

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

**CRITERIOS JURÍDICOS MÍNIMOS QUE ORIENTEN COMO ÚLTIMO RECURSO LA
INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA NIÑEZ**

VIVIAN DEL CARMEN GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2022

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

**CRITERIOS JURÍDICOS MÍNIMOS QUE ORIENTEN COMO ÚLTIMO RECURSO LA
INSTITUCIONALIZACIÓN 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:

VIVIAN DEL CARMEN GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ

Previo a conferírsele el grado académico de:

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de:

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2022

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

DECANO:	Lic. Henry Manuel Arriga Contreras
VOCAL I:	Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodriguez
VOCAL II:	Lic. Rodolfo Barahona Jacome
VOCAL III:	Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br. Javier Estuardo Sarmiento García
VOCAL V:	Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda. Ana Patricia Motta Álvarez
Vocal:	Licda. Gregoria Anabella Sánchez Escalante
Secretario:	Lic. Ronald David Ortiz Orantes

Segunda Fase:

Presidente:	Licda. Silvia Patricia Hernández Montes
Vocal:	Licda. Nely Eunice González Argueta
Secretario:	Lic. Romeo Antonio Martínez Guerra

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la Tesis.” (Art. 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la 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, 03 de agosto del 2022

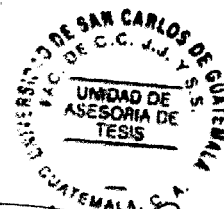
Atentamente pase al (a) Profesional, JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
 Para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante VIVIAN DEL CARMEN GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ, con carné: 200722095 intitulado: CRITERIOS MÍNIMOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

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

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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

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



JPTR

Fecha de recepción 03 / 08 / 2022 (f)

Licenciado
Jaime Rolando Montealegre Santos
 Abogado y Notario
 Asesor (a)
 (Firma y selló)





LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario – Col 4713



Guatemala, 16 de agosto de 2022

Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

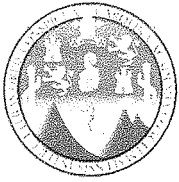


Respetable Dr. Herrera:

Respetuosamente a usted informo sobre mi nombramiento de fecha tres de agosto de dos mil veintidós como asesor de tesis de la estudiante: **VIVIAN DEL CARMEN GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ**, quien desarrolló el trabajo de tesis titulado: **“CRITERIOS MÍNIMOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES”**

Se modificó el título con la finalidad que fuera claro y de fácil comprensión al lector, quedando el mismo de la siguiente forma: **“CRITERIOS JURÍDICOS MÍNIMOS QUE ORIENTEN COMO ÚLTIMO RECURSO LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA NIÑEZ”**
Declarando expresamente que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley; por lo que me complace hacer de su conocimiento:

- I. El contenido técnico y científico de la tesis dio a conocer la problemática actual y mediante la asesoría del trabajo de tesis se discutieron algunos puntos en forma personal con la autora, realizando los cambios y correcciones que la investigación requirió.
- II. Los métodos empleados fueron: el analítico, cuyo cometido fue descomponer el tema central en varios subtemas, con la finalidad dar a conocer la realidad actual; el método deductivo, partió de generalizaciones universales permitiendo obtener inferencias particulares; el método sintético, relacionó los hechos aislados para poder así formular una teoría unificando diversos elementos; y el método inductivo, estableció enunciados a partir de la experiencia. Las técnicas que se utilizaron fueron la observación, bibliográfica y documental.
- III. La redacción del tema cuenta con una estructura formal compuesta de una secuencia ideal que lleva al lector al buen entendimiento y al cumplimiento del procedimiento de investigación científico.



LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario – Col 4713

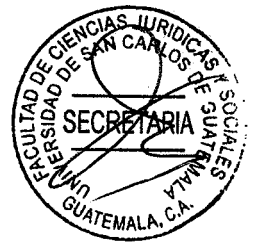


- IV. La hipótesis formulada fue comprobada y los objetivos alcanzados. La conclusión discursiva se comparte con el investigador y se encuentra debidamente estructurada. Además, la bibliografía y presentación final es correcta.
- V. El tema es de interés para la sociedad guatemalteca, estudiantes y profesionales del derecho.

La tesis que se desarrolló por él sustentante efectivamente cumple con los requisitos que establece el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

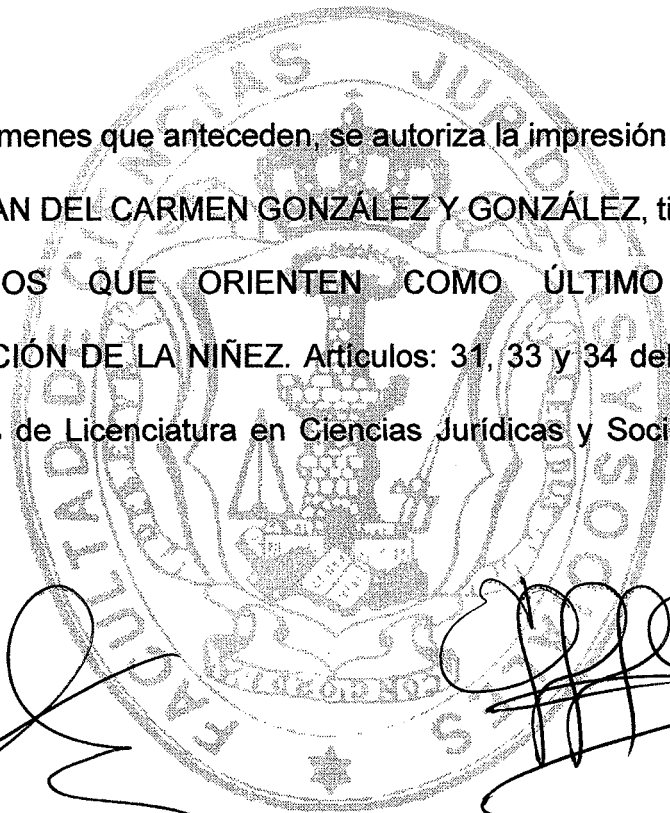
Atentamente,


Licenciado
Jaime Rolando Montealegre Santos
Abogado y Notario
Lic. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Asesor de Tesis
Abogado y Notario – Col 4713

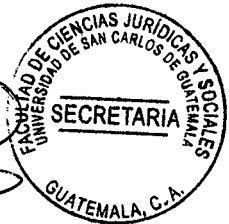


Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, once de octubre de dos mil veintidós.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante VIVIAN DEL CARMEN GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ, titulado CRITERIOS JURÍDICOS MÍNIMOS QUE ORIENTEN COMO ÚLTIMO RECURSO LA INSTITUCIONALIZACIÓN 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:** Por la sabiduría y perseverancia que ha dado en mí, para alcanzar esta meta, la gloria y honra sean para él que me permite hoy alcanzar la misma.
- A MI MADRE:** Gilda Yolanda González y González, por tu amor y esfuerzo para sacarme adelante, y con profundo agradecimiento te dedico este triunfo, te amo mamá, pero sobre todo te honré.
- A MI ESPOSO:** Esvin Ariel González Reynoso, agradezco infinitamente tu apoyo y comprensión a lo largo de este trayecto del cual hoy estamos viendo sus frutos, y que tengo la dicha de celebrar a tu lado, te amo.
- A MIS HIJOS:** Renata Isabella y Mateo Alejandro, mi mayor inspiración y motivación en este objetivo, los amo.
- A MIS TÍOS:** Carlos Enrique González, (+) y Fernando González, por su apoyo y cariño.
- A MIS MADRINAS:** Licenciadas Elida Mansilla, Mildred Mejía, Alejandra Mancilla, y Doctora Carolina Comey, gracias por sumar a mi vida e instar mi superación, de cada una de ustedes he tomado los mejores ejemplos que me han guiado alcanzar esta meta.



A LAS FAMILIAS:

Mejía Abrego, Camey Camey y Escobar Morales, por su cuidado y apoyo para mi madre y sobre todo para mí, infinitamente agradecida.

A MIS AMIGOS:

En especial a Lesly Rodas, Marta Mejía, Casta Berduo, Eddy Mancilla, Sharon Escobar, Orquidia Jerez, Analy Camey, por su cariño y valiosa amistad en cada etapa de mi vida.

A:

Los Abogados y Notarios Eliseo Rigoberto Francisco Quiñonez Villagrán y Mayra Verónica Güir Cancinos, por el ejemplo y formación profesional que han dado a mi persona.

A:

A la Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por forjarme como profesional, para el beneficio de mi país y el de mi familia.



PRESENTACIÓN

La investigación que se realizó es cualitativa porque en base a la recolección de información se logró determinar que existe inobservancia en las Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños, realizadas en el Marco de las Naciones Unidas que pretenden des institucionalizar a menores de edad que se encuentra en centros de abrigo públicos y privados, teniendo como pilares la necesidad e idoneidad.

El problema planteado está dirigido desde el punto de vista de la disciplina jurídica en especial el derecho procesal administrativo y judicial relacionado a la vulneración de los derechos de protección integral de la niñez y adolescencia institucionalizados; el fenómeno objeto de estudio desde el punto de vista de su evolución diacrónica, se enfocó en el estudio de los antecedentes, origen etimológico y otros datos teóricos relacionados al tema, respecto a su aspecto sincrónico, se delimitó al estudio de la implementación de las directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños.



HIPÓTESIS

Los menores de edad que han sido declarados por órganos jurisdiccionales competentes, como sujetos que han sido objeto de violación a sus derechos humanos, son remitidos a instituciones o centros de acogida, declarando su institucionalización, para que dicha entidad se encargue de su cuidado y protección, pero contrario a ello, dicha medida causa perjuicios a los niños, niñas y adolescentes que sufren una privación de libertad, muy similar a una condena por un delito o falta, por ello es necesario que la decisiones judiciales deben estar dirigidas por el principio del interés superior del niño como base para crear criterios jurídicos mínimos para determinar cómo último recurso la aplicación de la institucionalización como medida de protección de niños, niñas o adolescentes violados o amenazados en sus derechos humanos, en base a las directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños, realizada por Naciones Unidas.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

El método deductivo permitió la comprobación de la hipótesis, en virtud de que se comprobó que a pesar de que en Guatemala existen instrumentos jurídicos que aplican las Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños, tienen serias deficiencias, principalmente en la inaplicación de sus principios base que son la necesidad e idoneidad, después de declarada la institucionalización.

Al comprobarse la hipótesis, se desarrolló una serie de propuestas que tienen relación con los párrafos incumplidos de las directrices y que las leyes, reglamentos, manuales, políticas y demás documentos dentro de la teoría y la práctica no cumplen con las directrices.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Interés superior del niño.....	1
1.1. Generalidades.....	1
1.2. Antecedentes del principio del interés superior del niño	6
1.3. Definición del principio de interés superior del niño.....	10
1.4. Características del principio de interés superior del niño.....	11
1.5. Los órganos que han de aplicar el interés superior del niño.....	13

CAPÍTULO II

2. Menores institucionalizados declarados judicialmente que sus derechos humanos han sido violados	17
2.1. Causas que provocan la institucionalización en Guatemala	17
2.2. Principios rectores para determinar la institucionalización.....	20
2.3. La institucionalización como medida de protección judicial del niño, niña o adolescente amenazado en sus derechos humanos	24
2.4. Situación de los niños institucionalizados	34

CAPÍTULO III

3. Directrices de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños	39
3.1. Antecedentes	40
3.2. Objetivos	48
3.3. Modalidades alternativas	50
3.4. Medidas para la implementación de las Directrices	52

CAPÍTULO IV

4. Criterios jurídicos mínimos que orienten como último recurso la institucionalización de la niñez.....	55
4.1. Generalidades.....	55
4.2. Deficiencias en la aplicación de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños	58
4.3. Implementación de las directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños	65
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	73
BIBLIOGRAFÍA	75



INTRODUCCIÓN

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989, la cual fue ratificada por Guatemala en 1990 mediante el Decreto 27-90 del Congreso de la República impulsa un nuevo paradigma en la concepción y tratamiento de la niñez y adolescencia. Posteriormente, se aprueba la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (LPINA), Decreto 27-2003 del Congreso de la República, y es a partir de ese momento en que la protección de un menor de edad, no sólo es jurídico sino también político y social. La Convención sobre los Derechos del Niño –CDN- define al niño según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad. De esta manera es indispensable que el juez, reconozca en cada niño, niña y adolescente un conjunto universal de derechos y, en consecuencia, defina las obligaciones que de ello se derivan institucionalmente.

En virtud de lo anterior la niñez y la adolescencia que se encuentra vulnerada en sus derechos humanos según la decisión de un órgano jurisdiccional es remitido a un centro de acogida, declarando su institucionalización; sin embargo, la situación que viven los niños que son puestos al resguardo de una institución gubernamental para su cuidado y educación, desarrollan diversas afectaciones en lo físico, cognoscitivo, afectivo y social, así como problemas de conducta y emocionales. Esta tesis está basada en demostrar los efectos de esa institucionalización que en si es la privación de libertad y en particular, lo que la institucionalización provoca en la vida de niños, niñas y adolescentes. Se ha establecido que la permanencia de los niños en las instituciones les causa perjuicios, afecta su desarrollo, produce daños permanentes, pudiendo afectar su desempeño cognitivo y su condición física; además de exponerlos al riesgo de ser víctimas de violencia, abuso y explotación.

El objetivo general se alcanzó y la hipótesis se comprobó porque se identificaron criterios jurídicos mínimos que oriente como último recurso la institucionalización de la niñez, en virtud del estudio de las directrices sobre las modalidades alternativas del



cuidado de los niños en comparación con la realidad dentro de las instituciones, reglamentos, manuales y políticas públicas.

El contenido de la investigación está dividido en cuatro capítulos, los cuales desarrollaron los siguientes temas: en el capítulo I, se analizó lo relacionado leyes nacionales como por instrumentos internacionales, el interés superior del menor respecto al derecho a tener una vida digna dentro de un núcleo familiar; en el capítulo II, se describió una serie de casos concretos relacionados a los problemas que se producen con menores institucionalizados declarados judicialmente que sus derechos humanos han sido violados, enumerando los problemas que existen.; en el capítulo III, se reseñó las directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños, realizada por Naciones Unidas; y en el capítulo IV, se hizo una descripción de los criterios jurídicos mínimos que oriente como último recurso la institucionalización de la niñez, que tenga como base el principio del interés superior del niño.

Los métodos de investigación utilizados fueron: el sintético, analítico, deductivo e inductivo y las técnicas fueron el fichaje que entre ellas se encuentran las bibliográficas y de trabajo; asimismo, la revisión bibliográfica, documental, fueron parte también importante para el desarrollo de la tesis.

Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños son claras en promover la reintegración familiar, social y comunitaria, a través de los principios de idoneidad y necesidad, mismo que no han sido aplicados en Guatemala, ni de forma escrita y menos práctica, además del desinterés de los diferentes entes del Estado de promoverlas después de declarada el abrigo de un niño en un establecimiento y su archivo.



CAPÍTULO I

1. Interés superior del niño

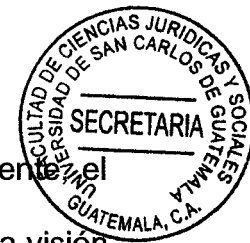
Es necesario analizar en qué consiste el interés superior del niño y como este se desarrolla en el contexto de la doctrina, así como de la legislación que aborda el tópico en el territorio nacional.

1.1. Generalidades

Desde el punto de vista del significado, sentido o interpretación de la palabra niño, como una expresión semántica, se establece que: “Dos datos llaman la atención en cuanto a la definición del sujeto destinatario de la protección otorgada por los Convenios internacionales que afectan a la protección del menor: 1) Algunos Convenios prefieren la denominación de «menor», y otros optan por el término niño; 2) no existe una definición unánime del concepto, ni por el método empleado para su determinación ni por los límites de edad establecidos.”¹

Se puede señalar entonces que, tanto menor como niño, es hablar del mismo fenómeno aun cuando se utilicen distintos términos, y así afirma que: utilizar diversas expresiones que corresponden a una misma realidad y atiende a un solo designio jurídico: niños, adolescentes, menores.

¹ García Cano, Sandra. **Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades.** Pág. 62.



En el contexto del derecho penal y refiriéndose al término menor, que obviamente en el empleo de esta última expresión, tan cuestionada hoy en día, “no responde a una visión devaluada de las personas a las que se aplica, integrantes de un conjunto numeroso: se trata, en la especie, de menores de edad, esto es, individuos con amplios y seguros derechos que aún no han llegado a la edad prevista para la plena aplicación de las normas penales ordinarias”.²

Asimismo; para poder establecer las razones jurídicas de la creación del Principio Superior del Niño, es importante saber el origen jurídico sobre menor de edad, que es uno de los términos que se le atribuye al significado de niño, que abarca según las leyes internacionales los niñas, niños y adolescentes, para que estos puedan serlo deben ser menores a 18 años, según la ley civil guatemalteca. Aunque en otros países como Estados Unidos de América es partir de los 21 años y en otros a partir de los 16 años, surgiendo también un debate internacional acerca del límite de la minoría de edad, pero en la presente investigación estará basada en leyes nacionales que es a partir de los 18 años.

Al respecto el Código Civil en su Artículo 8 regula lo siguiente: “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 ha cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley. La capacidad es la aptitud de

² **Ibíd.** Pág. 51.



una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones y poderlos ejercer por sí misma. Los Derechos determinados por la ley para menores con 14 años de edad son:

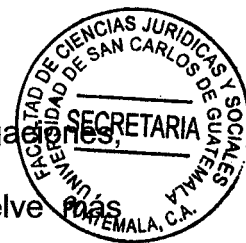
- a) Aptitud para contraer matrimonio: El varón mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce, siempre que medie autorización del padre y madre, la del tutor o autorización judicial según sea el caso." Artículo 81 y 94 del Código Civil.

- b) Capacidad civil para reconocer hijos: La mujer mayor de catorce años tiene capacidad civil para reconocer a sus hijos sin necesidad de obtener el consentimiento de los que ejerzan sobre ella la patria potestad o tutela. II Artículos 218 y 217 del Código Civil.

- c) Los mayores de catorce años tienen capacidad para contratar su trabajo y percibir la retribución convenida. Contenido en el Artículo 259 del Código Civil, Artículos 10 y 150 del Código de Trabajo y 101 literal I) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

- d) Los menores que hayan cumplido dieciséis años deben asociarlos el tutor en la administración de los bienes para su información y conocimiento. Artículo 303 Código Civil.

- e) Restitución en casos de enriquecimiento sin causa, contenido en el Artículo 1619 del Código Civil.



Un menor de edad también es un sujeto con derechos y con ciertas obligaciones, aunque estas últimas son limitadas por su condición de edad, que lo vuelve vulnerable que el resto de la población, por lo tanto, debe tener una protección y en primer lugar esta debe venir de parte de la familia, principalmente del padre y de la madre, a falta de ellos de los demás familiares en un orden legal establecido para la tutela, sin embargo, el Estado también tiene que colaborar con esa protección del menor hacia la sociedad.

Doctrinariamente, se puede afirmar que “a) el menor es, ante todo, persona, en su acepción más esencial y trascendente; y no sólo en su dimensión jurídica (titular de derechos) sino también en su dimensión humana (ser que siente y piensa); b) además, es una realidad humana en devenir, porque para él es tanto o más importante este devenir (su futuro) que su mera realidad actual. Si todo, y toda persona, cambia con el transcurso del tiempo, ello es más notorio y, sobre todo, más importante en el menor, para el que cada día que vive y pasa le aproxima más a dejar de serlo, a su mayoría de edad y plenitud jurídica a que aspira.”³

Cuando el concepto de menor se ve desde el punto de vista jurídico, quiere decir que, a un sujeto con derecho y obligaciones limitadas, pero vulnerable, ante la familia y la sociedad, deben salvaguardarse sus derechos fundamentales, por lo tanto, es necesario que el Estado procure que esto no sea violentado; lo anterior, “consiste en reconocer que el menor es sujeto propietario de los derechos fundamentales

³ Rivero Hernández, Francisco. **El interés del menor**. Pág. 56.



reconocidos a todas las personas, lo cuales están enfocados a proteger su esencia de persona; en definitiva, a proteger los derechos de su propia personalidad así como el derecho al respeto de su dignidad. "Lo anterior comprende, y es aquí donde radica la dificultad que mencionamos, una masa extensa de derechos inviolables, personales e irrenunciables que deben ser proclamados indubitadamente de todo menor. Delimitar, determinar, concretar, regular y aterrizar dichos derechos al materializar soluciones jurídicas no es tarea sencilla."⁴

Lo anterior no debe ser signo de desesperanza sino de conciencia en trabajar duro para conseguir este fin último. Si vamos un poco más allá y mezclamos en su justa medida la esfera jurídica con la social, afirmamos que el menor tiene derecho a la felicidad, y al bienestar; en definitiva, el derecho a una infancia feliz sin problemas ajenos a su etapa de crecimiento. Sólo si contemplamos al menor como el ser humano que es, desde la perspectiva jurídica y humana (o social), podemos darle una protección en todos los extremos que resultan necesarios.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos establece en una Opinión Consultiva OC-17/2002, que: "para los fines que persigue esta Opinión Consultiva es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años. La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y

⁴ González Nuria y Sonia Rodríguez, **El interés superior del menor**. Pág. 4

realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de esta en gran medida los niños.”⁵

El poder sobre el menor ni es ilimitado ni puede ser igual en todo el curso de la minoría. Está relativizado por su finalidad primaria: el provecho y guarda de la persona y bienes del menor, en tanto éste sea incapaz de gobernarse por sí mismo. En ningún caso, la personalidad del menor puede quedar absorbida, sustituida y desplazada por la de su representante legal. Por lo tanto, el significado de menor de edad en la actualidad está delimitado a ya no ser considerado un ser capitidismuido, sino un ser humano con sus derechos específicos que en razón de su edad ha de gozar de un tratamiento especial.

1.2. Antecedentes del principio del interés superior del niño

En el pasado los niños eran considerados como objetos, mismo que dependían de la tutela plena de los padres sin restricciones, esto incluía las arbitrariedades, lo que llevo a la necesidad de reconocer la calidad de persona a los menores de edad, de esta manera oponerse a las amenazas y vulneraciones, para ponerlo en una protección igualitaria frente a sus propios progenitores.

Creando de esta manera el principio del interés superior del menor utilizado primeramente por sistemas jurídicos internos nacionales, principalmente en el derecho anglosajón, codificándolo a partir de una decisión judicial. El principio sobre el interés

⁵ Durán Ayago, Antonia. **La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico**. Pág. 30.



superior del menor fue abordado por primera vez a través de la sentencia de Blissetts, a finales del siglo XVIII (1774), que afirmaba: Si las partes no están de acuerdo, el Tribunal hará lo que sea mejor para el niño.

En el derecho internacional este principio fue evolucionando en base a dos aspectos, el primero fue relativo al derecho de familia y el cuidado que la familia debe tener con sus menores hijos, tomándolo como un interés superior del menor en forma amplia, entre ellas está la adopción internacional, y la segunda fue necesidad de regular la autorización para que menores se casaran como un interés del menor, pero de carácter subjetivo.

En la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los -niños primero-, hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer en los Artículos. 5 y 16.”⁶

En relación a lo anterior estos instrumentos jurídicos donde se refiere al interés del niño en forma más amplia se encuentra la Declaración de Ginebra, adoptada el 26 de

⁶ Cillero Bruñol, Miguel, **El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño**. Pág. 7.

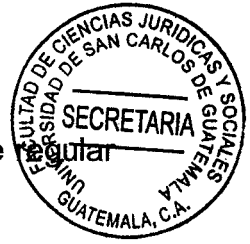


septiembre de 1924 por la Sociedad de Naciones cuyo preámbulo describe que la humanidad debe dar lo mejor al niño, y 35 años más tarde en 1959 la Asamblea General de Naciones Unidas proclamaba en el Principio Séptimo de la Declaración sobre los Derechos del Niño, que su interés superior "debe ser un principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación: dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres".

La Convención de 1989 supone el punto más alto en el desarrollo del interés superior del niño, al incorporarlo como derecho subjetivo de los menores y como principio general inspirador y fundamental de los derechos del niño en su artículo tercero.

Posteriormente se incorpora también en el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1o. de noviembre de 2009 es derecho originario de esta organización internacional.

La declaración y el Programa de Acción de Viena 1993, que además de reiterar su importancia, indica los grupos de niños en situación de mayor vulnerabilidad en los que los Estados deberían centrar su acción legislativa de modo prioritario. Otros instrumentos internacionales que adoptaron este principio fueron: Pactos Internacionales Civiles y Políticos (Artículo 24.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículo 10.3), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Artículo 5 y 16), la Convención Americana de Derechos Humanos (Artículo. 19), hasta llegar a la Convención sobre los



derechos de los Niños (Artículo 3), de los cuales se desprende la obligación de regular internamente el principio de interés superior de los niños y niñas.

“La Convención sobre los Derechos de los niños y niñas fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990. Con esta normativa internacional se pretende proteger y salvaguardar todos y cada uno de los derechos humanos de los niños y niñas, con base en la visión del interés de los niños, niñas o adolescentes sobre cualquier otro tipo de interés, incluyendo a cualquier sujeto adulto.”⁷

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido.

“Tanto en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares han sido refrendadas por legislación posterior.”⁸ Esto incluye también América Latina, que fue una de las regiones en implementar el principio por los compromisos adquiridos en la Convenciones Internacionales. Y en Guatemala a través de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; en concordancia al Convenio Sobre Los

⁷ López-Contreras, Rony Eulalio, **Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido**. Pág. 54

⁸ Cillero Bruñol, Miguel, **El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño**. Pág. 7.

Derechos Del Niño, suscrito el 26 de enero de 1990. Legislación que tiene por objeto el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, como sujetos de derechos.

1.3. Definición del principio de interés superior del niño

La Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño afirma que: El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimientos basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.

El interés superior se definía en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de una manera genérica, como principio inspirador y rector de las actuaciones de legisladores, jueces, profesionales técnicos y administradores: “Artículo 3,1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o a que se atenderá será el interés superior del niño.”⁹ En la práctica, la aplicación de una cláusula planteada de manera tan abstracta ha acabado introduciendo consideraciones culturales e ideológicas en el terreno de los derechos del niño y de la niña

⁹ Sánchez-Valverde Visus, Carlos, **El interés superior del niño y de la niña. El debate ideológico a través de las denominaciones: ¿niño/niña? o ¿menor?**. Pág. 58.

1.4. Características del principio de interés superior del niño

Una de las características del principio del Interés Superior del Niño tiene que ver respecto a su evolución histórica, en virtud de que al ser un análisis comparativo de todas las legislaciones que lo poseían, tiene en común que se refleja la gradualidad del principio: "el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos."¹⁰

En otro orden de ideas, este principio tiene las características que es interpretativo fundamental, esto quiere decir que el interés superior del niño se basa en la interpretación del órgano que decidirá sobre la vida de un menor, respecto a las circunstancias que lo rodean.

Por su parte, la profesora Carmona Luque, lo caracteriza como "un principio esencial; interdependiente respecto al conjunto de derechos proclamados en la Convención y de manera subrayada, respecto a los demás principios generales de ésta; exclusivo del niño; armonizador; no absoluto; indeterminado; y dinámico".¹¹

¹⁰ Cillero Bruñol, Miguel, **El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño**. Pág. 7

¹¹ Carmona Luque, M.R., **La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, Pág.104.



El principio del interés superior del menor es un concepto jurídicamente indeterminado, de muy difícil definición concreta única y útil, aplicable a todos los casos en presencia, debido a la heterogeneidad de sus titulares, pues igual se puede predicar de un titular individual; un niño o colectivo más o menos amplio; es decir un grupo de niños o todos ellos.

“Las soluciones no pueden ser neutras, bien al contrario, han de adaptarse al contexto y proporcionar protección al más débil o, en otras palabras es precisamente la aplicación en concreto al caso, lo que permite dilucidar su contenido”.¹²

Este principio también tiene la peculiaridad de que es abstracto, es decir no existe dentro de su definición los parámetros que determinen su contenido para la aplicación de casos concretos, si no son los casos concretos los que determinan su aplicabilidad, dependiendo las circunstancias y el bienestar del menor, que guía a los órganos encargados de su aplicación.

Como consecuencia de esta característica de abstracción o indeterminación se desprende el dinamismo esto quiere decir que los medios para la aplicación del principio son diversos, al punto que encause a su objetivo principal que es el interés superior del menor.

¹² Vargas Gómez-Urrutia, M., **La protección internacional de los derechos del niño, Secretaría de Cultura-Gobierno de Jalisco**, Pág. 95.



Otra característica del principio del interés superior del menor es un criterio de ponderación abierto y un principio necesario inspirador de todas las actuaciones relacionadas con el menor, tanto en el ámbito administrativo como judicial. Es decir, adaptable a las circunstancias en presencia que pueden afectar a un menor o grupo de menores.

1.5. Los órganos que han de aplicar el interés superior del niño

La convención de los Derecho del Niño al dar una definición sobre el interés superior del niño y su aplicación o medidas concernientes a ello, determina la multidisciplinaria e integralidad en la aplicación del principio, ya que son varios órganos estatales internos como órganos internacionales encargados de velar por su cumplimiento, alcanzando además instituciones privadas o de bienestar social.

Por lo tanto; el órgano aplicador del interés superior del menor depende del plano en el que se encuentre la decisión, es decir, será el representante del Estado en una negociación internacional para la celebración del tratado internacional en el que se ha de incorporar la redacción más favorable al interés de los niños; el legislador si el principio actúa como inspirador de la legislación que pueda afectar a los menores, o el órgano judicial o administrativo que haya de decidir en un caso concreto la aplicación de una norma que pueda afectar a menores, en cuyo caso, deberán interpretar la disposición en cuestión a la luz del principio del bien superior del menor.



“En casos concreto se ha observado que este principio es habitualmente aplicado por los padres de los niños, que habrán de adoptar todas las decisiones que pudieran afectarles orientados precisamente en atención a su interés superior, puesto que, tal y como establece el Artículo 18 de la Convención: Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”¹³

En virtud de lo anterior es evidente que decidir sobre estas cuestiones educativas, de desarrollo físico, psicológico, emocional; deberán hacerlo orientados por el que consideran el interés superior de su hijo. La variedad de potenciales aplicadores del interés superior del menor ilustra la multifuncionalidad de este principio, tanto horizontal como vertical, en el sentido de que se ubica en escenarios distintos debido al plano en el que haya de considerarse. “Así, serán los órganos encargados de la producción normativa o del diseño de políticas públicas aplicables al grupo en cuestión que podrá ser más amplio si es un contexto internacional, nacional o autonómico-local o se trata de un órgano encargado de la aplicación de las normas y políticas en cuestión”.¹⁴

Por lo tanto queda a la responsabilidad de la sociedad entera el velar por el cuidado y bienestar de los menores, implicando una corresponsabilidad en el cumplimiento del principio, reflejándose en este la integralidad de la protección de la niñez y la adolescencia, en todas sus facetas y aspectos.

¹³ Torrecuadrada García-Lozano, **Op. Cit.** Pág. 133.

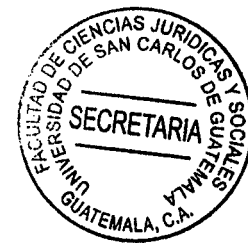
¹⁴ **Ibíd.** Pág. 133.



Sin embargo; aunque internacionalmente los instrumentos jurídicos que velan por el interés superior del niño deja varios temas afuera de gran relevancia; ya que dentro de la sociedad son un fenómeno y un problema para los menores de edad, esto conlleva que existe una escasa legislación tanto nacional como internacional sobre temas de violencia contra los niños en todas sus formas y principalmente física, sexual o psicológica, también la identificación de compromisos estatales incorporando procedimientos para su control y supervisión, otros problemas no abordados son la participación de niños en conflictos armados, venta de niños para prostitución infantil, utilización de niños en la pornografía, entre otros.



CAPÍTULO II



2. Menores institucionalizados declarados judicialmente que sus derechos humanos han sido violados

Es necesario analizar en qué consisten las vulneraciones de los menores de edad respecto a la manera en la que estas se desarrollan en el caso de Guatemala, así como el impacto que genera la misma en el territorio nacional.

2.1. Causas que provocan la institucionalización en Guatemala

Las causas que provocan la institucionalización de niños, niñas y adolescentes en el país, son diversas, ya que dentro del territorio guatemalteco existen problemas sociales que han provocado la vulnerabilidad y desprotección de menores de edad. Estos problemas tienen varias connotaciones tanto actuales como históricas y puede clasificarse de la siguiente manera:

- a) El conflicto armado interno desarraigó del sistema a muchas comunidades indígenas esto no permitió que muchos padres no registraran a sus hijos a tiempo, asimismo la existencia de madres solteras, produjeron el problema de la falta de registro de nacimientos y por lo tanto la falta de una identidad documentada en la sociedad, al mismo tiempo los niños y niñas de estas.

b) Comunidades no pudieron tener acceso a la educación y por lo tanto en adolescencia su futuro era el trabajo infantil o la delincuencia.

c) La migración es otro problema que afecta indirectamente a los menores de edad dentro del territorio guatemalteco, en virtud de que la falta de padres o bien de uno de los progenitores, no permite que el niño pueda ser registrado y no tenga la vigilancia adecuada para evitar que se enfrente a violaciones a sus derechos.

d) La pobreza es otro problema social que afecta a los niños, niñas y adolescentes en Guatemala, en virtud de que deben a temprana edad contribuir a los ingresos familiares, por lo tanto, el trabajo infantil ha sido determinado como un abuso o violencia intrafamiliar, estos menores en algunos casos son ubicados por la Procuraduría General de la Nación y puestos de inmediato y con urgencia en una casa hogar, es decir son institucionalizados.

Según la Política Pública de Protección integral a la niñez y la adolescencia de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República y Movimiento Social por los Derechos de la Niñez y la Juventud, describe que: la gran mayoría realizan su trabajo en condiciones de alto riesgo, vulnerabilidad y explotación. Como consecuencia de su trabajo, la niñez y adolescencia trabajadora ve afectada su educación, su desarrollo integral, salud física y mental.

e) El maltrato y abuso infantil también está presente en las calles y en los hogares guatemaltecos, —...siete de cada diez niños y niñas sufren de algún tipo de maltrato



como resultado de la violencia intrafamiliar imperante. Política Pública de Protección integral a la niñez y la adolescencia), esta también es otra causa y muy frecuente por la que los jueces toman la decisión de institucionalizar a los niños.

- f) La existencia de niños de la calle, provoca la institucionalización por abandono, ya sean niños que han perdido ambos padres por la muerte y no tienen tutores que puedan velar por su bienestar o bien son niños dejados en abandono por sus propios familiares, es un problema común en el territorio guatemalteco. Asimismo; existen niños abandonados que viven de la basura y familias enteras que viven en la calle, consecuencia de una cultura generacional de abandono y pérdida de parientes.
- g) El consumo de drogas o la drogadicción es otro problema social imperante en la cultura guatemalteco niñas, niños y adolescentes son vulnerables para caer en este tipo de situaciones.
- h) La explotación sexual comercial de la niñez y adolescencia es una de las prácticas más aberrantes de explotación, abuso y violación a sus derechos humanos; de conformidad con la Política Pública de Protección integral a la niñez y la adolescencia.
- i) Otro problema atendido por las instituciones estatales, organizaciones sociales y comunitarias es la participación de niñas, niños y adolescentes en pandillas juveniles, denominadas en Guatemala como maras. Las maras son pandillas juveniles que por un



lado son protagonistas de diversos hechos delictivos y por otro, son víctimas de abusos de los cuerpos policiales y del crimen organizado.

Los problemas sociales anteriormente mencionados, son causas de la institucionalización de menores de edad, aunque existen combinación de causas anteriormente mencionadas o casos excepcionales, la internación de un niño, niña y adolescente en una casa hogar es necesaria e urgente en la mayoría de casos, en virtud de que la situación social, económica, moral no permite un crecimiento digno a los menores junto a sus familiares y padres.

A nivel privado existen un sin número de hogares permanentes, temporales y sustitutos que funcionan en el país dando abrigo a la niñez y adolescencia institucionalizada. Sin embargo, estas instituciones privadas operan sin mayor control y/o supervisión estatal.

2.2. Principios rectores para determinar la institucionalización

El Reglamento para la Aplicación de Medidas de Protección a Niños Privados de su Medio Familiar por parte de juzgados que ejercen competencia en materia de Niñez y Adolescencia Amenazada o Violada en sus Derechos Humanos, Acuerdo Número 40-2010 de la Corte Suprema de Justicia, establece los principios en los que se basan los jueces para determinar la institucionalización, dentro de los Artículos 3, 4 y 5, siendo los siguientes:



- a) El interés superior del niño en este reglamento, se interpretará como el principio que persigue asegurar la protección y desarrollo integral del niño en su familia biológica y en caso excepcional, en otro medio familiar permanente.
- b) Tutelaridad y protección. Corresponde al Estado de Guatemala, la obligación de otorgar protección jurídica preferente a los niños, niñas y adolescentes, en relación a su condición de vulnerabilidad como sujetos de derechos y no como objetos de tutela y proteccionismo.
- c) Preservación de la familia. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, a través de los magistrados y jueces con competencia en materia de Niñez y Adolescencia que conocen los procesos de protección y abrigo, garantizar a los niños, niñas y adolescentes amenazadas o violada en sus derechos humanos, la preservación en el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección en su familia biológica; si no fuera posible, se procederá a la investigación correspondiente, para optarse por otorgarse la protección y abrigo en la familia ampliada.

Agotados los dos recursos familiares anteriormente señalados, sin resultados positivos, el juez ordenará el abrigo provisional en una familia sustituta previamente acreditada por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República.

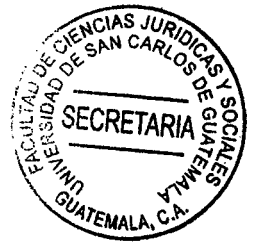
Excepcionalmente, y como último recurso, el juez ordenará el abrigo del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada dedicada al cuidado de niños, instituciones públicas o privadas autorizadas por el Consejo Nacional de Adopciones.



Al respecto la Política Pública de Protección integral a la niñez y la adolescencia de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República y Movimiento Social por los Derechos de la Niñez y la Juventud, para poder determinar la institucionalización de un menor de edad se basan en lo siguiente:

Durante todo el proceso de diseño, ejecución, formulación y revisión de esta Política, se tomaron en cuenta principios filosóficos políticos y éticos que han servido de fundamento para garantizar una mayor eficacia en el cumplimiento de los objetivos, metas y acciones estratégicas establecidas en la misma. Estos principios rectores constituyen los ejes transversales que deben prevalecer en la definición del Plan de Acción y ser tomados en cuenta en la ejecución de cada una de las acciones estratégicas establecidas en los diferentes niveles de la Política, encaminados a lograr el efectivo cumplimiento de los derechos de la niñez. Derivado de lo anterior establecieron los siguientes principios rectores:

- a. Unidad e integridad de la familia;
- b. Protección económica, jurídica y social;
- c. Interés superior de la familia;
- d. No discriminación, equidad e igualdad de oportunidades;



- e. No institucionalización de la niñez y adolescencia;
- f. Responsabilidad compartida para la efectividad de los derechos;
- g. Participación de la niñez y adolescencia.

Respecto al principio de no institucionalización de la niñez y adolescencia, esta política establece que: La protección integral de la niñez y adolescencia demanda del Estado el establecimiento de programas de fortalecimiento a la familia, para evitar al máximo la institucionalización de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad y/o sujetos a procedimientos administrativos o judiciales.

La institucionalización en sí misma es una violación a los derechos humanos de la niñez y adolescencia porque les separa de sus familias, les priva de la libertad y les despersonaliza. Todos los programas de atención y protección a la niñez y adolescencia en situaciones de vulnerabilidad y/o desprotección deberán restituir y fortalecer el vínculo familiar y comunitario que apoya su identidad y sentido de pertenencia, transmite valores, conocimientos y prácticas socio-culturales; la separación de niños, niñas y adolescentes de sus familias como medida de protección solo podrá ocurrir en aquellos casos en que tal separación sea necesaria en el interés superior del niño, en caso de que éste sea objeto de maltrato o descuido de sus padres.



La privación de la libertad e institucionalización del adolescente infractor será considerada una sanción socio-educativa de carácter excepcional y sólo se aplicará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa.

2.3. La institucionalización como medida de protección judicial del niño, niña o adolescente amenazado en sus derechos humanos

El Manual de normas y procedimientos del Área de Protección Judicial, de la Procuraduría General de la Nación, Acuerdo número 153-2019, emitido el 11 de noviembre de 2019, nombra al Jefe de la Procuraduría de Menores, para que a través de la Dirección de la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia, dé cumplimiento al mandato institucional, aplicando la Convención de los Derechos del Niño, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y las normas del ordenamiento jurídico aplicable y vigente, contando para ello con personal especializado en materia de protección a la Niñez y Adolescencia, que adoptan medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas, necesarias para proteger a los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de amenaza o violación a sus Derechos Humanos fundamentales.

Teniendo las siguientes atribuciones para el cumplimiento de su objetivo que es la protección judicial de un menor amenazado en sus derechos humanos, los cuales son:



- a. Representar legalmente a los niños, niñas y adolescentes que carecen de ella, en Procesos de Medidas de Protección.
- b. Dirigir de oficio o a requerimiento de Juez competente la investigación, en los procesos judiciales en los Procesos de Medidas de Protección, en donde se ha determinado la presunción de amenaza o violación a sus Derechos Humanos, tomando en consideración que una de las funciones principales del Área de Protección Judicial, consiste en determinar o ubicar Recurso Familiar Idóneo para la restitución de Derechos.
- c. Solicitar en audiencia, que se certifique lo conducente al Ministerio Público.
- d. Emitir opinión en los procesos judiciales, de conformidad con la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.
- e. Gestionar los procesos de medidas de protección a favor de los niños, niñas y adolescentes amenazados, o violados en sus derechos, conocidos y tramitados ante los Juzgado de Niñez y Adolescencia, que es un proceso especial de protección.
- f. Cumplir con las órdenes judiciales emanadas por los Juzgado de la Niñez y Adolescencia, así como Juzgados de Paz que conozcan y otorguen medida cautelar.

Asimismo; el Manual de normas y procedimientos del Área de Protección Judicial, establece una serie de procedimiento para la aplicación de medidas de protección judicial, que dentro de ellas también es tomada en consideración la institucionalización

de menores en casas hogares o sitios de refugio debidamente autorizados, los que llevan a cabo son los siguientes:



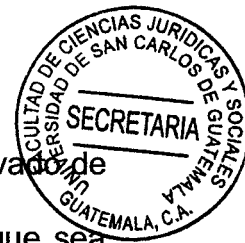
- a. Procedimiento para la actuación en audiencias de medida cautelar en el proceso de medidas de protección, en casos urgentes.
- b. Procedimiento para la actuación en audiencias de conocimiento de los hechos en el proceso de medidas de protección en casos ordinarios.
- c. Procedimiento para la actuación en audiencias definitivas en el proceso de medidas de protección.
- d. Procedimiento para la actuación en audiencias de verificación de la medida en el proceso de medidas de protección judicial.
- e. Procedimiento para la actuación del auxiliar jurídico y equipo multidisciplinario en la recepción de expedientes, notificaciones, asignación y realización de investigación y evaluaciones en el proceso de medidas de protección.
- f. Procedimiento para la recepción de denuncias en las sedes de la PNA ubicados en los juzgados de primera instancia de niñez y adolescencia del área metropolitana, Mixco, Villa Nueva y Juzgados de paz con competencia específica de Guatemala.



En el área judicial el Reglamento para la Aplicación de Medidas de Protección Privados de su Medio Familiar por parte de juzgados que ejercen competencia en materia de Niñez y Adolescencia Amenazada o Violada en sus Derechos Humanos.

Por su parte; el Acuerdo Número 40-2010 de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la aplicación de medidas de protección a la niñez amenazada o violada en sus derechos humanos, describe en grado de importancia cada una de las medidas que se toman con cada caso y establece como último recurso la institucionalización de menores, respecto a todas las medidas, los Artículos del 6 al 11 describen cada una de ellas siendo:

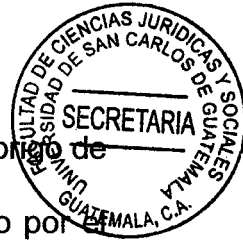
- a. Protección a la familia biológica, es enviar al menor con un familiar para que tenga la guarda y custodia del menor a través de la tutoría.
- b. Aplicación de medida de abrigo del niño en su familia ampliada. Como familia ampliada deberá comprenderse a todas las personas que no sean familia biológica, que tengan parentesco de consanguinidad, afinidad o que mantengan una relación equiparable a la relación familiar con el niño, niña y adolescente amenazadas o violada en sus derechos humanos; de acuerdo a la práctica, usos y costumbres nacionales y comunitarias.
- c. Aplicación de medida de abrigo del niño en familia sustituta. Como familia sustituta, se entenderá a la familia que, sin tener parentesco legal de consanguinidad o



afinidad, acoge, en forma temporal, al niño, niña o adolescente que está privado de su medio familiar biológico o ampliado de los niños, niñas y adolescentes que sea declarado amenazado o violado su derecho a la familia.

- d. Aplicación de medida de abrigo del niño en familia adoptiva. La familia adoptiva es la que recibe, de parte del Consejo Nacional de Adopciones, la certificación de idoneidad para adoptar, después de cumplir con los requisitos establecidos en la Ley de Adopciones y de haberse cumplido con el procedimiento de evaluación desarrollado por los profesionales de la Autoridad Central.
- e. Aplicación de medida de protección y abrigo. Las entidades públicas o privadas dedicadas al abrigo de los niños, niñas y adolescentes, son aquellas instituciones cuya función primordial es brindar la protección y abrigo, cuyo funcionamiento ha sido autorizado por el Consejo Nacional de Adopciones.

La anterior; es una medida que debe ser considerada como último recurso, luego de haberse agotado todas las posibilidades de que el niño, niña y adolescente sea abrigado en su familia biológica, en su familia ampliada o en una familia sustituta. El juez competente deberá observar que la medida de protección y abrigo en entidades públicas o privadas dedicadas al cuidado de niños, niñas y adolescentes deberá decretarse con carácter provisional, sin exceder de seis meses, en tanto el niño es prioritariamente reunificado con su familia biológica, familia ampliada o es integrado a una familia adoptiva como solución permanente.



Los jueces, previo a enviar al niño a una entidad pública o privada dedicada al abrigo de niños, deberán constatar que el funcionamiento de la misma ha sido autorizado por el Consejo Nacional de Adopciones. Las medidas de protección y abrigo decretadas fuera de la familia biológica, podrán ser prorrogadas por el juez, a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, o por la persona interesada.

Según registros del Consejo Nacional de Adopciones de fecha tres de marzo de 2020, se reporta que existe un total de 180 hogares de refugio para niños institucionalizados como medida de protección judicial, estos a su vez se encuentran en distintos estatus, los autorizados y revalidados son 40, en proceso de revalidación 41, proceso de autorización 43 y 56 hogares privados sin funcionamientos, esto denota solamente existe un 69% de todos los hogares, están abrigando niños como medida de protección judicial.

Respecto a la implementación de las medidas de protección judicial el Reglamento de la Procuraduría de la niñez y la adolescencia de la procuraduría General de la Nación, Acuerdo 056-2018 Guatemala, ocho de mayo de dos mil dieciocho, establecer el procedimiento del rescate de un menor, donde además de otras medidas judiciales, también se utiliza la institucionalización.

Asimismo; una de las vías que provoca la institucionalización de los menores de edad se da a través del rescate este se da cuando se constate que el niño, niña o adolescente se encuentra en riesgo o amenazado en sus derechos, el Equipo de



Constatación procederá a rescatar al niño, niña o adolescente y será puesto a disposición de juez competente para que emita una medida cautelar de manera urgente para su protección. De conformidad con el Artículo 72 del Acuerdo 056-2018, y los procedimientos para realizar una medida de protección judicial donde se aplica la institucionalización de un menor de edad amenazado en sus derechos humanos son los siguientes:

- a) La intervención del Área de Protección judicial iniciará luego de derivación interna de la denuncia, a petición de parte el órgano jurisdiccional competente o por orden judicial. Una vez trasladada la denuncia y primeras diligencias en el Área de Protección Judicial, el proceso será iniciado sin demora, apersonándose o presentando la investigación correspondiente en el Juzgado que esté conociendo o vaya a conocer el caso, iniciando la investigación y solicitando la protección correspondiente. Tal como lo determina el Artículo 77 del Acuerdo 056-2018.
- b) Posteriormente se realizan diligencias previas antes de solicitar las medidas cautelares, esto con el objeto de encontrar un lugar para el menor, que puede ser dentro de su núcleo familiar, una familia ampliada, o como último recurso la institucionalización también llamada centro de acogimiento o abrigo. Esto se promueve a través de medidas cautelares favoreciendo la preservación de la niña, niño y adolescente en su familia, y que la institucionalización sea tomada en cuenta como el último recurso.



- c) En los casos donde el niño deba ser colocado en un hogar de protección se recomendará porque el juez ordene la ubicación en primer lugar, en un hogar autorizado o que se encuentre en proceso de autorización; y que sea acorde al perfil del niño, niña o adolescente; y solicitará que en la siguiente audiencia el hogar abrigado presente las evaluaciones del niño. En estos casos, se tendrá en cuenta, salvo excepción, que el tiempo de abrigo en una institución debe ser muy breve conforme a las directrices de Naciones Unidas Sobre las Modalidades Alternativas de Cuidados de los Niños.
- d) Habiendo tomado la decisión de institucionalizar a un menor, se realizan diligencias de investigación, las primeras están basadas en la elaboración de un plan general del caso que contenga estrategias multidisciplinarias para la investigación, representación y protección de los niños, niñas y adolescentes. El plan del caso deberá estar respaldado por investigaciones psicosociales y de los peritajes externos que sean necesarios. Si se requiere entrevistar al niño, niña o adolescente, se hará evitando su victimización secundaria. Tal como determina el Artículo 81 del Acuerdo 056-2018; la información debe reunir todos los elementos necesarios para evaluar el interés superior del niño, niña o adolescente.
- e) Conclusión de la investigación. Completada la investigación se realizará una discusión con el equipo multidisciplinario se establecerán observaciones, recomendaciones y conclusiones pertinentes. El interés superior del niño debe ser la consideración primordial a demostrar en la argumentación, para lo que la solución



propuesta debe estar motivada, justificada y explicada. Como regula el Artículo 83 del Acuerdo 056-2018.

- f) Audiencia de conocimiento de hechos. El día señalado para la audiencia de conocimientos de hechos, el encargado del caso deberá presentarse con todos los medios de investigación que determine el hecho y la existencia de un recurso familiar idóneo; verificará que el niño, niña o adolescente cuente con un intérprete en caso de necesitarlo, verificará que se escuche al niño y se dé intervención a todos los involucrados, tomando los insumos para enriquecer el plan del caso. De conformidad con lo regulado el Artículo 84 del Acuerdo 056-2018.
- g) Solución definitiva. En la audiencia de conocimiento de hechos, el juez podrá proponer una solución definitiva, en ese sentido, corresponde al encargado del caso, aceptar o no tal propuesta, tomando como base los informes de investigación presentados y en caso se considere que no se cuenta con la investigación suficiente para la resolución del caso, solicitará que programe una audiencia definitiva. Si la solución definitiva es aceptada por todas las partes, el encargado del caso deberá solicitar la supervisión correspondiente, así como la programación de una audiencia de verificación de la medida. Como regula el Artículo 86 del Acuerdo 056-2018.
- h) Ofrecimiento de pruebas. En el momento procesal oportuno, el responsable del caso presentará al juez un informe de los medios de prueba ordenado que se aportarán en la audiencia definitiva. Artículo 87 del Acuerdo 056-2018.



i) Audiencia definitiva. El día señalado para la audiencia, el encargado del caso verificará que el niño, niña o adolescente cuente con un intérprete en caso de necesidad y verificará que se le escuche y que se dé intervención a todos los involucrados.

Al momento de su intervención, se pronunciará sobre los medios de prueba aportados por los otros sujetos procesales y presentará los medios de convicción solicitado en la audiencia de conocimiento de hechos, cuando proceda; también presentará los informes que no hayan sido presentados con anterioridad, para esclarecer el hecho y proteger adecuadamente al niño, niña o adolescente; y dará su argumentación tomando como consideración primordial el interés superior del niño, en los términos ya descritos.

Impugnaciones. Cuando proceda, el responsable del caso podrá utilizar los medios de impugnación establecidos en la Ley, con la finalidad de garantizar el Interés Superior del Niño. Como regula el Artículo 89 del Acuerdo 056-2018, respecto a la aplicación de la medida de protección judicial.

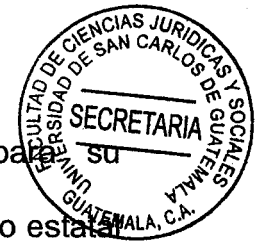
) Ejecución de la medida. El encargado del caso solicitará que la ejecución de la medida sea supervisada por parte del Juez que ordenó la medida de protección. El encargado del caso solicitará al juez que señale las audiencias de verificación de la medida periódicamente, a efecto de determinar que se está cumpliendo con lo ordenado y verificar que la medida siga siendo adecuada. En el caso que los niños estén institucionalizados, solicitará por medio del juez, que hogar abrigante brinde los informes correspondientes. Regulado en el Artículo 90 del Acuerdo 056-2018.



- l) Prolongación de la verificación de cumplimiento de medidas. El responsable del caso deberá solicitar que la verificación de cumplimiento de la medida se prolongue por el tiempo que sea necesario para restablecer el derecho vulnerado. No podrá cerrarse un caso si el derecho no ha sido efectivamente restituido. Artículo 91 del Acuerdo 056-2018.
- m) Archivo. Concluida la verificación de la medida y la supervisión ordenada por el juez, si esta es positiva, se procederá a solicitar el archivo de las actuaciones, asentando razón del cumplimiento de las medidas ordenadas por el juez, los medios de verificación que lo demuestran y fundamentos que llevan a concluir que es aconsejable el archivo del caso. Cuando el adolescente ha cumplido la mayoría de edad, también se solicitará el archivo de la carpeta judicial. Artículo 92 del Acuerdo 056-2018.

2.4. Situación de los niños institucionalizados

“Respecto a la cantidad de niños que las instituciones tienen abrigadas, se ha reportado se encuentra un aproximado de 80 y 330 niños, niñas y adolescentes, en el caso de Hogar Solidario, con casi 800, estas están distribuidas en todo el territorio y son producto de la iniciativa privada. Recientemente comenzó a funcionar un Registro que aún no alcanza a acreditar al 100% ya que muchas de estas organizaciones no cumplen con los estándares establecidos, en agosto de 2010 las autoridades del Consejo Nacional de Adopciones manifestaban que sólo siete instituciones de las 110



entidades privadas registradas contaban con la autorización oficial para su funcionamiento.”¹⁵ Sin embargo esto ya se logró controlar al crear un organismo estatal para registrar estos hogares.

Un ejemplo de la situación en cuanto al cuidado y los problemas que se derivan de institucionalizar es el Hogar Solidario, esta es una institución que depende de la Bienestar Social- SBS, cuyas características son: —...el aislamiento geográfico, la construcción rodeada de altos paredones, la presencia de vigilancia y cámaras de seguridad que controlan el predio, la privación de la libertad. Los niños, niñas y adolescentes allí alojados no tienen ningún tipo de inserción comunitaria, sus vidas trascurren puertas adentro: el acceso a los servicios de salud, educación, recreación, etc. todo se desarrolla dentro del Hogar.

Esta obra de gobierno fue inaugurada en junio del 2010 con la presencia de la primera dama y el presidente de la Nación, representantes políticos, autoridades de distintos credos, y de personal de un organismo especializado, con una gran cobertura de prensa. La finalización de la infraestructura tubo un gasto público de 63 millones de Quetzales, unos 10 millones de dólares aproximadamente. Además, su mantenimiento mensual requiere de unos 17 millones de quetzales, aproximadamente unos 2,3 millones de dólares.

¹⁵ Luna, Matilde, **Niñez y adolescencia institucionalizada: visibilización de graves violaciones de DDHH**. Pág. 12.



Por ejemplo: El Hogar Solidario Nuestra Señora de la Esperanza, Guatemala, objeto de muchos problemas y críticas en cuanto al cuidados de los niños, uno de los señalamientos más fuertes es que dentro del hogar ocurren abusos sexuales, auditorías realizadas muestra la situación emocional que muestran los niños cuando hay visitas de extraños; describiendo que: —...en la sala donde están alojados los varones de 3 a 6 años, había dos cuidadoras para todos, 35 niños. Los pequeños se encontraban deambulando, sin ningún juguete a la vista... un plasma en el que se proyectaba una película infantil en un rincón. Fue evidente la depresión observada en sus rostros y actitudes, así como la búsqueda maniaca del abrazo de otros. Según la estadística oficial, el día 27 de julio de 2011, en el Hogar Solidario se encuentran 774 niños, niñas y adolescentes entre 0 y 18 años.

Respecto a la capacidad para cuidar a los niños investigadores describen que: el predio y sus instalaciones tienen capacidad instalada para albergar 900 niños, niñas y adolescentes, aunque no el personal que se requeriría para esa cantidad, según dicen sus directivos.

Sin embargo, fuentes no oficiales informaron la existencia de hasta 1200 niños, niñas y adolescentes en la institución. Las autoridades informan que de los casi 800, 204 niños y niñas son menores de 6 años. Y entre ellos 55 tienen entre 0 y 3 años. Una sala aloja a niñas embarazadas, por ello y por situaciones en los que son trasladados inmediatamente de nacidos por abandono, hay bebés que desde su nacimiento están



alojados en el sector de lactantes. En esa sala se encontraban 17 bebés con cuidadoras en turnos rotativos, de 24 horas continuas.

Además, hay una cantidad importante de niños y niñas pequeños con discapacidades físicas y mentales: 32 de entre 2 y 8 años. Los pabellones de lactantes, primera y segunda infancia se suceden. En ellos están alojados por una suerte de clasificación relacionada al sexo, la edad y la discapacidad. Los niños en un sector, las niñas en otro. Las salas del sector de la Escuela, también están divididas por género: tanto jardín de infantes, como la escolaridad primaria y los talleres de capacitación (...) En el sector de alojamiento de niñas y niños púberes y adolescentes los pabellones de niñas y niños están circundando un patio común, en las salas/ dormitorios también se clasifican por género y además, como se dijo, otros —atributos de clasificación. Hay un recinto para niñas embarazadas —se las ve muy pequeñas, a entre 12 y no más de 15 años en su mayoría- otro para víctimas de trata.

Entre víctimas de diversas vulneraciones de derechos hay niñas internadas por problemas de conducta. La sala para niñas que han sido rescatadas de situaciones de trata y/o de abuso sexual ha sido inaugurada recientemente.





CAPÍTULO III

3. Directrices de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños

La UNICEF ha determinado que los niños que viven en instituciones han sido objeto de graves violaciones a sus derechos humanos, asimismo, los que aún no lo han sufrido viven en constante riesgo, mientras que los que viven en modalidades alternativas presentan un crecimiento más idóneo y adecuado a su edad y crianza, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niños de 1989 (CDN) reconoce el derecho del niño a ser cuidado por sus padres, y establece obligaciones para los Estados Partes de proveer modalidades alternativas de cuidado adecuadas. Desde 2004, hacían falta orientaciones internacionales para niños sin, o en riesgo de perder, el cuidado parental con el objetivo de mejorar la implementación de la CDN.

“Organismos de gobiernos y de las Naciones Unidas, así como la sociedad civil, emprendieron un gran trabajo que culminó en las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños¹¹ (Directrices), las cuales fueron acogidas formalmente por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 2009 (A/RES/64/142). Dichas Directrices se fundan en dos pilares generales, los principios



de necesidad e idoneidad, con un fuerte hincapié en la prevención de la necesidad de cuidado alternativo.”¹⁶

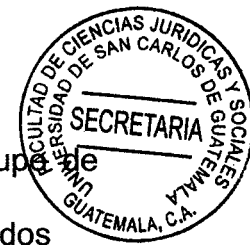
3.1. Antecedentes

Derivado de la Convención sobre los Derechos del Niño (tratado internacional de las Naciones Unidas, firmado en 1989 y en aplicación desde el dos de septiembre de 1990), en el año 2004 se planteó por medio de la Sección de Protección de la Niñez de la Sede de UNICEF; la necesidad de crear Directrices de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños.

Esto provocó la creación de una serie de documentos e investigaciones que mostraban que existe deficiencia en el cuidado de niños en el ámbito familiar, llamando a un plan de acción, dando a conocer a varios organismos y uno de ellos fue el Comité de los Derechos del Niño.

“Posteriormente en el año 2005, se abordó la problemática de los niños sin cuidado parental, Una de las recomendaciones principales que surgieron de esa consulta fue que la comunidad internacional formulara un borrador de Directrices para mejorar la implementación de la CDN (Comité de los Derechos del Niño), para los niños privados de sus familias. A efectos de finalizar dicho texto para finales de 2006, UNICEF y varias

¹⁶ http://www.childrenonthemovemooc.com/index.php/es/iniciativas/modalidades-alternativas-de-cuidado_ (Consultado el 11 de julio de 2020).



ONGs internacionales unieron sus esfuerzos en un Grupo de Trabajo del Grupo de ONGs para la CDN, junto con varios expertos y jóvenes con experiencia en cuidados alternativos.”¹⁷

Luego de haber trabajado durante el año 2006 al año 2007, surgió un borrador de las directrices que incorporaba las diferentes opiniones y sugerencias derivadas de reuniones intergubernamentales, principalmente de Brasil y la participación de 40 gobiernos, junto a organización internacionales como la UNICEF, ONGs internacionales interesadas y tres miembros del Comité de la CDN.

“De la reunión del 2006 también surgió un grupo de amigos de las Directrices. Este estuvo coordinado por Brasil e inicialmente incluyó a representantes gubernamentales de Argentina, Chile, Egipto, Filipinas, Georgia, Ghana, India, Marruecos, México, Portugal, Sudán, Suecia, Ucrania y Uruguay; varios otros países entre los que se encontraban Austria, Finlandia, Italia, los Países Bajos y Suiza se asociaron a su trabajo. El grupo continuó teniendo un importante papel en las subsecuentes negociaciones sobre el texto. Los delegados de muchos otros países se involucraron fuertemente y cumplieron un rol muy importante y constructivo en el proceso de elaboración.”¹⁸

¹⁷ Posch, Christian, **Manual Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños**, Innsbruck. Pág. 47.

¹⁸ *Ibid.* Pág. 47.

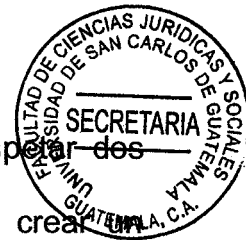


A Través de la resolución A/HRC/RES/7/29, se plasmó la primera muestra de apoyo al borrador realizado de la Directrices, por parte del Consejo de Derechos Humanos (CDH) durante su séptima sesión en marzo de 2008, los avances fueron presentados en la novena sesión del CDH seis meses después, en la que una resolución específica (A/HRC/RES/9/13) invitó a los Estados a poner todo su empeño, en un proceso transparente, en la posible adopción de medidas en su siguiente sesión.

“En respuesta a ello, Brasil hizo circular oficialmente el borrador por medio de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), convocando a realizar comentarios formales antes de finales de enero de 2009. Brasil luego organizó una serie de consultas intergubernamentales abiertas entre marzo y junio de 2009 en Ginebra, durante las cuales se revisaron todos los comentarios que habían sido recibidos en un foro participativo transparente. El resultado fue la preparación de un borrador revisado.”¹⁹

Posteriormente el 17 de junio de 2009, bajo la resolución A/HRC/RES/11/7 se remitió un nuevo borrador de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. En su reunión del 20 de noviembre de 2009, el Tercer Comité de la AGNU efectivamente recomendó su aprobación. Luego, el 18 de diciembre de 2009, la misma AGNU acogió favorablemente las Directrices por medio de su Resolución A/RES/64/142 señalando que ningún país en el mundo tenía objeciones en contra de su contenido.

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 47.



El impulso por el cual fueron creadas las directrices es para operar y respetar dos principios básicos, los cuales son: Primero, el principio de necesidad, de crear un ambiente digno para los niños abrigados y también para su elección que sea como último recurso y absolutamente necesario.

El segundo principio es, el de idoneidad, este dividido también en dos puntos de vistas, el primero tiene una relación muy parecida al de necesidad, en cuanto a que se debe crear un ambiente idóneo para la vida del menor abrigado, y el otro aspecto por el cual se crea este pilar es para que el niño que va ser abrigado tenga el perfil idóneo, para poder optar al programa, previo a una evaluación, investigación y pruebas con otras alternativas a la institucionalización.

Respecto su fundamento estos principios se encuentran en la Resolución aprobada por la Asamblea General, [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434) 64/142, Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, dentro del numeral II, establece los Principios y orientaciones generales; los principios, aunque no son mencionado de manera taxativa, se encuentra implícito en el texto y estudiados como principios de necesidad e idoneidad.

“Al respecto del fundamento del principio de necesidad el anterior documento, establece en su numeral romano II y literal B, numero de párrafo determina que dentro de las modalidades alternativas de acogimiento que el recurso al acogimiento residencial



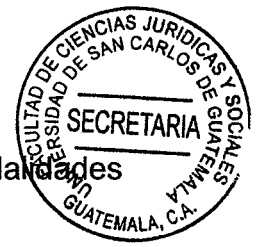
debería limitarse a los casos en que ese entorno fuera específicamente apropiado, necesario y constructivo para el niño interesado y redundase en favor de su interés superior.”²⁰

Por otro lado, y en relación al anterior principio, en la literal B, donde describe la asunción de la responsabilidad legal por el niño, en el número uno del párrafo número 107 establece que las Agencias y centros encargados del acogimiento formal y sus formas de financiación de la acogida no deberían ser nunca de tal índole que alentarán el acogimiento innecesario de un niño o la prolongación de su permanencia en una modalidad de acogimiento organizada o ejercida por una agencia o un centro de acogida.

El principio de necesidad fue creado para poder establecer parámetros donde y solamente cuando sea esencial la institucionalización de un menor se realice, es decir este se refiere al establecimiento de un mecanismo sólido de prevención del ingreso a las modalidades alternativas de cuidado que sea capaz de garantizar que los niños ingresen únicamente al sistema de modalidades alternativas de cuidado si todos los medios posibles para mantenerlos con sus padres o su familia ampliada (extensa) han sido examinados.

Asimismo, este principio puede dividirse en dos sentidos, el primero es: actuar de acuerdo al principio de necesidad implica, antes que nada, prevenir situaciones y

²⁰ *Ibíd.* Pág. 50.



condiciones que puedan desembocar en que se prevea o requiera modalidades alternativas de cuidado.

La variedad de problemáticas que deben ser abordadas es considerable: desde la pobreza material, la estigmatización y la discriminación, hasta la sensibilización respecto de la salud reproductiva, la educación parental y otras medidas de apoyo a las familias, tales como la prestación de guarderías.

“El segundo punto de acción para el principio de necesidad se refiere al establecimiento de un mecanismo sólido de prevención del ingreso a las modalidades alternativas de cuidado que sea capaz de garantizar que los niños ingresen únicamente al sistema de modalidades alternativas de cuidado si todos los medios posibles para mantenerlos con sus padres o su familia ampliada (extensa) han sido examinados.”²¹

Por lo tanto, este principio debe crear todas las medidas necesarias para evitar, prevenir o determinar cómo último recursos la institucionalización, además debe añadirse a la parte sustantiva de la prevención un procedimiento de investigación que implique saber cuál es la situación real del niño, con el objeto de minimizar en lo posible su institucionalización. Para el cumplimiento del mismo se deben implementar las siguientes medidas:

a) La necesidad de servicios adecuados o estructuras comunitarias.

²¹ Ibid. Pág. 51.



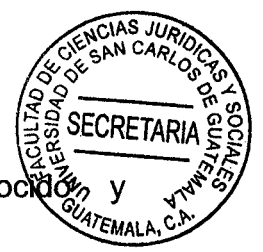
- b) Sistema de prevención del ingreso al acogimiento alternativo.
- c) Evaluaciones regulares.

Con respecto al fundamento legal del principio de idoneidad, dentro de las directrices, también no se encuentra mencionado de forma literal, sin embargo, esa idoneidad se logra a través de planes de acción, que es determinar que el niño, niña o adolescente sea idóneo y por otro lado que el lugar donde va ser acogido sea idónea. Esto se encuentra establecido en los siguientes párrafos de las directrices:

“Al desarrollar esta gama de opciones, claramente se le debe dar prioridad a las soluciones basadas en la familia y la comunidad, (de las Directrices). Al mismo tiempo, las Directrices reconocen que el acogimiento en ámbitos familiares y los centros de acogimiento residencial son respuestas complementarias, siempre y cuando estos últimos cumplan ciertos requisitos (123, 126) y sean utilizadas solo debido a razones positivas es decir, cuando constituyan la respuesta más adecuada a la situación y las necesidades del niño”.²²

Se refiere a que el entorno de cuidado corresponda a cada niño involucrado en particular. Esto significa seleccionar aquel que, en principio, satisfaga mejor las necesidades del niño en ese momento. También implica que una variedad de entornos de cuidado en un ámbito familiar u otros entornos deba establecerse, a efectos de que

²² **Ibíd.** Pág. 47.



exista una verdadera selección y que exista un procedimiento reconocido y sistemático para determinar cuál es el más adecuado.

La idoneidad en la aplicación de la institucionalidad es llenar un perfil como niño, niña y adolescente que está siendo afecto en sus derechos humanos, por lo que lo hace idóneo para su institucionalización, derivado de que ya se realizó una investigación y todas las modalidades anteriores de su acogimiento, dentro de su familia, vecinos, amigos entre otros se haya agotado, siendo idóneo para poder ser puesto en un centro de abrigo, es decir la idoneidad está basada en lo siguiente:

- a) Entorno idóneo: cuando ya se determinó que el niño es idóneo, debe de proveérsele el abrigo de forma adecuada.

- b) Niño idóneo: “También implica que una variedad de entornos de cuidado en un ámbito familiar u otros entornos deba establecerse, a efectos de que exista una verdadera selección y que exista un procedimiento reconocido y sistemático para determinar cuál es el más adecuado (prevención del ingreso a las modalidades alternativas de cuidado.”²³

Uno de los principios aplicables también a las directrices es el interés superior del niño, aunque los estados no determinan otros principios si existen unos denominados subyacentes, que son los establecidos por los Estados participantes, para la mejor

²³ Posch, Christian, **Ob. Cit.** Pág. 46.



implementación de los procesos de aplicación de las directrices, como medidas para promover la aplicación de las Directrices: Los Estados son responsables de determinar la necesidad de cooperación internacional para la aplicación de las presentes Directrices, y de solicitarla. Tales solicitudes deberían estudiarse debidamente y recibir una respuesta favorable siempre que sea posible y apropiado. La aplicación mejorada de las presentes Directrices debería figurar en los programas de cooperación para el desarrollo. Al prestar asistencia a un Estado, las entidades extranjeras deberían abstenerse de cualquier iniciativa incompatible con las presentes directrices.

Las presentes directrices se aplican al uso y las condiciones apropiadas del acogimiento alternativo formal de todas las personas menores de 18 años, a menos que conforme a la ley aplicable el niño alcance la mayoría de edad anteriormente. Las Directrices se aplican también a los entornos de acogimiento informal solo si así lo indican expresamente, habida cuenta de la importante función desempeñada por la familia extensa y la comunidad y las obligaciones que incumben a los Estados respecto de todos los niños privados del cuidado parental o de sus cuidadores legales o consuetudinarios, conforme a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño.

3.2. Objetivos

Dentro de sus anexos las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, establece dentro de sus párrafos uno y dos, que tiene por objeto promover la



aplicación de Convención sobre los Derechos del Niño y de las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales relativas a la protección y al bienestar de los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación.

Asimismo, las directrices establecen que a la luz de esos instrumentos internacionales y teniendo en cuenta el creciente caudal de conocimientos y experiencias en esta esfera, se deben crear unas pautas adecuadas de orientación política y práctica.

Han sido concebidas para su amplia difusión entre todos los sectores que se ocupan directa o indirectamente de cuestiones relacionadas con el acogimiento alternativo y tienen como finalidad, en particular:

- a) Apoyar los esfuerzos encaminados a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de su propia familia o que se reintegre a ella o, en su defecto, a encontrar otra solución apropiada y permanente, incluidas la adopción y la *kafala* del derecho islámico;
- b) Velar por que, mientras se buscan esas soluciones permanentes, o en los casos en que estas resulten inviables o contrarias al interés superior del niño, se determinen y adopten, en condiciones que promuevan el desarrollo integral y armonioso del niño, las modalidades más idóneas de acogimiento alternativo;



- c) Ayudar y alentar a los gobiernos a asumir más plenamente sus responsabilidades y obligaciones a este respecto, teniendo presentes las condiciones económicas, sociales y culturales imperantes en cada Estado;
- d) Orientar las políticas, decisiones y actividades de todas las entidades que se ocupan de la protección social y el bienestar del niño, tanto en el sector público como en el privado, incluida la sociedad civil.

3.3. Modalidades alternativas

Las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, establece dentro de sus párrafos del 31 al 51 la prevención de la necesidad de acogimiento alternativo, a través de tres grandes conceptos:

- a) Promoción del cuidado parental: está dirigida principalmente para restablecer la convivencia con el padre o la madre a través de la creación de diversas políticas públicas o métodos gubernamentales que impulse esta prevención con el objeto de dar prioridad a los progenitores antes que una institución, a través de la orientación psicológica a los padres o el estudio adecuado que permita una mejor relación con ellos.
- b) Prevención de la separación de la familia: para evitar el abrigo de los niños en instituciones de acogimiento permanente, las directrices promueven la participación de otros miembros de la familia, como los hermanos, la detección temprana del



abuso por parte de los maestros, en caso de que sean niños abandonados o que los padres renunciaron a la patria potestad, la posibilidad de que el estado implemente métodos para localización de familiares que no sean los padre, siempre orientando a la unidad familiar y que el niño quede bajo el resguardo de un pariente consanguíneo.

- c) Promoción de la reintegración en la familia: El acogimiento alternativo que ofrece la implementación de las directrices también va dirigido que un niño institucionalizado permanezca en el centro el menor tiempo posible, los Estados deben velar porque el menor de edad se reintegre a su familia.

Al respecto el párrafo 51 de las directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños establece: —...Una vez decidida, la reintegración del niño en su familia debería concebirse como un proceso gradual y supervisado, acompañado de medidas de seguimiento y apoyo que tengan en cuenta la edad del niño, sus necesidades y desarrollo evolutivo y la causa de la separación.

Las directrices están basadas principalmente a darle prioridad al cuidado familiar, antes de tomar cualquier decisión de entregar a un menor a una institución, la causa principal por la cual se realiza es porque se ha demostrado mediante la investigación de casos que los niños, niñas y adolescentes que viven: en orfanatos porque no tienen padres es reforzar uno de los mayores mitos.



De hecho, ese no es el caso. La mayoría de ellos fueron ubicados allí simplemente porque sus padres no podían satisfacer sus necesidades de alimentación, vestido y educación. Los gobiernos y los donantes a menudo consideran el acogimiento en una institución como la solución más sencilla. También es una manera de ocultar el hecho de estos menores se enfrentan a graves problemas debido a su extrema pobreza y a la discriminación de la que son víctimas.

3.4. Medidas para la implementación de las Directrices

Para la implementación y aplicación de las Directrices se hay preparado diversos proyectos, desde el año 2009, esto con el objeto de orientar a los legisladores, los encargados de realizar políticas y orientar también a instituciones publica y privadas involucradas para poder establecer una serie de medidas que permitan que estas disposiciones puedan establecer lo más preciso, los principios de idoneidad y necesidad en el momento del acogimiento de una niña, niño o adolescente que se ha violentado sus derechos humanos. Los instrumentos internacionales operativos realizados son los siguientes:

- a) Manual Avanzando en la Implementación: Este manual ofrece orientaciones específicas sobre cómo implementar las Directrices, describiendo ejemplos de prácticas prometedoras ya emprendidas en diversos países y regiones. Brinda a los profesionales ímpetu y medios innovadores para implementar las orientaciones deseables para la política y la práctica, establecidas en las Directrices.



Ofrece, asimismo, orientaciones a la sociedad civil en cuanto al seguimiento de la implementación y la presentación de informes ante organismos nacionales, como defensorías, instituciones nacionales de derechos del niño, así como organismos establecidos en virtud de tratados internacionales, en especial el Comité de los Derechos del Niño.

b) Iniciativa de seguimiento de los avances (2014-2018): —...la iniciativa de seguimiento de los avances, (*Tracking Progress Initiative*, TPI por sus siglas en inglés) es una herramienta de diagnóstico y aprendizaje, interactiva y basada en las fortalezas, creada para asistir a los gobiernos y a las ONGs a determinar el nivel de implementación efectiva de las Directrices alcanzado por un Estado o región, y las prioridades que deban seguirse para conseguir cambios.

La identificación de deficiencias puede servir también para obtener mejoras en los servicios y en la promoción basada en pruebas, así como en la planificación de estrategias. Las prácticas prometedoras de seguimiento que se identifiquen pueden compartirse para ser replicadas. De esta forma, el seguimiento sistemático asistirá a la plena implementación de las Directrices, mejorando la calidad del cuidado de los niños y, sobre todo, provocando cambios positivos para los niños y sus familias.

c) MOOC: Modalidades alternativas de cuidado: Es una herramienta internacional de capacitación que ofrece educación, información sobre políticas y prácticas de



implementación relativas a las Directrices y los ámbitos donde prioritariamente falta cambios según la TPI. Un foro internacional sobre los derechos del niño en modalidades alternativas de cuidado, de octubre de 2016, con especial atención en prácticas prometedoras y desafíos actuales, fue utilizado como una plataforma para grabar la capacitación en línea. El MOOC sobre la protección de niños en el contexto de la migración internacional contribuirá al marco fijado por las iniciativas mencionadas más arriba.

Estas herramientas tienen un amplio apoyo cooperativo, es decir basado en experiencias adquiridas por los diversos casos donde se determinó la existencia de las deficiencias que presenta la institucionalización de menores en comparación con las otras alternativas de cuidados de menores como la familia ampliada.

Un ejemplo en Guatemala es La Coordinadora Institucional de Promoción por los Derechos de la Niñez -CIPRODENI- la cual tiene como misión, ser garante e incidir políticamente en los derechos de la niñez y adolescencia guatemalteca, a efecto que se cumplan las responsabilidades adquiridas por el Estado de Guatemala, al ratificar la Convención Sobre los Derechos del Niño. Así como también, el buscar alternativas que modifiquen positivamente la realidad existencial de la niñez y adolescencia guatemalteca.



CAPÍTULO IV

4. Criterios jurídicos mínimos que orienten como último recurso la institucionalización de la niñez

Es necesario analizar cuáles son los criterios jurídicos mínimos, que pueden orientar a la institucionalización de la niñez dentro del territorio nacional, de tal manera que se pueda determinar la importancia que esta tiene en el país y como esta se desarrolla.

4.1. Generalidades

“Se ha determinado que en Guatemala hay más de 5.000 niñas, niños y adolescentes institucionalizados. Estudios demuestran que la institucionalización genera problemas en el desarrollo psicológico, social y biológico de las niñas, niños y adolescentes, en el caso de los niños y niñas menores de 3 años por cada cuatro meses que un niño esté institucionalizado, pierde un mes en su desarrollo. La principal causa de la institucionalización en los niños y niñas es el maltrato, mientras que en las adolescentes es debido a los problemas parentales y violencia sexual. En los adolescentes varones, las principales causas de la institucionalización son las adicciones y la identificación con pandillas.”²⁴

²⁴ <https://www.unicef.org/guatemala/historias/un-hogar-no-reemplaza-la->, (Consultado, 9 de junio de 2019).



Asimismo; la institucionalización prolongada por más de seis meses también provoca la desvinculación y desapego con la familia. Por ello, cuando se decide institucionalizar un niño, niña o adolescente, debe ser el menor tiempo posible e idealmente en espacios cercanos a su comunidad para facilitar el acceso a la familia. “Paralelamente, se deben fortalecer los programas dirigidos a las familias para que reciban asistencia en casos de pobreza y apoyo en la relación con sus hijas e hijos, mejorando la comunicación y comprendiendo mejor los diferentes ciclos de vida y de desarrollo de la niñez y adolescencia. UNICEF aboga para que termine la institucionalización sistemática de la niñez en Guatemala y de cerca de 240.000 niñas, niños y adolescentes en América Latina y El Caribe.”²⁵

Por las experiencias vividas en varios países y la recopilación de Datos, Naciones Unidas implementa la Convención sobre los Derechos del Niño a través de las Directrices de las Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, donde da una serie de orientaciones para que los Estados parte, puedan impulsar y promover como prioridad que el niño, niña o adolescente violado en sus derechos pueda reintegrarse al seno familiar en sus diversos aspectos, ya sea con sus progenitores, hermanos, tíos, primos etc., según cada uno de los casos y dejar en última, necesaria, urgente e idónea la institucionalización de los menores; poniendo como ejemplo que la pobreza de los padres no determina el abrigo institucionalizado.

²⁵ **Ibíd.**



Las directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños, realizada por Naciones Unidas, se encuentra estructuradas con un objeto, principios orientadores generales, ámbito de aplicación, prevención de la necesidad de acogimiento alternativo, base de la acogida, determinación de la modalidad de acogimiento más adecuada, provisión del acogimiento alternativo, agotamiento alternativo de niños fuera de su país de residencia habitual, el acogimiento en situación de emergencia.

Su objeto es promover la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales relativas a la protección y al bienestar de los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación.

Aunque se reconoce que los centros de acogimiento residencial y el acogimiento en familia son modalidades complementarias para atender las necesidades de los niños, donde siga habiendo grandes centros instituciones de acogimiento residencial convendría elaborar alternativas en el contexto de una estrategia global de desinstitucionalización, con fines y objetivos precisos, que permitan su progresiva eliminación.

A estos efectos, el Estado debe establecer estándares de acogimiento para garantizar la calidad y las condiciones propicias para el desarrollo del niño, como la atención individualizada y en pequeños grupos, y deberían evaluar los centros de acogida existentes con arreglo a esos estándares. Las decisiones concernientes al



establecimiento o a la autorización de establecimiento de nuevos centros de acogimiento residencial, tanto públicos como privados, deberían tener plenamente en cuenta este objetivo y estrategia de desinstitucionalización.

4.2. Deficiencias en la aplicación de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños

A pesar de las medidas tomadas, como (política pública, acuerdo de la Corte Suprema de Justicia y manuales de la Procuraduría General de la Nación), no aplican los dos principios básicos que son el de necesidad y el de idoneidad, además de carecer de las siguientes medidas establecidas por Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños:

- a) En las modalidades alternativas de acogimiento, establece que deben crearse alternativas en el contexto de una estrategia global de desinstitucionalización, con fines y objetivos precisos, que permitan su progresiva eliminación, a estos efectos, los Estados deberían establecer estándares de acogimiento para garantizar la calidad y las condiciones propicias para el desarrollo del niño, como la atención individualizada y en pequeños grupos.

Con el objetivo y la estrategia de desinstitucionalización, dentro de la investigación realizada los centros de acogimiento además de ser pocos, lo de carácter público son centros muy grandes donde se manejan el cuidado de grandes grupos de niños, niñas y



adolescentes, además de que no cuentan con el cuidado necesario al carecer de personal especializado, por lo tanto la recomendación de crear grupos pequeños dentro de las instituciones de abrigo no se ha realizado.

b) Respecto a las Medidas para promover la aplicación, de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, en el párrafo 23 establece que debe haber cooperación entre todas las autoridades competentes y la integración de las cuestiones del bienestar del niño y la familia en todos los ministerios directa o indirectamente interesados.

A respecto, la cooperación interinstitucional de las entidades gubernamentales dentro de la República de Guatemala, solo se reflejaron en forma de instrumentos jurídicos y manuales, de la Procuraduría General de la Nación, los Juzgado de la Niñez y Adolescencia y la secretaria de Planificación y Programación de la Presidencia; en cuando a medidas tomadas, no se encontró una colaboración mutua, ya que cada una está cumpliendo las directrices de forma independiente y no coordinada, causando falta de cooperación y es escasa para la investigación adecuada.

c) Otro aspecto no tomado en cuenta y que las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños lo contiene es la prevención de la necesidad de acogimiento alternativo, principalmente en la parte de promoción del cuidado parental, el derecho del niño a mantener una relación con el padre y la madre.



Cuando un niño es institucionalizado, queda aislado de su familia, amigos, vecinos y su comunidad, en un confinamiento permanente dentro de la institución.

- d) En el mismo sentido del párrafo anterior el confinamiento permanente, y el cuidado total del Estado a través de las instituciones de abrigo, queda fuera el Servicios de mejora del medio familiar, como la educación parental, el fomento de relaciones positivas entre los padres y los hijos, las técnicas de solución de conflictos, oportunidades de empleo y de generación de ingresos, y, de ser necesario, asistencia social; por lo tanto no hay participación del Ministerio de Economía y el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, entre otras que son entidades afines a estos temas.
- e) No se desarrollan ni promueven, servicios de apoyo social, como servicios de guardería, mediación y conciliación, tratamiento de la toxicomanía, ayuda económica y servicios para los padres e hijos que sufren algún tipo de discapacidad.
- f) No se han implementado métodos y técnicas complementarios para el apoyo familiar, que varíen a lo largo del proceso de apoyo, tales como las visitas domiciliarias, las reuniones de grupo con otras familias, la presentación y discusión de casos y la asunción de compromisos por parte de la familia interesada. Su objetivo debería ser tanto facilitar las relaciones intrafamiliares como promover la integración de la familia dentro de su comunidad.



- g) No entre la situación de las instituciones de abrigo y la directrices la participación de la familia ampliada (tíos, abuelos, primos, hermanos, etc.), por lo tanto se incumple el párrafo 36 de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, donde establece que: Los hermanos que hayan perdido a sus padres o cuidadores y hayan optado por permanecer juntos en el hogar familiar deberían poder disponer de apoyo y servicios, en la medida en que el hermano mayor sea considerado capaz de actuar como cabeza de familia y esté dispuesto a ello.
- h) Falta de promoción de la reintegración en la familia, esto en virtud de que no se ha realizado en lo posible el regreso del menor a la reinserción familiar, es decir que no se enfocan en que los niños puedan regresar al seno familiar, después de haber investigado nuevamente las circunstancias y determinar que ya son adecuadas, un padre que pierde a través de la institucionalización a su menor hijo, es muy difícil que lo pueda volver a recuperar.
- i) No existe un procedimiento de desinstitucionalización solamente está establecido como principio, es decir el juzgado lo debe de tomar en cuenta en las decisiones que realice, sin embargo, aplicación y seguimiento a través de las supervisiones periódicas, no se realiza, porque no existe un engranaje jurídico administrativo encargado de velar por sacar a los niños de las instituciones.
- j) No se ha prestado una atención especial a que los niños que se encuentren en acogimiento alternativo a causa de la prisión u hospitalización prolongada de sus padres, para que estos tengan la oportunidad de mantener contacto con ellos y

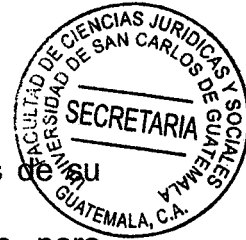


recibir el apoyo psicológico y la asistencia necesarios a este respecto. Solamente un encierro permanente y la declaratoria de adoptabilidad.

- k) Hace falta el fomento y la facilitación de los contactos con los niños y otras personas de la comunidad local, haciendo caso omiso a la directriz número 156, que establece: Se debería prestar asistencia a las comunidades para que desempeñen un papel activo en el control y la solución de los problemas de cuidado y protección de los niños en el contexto local. Y el 118 del mismo texto que en concordancia describe: Debería establecerse en cada localidad un grupo de guardadores familiares acreditados que puedan proporcionar al niño cuidado y protección sin romper los vínculos con la familia, la comunidad y el grupo cultural.

Por lo tanto, la participación comunitaria no se vio reflejada en la investigación, los niños son confinados permanentemente, por razones de pobreza extrema de sus padres, es decir que no tenían para alimentarlos, las directrices son claras en establecer el apoyo económico o laboral a los progenitores, en este tipo de casos para evitar la institucionalización del menor, con ello además de incumplir varios párrafos de la Directrices, violentan el principio de necesidad e idoneidad.

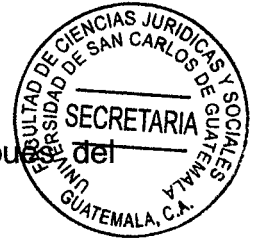
- l) No hay una estrategia para evitar los abusos sexuales y otros delitos penales establecidos, dejando fuera la aplicación del párrafo 92 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños donde establece que se debería de ofrecer una protección adecuada a los niños contra el secuestro, el tráfico, la venta y cualquier otra forma de explotación.



Al respecto el párrafo de la Directriz establece: Las consiguientes limitaciones de libertad y comportamiento deberían ser solo las estrictamente necesarias para garantizar su protección efectiva contra tales actos.

- m) La supervisión de alguien de confianza no existe mientras están encerrados, el confinamiento de los menores es extremo y permanente por lo que no pueden tener contacto con personas de su confianza.
- n) La participación de los menores es nula, ya que su institucionalización es el confinamiento permanente, en un ambiente donde no existen comunicación alguna con el exterior, por lo tanto, ellos no pueden elegir su participación, solamente se encuentran sobreviviendo día con día hasta su mayoría de edad.
- o) Poco personal y falta de capacitación de los cuidadores, es otro factor que incumple las directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, esto implica también que es muy difícil que existan personal con conocimiento para atender a los niños con necesidades especiales, (niños con el VIH/SIDA o padecen otras enfermedades físicas o mentales crónicas, y los niños con discapacidades físicas o mentales).

Al respecto el párrafo 119 de las directrices, establece: Deberían crearse servicios especiales de preparación, apoyo y asesoramiento para los guardadores familiares a



los que estos puedan recurrir a intervalos regulares antes, durante y después del acogimiento.

- p) La participación de los familiares de los niños institucionalizados, no existe, en virtud de que no se han creado asociaciones de guardadores familiares, por lo tanto, también se incumple el párrafo número 121 de las directrices, donde describe que: Se debería fomentar la creación de asociaciones de guardadores familiares que puedan prestarse recíprocamente un importante apoyo y contribuir al desarrollo de la práctica y la política.
- q) En relación al tema de inspección y control, se reflejó en el estudio que después de ser archivado el expediente del menor no existe otro procedimiento para el seguimiento y su posible desinstitucionalización, incumpliendo la directriz contenida en el párrafo número 127, que describe: Las agencias y centros de acogida y los profesionales que intervienen en la provisión de cuidado deberían ser responsables ante una autoridad pública determinada, que debería velar, entre otras cosas, porque se efectuaran inspecciones frecuentes, en particular visitas tanto programadas como no anunciadas, que comprendiesen la observación del personal y los niños y entrevistas con ellos.
- r) Otro factor importante no aplicado en Guatemala, que desarrolla las Directrices es la asistencia para la reinserción social, dejando por un lado el párrafo 130 de las directrices, que establece que: —...Las agencias y los centros de acogida deberían



aplicar unas políticas claras y ejecutar los procedimientos acordados relativos a la conclusión programada o no de su trabajo con los niños con objeto de velar por la reinserción social o el seguimiento adecuados.

Durante todo el período de acogida, dichas agencias y centros deberían fijarse sistemáticamente como objetivo la preparación del niño para asumir su independencia e integrarse plenamente en la comunidad, en particular su preparación para la vida cotidiana y el trato social, que se fomenta mediante la participación en la vida de la comunidad local.

4.3. Implementación de las directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños

La implementación de las directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños se ve reflejada dentro de documentos e instrumentos jurídicos, de varias instituciones del Estado de Guatemala, al haber hecho un análisis comparativo sobre ellas y la forma en que se encuentran los menores de edad dentro de las instituciones, se puede verificar que existe deficiencias en la implementación de las directrices, que han sido mencionadas en el párrafo anterior.

En este apartado se describirá a grandes rasgos que ha hecho el Estado de Guatemala, en la implementación de las directrices y al final se realizara propuestas generales respecto a que procedimientos están pendientes de crear.



Dentro de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se encuentra en los derechos y garantías fundamentales en el proceso de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos, que tienen relación con las directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños, son los siguientes parámetros:

- a) Se establece que el criterio jurisdiccional debe ser dirigido a que los menores deban ser escuchado en su idioma en todas las etapas del proceso y que su opinión y versiones sean tomadas en cuenta y consideradas en la resolución que dicte el juzgado, debiendo en su caso, estar presente un intérprete.
- b) No ser abrigado en institución pública o privada, sino mediante declaración de autoridad competente, previa a agotar las demás opciones de colocación.
- c) Asistir a las audiencias judiciales programadas, acompañado por un trabajador social, psicólogo o cualquier otro profesional similar.
- d) Recibir información clara y precisa en su idioma materno, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como del contenido y las razones de cada una de las decisiones.
- e) Tener y seleccionar un intérprete cuando fuere el caso.
- f) No ser separado de sus padres o responsables contra la voluntad de estos, excepto cuando el juez determine, previa investigación de los antecedentes, que tal



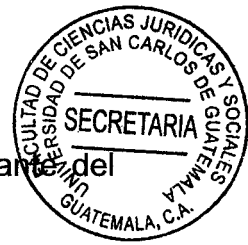
separación es necesaria en el interés superior del niño, en caso en que éste sea objeto de maltrato o descuido.

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

Respecto a la creación de políticas para poder realizar una protección integral de un menor los Artículo 81 y 86 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece comisiones donde dan participación a instituciones relacionadas con las necesidades de los menores, describiendo lo siguiente: —Las políticas de protección integral se entenderán como el conjunto de acciones formuladas por la Comisión Nacional y las Comisiones Municipales de la Niñez y la Adolescencia, respectivamente, para garantizar a los niños, niñas y adolescentes el pleno goce de sus derechos y libertades.

La Comisión Nacional de la Niñez y de la Adolescencia será deliberativa y estará integrada paritariamente por representantes del Estado y por el mismo número de representantes de organizaciones no gubernamentales que realicen acciones y desarrollen programas a favor de la niñez y la adolescencia, así:

a) Por el Estado: un representante de cada una de las áreas de educación, salud, trabajo y previsión social, gobernación, cultura, bienestar social, finanzas y de la Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia o la dependencia que



tenga a su cargo la planificación en el Organismo Ejecutivo; un representante del Congreso de la República; un representante del Organismo Judicial.

b) Por las organizaciones no gubernamentales destinadas al desarrollo de la niñez y la adolescencia, once representantes de: organizaciones de derechos humanos de la niñez y la adolescencia, religiosa, indígenas, juveniles, educativas y de salud.

Por otro lado, y dentro del trabajo de las anteriores comisiones, una de las políticas desarrolladas por estas comisiones es la Política Pública y Plan de Acción para la Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia (2017-2032) de la Comisión Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, donde determina como principio la desinstitucionalización de los niños en centros de acogida, estableciendo que: No institucionalización de la niñez y adolescencia: La protección integral de la niñez y adolescencia demanda del Estado el establecimiento de programas de fortalecimiento a la familia, para evitar al máximo la institucionalización de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad y/o sujetos a procedimientos administrativos o judiciales.

La institucionalización en sí misma es una violación a los derechos humanos de la niñez y adolescencia porque les separa de sus familias, les priva de la libertad y les despersonaliza. Todos los programas de atención y protección a la niñez y adolescencia en situaciones de vulnerabilidad y/o desprotección deberán restituir y



fortalecer el vínculo familiar y comunitario que apoya su identidad y sentido de pertenencia, transmite valores, conocimientos y prácticas socio-culturales.

La separación de niños, niñas y adolescentes de sus familias como medida de protección solo podrá ocurrir en aquellos casos en que tal separación sea necesaria en el interés superior del niño, en caso de que éste sea objeto de maltrato o descuido de sus padres; la privación de la libertad e institucionalización del adolescente infractor será considerada una sanción socio-educativa de carácter excepcional y sólo se aplicará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa.

A pesar de tomar en consideración crear como principio la desinstitucionalización de los menores, esta política deja fuera los principios de necesidad e idoneidad que tanto las directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños, los manuales e instrumentos internacionales la tienen como base, no la toma en consideración como principio.

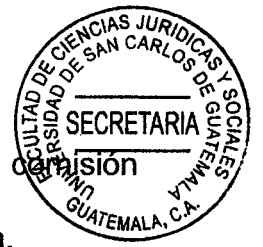
Por su parte el Reglamento para la Aplicación de Medidas de Protección a Niños Privados de su Medio Familiar por parte de juzgados que ejercen competencia en materia de Niñez y Adolescencia Amenazada o Violada en sus Derechos Humanos, Acuerdo Número 40-2010, de la Corte Suprema De Justicia respecto a disposiciones que tienen relación con las directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños, establece en los Artículos tres y cinco, lo siguiente:



- a) El interés superior del niño en este reglamento se interpretará como el principio que persigue asegurar la protección y desarrollo integral del niño en su familia biológica, en caso excepcional, en otro medio familiar permanente.
- b) Preservación de la familia. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, a través de los magistrados y jueces con competencia en materia de Niñez y Adolescencia que conocen los procesos de protección y abrigo, garantizar a los niños, niñas y adolescentes amenazadas o violada en sus derechos humanos, la preservación en el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección en su familia biológica; si no fuera posible, se procederá a la investigación correspondiente, para optarse por otorgarse la protección y abrigo en la familia ampliada. Agotados los dos recursos familiares anteriormente señalados, sin resultados positivos, el juez ordenará el abrigo provisional en una familia sustituta previamente acreditada por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República.

Excepcionalmente, y como último recurso, el juez ordenará el abrigo del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada dedicada al cuidado de niños, instituciones públicas o privadas autorizadas por el Consejo Nacional de Adopciones.

También el Organismo Judicial en Guatemala, tiene preceptos jurídicos, similares a los establecidos en las directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños, y también dejan fuera los principios de idoneidad y necesidad que son los pilares de las directrices. Y finalmente en la Procuraduría General de la Nación existen



procedimientos para la aplicación de la institucionalización y una comisión multidisciplinaria que examina esta medida antes de ser impuesta, en definitiva.

A pesar de que, dentro de los instrumentos jurídicos en el ámbito administrativo y judicial en Guatemala, la opción de modalidades alternativas del cuidado de los niños, principalmente el familiar que es el que promueve e impulsa las directrices, termina en el archivo del expediente en la Procuraduría General de la Nación, lo que detiene el proceso desinstitucionalización. Para poder dar un avance a ello es necesario implementar los siguientes procedimientos:

- a) Procedimientos interinstitucionales entre para poder determinar una forma en que los niños, niñas y adolescentes que han tenido que ser institucionalizados, puedan convivir con su comunidad o al lugar social donde perteneció, dando las facilidades para que pueda salir del centro de cuidado para que pueda recrearse en parques, zoológicos, cines, fundaciones, u otras entidades que puedan enriquecer la comunicación con los menores y su entorno social o comunitario.
- b) Es necesario que el Ministerio de Trabajo y Previsión Social cree una bolsa de trabajo para poder emplear a los padres de familia que no tienen los recursos necesarios para sostener a sus menores hijos, evitando de esta manera la institucionalización.



- c) En caso de que los padres o familiares de los menores tengan una habilidad para hacer negocios, la implementación de medidas de inversión y préstamo como pequeñas empresas puede ser una solución impulsada por el Ministerio de Economía.
- d) Procedimiento de asistencia para menores que permita su participación en el proceso de desinstitucionalización y reintegración familiar, a través de un acompañamiento psicológico y de una trabajadora social y no solamente el archivo del caso.

En virtud de lo anterior, se puede añadir que, si bien existen un sistema jurídico administrativo y judicial, respecto a la institucionalización de los niños, y criterios implícitos en los mismos para elegir la institucionalización como última medida, queda el vacío legal y la falta de aplicación de directrices para lograr la desinstitucionalización, después de la declaratoria judicial.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La protección integral impulsado por la Convención Sobre los Derechos del Niño, el cual es adoptado a su vez por la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, y las Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños, la necesidad e idoneidad para poder declarar la institucionalización de un menor de edad, como la última opción. Estos principios implican que la privación de libertad debe utilizarse como último recurso, a falta de otra medida o sanción idónea y por el menor tiempo posible.

La Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños en comparación con la situación de instituciones de abrigo en Guatemala muestras seria deficiencias, si bien es cierto hay medidas tomadas por la Procuraduría General de la Nación, como procedimientos donde se implementa la medida cautelar de abrigo, así como el principio de desinstitucionalización, principio del Interés Superior del Niño, un mesa multidisciplinaria que también se ven reflejadas en los Acuerdos de los Juzgados de Menores, además de existir una política pública al respecto, deja afuera varios aspectos determinantes para evitar la sobrepoblación en las instituciones públicas y privadas de abrigo. Por lo tanto, se deben implementarse una serie de medidas dirigidas para crear procedimientos después de la declaratoria judicial de institucionalización de un menor y el archivo del expediente, dirigidos a la reintegración familiar, social y comunitaria.





BIBLIOGRAFÍA

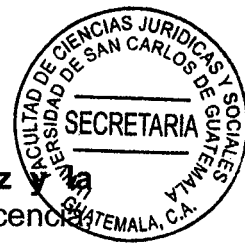
- CARMONA LUQUE, María del Rosario. **La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.** España: Ed. Dykinson, 2011.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, **El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño.**
- DURÁN AYAGO, Antonia. **La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico,** España: Ed. Colex, 2004.
- GARCÍA CANO, Sandra, **Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades,** España: Ed. Colex, 2003.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional.** México: Ed. Unión Europea, 2006.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y Sonia Rodríguez Jiménez, **¿Menor o niños, niñas y adolescentes?, un tópico a discutir,** México: Ed. UNAM, 2011.
- <http://www.childrenonthemovemooc.com/index.php/es/iniciativas/modalidadesalternativas-de-cuidado>, (Consultado el 11 de julio de 2020).
- <https://www.unicef.org/guatemala/historias/un-hogar-no-reemplaza-la->, (Consultado, 9 de junio de 2019).
- LAMPERT, María Pilar, **Análisis de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños,** Naciones Unidas, Chile: Ed. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2015.
- LÓPEZ-CONTRERAS, Rony Eulalio. **Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido.** Guatemala: Ed. USAC. 2012.
- LUNA, Matilde, **Niñez y adolescencia institucionalizada: visibilización de graves violaciones de DDHH.** Uruguay: Ed. Relaf, Red, 2011
- POCAR, Francisco., **La protección de la partie faible en Droit International Prive,** Francia: Ed. RCADI, 1984.
- POSCH, Christian. **Manual Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños.** Austria: Ed. Aldeas infantiles SOS Internacional Desarrollo de programa, 2009.



- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco., **El interés del menor**. España: Ed. Dykinson, 2007.
- SÁNCHEZ-VALVERDE Visus, Carlos. **El interés superior del niño y de la niña. El debate ideológico a través de las denominaciones: ¿niño/niña? o ¿menor?** España: Ed. Dialnet, 2016.
- Save the Children's Resource Centre, **Resumen de la política**. Guatemala: Ed. Save the Children, 2012.
- SIGÜENZA SIGÜENZA, Gustavo, **Código Civil, Decreto-ley Número 106, Anotado y Concordado**, Guatemala: Ed. Magna Terra, 2011
- TORRECUADRADA García-Lozano, Soledad. **El interés superior del niño**. México: Ed. UNAM, 2015.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., **La protección internacional de los derechos del niño**, México: Ed. Secretaría de Cultura-Gobierno de Jalisco. 1999

Legislación:

- Constitución Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente. 1986.
- Convención Americana de Derecho Humanos**. Organización de Estados Americanos. 1981.
- Convención sobre los derechos del niño**. Asamblea de las Naciones Unidas. 1989.
- Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños**. Asambleas General de las Naciones Unidas, 64/142, 2009.
- Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 27-2003. 2003.
- Reglamento para la Aplicación de Medidas de Protección a Niños Privados de su Medio Familiar por parte de juzgados que ejercen competencia en materia de Niñez y Adolescencia Amenazada o Violada en sus Derechos Humanos**, Corte Suprema de Justicia, Acuerdo Número 40-2010, 2010.
- Reglamento de la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia de la Procuraduría General de la Nación**, Procuradora General de la Nación, Acuerdo 056-2018, 2018.



Política Pública y Plan de Acción para la Protección Integral a la Niñez y Adolescencia (2017-2032), Comisión Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, 2018.

Manual de Normas y Procedimientos del Área de Protección Judicial. Acuerdo 153-2019, Procurador General de la Nación, 2019.