requerirá de otro salto cualitativo en el desarrollo del derecho para que los derechos humanos ocupen en él un lugar prioritario. Si bien en las fuentes históricas se habla ya expresamente de derechos del hombre, viéndolo más de cerca no queda claro si con ello se hace referencia a todos los hombres sin excepción; en consecuencia, los derechos ahí documentados valían en primera instancia para aquellas personas que eran en efecto ciudadanos del Estado correspondiente”.⁷

Debe tenerse en cuenta que en ese período ni siquiera se menciona a aquellos habitantes que no eran considerados ciudadanos o que incluso no pertenecían al Estado; solo con los conflictos políticos de la era posterior, tales como la abolición de la esclavitud, los movimientos obreros y de mujeres, la descolonización y las migraciones a consecuencia de las guerras, se desencadena la verdadera dinámica de la idea de derechos humanos, que consiste en querer referirse al derecho de todos los hombres; es decir, como resultado de las luchas de los grupos marginados es que estos derechos básicos se amplían y pasan de derechos civiles a ser derechos humanos.

⁷ Reátegui, Félix. **Filosofía de los derechos humanos**. Pág. 24.



Finalmente, con el totalitarismo del Siglo XX se hace también evidente que los derechos humanos no solo deben ser garantizados en un ámbito nacional sino a escala internacional, porque las personas deben ser protegidas frente al peligro de las dictaduras nacionales por la comunidad de estados, puesto que el Estado deja de ser un medio neutral para la puesta en práctica de los derechos humanos para convertirse más bien en su mayor amenaza, por lo que es la comunidad de estados la que entonces tiene que asumir la responsabilidad de defenderlos.

Es así que en la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948 fue promulgada la Declaración Universal de los Derechos Humanos, documento que hasta la fecha conserva su valor simbólico para el desarrollo de los derechos humanos, y al que en años posteriores se le suman, como se sabe, numerosos convenios y declaraciones, a partir de lo cual se tiene como fundamento jurídico internacional que los derechos humanos son los derechos que tiene el individuo frente al Estado.

Ahora bien, no es ningún secreto que los derechos humanos, al menos en lo que se refiere a su ejecución a escala mundial, hasta la fecha son motivo de polémica, pues, si bien es cierto que han sido muchos los estados que han ratificado los ya numerosos convenios sobre derechos humanos, no lo han hecho todos, porque repetidas veces, varios de ellos ha hecho valer sus objeciones de carácter político, cultural o religioso cuando los respectivos acuerdos ponían en entredicho sus juicios de valor de raigambre tradicional, las cuales no suelen considerar que el ser humano, sin importar su país de origen o cultura, es un ser vulnerable, que necesita ver protegida su dignidad.

“Por eso es que en relación a los derechos humanos existen conceptos dominados por las posturas iusnaturalista racionalista, las cuales poseen una relación estrecha cuyo fundamento radica en la naturaleza misma del ser humano; y racionalista ya que existe influencia del pensamiento racionalista, por lo que esta tendencia es considerada un avance cualitativo”.⁸

Estos derechos humanos, por ser normas de carácter internacional, se tienen que tomar en cuenta con una amplia gama de creencias, valores y tradiciones; asimismo, por estar comprendido en el dominio de los derechos humanos, el tema de los niños rebasa el mero sentimentalismo y sensacionalismo a que lo habían confinado muchas y buenas intenciones que resultaron catastróficas, porque debe tenerse en cuenta que estos derechos constituyen una lista completa de las obligaciones que los estados deben cumplir, razón por la cual Guatemala debe respetar las mismas.

Desde que la Convención Sobre los Derechos del Niño, fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y suscrita por el Gobierno de Guatemala el 26 de enero de 1990, es parte del derecho internacional de los derechos humanos, puesto que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, puesto que las Naciones Unidas reconocen los derechos fundamentales basados en la dignidad humana.

⁸ Sagastume Gemmell, Marco Antonio. **Introducción a los derechos humanos**. Pág.3.



Se reconoció que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; de igual manera, se proclamó que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

Asimismo, se reconoció que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, por lo que todos estos derechos de los menores son necesarios para la protección y se hace mención de menores ya que abarca desde la niñez y adolescencia, teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, quien por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

1.4. Derechos reconocidos en Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce varios derechos iniciando en sus Artículos 1, 2, 4 y 29, entre los que se incluye el fin supremo, la libertad e igualdad, el derecho de libre acceso a tribunales y dependencias del Estado;



asimismo, garantiza la protección a la persona, el acceso a la justicia, la igualdad y la libertad.

En dicho articulado se entiende que todo el Estado es una institución que es para la persona y debe proteger al individuo, porque todos son iguales, libres y que la persona tiene la libertad de acceso a los tribunales para hacer valer sus derechos y ejercer sus acciones como lo establece la ley, pero esto no queda restringido a disposiciones de la Constitución Política de la República, puesto que más bien les garantizar a todas las personas que habitan Guatemala, sin importar su credo, raza, color, etnia, estatus social o nacionalidad, el acceso al aparato judicial del país, garantizándole así su derecho de defensa y su derecho de acción.

Dicho acceso a la justicia es un derecho humano básico, garantizado y encuadrado como garantía constitucional e individual de las personas, en la primera generación de los derechos humanos por parte de la Organización de las Naciones Unidas, en donde se hace énfasis en el acceso a la justicia, lo cual se cumpla a la mayor amplitud posible dentro de sus recursos propios, garantizando a toda la población, que podrán ser atendidos y encontrar una solución a sus problemas jurídicos.



CAPÍTULO II

2. El menor adolescente y sus derechos

La palabra menor proviene de la latina *minor*, adjetivo comparativo que, referido al ser humano, matiza, para diferenciarlos, una circunstancia que inexorablemente concurre en la persona individual durante las primeras etapas evolutivas de su desarrollo, diferenciando, de una parte, a la colectividad que aún no alcanzó el pleno desenvolvimiento de su personalidad, de aquella otra que ya logró su plenitud existencial.

La minoría de edad es la situación en que se encuentran quien todavía no ha cumplido la edad considerada necesaria que en Guatemala es a los dieciocho años, por esas razones el menor tiene una capacidad de obrar limitadamente por lo cual se encuentra bajo la patria potestad de sus padres o en su defecto la guarda de un tutor.

Al hablar o analizar al adolescente que comúnmente se ubica en la edad de los 12 hasta los 18 años en la mayoría de los países, es importante establecer desde que momento es considerado como adolescente, por lo que se hace necesario hacer uso de lo que para el efecto regula el autor Manuel Osorio quien indica que la adolescencia es la: "Edad que sucede a la niñez y que transcurre desde que aparecen los primeros indicios de la pubertad hasta la edad adulta".⁹

⁹ Osorio. **Ob. Cit.** Pág. 152

2.1. Características de la niñez y la adolescencia

Una de las características del menor de edad es que carece de conocimientos y decisiones ya que por carecer de experiencia no puede ejercer por sí mismo opinión o razonamiento de actividades que a diario puede encontrarse es de esa manera que la principal característica es de carencia de conocimiento, por eso es por lo que el Artículo ocho del Código Civil preceptúa: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la Ley”.

Dentro del campo estrictamente jurídico, la capacidad es la aptitud o idoneidad que se requiere para ser sujeto activo o sujeto pasivo de las mismas, esa capacidad puede ser absoluta, si permite actuar en toda clase de actos jurídicos y políticos, o relativa cuando consiente realizar algunos de ellos y otros no; por tanto, ésta la capacidad de derecho, que es la aptitud derivada de la personalidad, que toda persona tiene para ser titular como sujeto pasivo de derechos y obligaciones, denominada de goce; respecto a la capacidad de ejercicio, es la persona que puede actuar por sí misma adquiriendo derechos y obligaciones, la cual se adquiere con la mayoría de edad.

Por definición, la infancia es el período de vida entre el nacimiento y el surgimiento del lenguaje; es decir, hasta el año y medio a dos años; a pesar de su brevedad esta fase ha atraído gran atención e interés entre los investigadores, al extremo que en el Siglo



XVIII la infancia fue considerada con distintivo propio; asimismo, en los años de una variedad de tendencias científicas, sociales, médicas y políticas convergieron para generar el interés profesional en la infancia.

La niñez es una de las etapas de desarrollo humano que comprende desde los seis hasta los 12 años de edad; en la etapa previa, la infancia, los niños aprenden a dar sus primeros pasos físicos, a desarrollar cierta independencia para manipular los alimentos y para explorar el mundo que los rodea, en el que todo les resulta interesante; durante la etapa siguiente, la niñez, los niños comienzan a razonar de manera lógica y a comprender información específica, a pesar de seguir siendo muy literales en su manera de pensar.

De igual manera, dejan de lado el egocentrismo de la infancia y logran reconocer los sentimientos de los demás; por lo que la etapa de la niñez, que es la tercera luego de la prenatal y de la infancia, se subdivide niñez de seis a ocho años, que se caracteriza por el inicio de la escolaridad, el perfeccionamiento de las habilidades motoras y el aprendizaje acerca de las relaciones sociales fuera del grupo familiar.

Luego se tiene la niñez de nueve a doce, cuya etapa se caracteriza por un completo desarrollo de las habilidades del habla, de la capacidad de comprensión y de razonamiento; en cuanto al físico, desarrollan un notorio proceso de cambios que son propios de la preadolescencia y que continuarán desarrollándose en la etapa siguiente; aquí los niños dejan totalmente de lado el pensamiento egocéntrico, propio de las primeras etapas en las que no lograban empatizar ni entender la perspectiva de otros.



En el caso de la adolescencia, esta constituye un período especial del desarrollo, del crecimiento y en la vida de cada individuo, por lo que es una fase de transición entre un estadio, el infantil, para culminar en el adulto, lo cual significa que se trata de una etapa de elaboración de la identidad definitiva de cada sujeto que se plasmará en su individuación adulta, todo ello supone un trabajo mental gradual, lento y lleno de dificultades que hacen de la adolescencia un episodio del que casi todo el mundo se avergüenza, se relega al olvido y con facilidad o esfuerzo se confina a la esfera de los malos sueños, o de lo que no ha existido.

Esta labor de negación de la adolescencia se manifestará en un conjunto de complejos sintomáticos que resumen las luchas y en ocasiones violentos esfuerzos por resolver los retos que plantea el crecimiento y poder alcanzar el estadio adulto, convirtiéndose lo que se llama síndrome normal de la adolescencia o la crisis de la adolescencia.

En la adolescencia se despliegan un conjunto de cambios corporales que incluyen desde el crecimiento físico hasta los neuroendocrinos que ponen en marcha unas modificaciones corporales que culminarán en la consolidación de un cuerpo adulto y facilitarán la aparición de los caracteres sexuales secundarios, diferenciados en el varón y en la mujer; aparecen por primera vez manifestaciones de la capacidad genésica y reproductiva con la menstruación y la primera emisión seminal.

Estos cambios físicos se acompañan también por el desarrollo de los deseos y las pulsiones sexuales, con una intensidad que desconocía hasta ese momento y que



constituyen uno de los elementos más difíciles de asimilar emocionalmente; este conjunto de cambios físicos recibe la denominación desde la perspectiva biológica de pubertad; igualmente cambia la ubicación social del adolescente que pasa de la infancia como etapa bien determinada del ciclo de la vida a una nueva, aunque poco definida y de límites cada vez menos precisos y variables según el contexto cultural.

“Esta nueva etapa social es transitoria y no tiene la delimitación tan clara como la pueden tener otras. Estos cambios dan lugar a la calificación desde la perspectiva social y antropológica del adolescente como joven, adquiriendo así un nuevo status social. Este concepto de juventud hace referencia a un criterio cronológico en el desarrollo vital y remite a la idea de nuevo y a la vez de inexperto e inmaduro, de algo que requiere tiempo para acabar su proceso de maduración”.¹⁰

Este período de la vida se puede y se aborda desde diversas perspectivas dependiendo del vértice desde el que se lo contemple; sin embargo el concepto de adolescencia es más abarcativo e incluye a todos ellos: el psicológico, el biológico, el sociológico, el antropológico y el judicial, porque se trata de un proceso de cambio que incluye la mente, el cuerpo y todo el complejo entramado de relaciones con su medio social y en su calidad de ciudadano de la comunidad donde vive.

El adolescente que no ha logrado la mayoría de edad legal es calificado judicialmente como menor, con unos derechos específicos, así como de unas determinadas

¹⁰ Lillo, José. **Crecimiento y comportamiento en la adolescencia**. Pág. 59.



responsabilidades penales que han recibido la denominación de derecho del menor. La adolescencia sería la etapa de la vida que por sus características de crisis del desarrollo, presenta un potencial mayor de trastornos en múltiples áreas, que la hacen susceptible de manifestaciones patológicas.

Resulta de interés considerar la adolescencia como un período en que el adolescente se encuentra sometido a enormes presiones, tanto internas como externas; el adolescente para alcanzar la etapa adulta tiene que hacer frente a una laboriosa elaboración psíquica de suma trascendencia para su vida futura.

2.2. Derechos de los adolescentes

La historia del despertar al mundo de la niñez y de la adolescencia es relativamente reciente en el desarrollo de la historia de la humanidad y debe reconocerse que aún existen resabios de un paradigma de invisibilización y de discriminación en contra de este grupo de población sustentado en las propias estructuras jurídicas, políticas y sociales de la sociedad.

El surgimiento a la vida jurídica de niños, niñas y adolescentes, por dar inicio en alguna parte, conlleva el reconocimiento de su personalidad jurídica por su condición humana, lo cual no es muy ajeno a los procesos que otros sectores de población han tenido que experimentar y que, en conjunto, también construyen la propia historia de los derechos humanos.



La niñez o adolescente, es decir menores de 18 años de edad, no es tan sólo destinatario de una protección jurídica, sino titular en plenitud de derechos subjetivos; por otro lado, se encuentra que el derecho de los adolescentes es una de las ciencias jurídicas que los reconoce como sujetos de derecho superando definitivamente las antiguas concepciones, que los trataban como objetos de derecho, sobre los cuales el Estado, la familia y los adultos en general, decidían en forma discrecional.

Luego de la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño, cualquier pretensión por abordar la situación de los niños, las niñas y los y las adolescentes, no puede perder de vista el norte que guía la lucha por los derechos de esta población, puesto que la memoria humana en relación a la historia suele ser corta, con lo que existe el peligro de dar por sentado el modelo teórico que actualmente sirve de fundamento al reconocimiento jurídico y social de la niñez y la adolescencia a partir de un enfoque de derechos, como si todo hubiera sido siempre así.

Existe población infantil sometidos a múltiples y diversas formas de discriminación a partir de su pertenencia a esos segmentos poblacionales desposeídos de reconocimiento jurídico y social; en el caso de la infancia y la adolescencia, se unen, además, conceptualizaciones degradantes del niño, la niña y los y las adolescentes que niegan su condición de persona plena, a partir de la referencia a su etapa de desarrollo y se le considera como un ser incompleto, no desarrollado, inmaduro, dependiente, sin capacidad para expresar sus emociones o con una capacidad cognitiva y volitiva limitada.



“El hombre, desde su nacimiento, tiene potencialmente capacidad jurídica, pero en los primeros estadios de su existencia, cuando ya desprendido de seno materno goza de vida propia, carece de capacidad para obrar con plena trascendencia jurídica y es inimputable por los actos que pudiera ejecutar por no poseer aún conciencia, libertad, inteligencia y voluntad consciente, condicionantes que en todo ser constituido normalmente se irán desarrollando con el mero transcurso del tiempo, acabarán por desarrollarse de forma progresiva y continuada hasta culminar en su plenitud, la cual es consecuencia directa de aquél desarrollo de la personalidad”.¹¹

El tratamiento de los menores cobra gran importancia a raíz de convenios internacionales en esta materia, puesto que se abrió la brecha internacional para construir una estructura del derecho de menores, incitándose las más insignes inquietudes de los seres humanos, siendo esta la carta o declaración de Ginebra, la cual fue redactada en términos generales y abstractos que en su redacción definitiva dice a la letra por la presente declaración de los derechos del niño, los hombres y las mujeres de todos los países reconocen que la humanidad debe de dar al niño lo que ella tiene de mejor.

El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente, por lo que si está hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el retrasado debe ser estimulado; el abandonado deben ser recogidos y socorridos; de igual manera, el niño debe ser el primero en recibir

¹¹ Mendizabal Oses, Leonel. **Derecho de menores, teoría general.** Pág. 43.

socorros en época de calamidad, debe ser protegido contra toda explotación y ni debe ser educado en el sentimiento de que sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio de sus hermanos.

La legislación internacional de gran relevancia y que en la actualidad ha tenido mucho auge en las legislaciones de casi todos los países del mundo, es la Declaración de los Derechos del niño, la cual se encuentra redactada en diez principios, disfrutar de protección especial y a disponer de oportunidades, servicios que le permiten desarrollarse en forma sana y normal, en condiciones de libertad, dignidad, a tener un nombre y una nacionalidad desde su nacimiento, debe disfrutas de los beneficios de la seguridad social, inclusive nutrición adecuada, vivienda, recreo, servicios médicos, recibir tratamiento, educación y cuidados especiales, entre otros”.¹²

En el caso de Guatemala vale hacer mención lo escrito respecto a los antecedentes históricos en materia de derecho de menores; analizando la historia del derecho de menores en Guatemala, la misma debe efectuarse con la sucesión de hechos que se proyectarán desde que se incorpora al menor en la legislación; en la evolución jurídica constitucional de Guatemala, los ideales de libertad, igualdad y derecho del hombre surgen como una constante histórica.

En efecto, desde las bases constitucionales de 1823 hasta la constitución de 1986, vemos consagrados estos principios como fundamentos del Estado guatemalteco;

¹² Ochoa Escriba, Dina Josefina. **Las leyes de protección al menor y su aplicación en Guatemala.** Pág.6



dentro de este marco jurídico constitucional es preciso referirse de manera especial a la evolución de las disposiciones jurídicas que atañen directamente al niño o niña guatemalteco.

2.3. Normativa internacional para los menores

Se puede establecer que el derecho de menores es una categoría de reciente creación, ya que es hasta principios del Siglo XX que la infancia comienza a percibirse como una categoría distinta a la de los adultos; empero, luego del grado que se le otorgó al derecho de menores de individualidad, existieron diferentes legislaciones aplicables a los mismos, pero es con la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por unanimidad en la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, con la que se da un giro importante al derecho de menores, por ser ésta la que crea un marco de referencia para las legislaciones de los países en la protección de la niñez a nivel mundial.

La Declaración de los Derechos del Niño, fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. La misma fue proclamada a favor de los niños, para que estos puedan tener una infancia feliz y gozar en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian; se establece en la misma la obligación no solo para los estados parte sino para las familias, hombres y mujeres individualmente, a luchar por el respeto de esos derechos, para los gobiernos la necesidad de regular la protección de esos derechos a favor de los niños.



El principio I, de dicha Declaración establece que el niño disfrutará de todos derechos enunciados en esa Declaración, por lo que esos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna; el principio II, del mismo texto establece que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades, por lo que, al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño; mientras que el principio III, establece que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión.

El reconocimiento de los derechos de los niños, las niñas y los y las adolescentes, tiene un profundo sentido político, ético y social que ahonda el grado de compromiso que su enunciación evoca, tanto por parte de los individuos, las comunidades, los estados, como por la comunidad internacional en general.

El esquema tradicional de la relación de poder entre el mundo adulto y el de la niñez y la adolescencia se rompe y es sustituido por una relación dinámica, igualitaria y específica a las particularidades propias de su condición de sujetos en desarrollo, pero con personalidad jurídica plena y con capacidad para exigir dicha titularidad de derechos.

Se impone un reto para el sistema jurídico y político de un país, no menos importante o exigible que otros; en términos actuales, es reciente la aparición de la infancia y la adolescencia en el mundo de lo jurídico, por lo que no debe perderse de vista que su



tratamiento en lo político, lo social y lo normativo a lo largo de la historia, ha sido todo, menos ausente.

La connotación de niño, niña y adolescente como sujeto de derechos fue la novedad de finales del Siglo XX; sin embargo, el hijo, el huérfano, el adolescente infractor, se encuentra repetidamente en distintas manifestaciones de lo jurídico como expresión del modelo cultural y político predominante, principalmente porque la representación de las personas menores de edad en su condición de incapaces jurídicos relativamente, es propia de las legislaciones civiles.

Por un lado, hay una intención de protegerlos en razón de las múltiples manifestaciones de vulnerabilidad a la que se ven expuestos por su condición etaria y que lesiona sus derechos y, por otro lado, este propósito justifica una intervención ilimitada en su esfera personal, al punto, incluso, de cuestionar y hasta hacer desaparecer su propia condición de persona con dignidad propia y derechos exigibles frente a la intromisión e injerencia arbitraria de la autoridad parental o estatal, en su libertad, integridad física y emocional y, en general, en sus derechos.

La transformación más profunda operada por la Convención sobre los Derechos del Niño fue el reconocimiento del niño y la niña como sujetos titulares de derechos, al igual que todas las personas, además de reconocerles el derecho a una protección especial, adaptada y reforzada, debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento; esta nueva visión supone dejar atrás el paradigma de la situación irregular y un modelo

de protección tutelar, en el cual el Estado intervenía ante lo que consideraba como un hecho antisocial cometido por el niño o cuando éste se encontraba en estado de peligro o abandono material o moral.

Este tratamiento jurídico de la niñez suponía considerar al niño como objeto de asistencia y de control, con intervenciones tutelares que desconocían los derechos del niño, y muy a menudo suponían arbitrariedades, abusos y falta de garantías por parte del Estado en su actuar; esta visión tampoco identificaba las responsabilidades del Estado por la creación de las condiciones necesarias para el goce efectivo y en igualdad de condiciones de los derechos por todos los niños, niñas y adolescentes.

Por otra parte, los ordenamientos jurídicos anteriores a la Convención sobre los Derechos del Niño enmarcaban los aspectos relativos a la protección y el desarrollo del niño dentro del ámbito familiar; las responsabilidades del Estado por el bienestar del niño se circunscribían principalmente a las intervenciones ante las situaciones excepcionales antes referidas de condición de peligro o abandono material o moral.

Existía en los ordenamientos una falta de reconocimiento de los derechos del niño, entre ellos el reconocimiento a su autonomía progresiva y a su derecho a participar en las decisiones que les afecten, en función de su edad y madurez; esta visión jurídica trataba principalmente al niño como propiedad de su familia, no como sujeto de derechos y relegaba al Estado a intervenciones de carácter excepcional sin exigirle que invirtiera esfuerzos y recursos para asegurar su bienestar y goce de todos sus derechos.

La entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño y su rápida ratificación por los estados supuso la introducción de una concepción sustancialmente nueva de la niñez para el derecho lo cual provocó que las legislaciones fueran modificadas con prontitud para adaptarse a esta Convención y al nuevo paradigma que reconoce a las niñas, niños y adolescentes como titulares de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y lo hace con una visión holística e integral de los derechos.

“La visión holística e integral se deriva de uno de los cuatro principios fundamentales en los cuales se basa la Convención sobre los Derechos del Niño, el principio del desarrollo integral del niño, el cual se refleja en todo el articulado de la Convención, por lo que el Comité de los Derechos del Niño interpreta el término desarrollo en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño, considerando que todos los derechos reconocidos en la Convención se interrelacionan y contribuyen al desarrollo integral del niño”.¹³

Las medidas que adopten los estados deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños; en esta lógica, la Convención sobre los Derechos del Niño exige de los estados que asuman un rol de garante de los derechos y que intervengan para asegurar las condiciones necesarias para el efectivo ejercicio, disfrute y vigencia de todos los derechos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, para todos los niños, niñas y adolescentes, quienes poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen derechos especiales derivados de su condición de menor.

¹³ Vannuchi, Pablo. **Derechos de las niñas, niños y adolescentes**. Pág. 33.



Esta protección especial, adaptada y reforzada, que reconoce el derecho internacional de los derechos humanos a los niños se fundamenta en su condición de personas en crecimiento y se justifica en base a las diferencias, respecto de las personas adultas, en cuanto a las posibilidades y los desafíos para el efectivo ejercicio, la plena vigencia y la defensa de sus derechos; de esta manera, se entiende la obligación para los estados de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la vigencia efectiva de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, tomando en consideración las particulares condiciones de los niños en cada una de las etapas vitales en el goce de sus derechos.

Sin embargo, no es suficiente con solamente intervenir para proteger a los menores frente a violaciones a sus derechos una vez éstas han ocurrido, sino que deben garantizarse de modo efectivo y positivo todos los derechos que se le reconocen, lo cual impone ineludiblemente un modelo fuertemente basado en la articulación, coordinación y cooperación de diversos sectores y actores, así como de los diversos niveles de gobierno y requiere considerar la perspectiva de diferentes disciplinas.

El cumplimiento de las obligaciones de protección hacia la niñez derivadas del Artículo 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana, en conexión con los Artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, supone que el Estado ha asumido las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos contenidos en estas convenciones a todos los niños sujetos a su jurisdicción, sin discriminación alguna, incluyendo a los hijos e hijas de migrantes en situación irregular, puesto que se refiere a toda la niñez y adolescencia.



Por eso es que los estados firmantes de la Convención Sobre los Derechos del Niño, deben emplear todos los medios a su alcance para que las disposiciones de la misma sean efectivas y adecuadas para todos los niños, niñas y adolescentes en su territorio, por lo que es importante enfatizar que el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los estados en materia de derechos de la niñez no se agotan con el solo reconocimiento por la legislación interna de estos derechos, sino que además deben implementarse medidas legislativas, sociales, educativas, financieras, prácticas y de otra índole necesarias para ello hasta el máximo de los recursos que dispongan los estados.

Sin embargo, a pesar de todos esos avances en la legislación internacional a favor de la niñez y la adolescencia, las transformaciones en la realidad diaria de los niños y las niñas han sido más lentas que el reconocimiento de sus derechos en la legislación, porque el reconocimiento legislativo no garantiza automáticamente que se respeten los derechos de los niños y las niñas ni que existan las condiciones para su goce, sino que debe ser una lucha de toda la sociedad, con acompañamiento internacional para garantizar que dicha regulación se convierta en derecho vigente para la niñez y la adolescencia.



CAPÍTULO III

3. El derecho penal y los derechos del adolescente en Guatemala

El derecho penal es la facultad de castigar que corresponde con exclusividad al Estado, que tiende a regular la conducta humana en una sociedad jurídicamente organizada; ese conjunto de normas penales que tienen por contenido la descripción de una conducta antijurídica delictiva y, la descripción de las consecuencias penales, como son las penas y las medidas de seguridad, constituyen lo que se denomina la ley penal del Estado.

3.1. Definición del derecho penal

El derecho penal es el que regula la representación y castigo de los crímenes o delitos por medio de la imposición de las penas; es decir, es un instrumento para la protección de los bienes jurídicos tutelados, que no solo es cuestión de legisladores superficiales y frívolos, sino que tiene una cobertura ideológica a nivel regional, con un impacto en la criminalidad y los derechos fundamentales de las personas.

Aunque constantemente se están reformado leyes penales, algunas para aumentar las penas otras para especificar los hechos delictivos, siempre existe esa punibilidad como realidad jurídica y social; para lo cual, los estados han suscrito tratados y convenios para proteger los bienes jurídicos; asimismo, han creado normas y disposiciones jurídicas

que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.

El derecho penal es el sector del derecho que aparece como más básico; sin embargo, es una zona del derecho francamente singular, puesto que el mismo contempla algunas de las relaciones que mantienen entre sí las personas directamente; es decir, si se trata de derechos y prerrogativas ante todo personales que el derecho juzga conveniente proteger castigando las conductas contrarias porque entiende que nadie puede hacer daño a otra persona, sea en su persona física, sea en su patrimonio.

“Lo que diferencia *prima facie* al derecho penal del resto del derecho, estriba en que las relaciones que contempla son personales, a partir que no atiende tanto a las facetas reales de los problemas, como a consideraciones ante todo personales, porque castiga los daños que una persona puede hacer a otra y en la medida en que el autor ha querido hacer esos daños; ciertamente, con frecuencia los daños no se producen sobre la persona física del injuriado, sino sobre su honor, su libertad o su patrimonio; es decir, lo que cuenta es que alguien ha hecho daño a otro, a otros o a la sociedad”.¹⁴

Es decir, hay ciertas conductas que originan daños directamente en las personas de los demás o bien denotan especial malicia, inhumanidad o indignidad, por lo que son las que

¹⁴ Silva Sánchez, Jesús María; **La expansión del Derecho Penal**. Pág. 20

recoge el derecho penal; por eso es que el carácter preferentemente personal de las relaciones penales provoca serios problemas en la explicación teórica de esta rama del derecho; sin embargo, el mismo simplemente han de ser respetado y fomentado a partir de su carácter de infinitud determina la incalculabilidad de las lesiones que se les pueda hacer, porque esta es la naturaleza personal del derecho penal.

“Lógicamente, el derecho penal únicamente reclama una actitud general de abstención ante lo que los demás son y tienen, haciendo posible una libertad simplemente negativa, en donde la libertad se manifiesta frente o contra los demás; el derecho penal sólo pretende, en estos temas, que nadie sea molestado en el uso libre de lo que ya posee, sea su patrimonio o su arbitrio; por ello, presenta una cara ante todo negativa o defensiva de lo que ya tiene cada persona, y defiende sus cosas desde el punto de vista de los atributos de la personalidad”.¹⁵

Como se aprecia, el Estado, a través del derecho penal, no solo impone penas tras la constatación de un delito, sino que también impone medidas de seguridad a quien realiza una conducta gravemente nociva que no es propiamente un delito porque su agente era incapaz de comprender la ilicitud de lo que hacía o de controlar su comportamiento; si un sujeto mata a otro y lo mata, por ejemplo, porque padece de una grave alteración psíquica que le impide conocer el alcance de sus actos serán los jueces de lo penal los que en aplicación del Código Penal le impongan, no una pena, no un castigo como respuesta a una infracción, sino una medida de seguridad.

¹⁵ **Ibíd.** Pág. 21.



Se puede apreciar, que en la medida en que trata de evitar ciertos comportamientos, el derecho penal es un medio de control social, como también lo son la familia, la escuela o las religiones, las reglas sociales o las reglas morales; pero lo que caracteriza al derecho penal como forma de control social es que está altamente formalizado, lo cual significa que sus reglas y su modo de actuar, lo prohibido y sancionado, los modos de sanción y su aplicación práctica, se manifiestan con precisión a través de ciertos cauces formales y solo a través de ellos.

Asimismo, el derecho penal como medio de control es contundente, lo cual se evidencia en la gravedad de los instrumentos de los que se vale, puesto que es la dureza de la pena de prisión la que hace que por razones de proporcionalidad en los ordenamientos democráticos ese control se dirija solo a evitar los comportamientos más nocivos, a conseguir un orden social mínimo y a la protección de los intereses o bienes elementales de la vida social.

El derecho penal democrático tiene así carácter fragmentario porque no protege todos los bienes ni contra todo ataque, por lo que tiene también carácter de último recurso que esgrime el ordenamiento jurídico estatal contra el infractor; por lo que sus características manifestadas en una pena o una medida de seguridad como respuesta a un delito o a una condición probada de peligrosidad criminal.

Es por eso que se considera que el delito es una de las formas en que se manifiesta la infracción jurídica, debido al incumplimiento de los preceptos contenidos en las normas



de derecho; pero no todo incumplimiento constituye delito sino solo los determinados en las leyes penales, puesto que el criterio que sigue la ley para distinguir el delito de otra infracción jurídica es el grado de intolerabilidad de la misma.

Los delitos son las infracciones que se presentan como más intolerables para una convivencia ordenada, pues una prolongada e intensa reflexión sobre los elementos que ha de reunir todo hecho delictivo a partir de ciertos valores ha dado lugar a la definición analítica del delito como acción típica, antijurídica y culpable; al estudio de esta definición y sus implicaciones se dedica la teoría jurídica del delito.

“Un delito ha de ser una acción en el sentido de comportamiento humano, externo y voluntario, que además tal acción ha de ser típica; esto es, descrita como posiblemente delictiva en un enunciado legal; asimismo, ha de ser además antijurídica; o sea, socialmente lesiva, nociva o injusta, por ello contraria a derecho; asimismo, ha de ser culpable, por lo que tal conducta negativa le es personalmente reprochable a su autor o, dicho en términos menos clásicos, es el fruto del uso normal de su libertad, de su autonomía personal”.¹⁶

La afirmación de que se ha cometido un delito conlleva comprender que se ha producido una conducta gravemente lesiva; su autor es culpable, cabe responsabilizarle de la misma, puesto que a toda infracción jurídica le corresponde una sanción, la cual se deriva de la comisión de un delito y se le denomina pena.

¹⁶ Lascuráin, Juan. **Manual de introducción al derecho penal**. Pág. 57.

Es decir que, lo que caracteriza a la pena como sanción es su energía, ya que afecta los bienes jurídicos personales más apreciados tales como la libertad si la pena es de prisión; el patrimonio si la pena es de multa; la posibilidad de trabajar si la pena es de inhabilitación profesional y ya que por otras razones es peculiarmente incisiva para su destinatario; la pena, al menos en los ordenamientos democráticos, la imponen los órganos judiciales tras un proceso formal y garantista.

El derecho penal no se ocupa solo de los delitos y de las penas, sino que a él pertenecen también las normas que asignan medidas de seguridad a personas que han demostrado peligrosidad criminal con la realización de una conducta gravemente lesiva; puesto que el contenido del derecho penal es muy variable, dependiendo del lugar y la época.

La última visión que representa el mundo contemporáneo, la grave situación por la que atraviesa la sociedad inmersa en violencia, terrorismo, narcotráfico, entre otros, ha dado lugar a un retroceso en materia penal, porque de forma cotidiana se han dado casos de linchamiento y de venganza privada, puesto que la solución sería que las personas que cometen actos ilícitos sean rehabilitadas y reintegradas con valores en la sociedad; sin embargo como no han sido funcionales los instrumentos lo ideal sería la prevención.

Son características fundamentales del ordenamiento jurídico penal pertenecer al derecho público, ya que el delito tiene valor de una ofensa a la sociedad y la pena tiene de retribución a los intereses sociales; en este punto surge la cuestión de los delitos privados en los que es necesaria la previa existencia de una denuncia o querrela a la que se

responde muy claramente al establecer que nada significa el hecho de que ciertas conductas delictivas, queden en su efecto, condicionadas a la formulación de instancia por parte del agraviado.

Quien confundiese el concepto de los llamados delitos privados hasta el extremo de negar la existencia en los mismos de un atentado al orden social, desconocería la propia naturaleza de tales infracciones ignorando que respecto a las mismas dicho condicionamiento de la perseguibilidad no obedece sino a razones de política criminal que no borran en modo alguno la existencia de un verdadero atentado a los bienes públicos que el ordenamiento jurídico penal tutela.

“El ejercicio del derecho penal no es absoluto y arbitrario, sino que ésta sujeto a una serie de límites que justifican el propio ejercicio de este derecho por el Estado; por lo que, la lucha contra la criminalidad, mediante los sistemas de retribución y prevención deberá llevarla a cabo mediante el respeto máximo a los principios democráticos, puesto que en lo que respecta al derecho penal, no significa sin más legitimación democrática del mismo, sino únicamente, cumplimiento de una primera y fundamental condición para que aquella pueda alcanzarse”.¹⁷

Se trata de establecer que el derecho penal debe dirigirse a la protección de los bienes jurídicos, la cual debe estar limitada a los ataques más graves y no a todos por lo que se dice que tiene consideración o carácter fragmentario, para lo cual, existen diversas

¹⁷ García Planas, Gabriel. **Nociones sobre el concepto de derecho penal.** Pág. 67.



concepciones acerca del concepto de bien jurídico; sea porque se considere que el derecho penal crea el bien jurídico; por lo que se tiende a dotar de un contenido más exacto y preciso a este concepto teniendo presente que estos intereses son custodiados penalmente en cuanto existe un sistema de convivencia en el que prevalece la voluntad mayoritaria que configura la existencia del estado de Derecho

Como se aprecia, el derecho penal está dirigido fundamentalmente a la protección de bienes jurídicos; sin embargo esta protección no es exclusiva del ordenamiento penal sino que en dicha función intervienen asimismo las otras disciplinas jurídicas y es precisamente este principio el que limita la función llevada a cabo por el derecho penal frente a los restantes ordenamientos jurídicos que deberán ser utilizados previamente al derecho penal y ello es así por el carácter sancionador del mismo.

A media que deben utilizarse las consecuencias que se derivan del derecho penal con la gravedad de que van revestidas, tan sólo en última instancia y cuando no exista posibilidad de defensa de estos bienes jurídicos, mediante otros medios de protección, considerados, al menos socialmente, menos graves.

3.2. Antecedentes del derecho penal

Por principio de derecho natural que se implementaba por la relación social, sin un ordenamiento jurídico, pero debidamente establecido, se castigaba por convicciones del bien o el mal y en el transcurso del tiempo el derecho penal ha variado en la



denominación o del cual fue llamado hasta la actualidad como derecho penal, ya que ha recibido distintos nombres, que en otros países continúan estableciéndolo con otros nombres.

“En Europa fue denominada de distintas maneras el término de derecho penal, que fue variando en el transcurso de los tiempos y que todas esas corrientes dan origen al derecho penal actual que son copias o transcripciones de las leyes que en países europeos se implementaban y que en América se adoptaron; también se emplea en Italia, aunque los de distinta manera el derecho penal, solo con distintas pronunciaciones, para desterrar la palabra pena, que, como es sabido, remplazan por sanción”.¹⁸

Es decir que el derecho penal se debe entender como la última razón que tiene el Estado de derecho para hacer frente a los comportamientos socialmente más disfuncionales que agravian gravemente bienes jurídicos; por lo que, antes de acudir al castigo penal, deben preferirse otros medios de control social menos afflictivos para la libertad de las personas, lo cual se fundamenta en el principio de mínima intervención del derecho penal, puesto que este principio viene impuesto por el carácter punitivo de lo penal, no debe ni puede admitirse ningún modelo de política criminal distinto.

Por tanto, cualquier manifestación de la legislación penal que no se condiga con el derecho penal mínimo es, por mandato legal, ilegal, pues una sociedad democrática y

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 68.

liberal que se organiza como Estado de derecho procura siempre los espacios de libertad de actuación más amplios posibles, por lo que que la restricción de la libertad de actuación de las personas que lleva a cabo el derecho penal se legitima solo si es la estrictamente necesaria como para garantizar el derecho que las personas tienen de desarrollarse en libertad.

Es decir que, si bien la pérdida de libertad es una consecuencia legal por la comisión de un delito, también es verdad que el encierro carcelario restringe drásticamente derechos fundamentales; por lo tanto, el derecho penal debe ceder en su actuación si el efecto que logra puede ser alcanzado por un medio menos aflictivo que la pena; puesto que el carácter especialmente aflictivo de las penas y de la cárcel se plasma no solo en la privación de libertad de los internos, sino también en los daños colaterales que suelen no tenerse en cuenta en la fundamentación del castigo y en su individualización judicial.

Esta situación restrictiva se agrava cuando la política criminal adopta un enfoque punitivo y el Estado no enfrenta los factores sociales, económicos e históricos que contribuyen a la criminalidad; en estos casos los centros penitenciarios suelen albergar a un número elevado de personas que proceden de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad, junto con un número muy inferior de delincuentes peligrosos y violentos.

“Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la pena no previene el delito, pues la pena llega tarde, y que la reincidencia demuestra que el encierro, por sí solo, no tiene capacidad resocializadora. La idea del derecho penal mínimo reconoce que la capacidad

que tiene para corregir comportamientos desviados es muy limitada, y que si el sistema de control social, el derecho penal incluido, no se articula hacia la preservación de los comportamientos lesivos a los valores fundamentales para la vida en sociedad, la pena perderá toda posibilidad de resocializar; por lo que a mejor prevención, por ende, es acudir más a los medios de control social preventivos y menos al represivo”.¹⁹

Asimismo, debe tener en cuenta que el derecho penal en un Estado de derecho debe ser garantista, puesto que debe tutelar los derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal, orientado hacia la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad.

3.3. Características del derecho penal

Entre las características del derecho penal se encuentran que el mismo es una ciencia social y cultural, compuesto por normas jurídico-penales, que son preceptos que contienen mandatos o prohibiciones encaminadas a regular la conducta humana; es decir, a normar él debe ser de las personas dentro de una sociedad jurídicamente organizada; es fundamentalmente jurídico, ya que el Derecho Penal vigente es solamente aquél que el Estado ha promulgado con ese carácter.

¹⁹ Meini Méndez, Ivan. **Manual de derecho Penal. Parte general.** Pág. 22.

El derecho penal pertenece al derecho público, pues es el Estado único titular del derecho penal, a partir que solamente a él corresponde la facultad de establecer delitos y las penas o medidas de seguridad correspondientes, en donde sus normas y su aplicación, está confiado en forma exclusiva al Estado; asimismo, es eminentemente valorativo, por tal razón se establece su valor dentro del ordenamiento jurídico de los estados, ya que carecerían de todo sentido las amenazas penales si no se entendiera que mediante ellas son protegidos ciertos bienes e intereses jurídicamente apreciados.

El derecho penal es finalista porque siendo una ciencia teleológica, su fin primordial es resguardar el orden jurídicamente establecido, a través de la protección contra el crimen, por eso es que la ley regula la conducta que los hombres deberán observar con relación a esas realidades, en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos; de igual manera, es fundamentalmente sancionador.

El derecho penal se ha caracterizado, como su nombre lo indica, por castigar, reprimir, imponer una pena con carácter retributivo a la comisión de un delito y así se hablaba de su naturaleza sancionadora, en el entendido que la pena era la única consecuencia del delito; por lo que, mientras exista el derecho penal, no puede dejar de ser sancionador porque jamás podrá prescindir de la aplicación de la pena, aún y cuando existan otras consecuencias del delito; aunque con las medidas de seguridad, deja de ser eminentemente sancionador y da paso a una nueva característica, la de ser preventivo, rehabilitador, reeducador y reformador del delincuente.

3.4. Función del derecho penal

Entre la función del derecho penal se puede establecer la de protección de la sociedad, castigando las infracciones ya cometidas, por lo que es de naturaleza represiva; asimismo, cumple esa misión por medio de la prevención de infracciones de posible comisión futura, por lo que posee naturaleza preventiva; ambas funciones del derecho penal no son contradictorias, sino que deben concebirse como una unidad indisoluble.

“Es por esa razón que la característica de la función del derecho penal es la protección de forma de inmediato a la sociedad, para el bien común de las personas, por los entes encargados de la persecución como de las instituciones de justicia para la sanción eficaz del derecho penal”.²⁰

Se trata de establecer que la función de la sanción es el castigo del delincuente por el delito cometido; por lo que la pena constituye así un fin en sí mismo, una realidad absoluta identificada con la justicia, lo cual se considera como fundamento de la teoría absoluta; es decir, castigar al delincuente es un modo de hacer justicia por el delito cometido; dicha tesis permite ajustar la pena a la culpabilidad del agente, por lo que evita sanciones desmedidas en busca de efectos sociales más allá de la estricta conducta criminal del agente; la consecuencia directa de esta posición es la proporción que ha de guardar el castigo con respecto al delito cometido.

²⁰ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, Francisco. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 10.

Para la teoría preventivista, la pena tiene por función evitar nuevos delitos, puesto que la pena adquiere sentido por relación a los efectos de prevención, se habla de tesis relativas; podría también hablarse en muchos casos de posiciones utilitaristas, por cuanto son estos efectos perceptibles y evaluables socialmente los que darían razón de la pena, pues la misma va dirigida a evitar nuevos delitos por parte del propio delincuente lo cual permite la prevención especial, mientras que si va dirigida a la generalidad de los potenciales delincuentes, será una prevención general.

3.5. Los derechos del adolescente en Guatemala

La protección integral de la niñez guatemalteca, está lejos de garantizar los derechos de las personas menores de edad únicamente por medio de una ley; puesto que se requiere de un sistema de protección social adecuado, que otorgue una integralidad que permita la exigibilidad, vigilancia y cumplimiento de derechos de este sector de la población, que permita una verdadera protección integral, puesto que respecto a la niñez guatemalteca, debe considerarse que los mismos tienen una capacidad de obrar limitada y no son por su edad incapaces.

El grado de discernimiento o condiciones de madurez del menor, para cada acto concreto, estará condicionado a la edad que tengan, por tal razón es necesario tener en cuenta que un niño o adolescente, tiene el derecho de opinar respecto a las situaciones que puedan afectarlo en su desarrollo social y familiar; de ahí que el menor para poder emitir su opinión en los asuntos administrativos o judiciales en los



cuales por disposición legal debe escuchársele, no debe tener o padecer de alguna causa que le impida expresarse o ejercitar sus derechos o que haga dudar de lo expresado por él.

Como un antecedente en el derecho de menores en la sociedad maya, la minoría de edad era considerada como atenuante de responsabilidades; por lo que el menor que cometiera el delito de homicidio automáticamente pasaba a ser esclavo de la familia de la víctima; desde entonces existe una clasificación de delitos y su gravedad para considerar las penas impuestas del responsable, en donde lo severo de la justicia se veía en las determinaciones y la nula intención de dar tratamiento al infractor.

3.6. Institucionalidad especializada en materia de adolescentes transgresores

Los menores, cuya conducta viole la ley penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado, por lo que por ningún motivo pueden ser reclusos en centros penales o de detención destinados para adultos, por eso es que el Artículo 20 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala establece que: “Los menores de edad que transgredan la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud”.

De igual manera, el Artículo 4 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia establece: “Es deber del Estado promover y adoptar las medidas



necesarias para proteger a la familia, jurídica y socialmente, así como garantizarle a los padres y tutores, el cumplimiento de sus obligaciones en lo relativo a la vida, libertad, seguridad, paz, integridad personal, salud, alimentación, educación, cultura, deporte, recreación y convivencia familiar y comunitaria de todos los niños, niñas y adolescentes”.

Asimismo, es deber del Estado que la aplicación de esta Ley esté a cargo de órganos especializados, cuyo personal deberá tener la formación profesional y moral que exige el desarrollo integral de la niñez y adolescencia, según la función que desempeñe y conforme a las disposiciones generales de esta Ley.

El Artículo 5 de la ley de marras, establece que: “El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá 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 y en esta Ley”.

Se entiende por interés de la familia, a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal, por lo que el Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo de los menores y de su familia.

El Artículo 151 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia establece que: “Cuando a un adolescente puedan aplicársele dos leyes o normas diferentes, siempre se optará por la que resulte más favorable para sus derechos fundamentales”; mientras que el Artículo 261 de la misma Ley establece: “Si el adolescente privado de libertad cumple 18 años de edad durante su internamiento, deberá ser ubicado separadamente de los adolescentes o ser trasladado a un centro especial para este fin. Por ningún motivo será trasladado a un centro penal de adultos”.

Esta separación entre los que acaban de ingresar a la edad adulta frente a quienes permanecen como menores de edad se debe a que en la Constitución Política de la República de Guatemala y en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, los menores no debén estar en la misma prisión que los adultos; asimismo, se entiende que se les deberá prestare especial atención a las políticas de prevención orientadas a proteger a los menores de la influencia negativa de los adultos.

De igual manera, se establece que se deberá respetar debidamente el desarrollo personal de los niños y jóvenes y aceptarlos, en pie de igualdad, como coparticipes en los procesos de socialización e integración, puesto que los principios y dispositivos concretos que han permitido el pesaje, del menor delincuente al adolescente infractor, se encuentran, contenidos en los dispositivos de la Doctrina de la Protección Integral establecida en la Convención de Derechos del Niño, puesto que a pesar de que el uso de esta Convención no sólo es técnicamente posible sino además obligatorio para el sector judicial, esto no siempre ocurre.



En el contexto jurídico de la Convención Internacional, las funciones de un juez de infancia y adolescencia se acercan mucho más a las funciones de un juez de adultos, sobre todo en lo que hace a la posibilidad de revisión de sus decisiones, obligación de fundamentar sus resoluciones, entre otros; sin embargo, y sin que esto signifique ningún tipo de justificación, la ignorancia del carácter de derecho positivo de la Convención, se explica también por la vigencia de una tradición de derecho codificado, según la cual la traducción nacional de los tratados internacionales, se convierte de hecho en requisito prácticamente imprescindible para su aplicación.

Un sistema de responsabilidad penal juvenil adecuado a las condiciones socioculturales de cada país y aplicado a cada menor infractor en particular, es el requisito imprescindible para superar la real o supuesta sensación de impunidad que transmiten muchas veces los medios masivos de comunicación y que provocan una serie de contrarreacciones que encuentran en la propuesta de la disminución de la edad de la imputabilidad, su mínimo común denominador.

CAPÍTULO IV

4. Libertad asistida y su incidencia en el principio de interés superior de la niñez

La libertad asistida es una sanción no privativa de libertad, a través de la cual el adolescente es orientado, controlado y motivado por un delegado, que debe procurar su acceso a programas y otros servicios necesarios para la reinserción; también existe la libertad asistida especial, que es una modalidad de libertad asistida.

Con este modelo se deberá asegurarse la asistencia del adolescente a un programa intensivo de actividades socioeducativas y de reinserción social en el ámbito comunitario que permita la participación en el proceso de educación formal, la capacitación laboral, en programas de tratamiento y el fortalecimiento del vínculo con su familia o adulto responsable.

“El Programa de Libertad Asistida corresponde a una Sanción no Privativa de Libertad que consiste en la sujeción del/la joven al control de un delegado para dar cumplimiento a un plan de intervención individual elaborado en conjunto con el/la joven y aprobado por el juez, tendiente a favorecer procesos de integración social; el cumplimiento de la sanción y por ende del plan de intervención se basa en la asistencia obligatoria por parte del/la joven a los encuentros previamente acordados con el/la delegado/a, con la finalidad de llevar supervisiones, así como actividades de carácter socioeducativo”.²¹

²¹ Maruna, Salvador. **Previniendo la violencia con jóvenes**. Pág. 19.



Las vías para optar a la libertad asistida se presentan cuando el adolescente recibe sanción por un período que puede ir desde los dos meses a los tres años como máximo, o a partir de una sanción mixta en conjunto con la internación en régimen cerrado o semicerrado, en donde el adolescente debe cumplir primero la sanción privativa de libertad, la cual no podrá exceder el tiempo de la pena privativa de libertad impuesta.

La duración mínima de libertad asistida será determinada por el juez en cada caso, para lo cual podrá solicitar la elaboración de un proyecto individual a la entidad encargada del programa de libertad a, que en el caso de Guatemala, es la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, quien debe elaborarlo previo a su ingreso al programa para cumplir la sanción, el cual deberá realizarse en un plazo no superior a un mes, por lo que el o la joven sólo ingresará bajo la paramétrica del plan elaborado y luego de ser aprobado por el juez a cargo del proceso.

“El programa de libertad asistida se podrá extender entre 61 y 540 días y durante su ejecución la pena privativa de libertad quedará en suspenso de forma condicional; sin embargo, cuando el adolescente recibe la sanción de libertad asistida en forma condicional para sustituir una sanción privativa de libertad, la misma debe ser menos gravosa que la sanción sustituida.

Mientras que la forma de egresar del programa de libertad asistida será una vez cumplida la sanción; es decir, cuando el adolescente haya cumplido el plazo establecido en la sentencia, habiéndose impuesto la sanción en forma única, conjunta o complementaria;

asimismo, se cumplirá cuando la libertad asistida haya sido cumplida por el cumplimiento del plazo establecido por sustitución, en forma condicional o no, de una sanción más gravosa originalmente impuesta o cuando se ha decretado la sustitución de la sanción de libertad asistida por una pena menos gravosa.

También se da por egresado al o la adolescente cuando se ha decretado la remisión de la pena de libertad asistida por considerar que el menor ha dado cumplimiento a los objetivos pretendidos en ella o se ha decretado la suspensión de la condena para cumplir antes con una más gravosa, luego de que se ha informado al tribunal competente de la existencia de sanciones simultáneas.

“En la tarea de control y supervisión de las y los jóvenes sujetos al programa de libertad asistida se consideran los elementos centrales sobre los que se estructura el resto de las acciones a desarrollar por parte del equipo de intervención en su conjunto. Se hace efectivo mediante el contacto cara a cara entre adolescente y delegado u otro miembro del equipo, para lo cual se establece un estándar de contactos directos y presenciales mensuales. Los contactos directos deben ser verificables mediante la firma/rubrica del/la joven en un acta que dé cuenta del encuentro y las actividades realizadas de acuerdo a la normativa del Servicio en relación a esta materia”.²²

Con el objeto de evitar que los contactos entre las y los adolescentes con el equipo de intervención y se concentren en un período determinado del mes, se exigirá que al menos

²² *Ibíd.* Pág. 20.

exista un contacto semanal directo ya sea en la sede del programa o en su domicilio en un contexto comunitario, programados con la o el adolescente asegurando que la supervisión sea permanente, por lo que el número de contactos podrá variar, para lo cual el equipo executor deberá remitir informe al juez dando cuenta del proceso de intervención y de las razones a la base de una eventual modificación de la frecuencia de los contactos establecidos en el plan de intervención original.

La supervisión de las o los menores durante la libertad asistida, implica que el contacto con ellas o ellos tenga continuidad en el tiempo, sistematicidad y que permita al equipo tener una visión permanentemente y actualizada del caso, por lo que se requiere de una relación que tenga un componente de autoridad y normatividad por parte del profesional, otorgando estructura y orientación a la o el menor para el cumplimiento de la sanción.

La incorporación de la función normativa en el vínculo entre los menores y el equipo de supervisión implica, a la vez, una acción mediadora que articula con ella o él la relación entre la responsabilidad que se da en el momento del proceso penal y la aplicación de la pena; y, a su vez, la responsabilidad activa que se va dando durante el proceso de intervención, para lo cual, la supervisión del caso debe permitir la identificación de elementos que puedan poner en riesgo el cumplimiento de la sanción y del plan de intervención individual; por lo tanto, requiere la proactividad del equipo para detectar y abordar los riesgos de manera oportuna, con el fin de generar las condiciones necesarias para una adecuada respuesta del o la adolescente, que conlleve a continuar con su plan de intervención y la posibilidad de egresar de la libertad asistida satisfactoriamente.

“El desarrollo de acciones oportunas de acuerdo a cada caso, implica siempre un proceso de evaluación del caso, acorde a los modelos establecidos por la orientación técnica, los cuales, con objetivos de intervención claros, específicos, concretos y medibles dentro de plazos establecidos, siendo primordial la participación activa del/la joven en su elaboración, así como la especificidad y adaptación de este plan a los aspectos relativos a la receptividad del joven a la intervención o capacidad de respuesta, dentro de los cuales está la pertinencia de objetivos y métodos con los aspectos evolutivos del adolescente, así como la mirada ecológica de dicha intervención”.²³

A la estructuración de un plan personalizado y la elaboración de procesos de acompañamiento se le denomina manejo de caso y tendrá por objeto dirigir la planificación de las intervenciones a desarrollar, a partir de los focos definidos en la etapa de evaluación y diagnóstico del caso, constituyéndose así una primera identificación, análisis y ponderación de aquellos factores de riesgo dinámicos que se constituirán como focos de intervención.

Posteriormente, esta evaluación debe ser contrastada con evaluaciones de proceso o avance y de término de la intervención, a fin de identificar y dar cuenta del nivel de avance alcanzado a través del desarrollo del plan de intervención individual; por lo que el manejo de caso se constituye así en la estructura sobre la cual se plantea la gestión de un plan de intervención individual a lo largo de todo el tiempo que dure la sanción y hasta el egreso del ola joven, mediante el desarrollo de actividades delimitadas, considerando

²³ *Ibíd.* Pág. 21.

aquellos elementos propios de la evaluación de factores de riesgo y proyecciones de logros alcanzados y en general en la gestión de cambio en el o la joven.

4.1. Problemática

Cuando un adolescente se ve involucrado en hechos delictivos y es capturado en flagrancia por las fuerzas públicas de seguridad, los medios que informan sobre el suceso, a pesar de que cubren el rostro del adolescente para resguardar su identidad y seguridad, no escatiman esfuerzos mediáticos en señalar que tenía tatuajes, vestía de manera particular y que llevaba consigo armas de asalto.

Esa forma de presentar adolescentes que han infringido las leyes y las normas de convivencia establecidas en la sociedad reproduce ciertos estigmas en el seno de la sociedad guatemalteca, estigmas que tienden a generalizar que todo aquel adolescente que, por ejemplo, tiene tatuajes en su cuerpo, pertenece a las denominadas maras y pandillas, o bien, que todo aquel que delinque, pertenece a estos grupos.

“La sobredimensión que se ha hecho de las maras y pandillas por parte del Estado, no solo se circunscribe a asignarle un territorio en el que estos actúan a su libre albedrío, sino también, se les presenta como grupos que tienen un poder excesivo, con estructuras organizativas sólidas e infranqueables, lo cual puede generar que estos grupos, tengan facilidad de reclutar a los adolescentes y a sus familias para la perpetración de delitos”.²⁴

²⁴ Batres, Rodrigo. **Justicia penal juvenil en Guatemala**. Pág. 45.

“De acuerdo con la Secretaría de Bienestar Social (SBS), el 73 por ciento de los jóvenes en conflicto con la Ley Penal, que equivale a 793 adolescentes de mil 87 que están privados de libertad, el mayor porcentaje provienen del departamento de Guatemala y los delitos en los que más incurren son: asesinato, extorsión y portación ilegal de arma de fuego; actualmente hay mil 87 adolescentes reclusos en el Centro Juvenil de Detención Provisional (Las Gaviotas); Centro Juvenil de Privación de Libertad para Varones II (Etapa II), Centro Juvenil de Privación de Libertad para Varones II (Anexo) y Centro Juvenil de Privación de Libertad para Mujeres (Gorriones). De la estadística, 932 corresponden a hombres y 155 a mujeres, según los datos oficiales”.²⁵

Los factores que inciden para que la mayoría de jóvenes privados de libertad provengan del área metropolitana o del departamento de Guatemala, se debe a la cantidad de habitantes, ya que en ese sector vive un número considerable de población joven en donde las políticas por parte del Estado son casi nula; las variables pueden ser por la cantidad de población que es mucho mayor en el departamento de Guatemala que en otros departamentos; también hay algunas zonas y algunos municipios como Mixco y Villa Nueva, que tienen gran cantidad de jóvenes que viven en la periferia, aunado a que el Estado no llega para atenderlos con políticas de desarrollo básicas.

Por otro lado, los delitos más recurrente y con más reincidencia en la juventud es la extorsión, asesinato y portación ilegal de armas de fuego, pero esto, según él, responde a la falta de inversión por parte del Estado, lo cual se evidencia en que los adolescentes

²⁵ *Ibíd.* Pág. 46.



que se encuentran en conflicto con la ley penal representan el 0.10 % del total de adolescentes del país; a mayo de 2019, la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia tenía bajo su responsabilidad a 656 adolescentes con medidas privativas de libertad y 1,256 adolescentes con medidas socioeducativas.

El papel de la Secretaría de Bienestar Social se centra en el ámbito de la prevención terciaria, con el reto de contribuir a la reinserción y resocialización de los adolescentes y jóvenes para que luego de cumplir sus sanciones puedan desarrollarse plenamente en sus comunidades; sin embargo, en los últimos años han sido frecuentes los amotinamientos y constantes las demandas en relación a la alimentación, maltrato a las visitas, hacinamiento, falta de atención médica, entre otros; lo cual ha sido constatados y denunciados por la Procuraduría de los Derechos Humanos, que en su momento emitió una serie de recomendaciones.

Las acciones de prevención para contrarrestar que más menores de edad entren en conflicto con la ley son importantísimas; prueba del efecto positivo de la prevención y la coordinación entre instituciones es el Programa de Prevención del Delito, el cual comenzó hace un año por orden judicial y gracias a él se presenta ante el juez alrededor del 40 % menos de adolescentes de las zonas 6 y 18.

Por eso es que la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito sostiene que el concepto de prevención se basa en la idea de que el delito y la victimización se ven favorecidos por numerosos factores causales o de fondo, resultado de una amplia

gama de elementos y circunstancias que influyen en la vida de las personas y las familias a medida que pasa el tiempo, y de los entornos locales, así como situaciones y oportunidades que facilitan la victimización y la delincuencia.

Esta información no sólo es alarmante, sino además hace un llamado de atención con relación a la falta de políticas públicas de atención integral hacia la niñez y la adolescencia en Guatemala, por lo que hay que repensar el modelo de intervención, hacia uno que permita una mayor inclusión y participación familiar y comunitaria,

En la actualidad solo lo regulado en el Artículo 238 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en donde se establece dentro de las sanciones socioeducativa, la de libertad asistida, que consiste en otorgar la libertad del adolescente en conflicto con la ley penal, bajo la asistencia y supervisión de personal especializado, que se orientará al desarrollo de habilidades, capacidad y aptitudes para el desarrollo personal y social del adolescente, pero no regula la participación familiar ni comunitaria.

Es importante tener en cuenta que las medidas cautelares en la justicia penal juvenil están enmarcadas dentro de principios que rigen todo el sistema de responsabilidad penal de la persona adolescente y dentro de algunos principios específicos que sirven de límite a su utilización.

Asimismo, debiéndose tener presente que el principio educativo rige todo el sistema penal juvenil, el cual le imprime a todo el derecho penal juvenil un carácter particular que

lo diferencia del proceso penal de adultos, por lo que al aplicar una medida cautelar no sólo ha de tomarse en cuenta los supuestos sino que también se debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad; es decir que la medida a adoptar sea proporcionada para la consecución de fines congruentes con su naturaleza cautelar, sin que se perjudiquen los derechos y garantías fundamentales de la persona.

De igual forma, al aplicar la medida cautelar, se debe ordenar basándose en el principio de la urgencia o necesidad, derivado del de proporcionalidad, tendente a evitar que el proceso sea ilusorio, que se evada la acción de la justicia o que se destruyan, sustraigan o alteren las pruebas, por lo que es sumamente importante el principio de celeridad o sumariedad, esto es que se de un trámite sumario desde que es invocada por el Ministerio Público hasta que se desestime o se ordene la medida cautelar, sin que se viole con ello los requisitos exigidos por la ley y el debido proceso.

El cumplimiento de las medidas cautelares aplicables en el proceso penal contra el o la adolescente requiere de la cooperación de instituciones públicas y privadas, por lo que el juez penal juvenil debe conminar a instituciones públicas y privadas a apoyar en el cumplimiento de las medidas cautelares impuestas a los o las adolescentes, que impliquen un deber de la comunidad; pero, en caso de que se rehusaren a cumplir las órdenes emanadas juzgador, podrán ser declarados en desacato.

La incipiente participación, cooperación y apoyo de instituciones públicas, privadas y de la sociedad civil en el cumplimiento de medidas cautelares, deberá ser desarrollada y

coordinada para el cabal de los fines de resocialización de los y las adolescentes en conflicto con la ley penal, por lo que se deberá alentar la participación de la sociedad, pues constituye un recurso fundamental y uno de los factores más importantes para fortalecer los vínculos entre los adolescentes sometidos a medidas no privativas de la libertad, sus familias y la comunidad, para complementar la acción de la administración de la justicia penal.

La participación de la sociedad será una oportunidad para que los miembros de la comunidad contribuyan a la protección de las personas adolescentes; de igual manera, deberá alentarse a los organismos gubernamentales, al sector privado y a la comunidad en general para que apoyen a las organizaciones que fomenten la aplicación de medidas no privativas de la libertad, para lograrlo es importante organizar regularmente actividades para hacer conciencia de la necesidad de que la sociedad participe en la aplicación de medidas no privativas de la libertad.

De igual manera, deberán aprovecharse los medios de comunicación para propiciar una actitud constructiva en la comunidad que dé lugar a actividades que propicien una aplicación más amplia del régimen no privativo de la libertad y la reinserción social de los adolescentes.

Es decir e debe hacer todo lo posible por informar a la sociedad a través de los medios de comunicación, incluyendo las redes sociales, acerca de la importancia de su función en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad y lo necesario que resulta no



estigmatizar a los menores en conflicto con la ley penal, puesto que estas prácticas contra de la imagen y honor de los mismos no contribuyen a su resocialización sino fomentan las condiciones para que continúen siendo infractores de la ley penal y no ciudadanos que contribuyan al desarrollo social.

4.2. Ineficacia de la libertad asistida para reinsertar al adolescente en conflicto con la ley penal

La ineficacia de la libertad asistida como sanción idónea para reinsertar dentro del conglomerado social al adolescente en conflicto con la ley penal y su incidencia en el principio del interés superior de la niñez, se debe a que actualmente es una sanción que ha perdido su finalidad, ya que al momento que se le brinda el beneficio de la libertad asistida al o la adolescente, no se le brinda el seguimiento necesario por parte del equipo multidisciplinario, que según la ley debería darle acompañamiento y ayuda para su efectiva reinsertión a la sociedad.

Este acompañamiento y ayuda resulta fundamental porque los adolescentes constantemente están expuestos a altos grados de violencia, desigualdad, falta de oportunidades, desintegración familiar, explotación laboral, lo cual son condiciones que pueden ser aprovechadas por las estructuras criminales, quienes les ofrecen una falsa protección, pertenencia, e identidad para involucrarlos en actos delictivos; aunado a estos factores favorables a la criminalidad, actualmente no existe una política eficiente, enfocada a la protección de la niñez y adolescencia por parte del Estado guatemalteco.



Actualmente esta sanción ha perdido su finalidad, ya que al momento que se le brinda

4.3. Solución a la problemática

La ineficacia de la libertad asistida como sanción idónea para reinsertar dentro del conglomerado social al adolescente en conflicto con la ley penal y su incidencia en el principio del interés superior de la niñez, puede ser resuelta solo mediante revisión de las medidas socioeducativas que regula la ley, para establecer el cumplimiento de la finalidad de reinserción e inclusión social de los adolescentes en conflicto con la ley penal, para lo cual el modelo de intervención que debe implementarse, debe responder a criterios de diferenciación y comprensión personalizada de cada caso.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que las actividades que planifique el equipo deben ser, en sí mismas, situaciones de aprendizaje que permitan al o la adolescente experimentar una vivencia que potencie sus recursos y aporte en la construcción de nuevas alternativas de desarrollo pro social; por lo tanto, las actividades deben propiciar procesos de reflexión, de reconocimiento de los propios recursos y necesidades, de incorporación de nueva información, así como también de apertura a experimentar o ensayar nuevas habilidades.

Es decir, para el éxito de un modelo que permita reinsertar socialmente al adolescente en conflicto con la ley penal, será fundamental que el diseño de la intervención garantice oportunidades para que el o la adolescente proyecte o generalice sus logros en otros



entornos y relaciones distintas al programa; así mismo, el diseño de la intervención debe contemplar objetivos transversales, tales como el logro de individualización, proyección futura, autonomía progresiva, fortalecimiento de habilidades sociales y percepción de autoeficacia.

Asimismo, la redefinición del modelo de reinserción social del adolescente en conflicto con la ley penal, conlleva diseñar un plan de intervención Individualizado basado en la evaluación de principales factores de riesgo, necesidades de intervención y capacidad de respuesta de acuerdo a los recursos específicos de cada joven, lo cual debe ir acompañado de la implementación de medidas de control y supervisión decretadas por el tribunal, en el contexto de la relación del o la adolescente con el equipo multidisciplinario que favorezcan procesos de responsabilización, integración social y de desistimiento de comportamientos en conflicto con la ley.

De igual manera, la Secretaría de Bienestar Social debiera desarrollar acciones con la red familiar, sociocomunitaria y de servicios en la red local a fin de facilitar la participación, integración social del o la joven y acceso a servicios de acuerdo a las necesidades detectadas, a través de derivaciones asistidas y acompañamiento, así como facilitar la incorporación y continuidad de trayectorias educativas, de formación laboral y empleo, acorde a sus necesidades, motivaciones y recursos específicos.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Debido a que la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República de Guatemala no cuenta con equipos multidisciplinarios para garantizar la eficacia de la libertad asistida como sanción idónea para reinsertar al adolescente en conflicto con la ley penal, los adolescentes que participan en este modelo, constantemente están expuestos a falta de oportunidades, desintegración familiar o explotación laboral, entre otras amenazas, situaciones que son aprovechadas por las estructuras criminales, quienes les ofrecen a los menores transgresores una falsa protección, pertenencia, e identidad para involucrarlos en actos delictivos.

Ante la ineficacia de la libertad asistida como sanción idónea para reinsertar dentro del conglomerado social al adolescente en conflicto con la ley penal, la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia debe implementar un modelo proactivo orientado a la formación permanente del grupo multidisciplinario para que tenga las capacidades para lograr la reinserción e inclusión social de los adolescentes en conflicto con la ley penal, teniendo como eje de su actuación el interés superior del niño, niña y adolescente en conflicto con la ley penal y su resocialización.





BIBLIOGRAFÍA

- BATRES, Rodrigo. **Justicia penal juvenil en Guatemala**. Guatemala: Ed. ICCPG, 2012.
- CASTILLO-CÓRDOVA, Luís. **Fundamentos filosóficos de los derechos humanos**. Perú. Ed. Universidad de Piura, 2008.
- DE LA TORRE VILLAR, Ernesto. **Estudios de historia jurídica**. México: Ed. UNAM, 1994.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala: F&G Editores, 2002.
- GARCÍA PLANAS, Gabriel. **Nociones sobre el concepto de derecho penal**. España: Ed. Universidad de Valencia, 1993.
- LASCURAÍN, Juan. **Manual de introducción al derecho penal**. España: Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2019.
- LILLO, José. **Crecimiento y comportamiento en la adolescencia**. España: Ed. Universidad de Barcelona, 2002.
- MARUNA, Salvador. **Previendo la violencia con jóvenes**. El Salvador: Ed. Interpeace, 2012.
- MEINI MÉNDEZ, Ivan. **Manual de derecho Penal. Parte general**. Argentina: Ed. Cono Sur, 2015.
- MENDIZABAL OSES, Leonel. **Derecho de menores, teoría general**. España: Ed. Pirámide, 2012.
- OCHOA, Alfonso. **La definición del derecho**. Argentina: Ed. Abeledo Perrot, 1963.
- OCHOA ESCRIBA, Dina Josefina. **Las leyes de protección al menor y su aplicación en Guatemala**. Guatemala: Ed. F&G Editores, 2014.
- OSSORIO, Manuel, **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Argentina: Ed. Heliasta, S. A., 2002.
- REÁTEGUI, Félix. **Filosofía de los derechos humanos**. Perú: Ed. Universidad Católica de Perú, 2008.
- SAGASTUME GEMMELL, Marco Antonio. **Introducción a los derechos humanos**. Guatemala: Ed. Universidad de San Carlos, 2004.



SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; **La expansión del Derecho Penal**. España: Edisofer, 2011.

SUÁREZ, Eloy Emiliano. **Introducción al derecho**. Argentina: Ed. Universidad Nacional del Litoral, 2020.

VANNUCHI, Pablo. **Derechos de las niñas, niños y adolescentes**. Costa Rica: Ed. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017.

Legislación:

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

Convención Americana de Derechos Humanos. (Pacto de San José). Aprobada en conferencia de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Aprobada y Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

Código Civil Decreto Ley 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

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