

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

**VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ, EN EL CONSENTIMIENTO
INFORMADO PARA ENSAYOS CLÍNICOS EN MENORES DE EDAD EN
GUATEMALA**

NANCY MARISOL LÓPEZ MERINO

GUATEMALA, JULIO 2024

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

**VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ, EN EL
CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA ENSAYOS CLÍNICOS EN MENORES
DE EDAD EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

NANCY MARISOL LÓPEZ MERINO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

GUATEMALA, JULIO 2024

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

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:		Vacante
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Lic.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Lic.	Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Roberto Bautista
Vocal:	Licda.	Doris Anabella Gil Solis
Secretario:	Lic.	Marco Estuardo Ordoñez Garcia

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Magbis Mardoqueo Mendez Lopez
Vocal:	Licda.	Erika Fabiola Letran Fajardo
Secretario:	Licda.	Maria de los Angeles Castillo

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



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 30 de mayo de 2022.

Atentamente pase al (a) Profesional, BERNER ALEJANDRO GARCÍA GARCÍA
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
NANCY MARISOL LÓPEZ MERINO, con carné 201501729,
 intitulado VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ, EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA
ENSAYOS CLÍNICOS EN MENORES DE EDAD EN GUATEMALA.

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



Fecha de recepción 08 / 06 / 2022.

Asesor(a)
 (Firma y Sello)
 Licenciado

Berner Alejandro García García
 Abogado y Notario



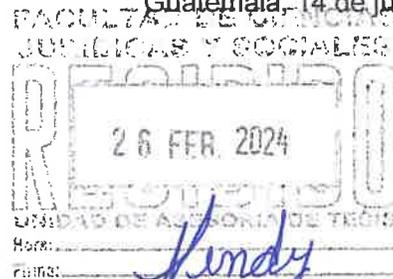
G&G ABOGADOS Y NOTARIOS

Derecho del Trabajo, Derecho Mercantil, Derechos de Autor, Derechos de Propiedad Intelectual, Derechos de Propiedad Industrial, Derecho Civil, Derecho de Familia, Derecho Informático, Derecho Notarial, Derecho Penal, Asesoría en percances automovilísticos.



Guatemala, 14 de julio 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.



Distinguido licenciado.

En cumplimiento al nombramiento de fecha 30 de mayo de 2022 emitido por la unidad de tesis, como asesor de tesis de la estudiante **NANCY MARISOL LÓPEZ MERINO** con carné **201501729** la cual se intitula **“VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ, EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA ENSAYOS CLÍNICOS EN MENORES DE EDAD EN GUATEMALA”**; **declarando expresamente que no soy pariente de la bachiller dentro de los grados de ley**; por lo que me permito emitir el siguiente dictamen:

- a) Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, en la misma se analizan aspectos legales importantes y de actualidad; el trabajo de investigación que trata sobre la vulneración del interés superior de la niñez, en el consentimiento informado para ensayos clínicos en menores de edad en Guatemala.
- b) Los métodos utilizados de la investigación fueron el análisis, la inducción, la deducción, la analogía y la síntesis; mediante los cuales la bachiller no solo logró comprobar la hipótesis sino que también analizó y expuso detalladamente los aspectos más relevantes relacionados al tema investigado.
- c) La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, habiendo la bachiller utilizado un lenguaje técnico y comprensible para el lector. Asimismo, hizo uso de las reglas ortográficas de la Real Academia Española.
- d) El informe final de tesis es una gran contribución científica para la sociedad y para la legislación guatemalteca puesto que es un tema muy importante que no ha sido investigado suficientemente. En todo caso se utilizará como material de consulta para futuras investigaciones incluso propuesta de proyectos de ley.
- e) En la conclusión discursiva, la bachiller expone sus puntos de vista sobre la problemática y a la vez recomienda que el Principio del interés superior del niño o niña, también conocido como Interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna; se trata de una garantía de que los menores tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no se conculquen los mismos. La aplicación del Acuerdo Ministerial

9 calle, 10-53 zona 12. **Teléfonos. 54604070**
licalejandrogarcia@gmail.com

G&G ABOGADOS Y NOTARIOS

Derecho del Trabajo, Derecho Mercantil, Derechos de Autor, Derechos de Propiedad Intelectual, Derechos de Propiedad Industrial, Derecho Civil, Derecho de Familia, Derecho Informático, Derecho Notarial, Derecho Penal, Asesoría en percances automovilísticos.



número 82-2019 del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, regula la normativa para la realización de ensayos clínicos en seres humanos, los cuales en su realización implica que el paciente ponga en riesgo la integridad y la vida, sin embargo dicha normativa también regula la realización de ensayos clínicos en personas menores de edad, que para su realización se requiere la autorización de los que ejercen la representación de estos, sin embargo esto no es necesario cuando el menor según su grado de madurez y mayor de 7 años de edad, el mismo permite la realización de ensayos clínicos, y para ello únicamente le requiere al menor su consentimiento para la realización de dicho ensayo, la normativa en referencia no regula darle intervención a la Procuraduría General de la Nación para que esta determine si la realización de dicho procedimiento no afecta el desarrollo integral del menor, por lo que es evidente que el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social debe crear una normativa que regule este aspecto.

- f) La bibliografía utilizada fue la adecuada al tema, en virtud que se consultaron exposiciones temáticas tanto de autores nacionales como del extranjero. La técnica bibliográfica permitió recolectar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.
- g) La bachiller aceptó todas las sugerencias que le hice y realizó las correcciones necesarias para una mejor comprensión del tema, en todo caso, respeté sus opiniones y los aportes que planteó.

Por las razones mencionadas, considero que el trabajo de tesis que revisé de la bachiller **NANCY MARISOL LÓPEZ MERINO**, cumple con todo lo establecido en 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 se continúe el trámite correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo a usted con muestras de consideración y respeto.

Atentamente,

Licenciado
Berner Alejandro García García
Abogado y Notario

Dr. Berner Alejandro García García
Abogado y Notario

Doctor en Derecho en Ciencias Penales – Universidad de San Carlos de Guatemala.
Maestro en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social – Universidad de San Carlos de Guatemala
Máster en Ciencias Forenses – Universidad de Valencia, España / Universidad de San Carlos de Guatemala
Col. 12012

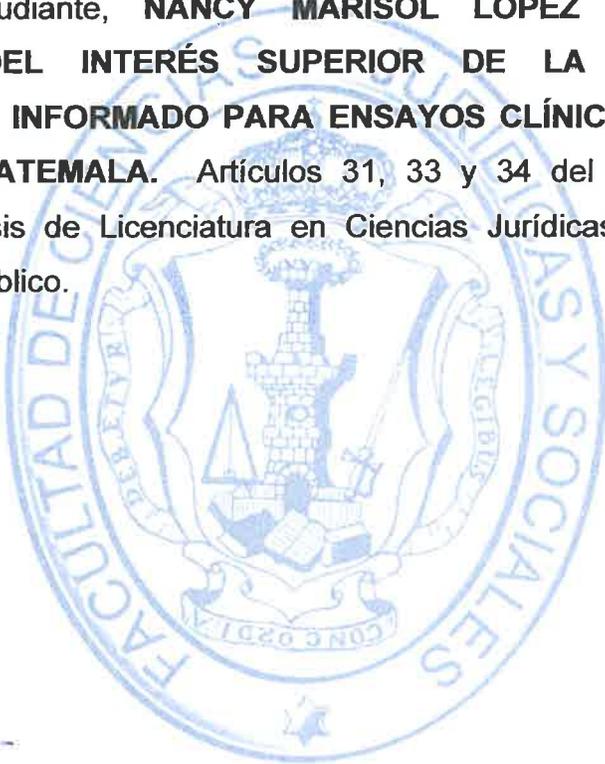
9 calle, 10-53 zona 12. **Teléfonos. 54604070**
licalejandrogarcia@gmail.com



D.ORD. 544-2024

Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, veintiuno de mayo de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **NANCY MARISOL LOPEZ MERINO**, titulado **VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ, EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA ENSAYOS CLÍNICOS EN MENORES DE EDAD EN GUATEMALA**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



HMAC/JIMR





DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser mi creador y darme la vida, por sostenerme en los momentos más difíciles, por su infinita misericordia y darme esta bendición, por darme el privilegio de culminar tan anhelado sueño al lado de mi familia. A ti sea la honra y la gloria.

A MI MADRE:

Isabel Orozco y su esposo Roy Jiménez, por motivarme siempre a salir adelante, por brindarme su apoyo incondicional y palabras de aliento cuando pensé en rendirme.

A MI PADRE:

Jorge López y su esposa Carmen Mora, por sus mensajes de apoyo en todo momento. Queridos padres que este logro sea un mínimo fruto de sus múltiples sacrificios y aunque nos separen miles de kilómetros de distancia, les dedico esta tesis.

A:

Rafael Nóchez mi ángel de vida, quien me ha apoyado desde que tengo razón de memoria y quien me ha aconsejado, dado su comprensión, amor, ayuda en todos los momentos difíciles. Por él soy todo lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi carácter, mi empeño, mi perseverancia y mi coraje para lograr mis objetivos. Gracias por siempre estar aquí. Lo amo Papa Rafa.

A MIS HIJOS:

Cindy Marisol, Gianluca Isaac y Elizabeth Alessia con mucho amor y quiénes han sido la motivación principal para culminar esta meta profesional, gracias por ser la luz que ilumina mi vida. Y que este triunfo sea digno ejemplo para que siempre luchen y sigan adelante.



A MI CÓNYUGE:

Pablo Orozco Montufar, por acompañarme en este momento tan importante en mi vida, por tu cariño, comprensión y apoyo durante estos años.

A MIS HERMANOS:

Jeniffer Mayari y Ghembert Osmar, mi ejemplo abona al de ustedes para que sean orgullo de nuestros padres.

A MI CUÑADA:

Cindy Marisol, con mucho cariño, gracias por tu tiempo, el amor y cuidado a mi hijo e hija, tu amistad y formar parte de mi vida.

A MIS AMIGOS:

Con quienes compartimos buenos y malos momentos en las diferentes aulas, por todo ese apoyo incondicional que me dieron durante el transcurso de mi carrera, no los puedo nombrar uno por uno por que son varios.

A:

Dr. Berner García por transmitir sus conocimientos profesionales, al asesorar con dedicación, paciencia y esmero mi trabajo de tesis y a los profesionales: Lic. Marvin Figueroa, Licda. Norma Santos Quezada, agradezco su formación, consejos y apoyo incondicional

A:

La gloriosa tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, mi Alma mater, gracias por abrirme sus puertas y brindarme la oportunidad de cumplir mi meta. Ahora entiendo el orgullo que se siente ser san carlista.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que con la ayuda de sus catedráticos quienes con su instrucción y colaboración me permitieron adquirir los conocimientos necesarios para la culminación de mi carrera.



PRESENTACIÓN

El tipo de investigación es de carácter cualitativa. La rama cognoscitiva es el derecho administrativo y los derechos humanos. El contexto diacrónico es el municipio de Guatemala, departamento de Guatemala; el contexto sincrónico es el año 2003 al año 2019.

El objeto de estudio de la investigación se limita al Acuerdo ministerial 82-2019, así también en él, se desarrolla todo el proceso para obtener el consentimiento informado en personas mayores de edad y personas menores de edad y el procedimiento específico para la realización de ensayos clínicos en personas menores de edad.

El aporte académico de este trabajo es contribuir a que las autoridades del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, y la Procuraduría General de la Nación cumplan con las funciones que les impone la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el sentido de practicar los procedimientos respetando el principio del interés superior del niño y darle intervención a la Procuraduría General de la Nación en los procedimientos de consentimiento informado en personas menores de edad en la realización de ensayos clínicos en personas menores de edad.

El sujeto de estudio es el derecho fue el interés superior de la niñez; la investigación realizada fue cualitativa atendiendo que por la falta de aplicabilidad del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social en cuanto al consentimiento informado para los ensayos clínicos en la niñez de Guatemala.



HIPÓTESIS

Las causas principales que provocan la vulneración del interés superior de la niñez, en el consentimiento informado para ensayos clínicos en la niñez en Guatemala, son por la falta de capacidad y aptitud de las autoridades del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, por incumplir con el respeto de los derechos humanos de la niñez, en virtud de aplicar las disposiciones del acuerdo Ministerial número 82-2019 del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, en virtud que en dicha norma no se regula que en el caso de practicar ensayos clínicos en niños o niñas se le dé Intervención a la Procuraduría General de la Nación para que esta verifique si los procedimientos no afectan la vida, la integridad de la niñez y por ende no se vulnere el interés superior del niño, siendo que al realizar estos estudios clínicos se pone en riesgo a la niñez de siete años de edad que den su consentimiento para la aplicación de ensayos clínicos.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Se comprobó la hipótesis, en virtud que la falta de aptitud y capacidad de las autoridades del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, provoca incumplimiento en las funciones que la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia les obliga al respeto de los derechos humanos específicamente al respeto del principio del interés superior del niño o la niña, siendo que al aplicar las disposiciones del acuerdo ministerial 82-2019, no se le da intervención a la Procuraduría General de la Nación, no se realizan estudios socioeconómicos ni tampoco análisis psicológicos a la niñez para determinar su nivel de madurez para dar su consentimiento para la realización de ensayos clínicos, por lo que se determinó que la normativa antes mencionada es violentada por el Estado de Guatemala al poner en práctica la normativa contenida en el Acuerdo ministerial número 82-2019, por lo que se evidencian falencias en dicha normativa y que la misma es necesaria la realización de una reforma, lo anterior para el respeto al interés superior del niño o la niña.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1 Derecho de niños y niñas.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Antecedentes históricos del derecho de niños y niñas.....	2
1.3. Estructura del derecho de la niñez.....	6
1.4. Políticas orientadas a la protección integral de la niñez.....	17

CAPÍTULO II

2 Convención sobre los derechos del niño.....	21
2.1. Antecedentes de su origen.....	21
2.2. Principios de la Declaración de los Derechos del Niño, 1959.....	24
2.3. Principio del interés superior de la niñez	27
2.4. Evolución del principio superior de la niñez	31
2.5. Grupos etarios.....	35

CAPÍTULO III

3 Marco jurídico legal de protección integral de la niñez y adolescencia.....	39
3.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	39
3.2. Tratados ratificados por Guatemala en materia de derechos humanos en menores de edad.....	46
3.3. Normativa ordinaria aplicable.....	49
3.4. Acuerdo Ministerial 82-2019 del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.....	57



CAPÍTULO IV

Pág.

4	Vulneración del interés superior de la niñez, en el consentimiento informado para ensayos clínicos en menores de edad en Guatemala.....	59
4.1.	Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.....	59
4.2.	Ensayos clínicos en seres humanos.....	63
4.3.	Consentimiento informado.....	65
4.4.	Consentimiento informado de los menores en Guatemala.....	70
4.5.	La Procuraduría General de la Nación y sus funciones.....	77
4.6.	Propuesta de reforma.....	81
	CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	87
	BIBLIOGRAFÍA.....	89



INTRODUCCIÓN

El Estado de Guatemala está obligado a proteger a los sectores más vulnerables, siendo que la legislación fundamental, establece que el Estado protegerá la salud física, mental y moral de la niñez y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social.

El objetivo general fue demostrar la vulneración del interés superior de la niñez, en el consentimiento informado para ensayos clínicos en niños o niñas, el tema se escogió derivado que en Guatemala la aplicación de la normativa contenida en el Acuerdo Ministerial número 82-2019 para los ensayos clínicos en niños o niñas se evidencia que no hay respeto a los derechos humanos de los niños y niñas, ya que no se considera el interés superior de la niñez; se enfatiza que se alcanzó el objetivo pues derivado de lecturas de diversas fuentes bibliográficas, se constató que no existe interés por parte del Estado de Guatemala, a través del órgano en mención, para velar por el respeto de las garantías y derechos que le asisten a estas personas, ya que no velan por el desarrollo integral de la niñez.

En la hipótesis se indica que las causas principales que provocan la vulneración del interés superior de la niñez, en el consentimiento informado para ensayos clínicos en niños o niñas en Guatemala, son por la falta de capacidad y aptitud de las autoridades del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, por incumplir con el respeto de los derechos humanos de ellos, para que se apliquen las disposiciones del acuerdo



Ministerial número 82-2019 del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, ya que en dicha norma no se regula que en el caso de practicar ensayos clínicos en niños o niñas se le dé intervención a la Procuraduría General de la Nación para que ésta verifique si los procedimientos no afectan la vida, la integridad de la niñez y por ende no se vulnere el interés superior del niño, porque al realizar estos estudios clínicos se pone en riesgo la vida de ellos específicamente los que tienen siete años de edad que den su asentimiento para la aplicación de ensayos clínicos.

Este trabajo consta de cuatro capítulos: En el I capítulo se analiza los derechos de los niños y niñas, en el II capítulo se analiza la Convención sobre los derechos del niño, en el III capítulo se analiza el marco jurídico legal de protección de la niñez y adolescencia y en el Capítulo IV se analiza la vulneración del interés superior de la niñez, en el consentimiento informado para ensayos clínicos en niños o niñas en Guatemala. Los métodos utilizados en el proyecto fueron: el analítico; el sintético, el inductivo y el deductivo. Las técnicas utilizadas fueron: la documental y de la entrevista.

Es indispensable que el Estado de Guatemala realice esfuerzos necesarios y útiles que tengan por objetivo principal garantizar el respeto a los derechos humanos específicamente en el respeto al principio del interés superior del niño, ya que éste se ha definido para garantizar el desarrollo integral de la niñez.



CAPÍTULO I

1. Derecho de niños y niñas

Se hace alusión a los derechos de los niños y niñas, su concepto, los antecedentes históricos, derivado que es importante realizar un análisis amplio para comprender las regulaciones actuales en materia del respeto a los derechos de éstos, en cada concepto se hace referencia a distintos sinónimos entre los cuales los más constantes son, menor, menor de edad, niño y adolescente, infancia y adolescencia y niñez.

De lo anterior se infiere entonces, que cuando se hace referencia al término de menor, adolescente, niño o menor de edad se refiere a una persona de determinada edad por lo que se debe tomar en cuenta lo que establece el Artículo 2 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que establece que se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple 13 años de edad, y adolescente a toda aquella desde los 13 hasta que cumple 18 años de edad.

1.1. Definición

“El derecho de Menores es una disciplina jurídica cuyo propósito es esencial, tutelar y proteger vidas humanas que se inician, con el fin de prepararlos para que sean ciudadanos que sepan hacer buen uso de sus derechos y puedan cumplir con su responsabilidad y sus obligaciones”¹.

¹ Mendizábal Oses, Luis, **Derecho de menores**. Teoría general, Pág. 56



Al analizar la definición dada por el jurista se establece que el derecho de la niñez, es un conjunto de disposiciones legales, principios, doctrinas que regulan la vida y desarrollo del ser humano en sus primeros años de vida, en el que no se responsabiliza por los actos que realicen éstos, siendo que en esas edades se considera inimputable a los niños o niñas, ya que carecen de cierto grado de inteligencia, experiencia para desarrollar sus actos conforme más le convenga.

Por lo que a estas edades la niñez por carecer de facultades de desarrollo intelectual no se les puede obligar a realizar determinados actos, ya que los Estados y en particular el de Guatemala están obligados a velar por el desarrollo de éstos, en virtud que en un futuro determinado serán la actualidad de los países, por lo que la niñez al tener derechos, se considera que los mismos se han obtenido a través de los avances sociales, los cuales se establece que no son de procedencia actual, sino que a través de la historia se han logrado avances relacionados con ellos, por lo que es importante realizar el abordaje de los ejes primitivos en materia de la niñez.

1.2. Antecedentes históricos del derecho de niños y niñas

Al realizar el análisis histórico de los derechos de los que le asisten a la niñez, es importante tomar en cuenta que éstos, es todo niño o niña desde su concepción hasta los 13 años de edad, y adolescente a toda persona desde los 13 hasta que cumpla los



18 años de edad, lo anterior regulado en el Artículo 2 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto número 27-2003 del congreso de la república de Guatemala, por lo que es necesario realizar el abordaje histórico que indique las etapas históricas más importantes en la evolución de los derechos de los niños y niñas.

Con relación al derecho romano, las raíces de todo ordenamiento jurídico, se hace en Roma, en materia de Niñez, el cual se manifiesta a través de tres periodos, el primero es denominado como la irresponsabilidad absoluta, el cual contempla la edad hasta los siete años, llamado de la infancia, y el próximo a la infancia criminal (*QUI DOLI CAPAX NON EST*); el segundo corresponde al periodo conocido como pubertad en que la incapacidad de pensamiento podía ser avivada por la malicia (*MALITIA SUPLET AETATEM*) y de meditar acá el impúber podía ser castigado y el ultimo era la pubertad en que los actos antisociales del menor eran castigados dándose diferencia en la naturaleza y cantidad de la pena.

En el derecho germánico en esta etapa histórica referente a los derechos de la niñez, tiene sus vestigios en la responsabilidad que no llegaba al menor de 12 años, es decir que el derecho germánico continuó con las enseñanzas del derecho romano, creando una pequeña diferencia entre la infancia y la pubertad siendo que después de los 12 años si existía responsabilidad, estableciendo penas como medida de sanción menor que la de un adulto, en virtud que aquí nace la presunción de inimputabilidad. Continuando con la evolución de los derechos de los niños y niñas, abordamos éstos desde la edad media,



durante la edad media, los glosadores sostuvieron que las acciones para sociales de la niñez no debían sancionarse sino cuando estos cumplieran la mayoría de edad, al parecer se trata de que los mismos orígenes del derecho romano se seguirán aplicando en la edad media, ya que no se responsabilizaban a los niños y niñas o adolescentes que no habían cumplido la mayoría de edad.

Más tarde en el derecho canónico, este derecho reconoció la irresponsabilidad de los infantes hasta los seis años y de esta edad a los 14 años se aplicaban penas disminuidas.

Por lo que los vestigios en el derecho de la niñez, se han manifestado a partir de la creación del derecho romano, en la que se evidencia la existencia de falta de responsabilidad a los niños y niñas, es decir que se crean el derecho de no responsabilizar a los menores de ciertas edades, y los mayores de esos límites se les disminuida la pena con relación a los adultos; por lo que pareciera que en la antigüedad nadie pensaba en ofrecer un marco de protección especial a los niños, ejemplo de esto se evidencia en la edad media, siendo que el menor era considerado como adulto pequeño, fue a mediados del siglo XIX en Francia la idea de ofrecer protección especial a los niños, esto permitió el desarrollo progresivo de los derechos de los menores a partir de 1841, las leyes empezaron a proteger a los niños en su lugar de trabajo.

Posteriormente en el avance de los derechos y protecciones especiales a los niños en el año 1881, las leyes francesas garantizaron el derecho de los niños a una educación, sin



embargo, a principios del siglo XX, la protección especial a favor de la niñez se extendió en los temas sanitarios, jurídicos y social a varias partes de Europa, siendo que se empezaba a garantizar derechos de protección especial que permitían una vida digna.

En el Año 1919, tras la creación de la Liga de las Naciones que más tarde sería denominada como la Organización de Naciones Unidas, dentro de la comunidad internacional comenzó a especializarse como tratar la importancia que se debía otorgar al tema de la niñez, por lo que se elaboró un Comité para la Protección de los Niños, el 16 de septiembre de 1924, la Liga de las Naciones aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, también llamada Declaración de Ginebra, el primer tratado internacional sobre los derechos de los niños, por lo que a lo largo de cinco capítulos la Declaración otorga derechos específicos a los niños, así como responsabilidades a los adultos.

Más tarde se creó el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia conocidos como UNICEF, creado para mitigar los efectos desastrosos cometidos por la segunda guerra mundial, específicamente ayudar en aquellos países que se consideran en vías de desarrollo, lo cual se pretendía llevar a cabo a través de una serie de programas para que los niños tuvieran acceso a la Educación, buena salud, agua potable y alimentos; ante estos avances positivos con fecha 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que la maternidad y la infancia tienen derecho a ciudadanos y asistencia especiales, en 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño que describe una serie de principios, dirigidos a la protección de la niñez, asimismo el día 20 de noviembre de 1989,



la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, la que consta de 54 Artículos, el documento establece los derechos económicos, sociales y culturales de los niños.

1.3. Estructura del derecho de la niñez

La estructura del derecho de la niñez es aquel conjunto de disposiciones legales que contienen garantías individuales que garantizan una vida digna a favor de la niñez, que garantice el desarrollo integral de éstos, siendo que el punto de partida son los derechos humanos los cuales según la doctrina se definen como

“Conjunto de garantías y derechos inalienables, que tiene el hombre, basados en la dignidad humana que le son indispensables para su subsistencia como tal y para el desarrollo de la sociedad”².

En ese sentido dentro del mismo punto de vista se establece que “ La defensa de los derechos humanos, en ese marco, es un deber de conciencia porque significa defensa de mi propia humanidad en la humanidad de los demás. Los derechos humanos establecen así, para las personas, una relación con los demás que se funda en valores

² López Contreras, Rony Eulalio. **Derechos humanos**. Pág.4.



más amplios que los individuales y que están en la raíz misma del afán por la convivencia pacífica, equilibrada y justa entre todos los seres las naciones y los Estados”³.

Por lo que es evidente que la existencia de derechos humanos se quedan en la sociedad con el propósito de lograr una vida libre de discriminación entre todos los habitantes sin exclusión, ni excepción alguna, puesto que para garantizarse esto, los derechos humanos se agrupan mediante generaciones, es decir que los derechos humanos se deben respetar por todas las Constituciones de todos los pueblos americanos.

“Los derechos humanos de la primera generación o derechos civiles y políticos, tienen su origen en la Carta Magna de Inglaterra de 1215, que establecía el hábeas corpus, nadie puede ser detenido arbitrariamente, y su reconocimiento formal en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en Francia en 1789.

Los derechos de la segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales tienen su origen en las luchas sociales de fines del siglo XIX y fueron reconocidos formalmente en la Constitución de México de 1917 y en la Declaración de los derechos del pueblo trabajador explotado, de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, 1918.

³ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **Educación en derechos humanos**. Pág. 25.



Los derechos de la tercera generación o derechos de los pueblos: tienen su origen en este siglo, en las luchas de los pueblos contra el colonialismo y por la plena independencia e igualdad de todas las naciones del mundo. Aquí están incluidos el derecho a la autodeterminación (a escoger la forma de gobierno por elecciones y organización social), el desarrollo, la paz y la protección del ambiente. Estos derechos están empezando a ser reconocidos por los Estados en la actualidad”⁴.

Ante los análisis de los juristas referidos denota la existencia de qué se debe partir de los derechos humanos, siendo que los mismos son de aplicación general para toda la población de un Estado, por lo que toda estructura de derechos de la niñez debe partir de la existencia, respeto y defensa de los derechos humanos, por lo que se infiere que los derechos humanos son:

“las prerrogativas que, conforme al derecho internacional tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado para satisfacer sus necesidades básicas y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte”⁵.

⁴ Amnistía Internacional. **Historia de los derechos humanos**. Pág. 57

⁵ Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos. **Concepto y características de los derechos humanos**. Pág. 51



De lo anterior también existe una cuarta generación de derechos humanos, siendo esta la protección integral al habeas data, es decir a la protección de datos personales y otros sensibles que deben resguardarse por los derechos humanos, por lo que en la actualidad ya se reconoce el derecho al acceso a la informática y las tecnologías y la seguridad digital.

En tal sentido el derecho de los niños o niñas contiene una estructura de derechos humanos, que partiendo de la pirámide de Hans Kelsen, se encuentran los derechos de los menores desde la Constitución Política de la República de Guatemala, sin embargo existe preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno, según lo regulado en el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala el cual indica que el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

La existencia del derecho internacional tiene un grado de aceptación privilegiada y especial en el Estado de Guatemala, siempre y cuando se hable de derechos humanos, por lo que, partiendo de la estructura del derecho de la niñez, se debe realizar el análisis correspondiente desde lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño, es el instrumento jurídico internacional que contiene las disposiciones legales creadas para la protección de los derechos de la niñez



en todos los Estados parte, este instrumento fue creado como tratado internacional de Derechos Humanos el 20 de Noviembre de 1989, avance que denota la existencia de múltiples esfuerzos a favor de la niñez, en este instrumento se contemplan que los niños son seres humanos menores de 18 años y que son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social y expresar libremente su opinión.

Este instrumento jurídico internacional se crea en virtud de la falta de políticas y de mecanismos de protección a favor de la niñez desde los Estados parte, por lo que al crearse dichas disposiciones de carácter legal y de protección se creó el vínculo que obligaba a todos los Estados partes a adoptar medidas de protección y que las mismas fueran garantizadas, en ese sentido la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados parte a tomar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en el instrumento jurídico Internacional.

Un instrumento jurídico como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño se consideraba que era necesaria en virtud que para varios países del mundo contemplaban dentro de su ordenamiento jurídico derechos y protecciones de la niñez, los cuales no eran suficientes para garantizar la vida digna siendo que se presentaban consecuencias de abandono, pobreza extrema, desnutrición, falta de acceso a la educación entre otras, por lo que ante estos factores de incidencia fue necesario reunir esfuerzos y se creara lo que hoy se conoce como Convención sobre los Derechos del Niño.



Este instrumento jurídico de carácter internacional llamado a respetarse por todos los Estados parte contiene un articulado de 54 garantías y derechos, que garantizan la protección a la vida, desarrollo físico, mental y social asimismo se considera que la Convención es también un modelo para la salud, la supervivencia y el progreso de toda la sociedad humana, siendo esta la primera parte de la estructura que contempla los derechos de la niñez.

Dentro de la referida estructura ya se analizó lo relacionado a la Convención sobre los Derechos del Niño en la cual como parte del análisis del Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, dicha convención tiene privilegio de aplicación en Guatemala y se considera que en materia de derechos humanos, los tratados y convenios internacionales se encuentran por arriba de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por lo que habiendo establecido los extremos de la estructura de la convención sobre los derechos del niño como parte primogénita de la estructura de los derechos de la niñez, siendo primero en la jerarquía de las leyes, se continúa realizando el análisis de la Constitución Política de la República de Guatemala.

La Constitución Política de la República de Guatemala, tiene su origen en el Constitucionalismo "El constitucionalismo consiste en el ordenamiento jurídico de una sociedad política, mediante una constitución escrita, cuya supremacía significa la



subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forman el gobierno ordinario”⁶.

La Constitución Política de la República de Guatemala actual se creó mediante una serie de esfuerzos históricos con el propósito de mejorar la condición de los ciudadanos guatemaltecos y mejorar su estructura y funcionamiento del aparato orgánico del Estado de Guatemala, ante ello los avances más significativos se ventilaron con la Constitución de la República del 11 de marzo de 1945.

Siendo así que el 20 de octubre se gestó una revolución que derrocó al general Jorge Ubico y el 11 de marzo de 1945 se decreta la nueva Constitución con tres características fundamentales, siendo éstas, que los actos públicos deberían ser honestos, mejoramiento de la educación promoviendo una campaña alfabetizadora y mejoramiento del sistema penitenciario; en ella se nomina con el nombre de garantías individuales y sociales a los derechos humanos, asimismo también en el aspecto laboral se fijó un salario mínimo, jornadas de trabajo, descansos y vacaciones, el derecho de sindicalización entre otras la regulación del trabajo de las mujeres y de la niñez.

⁶ <http://www.canalegal.com/contenido.php?c=134&titulo=antecedentes-constitucionalismo>, (consultado el día 20 de mayo de 2020)



Sin embargo, en años posteriores la Constitución Política de la República de Guatemala, sufrió varias modificaciones mediante la entrada de varios gobiernos y movimientos sociales que provocaron la obtención de una última Constitución Política de la República de Guatemala, mediante las elecciones de la Asamblea Nacional Constituyente se llevaron a cabo el uno de julio de 1984 para que se emitiera la Constitución de 1985, que es la que rige actualmente la cual fue promulgada el 31 de mayo de 1985 y entró en vigencia el 14 de enero de 1986.

Dentro de las modificaciones más significativas se encuentra la denominación del concepto de derechos humanos, es evidente que después de varias Constituciones que ha tenido Guatemala, el país ha realizado una lucha constante por crear una Constitución perfecta para los intereses de la realidad social.

Por lo que al definir Constitución Política de la República de Guatemala se acude a lo manifestado por el Licenciado Ramiro de León Carpio, en sentido material, señala, es el conjunto de principios, instituciones, formas de vida, soluciones. Etc., que los integrantes de una sociedad han adoptado como un medio para regular sus relaciones y lograr una superación colectiva, que no necesariamente tienen que estar consignados en un documento, pero que los han aceptado y con ellos han constituido ya un sistema particular de vida en virtud que ha creado su propia organización y han formado un Estado.



Por lo que dentro de la estructura de los derechos de la niñez, desde la Constitución Política de la República de Guatemala, se regula en el Artículo primero que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común, es claro que el Estado de Guatemala es responsable por los actos realizados de manera directa o indirecta como consecuencia de la omisión al cumplimiento de sus funciones, por lo que el Estado de Guatemala según la Carta Magna es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la Persona.

Evidentemente la estructura del derecho de los niños o niñas o adolescentes desde la Constitución se enfoca en la protección de la persona y garantiza el desarrollo integral de la persona, en ese sentido también regula en el Artículo 51 la protección a menores y ancianos, el Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social.

Por lo que es evidente que el Estado de Guatemala a través de su carta suprema de derechos está organizado para la protección de la niñez como uno de los ejes principales de la sociedad, siendo este el enfoque primario de la misma, ya que, dentro de una estructura de derechos, la Constitución Política de la República de Guatemala contempla la existencia de mandatos constitucionales que deberán ser respetados y cumplidos por



las autoridades de gobierno y los ciudadanos para que se garantice el desarrollo integral de éstos.

Partiendo de la estructura del derecho de la niñez, desde la normativa ordinaria, "Leyes Ordinarias Guatemaltecas, son las normas generales y abstractas que emanan del Congreso"⁷, se infiere, entonces, que las leyes ordinarias son aquellas que el Congreso de la República de Guatemala como Organismo de poder independiente, formado por diputados electo y que en el ejercicio de sus funciones le permite crear normas como la Ley Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la República como parte de la estructura de derechos de la niñez, se crea en virtud de que de conformidad con el Primer considerando establece que es deber del Estado garantizar y mantener a los habitantes de la nación en el pleno goce de sus derechos y libertades, siendo su obligación proteger la salud física, mental y moral de la niñez y la adolescencia, así como regular la conducta de adolescentes que violan la ley penal.

⁷ <https://leyderecho.org/leyes-ordinarias-guatemaltecas/> (Consultado el: el día 22 de mayo de 2020)



Ante lo establecido en el referido considerando se establece, entonces, que es obligación del Estado de Guatemala el resguardo de la protección integral de la niñez y adolescencia en Guatemala, para ello el Estado a través de políticas orientadas al respeto de los derechos humanos debe realizar todos los esfuerzos necesarios que tengan como propósito principal garantizar la protección, de la salud, física, mental y moral de todas las niñas y niños, ya que Guatemala por ser firmante en la Convención sobre los Derechos del Niño debe realizar todos los esfuerzos necesarios para garantizar dicho ideal.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, contempla en el segundo título los derechos humanos, regulando así, el derecho a la vida, derecho a la igualdad, derecho a la integridad personal, derecho a la libertad, identidad, respeto, dignidad y petición, derecho a la familia y a la adopción, derecho a un nivel de vida adecuado y a la salud, derecho a la educación, cultura, deporte y recreación, derecho a la protección de la niñez y adolescencia con discapacidad, derecho a la protección contra el tráfico ilegal y sustracción de menores.

Siendo los mencionados anteriormente los derechos más importantes que el Estado de Guatemala se organiza para garantizar el respeto a éstos, ya que una verdadera estructura de derechos de los menores proyectada al resguardo de los menores garantizándoles una vida digna para un desarrollo integral.



1.4. Políticas orientadas a la protección integral de la niñez

En Guatemala las actividades de gobierno están encargadas en el Organismo Ejecutivo, el cual se define por la autora de esta investigación como el órgano encargado de la realización gubernamental política y administrativa del Estado de Guatemala.

En Guatemala el Organismo Ejecutivo tiene su fundamento en la Constitución Política de la República de Guatemala y es desarrollado por la Ley del Organismo Ejecutivo Decreto 114-97 del Congreso de la República y leyes conexas; este Organismo el cual está conformado por Presidente, Vicepresidente, Secretarías, Ministros, Viceministros, Gabinetes, entre otros.

El Presidente de la República de Guatemala tiene funciones políticas, funciones administrativas y funciones político-administrativas, distinción que se hace porque el Presidente de la República tiene doble calidad, la de funcionario político y funcionario administrativo; con relación con la función administrativa la función política se distingue por la discrecionalidad que tiene el Presidente de tomar o no una decisión, debido a que está facultado para decidir o no sobre una cuestión o materia. Estas funciones están contenidas en las Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 183, literales b, f, h, k, l, ñ, o y p.

Con relación a la función administrativa esta función la desarrolla el Presidente de la República juntamente con sus Ministros de Estado y sus órganos subordinados, se da



cuando el presidente tiene que tomar decisiones que son necesarias para el buen desarrollo de sus actividades y para lograr la consecución de sus fines.

Estas funciones se encuentran contenidas en el Artículo 183 de la Constitución Política de la República de Guatemala literales a, c, d, g, i, m, n, q, r, s, t, u, v y w; y las funciones político-administrativas, éstas funciones las ejerce el presidente, cuando inicia con cualquiera de las dos y posteriormente ésta se convierte en la otra función.

Estas funciones se encuentran contempladas en el Artículo 183 de la Constitución Política de la República de Guatemala en los literales e, j, y x. Por lo que es evidente que el Presidente es el encargado de realizar las acciones pertinentes para velar por la realización del bien común según la doctrina se define como "el bien de la sociedad precisamente porque aprovecha y beneficia a todos y cada uno de los miembros de que esta se compone"⁸.

Por lo que se concluye que el presidente al cumplir con la realización del bien común estaría, entonces garantizando un desarrollo integral a través de políticas orientadas a esos aspectos, sin embargo, dichas funciones se concretan con las acciones realizadas por la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia.

⁸ **Filosofía del Bien Común**, Eudaldo Forment. <https://dadun.unav.edu/bitstream> (Consultado el 21 de mayo de 2020).



“La Política Pública de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, se sustenta en el marco jurídico nacional e internacional vigente y en la voluntad política expresada por el Estado de Guatemala al suscribir compromisos y formular políticas en materia de derechos humanos en general y de derechos de la niñez y adolescencia en particular. La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, busca el logro del bien común, la justicia social y la vigencia de los derechos humanos; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, reconoce que la niñez y adolescencia es sujeto de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; los Acuerdos de Paz, suscritos en 1996, establecen compromisos para crear un país democrático e incluyente, que supere las causas que condujeron al conflicto armado interno; la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, establece el marco jurídico nacional para la protección integral de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes”⁹.

“El Estado ha promulgado legislación nacional con relación a los grupos más vulnerables de la sociedad y ha ratificado convenios internacionales como lo son: el Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la Cooperación en Materia de Adopción.

Internacional, ratificado en el 2002; el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, ratificado 2001; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ratificada en 1996; la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia Intrafamiliar, de 1996; el

⁹ Política Pública de Protección Integral y Plan de Acción Nacional para la Niñez y Adolescencia de Guatemala



Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo OIT, ratificado en 1994; y la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Todas estas acciones son los esfuerzos que realiza la administración pública central, buscando con ello el bienestar integral de la niñez, siendo esto como parte de las políticas orientadas a proteger y garantizar a la niñez una vida digna con miras a un desarrollo integral, para que éstos puedan desarrollarse dentro del seno de la sociedad.



CAPÍTULO II

2. Convención sobre los derechos del niño

Surgen durante el siglo XIX a consecuencia de la necesidad de crear normas de protección a la niñez que frecuentemente trabajaban como adultos en condiciones insalubres e inseguras. Sentando como precedente en 1874, Nueva York ante la Sociedad Protectora de Animales el caso de Mary Ellen, una niña huérfana estadounidense de nueve años, que fue víctima de maltrato por parte de sus cuidadores. A raíz de este caso se reconocieron las injusticias que entrañaban la situación de los niños y niñas de la época.

Las normas internacionales sobre los derechos del niño avanzaron notablemente durante el siglo pasado, sin embargo, persiste la problemática para que estos ideales lleguen a ser una realidad.

2.1. Antecedentes de su origen

La Convención de los derechos del niño, fue aprobada el veinte de noviembre de 1989, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este Constituye un instrumento jurídico internacional de carácter vinculante, por el cual los Estados al ratificar dicho instrumento se encuentran compelidos a su efectivo cumplimiento a cada una de sus disposiciones.



Con relación a los primeros vestigios de la Convención de los Derechos del niño fue con la denominada declaración de Ginebra del año 1924, siendo que aquí se conceptualiza a la niñez como principal foco de interés.

En virtud de ser considerados sector vulnerable que requiere atenciones especiales que estén encaminadas al desarrollo material y espiritual, siendo tema sensible en virtud de lo que generó la experiencia de la primera guerra mundial y en particular, expresa la preocupación por la situación de los niños que carecían de padres, tutores u otros representantes que se preocuparan por su desarrollo integral.

“Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Convención sobre los Derechos del Niño;

la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad, Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los



estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”¹⁰.

Los avances se han dado a medida que pasan los años a través de los múltiples esfuerzos realizados en el año 1959, las Naciones Unidas retoman el tema, utilizando como motivación principal el desarrollo integral de la niñez y aprueban la Declaración de los Derechos del Niño, en el cual se ha ventilado ampliamente sus diez principios, para garantizar su conocimiento a la población y entienda que uno de los tesoros que tienen todos los países son los niños, siendo que éstos al garantizarle una vida digna, se estaría contando con un prometedor futuro para dichos países.

Continuando con la línea de tiempo el 21 de diciembre del año 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una resolución en la que se proclamó dicho año como año internacional del niño, en dicha resolución se alienta a todos los países indistintamente de su condición económica a que utilicen todas sus fuerzas en crear programas que generen fomento de bienestar de los niños y se recuerda que el año de 1979 será el del vigésimo aniversario de la Declaración de los Derechos del niño.

El reto que deben afrontar todos los Estados parte es la realización de programas, crear condiciones útiles y necesarias para el fomento del respeto y garantías a favor de la niñez para un acceso a la educación, salud, familia y enfocarse a lograr el desarrollo integral

¹⁰ Convención Sobre los Derechos del Niño. **UNICEF Comité Español**, pág. 8 y 9



de las niñas y niños, también utilizando los medios necesarios para crear conciencia educativa de respeto y dignidad a los derechos de la niñez, ya que lo que se pretende es dar vida a todas las consideraciones que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En tal sentido en el mes de septiembre del año 1990 en las Naciones Unidas se llevó a cabo la primera cumbre mundial a favor de la infancia, en la que se verificó mucha participación de varios Estados y países, en el que se redactó la primera Declaración de supervivencia, protección y desarrollo de la infancia.

2.2. Principios de la Declaración de los Derechos del Niño, 1959

Como ya se ha mencionó con anterioridad, la Convención sobre los Derechos del Niño fue una concreción de principios que habían sido declarados 30 años antes de su suscripción, en la Declaración de los Derechos del Niño del año 1959, por lo que los principios contenidos en dicha declaración siguen formando parte de la Convención, dichos principios son los siguientes:

- a) Principio denominado como a la Igualdad: El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.



- b) Principio relacionado con el derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.
- c) Principio número tres, tiene relación con el derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento: El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.
- d) Principio número cuatro, tiene relación al derecho a alimentación, vivienda y atención médicos adecuados, que garanticen una vida libre de enfermedades, que se garantice la atención médica a los más vulnerables, según lo manifestado por la convención sobre los derechos del niño, el niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.
- e) Con relación al Principio de educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física, este principio se refiere a que el niño física o mentalmente impedido o que sufra impedimento social, debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especial que requiere su caso particular, es decir que el Estado de Guatemala debe reunir sus fuerzas destinadas a garantizar el cumplimiento de este fin.



- f) Principio número seis denominado el derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad, el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y, material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades tendrán la obligación de cuidar, especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia.

Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

- g) Principio número siete, el cual se denomina el derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita, este principio tiene su origen en lo relacionado a que el niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.
- h) El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades deben promover el goce de este derecho.



- i) Principio número ocho, este principio se denomina por el instrumento jurídico internacional como el derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia, siendo que el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro, es decir que ellos por ser grupo etario vulnerable y de atención primaria, deben ser los primeros en ser atendidos para resguardar el libre ejercicio de sus derechos.
- j) Principio número nueve, éste se relaciona con el derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación, El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación.

No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación, o impedir su desarrollo integral.

2.3. Principio del interés superior de la niñez

El principio del interés superior de la niñez se define por la doctrina como “El principio del Interés superior del niño o niña, también conocido como el Interés superior del menor, es un conjunto de acciones y proceso tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a los menores”¹¹.

¹¹ Definición del Interés Superior del Niño. <https://diccionario.cear-euskadi.org/principio-del-interes-superior-dela-menor/> (Consultado el: día 26 de mayo de 2020).



Se ha planteado que la noción de interés superior es una garantía de que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

Así se considera que esta noción supera dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, siendo que se toman decisiones en torno a los niños y niñas, es decir que cuando se decide con relación a los niños no se toman las medidas correspondientes a garantizar la vida digna de ellos, siendo que este extremo es el último que se verifica, por lo que es necesario que se realice conciencia entre las autoridades, ya que a éstos se les debe tratar con toda la protección especial correspondiente que se considere pertinente.

Según la interpretación de este principio, debe entenderse que el concepto del interés superior del niño tendría por lo menos algunas funciones que se refieren a garantizar a proteger los derechos fundamentales de la niñez, un claro ejemplo de ello, es la vida, la educación, la salud, la familia, siendo que estos particularmente se consideran las piedras angulares de todo estado de derecho que respete los derechos de la niñez, siendo que estos derechos deben ser respetados por todas las generaciones, ya que se pretende garantizar un desarrollo integral, partiendo que esto debe ser un esfuerzo en conjunto con todos los involucrados.



Por lo que es necesario obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos

de la niñez; permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con aquellos; orientar a que tanto los padres como el Estado en general, en sus funciones que les son relativas, tengan como objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo.

Así, el interés superior del niño o niña indica que las sociedades y gobiernos deben de realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que éstos puedan vivir y desplegar sus potencialidades. Esto lleva implícita la obligación de que, independientemente a las coyunturas políticas, sociales y económicas, deben asignarse todos los recursos posibles para garantizar este desarrollo.

La noción del interés superior del niño o niña significa por otro lado, que el crecimiento de las sociedades depende en gran medida de la capacidad de desarrollar a quienes actualmente se encuentran en esta etapa de la vida de la humanidad. Desde esta perspectiva, dicha prioridad no es producto de la bondad de la sociedad adulta o de los

Por lo que el interés superior de la niñez debe ser el punto de partida de todas las políticas de gobierno, en Guatemala, se deben garantizar todos y cada uno de los axiomas relacionados a generar una vida digna y constante desarrollo a favor de la niñez, ya que



como ya se ha dicho en líneas anteriores los Estados son los obligados a acatar las normas relacionadas a mejorar la protección y garantizar estos derechos.

Por lo que al realizar cualquier práctica por parte de las entidades de gobierno, entidades descentralizadas y autónomas deberán por imperativo legal y por respeto a los derechos humanos de los niños y niñas realizar todos los actos pertinentes que tengan por objeto el respeto al interés superior del niño, ya que en el caso de realizar acciones que tengan por propósito la decisión fundamental que pudiese ocasionar alguna consecuencia se deberá respetar lo considerado en el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

La norma relacionada anteriormente regula que el interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y a la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüística, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de la edad y madurez.

En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, tratados y Convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala.



Por lo que se infiere que cualquier empleado público en el ejercicio de su cargo y de su función deberá tomar en cuenta el respeto a las garantías de protección a favor de la niñez, por lo que de no realizarse esto se estaría incurriendo en responsabilidad, tal y como lo establece el Artículo 7 de la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos Decreto número 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala, la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos puede ser civil, administrativa y penal, por lo que un acto que no sea acorde a los principios del interés superior del niño o niña, puede revestir una sanción administrativa, daños y perjuicios o pena de prisión por el delito de incumplimiento de deberes o abuso de autoridad, tal y como lo regula el Artículo 418 y 419 del Código Penal.

2.4. Evolución del principio superior de la niñez

Inicialmente lo relacionado a la regulación relativa a la niñez, según la Convención sobre los Derechos del Niño se les denominaba de esta manera a todas las personas que no habían cumplido 18 años de edad; básicamente en el Código de Menores, contenido en el Decreto número 78-79 del Congreso de la República de Guatemala, el que, no obstante establecía la obligación del Estado de proteger en forma especial a los menores, siendo aplicada esta disposición a menores, padres de familia, tutores o encargados, así como las autoridades y personas que intervengan en su conducta, independientemente de su condición social, económica y familiar.



Conjuntamente establecía procesos especiales para el tratamiento de los casos en que los niños o niñas tomen decisiones por sí mismos, ya que en todo momento quién debía realizarlo por ellos eran sus padres, esto no incluía dentro de sus normas ninguna que obligara a las autoridades a preocuparse por el interés superior del niño; en tal virtud, los procesos se resolvían de conformidad con los principios del derecho común sin tomar en cuenta lo que fuera más beneficioso para el desarrollo integral del menor de edad.

Esta Ley fue derogada por la Ley de Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia. En este apartado se analiza la evolución de la Ley de Tribunales de Familia, que no obstante haber sido creada y puesta en vigencia durante el gobierno de Enrique Peralta Azurdia en el año 1964, aún se encuentra vigente. Este cuerpo normativo regula un tratamiento especial a los procesos relativos a la familia, creando una jurisdicción privativa y una protección preferente a la parte más débil de las relaciones familiares, además de dar vida jurídica a los principios de oficiosidad, oralidad, intermediación, asistencia judicial gratuita, celeridad y economía procesal.

Pese a lo anterior, especialmente la protección preferente a la parte más débil de las relaciones familiares, esta Ley no establece nada respecto al interés superior del niño, lo cual motiva su no aplicación y que no sea tomado en cuenta en las resoluciones que, respecto a niños, niñas y adolescentes, se tramiten ante estos juzgados privativos.

Debe tenerse muy en cuenta que los dos cuerpos legales antes mencionados fueron creados con posterioridad a la emisión de la Declaración de los Derechos del Niño, la



cual en sus principios números dos y siete menciona ya el referido principio de interés superior, ignorado sin razón alguna por los legisladores guatemaltecos de esa época.

Por lo que los avances significativos fueron posibles en el año 1990, que en Guatemala se comienza a hablar del tema “interés superior del niño”, y fue al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual establece su aplicación en los Artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40, como una obligación para los Estados parte, dentro de los que está nuestro país.

El gobierno de Guatemala se obligó mediante esta ratificación a tomar medidas legislativas para adecuar la normativa interna a las disposiciones de esta Convención, por lo que iniciaron los cabildeos políticos para ajustarse a ese compromiso adquirido ante la comunidad internacional. Como uno de los primeros resultados que generaron las discusiones en el Congreso de la República de Guatemala, se aprobó en ese alto organismo en el año 1996 (seis años después de ratificada la Convención sobre los derechos del niño), el Código de la niñez y la juventud, el cual ya mencionaba a lo interno ese principio superior del niño, así lo reguló en los Artículos 5, 22, 108, 166, 213 y 18 de las disposiciones transitorias.



No obstante, la amplia regulación de este principio, el Código de la niñez y la juventud fue objetada por diversos grupos sociales, desde la iglesia y las organizaciones civiles, hasta las universidades y miembros de la familia misma.

Ante tal oposición, la vigencia de este Código que estaba prevista para finales del año 1997 se fue prorrogando de tal manera que se prolongó hasta llegarse a la decisión política de no ponerlo nunca en vigencia y sustituirlo por una nueva ley que se ajustara a los intereses de aquellos grupos sociales que habían planteado su oposición. No obstante haber sido una ley malograda, el Código de la niñez y la juventud es el antecedente directo de que en Guatemala se regulara posteriormente el principio de intereses superior del niño y la niña.

Para sustituir el referido Código de la niñez y la juventud, el Congreso de la República de Guatemala aprobó en el año 2003, la Ley de Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia, mediante Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, cuya vigencia dio inicio el día 18 de julio de ese mismo año. La nueva Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia sustenta aquél principio elemental contenido en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los derechos del niño;



La nueva Ley da carácter de garantía mínima para los niños, las niñas y los adolescentes, al principio del interés superior indicando que en virtud de este principio, en todo acto, acción o resolución que se emita, administrativo, debe tenerse siempre en cuenta, el interés superior del niño, la niña o del adolescente; es decir, que por sobre cualquier otro interés, debe prevalecer siempre lo que más favorezca al desarrollo integral del niño, la niña o el adolescente, entendiéndose por desarrollo integral el que se refiere a su desarrollo físico, intelectual, moral, cultural, económico, social, etc.

Significa entonces, que este interés superior debe prevalecer, incluso, sobre lo regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala o cualquier disposición ordinaria emitida dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco en caso de que este último contenga una disposición que lo afecte.

2.5. Grupos Etarios

Es importante establecer los diferentes grupos etarios clasificados dentro de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, sin embargo, primero vale la pena mencionar el análisis que respecto de la definición del término niñez, hace el licenciado Justo Solórzano, quien indica que "Puede parecer tautológico que el Artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño comience por definir al niño y niña como toda persona humana, pero no es así. Recordemos que el reconocimiento del niño y niña como seres humanos es una conquista reciente, basta mencionar que una de las primeras instituciones que luchó a favor de los derechos de la niñez en los tribunales de justicia fue la Sociedad Protectora de los Animales, en un conocido caso de los Estados Unidos.



En Guatemala, el niño y la niña tienen reconocidos sus derechos como personas humanas desde el momento de su concepción, según lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 3, y su estatus jurídico de infancia finaliza a los 18 años de edad. En ese sentido la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia establece en el Artículo 9 que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la protección, cuidado y asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, social y espiritual. Derechos que se reconocen desde su concepción”¹².

Por lo que se infiere la niñez como grupo privilegiado no se obtuvo de la noche a la mañana, sino que fue por medio de los movimientos revolucionarios que marcaron la vida de las futuras generaciones. De lo anterior también es importante definir la palabra *Etario* “*Etario* proviene del adjetivo *etario* deriva del vocablo latino *aetas*, que traduce como edad, la noción de *etario* se emplea para calificar a los individuos que tienen la misma edad o aquello vinculado a la edad de un sujeto”¹³.

Por lo que en este apartado analizaremos los grupos de edades que se entornan en los menores de edad, y tal como lo establece la convención sobre los derechos del niño se considera niño a todo menor de 18 años, por lo que dentro de estos grupos existen

¹² Solórzano León, Justo, **Una nueva concepción de los derechos del niño, la niña y el adolescente**, pág. 9.

¹³ Definición Etario, <https://definicion.de/etario/> (Consultado el: día 26 de mayo de 2020)



distintas personalidades de los menores según dentro del grupo de edad que encuentren.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia clasifica a la niñez en dos grupos etarios, con el objeto de que el niño y la niña reciban un tratamiento adecuado a su desarrollo evolutivo. Para los efectos de la Ley, se considera niño y niña a toda persona desde su concepción hasta que cumpla 13 años. Por lo que es evidente la separación de la niñez según la edad, siendo que de conformidad con lo preceptuado en el Artículo 136 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala regula que los grupos etarios.

Para su aplicación, esta ley diferenciará en cuanto al proceso, las medidas y su ejecución entre dos grupo, a partir de los 13 y hasta los 15 años de edad, y a partir de los 15 hasta tanto no se hayan cumplido los 18 años de edad, por lo que se infiere que el primer grupo de los 13 años hasta los 15, en esta etapa al menor se le considera adolescente, dentro de este rango de edad, aun los niños o niñas gozan de capacidad de goce, es decir que aún no pueden decidir por sí mismo en los actos que le conciernen, y en ese sentido quién ejerce su representación son los padres, o tutores. El siguiente grupo es de 15 años hasta los 18 años, en esta etapa los adolescentes ya pueden tomar decisiones relativas en algunos actos que puedan desarrollar éstos, por ejemplo, tienen capacidad relativa para contraer su trabajo, realizándolo mediante autorización de la Inspección de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social entre otros.



De conformidad con el Artículo 138 del Decreto Número 27-2003, establece que los actos cometidos por un menor de 13 años de edad, que constituyan delito o falta no serán objeto de este título, la responsabilidad civil quedará a salvo y se ejercerá ante los tribunales jurisdiccionales competentes, dichos niños y niñas serán objeto de atenciones médicas, psicológicas y pedagógicas que fueren necesarias bajo el cuidado y custodia de los padres o encargados y deberán ser atendidos por los juzgados de la Niñez y la Adolescencia. Por lo que se evidencia en el apartado que antecede que los niños y niñas se encuentran en una posición privilegiada en la que sus actos que revistan características delictivas serán abordados desde otra perspectiva, siendo que los niños y niñas serán objeto de atenciones especiales, y que el cuidado sea encomendado a los padres de familia o las personas que tengan encomendado la guarda y custodia de éstos.

Asimismo, a pesar de que las leyes establecen edades mínimas para el ejercicio de ciertos derechos o consentimientos, deben ser valorados en atención a la protección especial que para la niñez exige la Constitución Política de la República de Guatemala, la Convención y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. En esa línea, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado que al aplicar las edades mínimas los Estados deberán tener en cuenta el interés superior del niño y la niña, como principal consideración, de conformidad con el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el 41 del mismo instrumento Internacional, que establece que la solución más favorable para el niño o la niña deberá siempre prevalecer.



CAPÍTULO III

3. Marco jurídico legal de protección integral de la niñez y adolescencia

En este Capítulo se abordará el análisis correspondiente al marco jurídico legal de protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la Constitución Política de la República de Guatemala, los tratados y convenios ratificados por Guatemala en materia de derechos humanos a la niñez, normativa ordinaria aplicable y el Acuerdo Ministerial 82-2019 del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

3.1. Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala para poder realizar una definición integral de la misma es necesario realizar un análisis particular de cada de sus elementos que permitan palpar una definición integral que abarque todos los elementos que en ella se compone. De lo anterior al acudir a la doctrina de los juristas: "Constitución es la ley de mayor jerarquía dentro del Estado en la que se establece en primer lugar, el fin para el que se organiza el mismo, se reconocen los derechos humanos y las garantías de los habitantes (derechos humanos); se instaura la estructura y forma de funcionamiento de sus organismos y diversas instituciones; y se instituyen las garantías y mecanismos para hacer valer los derechos establecidos y los medios de defensa del orden constitucional"¹⁴.

¹⁴ Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo Ernesto Ritcher, **Derecho constitucional**. Pág. 132.



Particularmente la Constitución Política de la República de Guatemala se define como ley fundamental de un Estado, con rango superior al resto de las leyes, que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política.

En congruencia con lo anterior, al hablar de Constitución Política de la República de Guatemala según la doctrina se puede hablar de Constitución Política de la República de Guatemala material, la cual se define “Conjunto de normas que establecen la estructura esencial de un Estado, es decir, que lo constituyen, porque se refiere al contenido de las normas constitucionales sin ocuparse de la forma en que sean recogidas”¹⁵.

Constitución en sentido sustancial “Todos los actos normativos a los que la doctrina de un ordenamiento reconoce relevancia constitucional, incluyendo, además de la Constitución Formal, siendo esta elaborada de acuerdo a un procedimiento”¹⁶ para su procedimiento se deben respetar los procedimientos legales.

En Guatemala la Constitución Política de la República de Guatemala a través del tiempo ha sufrido varias modificaciones, siendo la última con la proclamación de 31 de mayo del año 1985, la cual entró en Vigencia el 31 de mayo de 1986, la cual desde el punto de vista jurídico se dividió en tres apartados siendo estos el primero de ellos, la parte

¹⁵ Poder Judicial de la Federación, **Universidad Nacional Autónoma de México**, Pág. 194

¹⁶ Op. Cit. Pág. 196



dogmática, esta parte de la Constitución Política de la República de Guatemala regula todo lo relacionado a los derechos humanos individuales, abarcando del Artículo 1 al 139, siendo derechos individuales y fundamentales, la parte orgánica, esta parte contempla la organización del Estado de Guatemala, mediante lo regulado en los Artículo 140 al 262, en ella se establece la forma de organizar al Estado y el funcionamiento de los organismos de Estado.

Por último se encuentra una tercera parte, siendo esta la Pragmática o práctica, en esta parte de la Carta Magna se regula la protección Constitucional mediante el cumplimiento de las garantías constitucionales, siendo estas los mecanismos para la defensa a los derechos constitucionales con el objeto de defender el orden constitucional, lo cual se encuentra regulado en los Artículos 263 al 281, siendo este criterio aceptado por varios estudiosos del derecho y ha sido aceptado por varios juristas, mientras que otros únicamente contemplan la existencia de dos partes, la Dogmática y la Orgánica.

La Carta Magna de 1985 con vigencia en 1986, es el actual instrumento jurídico de aplicación superior en el territorio guatemalteco, ésta se realizó invocando el nombre de Dios, y que en el preámbulo de la misma contiene una declaración axiológica en virtud que expresa la existencia de los valores que los constituyentes plasmaron en el articulado, siendo que conceptualiza al Estado como responsable de la promoción del bien común, siendo que se deben respetar los principios de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y la paz, cumpliendo la plena vigencia de los derechos humanos.



Por lo que al analizar lo anterior, es importante realizar un análisis exhaustivo de cada uno de los artículos que tienen relación con el tema central de la niñez, ante ello el Artículo 1ro. establece la protección a la persona, El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común.

En tal sentido el Estado a través de sus oficinas y dependencias encargadas deberá procurar bajo toda circunstancia el respeto de la legalidad, realizando todos los actos necesarios para proteger al ser humano, armonizando la vivencia entre ciudadanos y Estado, lo anterior para garantizar una vida de respeto y dignidad entre el poder y los ciudadanos, siendo que en todos los actos de las autoridades públicas deberá prevalecer el bien de la colectividad sobre el particular.

El Artículo 2do. de nuestra carta magna regula que es deber del Estado de Guatemala garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona; al analizar el artículo anterior se infiere que el Estado tiene la obligación de garantizar no solo la libertad, sino también otros valores, siendo éstos la justicia y el desarrollo integral de la persona, para tal función deberá adoptar todas las medias para el referido fin.

En el Artículo 3ro. de la referida Carta Suprema, se regula el derecho a la vida, el Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción; siendo este mandato



fundamental en cuanto a su cumplimiento para garantizar este bien jurídico, afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, por lo que el Estado de Guatemala debe organizarse para proteger al ser humano.

De conformidad con el Artículo 44 de la Carta magna. - Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana; es decir que en materia de derechos humanos toman rango constitucional, siendo que los derechos humanos son de observancia internacional, en ese sentido lo regulado en el Artículo 46 del mismo cuerpo legal regula preeminencia del derecho internacional.

Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno; lo regulado por este artículo existen precedentes en la Corte de Constitucionalidad que indica lo siguiente "esta Corte estima conveniente definir su posición al respecto.

Para ello parte del principio hermenéutico de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe determinarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto.



En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso se daría no por vía del Artículo 46, sino en consonancia con el Artículo 44 constitucional.

El Artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si entraren en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el referendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución Política de la República de Guatemala. (Artículos 44 párrafo tercero, 175 párrafo primero, 204, 277, 278, 279, 280 y 281 de la Constitución Política de la República de Guatemala).

Por otro lado, la pretensión de preeminencia sobre la Constitución Política de la República de Guatemala tendría sentido si la norma convencional entrase en contravención con la



primera, puesto que la compatibilidad no ofrece problemas a la luz de lo establecido en el Artículo 44 constitucional, pero resulta que el poder público guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que no podría concurrir al perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que la contravenga..." Gaceta No. 18, expediente No. 280-90, página No. 99, sentencia: 19-10-90.

Ante lo anterior, se establecen que todos los derechos contenidos en tratados internacionales o convenios en materia de derechos humanos tienen rango superior al ordinario, es decir que se convierten en categoría constitucional, por lo que todos los derechos consignados en la Convención sobre los Derechos del Niño a favor de la niñez son de observancia constitucional a favor de la niñez en Guatemala.

De esta cuenta la Constitución Política de la República de Guatemala regula en el Artículo 51.- "Protección a menores y ancianos. El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social".

Este artículo se inclina en la protección entre otros la de los menores la cual al interpretarse se infiere que se refieren a los niños, niñas y adolescentes, siendo que el Estado garantiza el derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social, por lo que es evidente que el Estado o sus dependencias cuando trate a niños,



deberá en todo momento cuidar el respeto a estos derechos, los cuales no son más que la debida protección al principio del interés superior de la niñez en Guatemala.

Por lo que en Guatemala la institución que tendrá a su cargo la función del resguardo de la protección de los niños, niñas y adolescentes, es la Procuraduría General de la Nación, la cual tiene su origen en el Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual regula la Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica, por lo que en este apartado solo se hace referencia a la existencia de esta institución desde el punto de vista constitucional, por lo que será analizado en líneas posteriores cuando se verifique el análisis de la normativa ordinaria.

3.2. Tratados ratificados por Guatemala en materia de derechos humanos en menores de edad.

Desde 1821 Guatemala cuando se inició el período de vida independiente, hasta nuestros días, el desarrollo constitucional de Guatemala ha visto un total de nueve Constituciones que han regido al Estado de la República de Guatemala, denota en una primera aproximación poca perdurabilidad de la mayoría de ellas, debido a frecuentes golpes de estado, largos períodos de regímenes de facto y férreas dictaduras que desestabilizaron el país en cuanto a las disposiciones originarias.



Siguiendo a los distinguidos constitucionalistas guatemaltecos, Edmundo Vásquez Martínez y Jorge Mario García Laguardia, en el análisis de las últimas cuatro constituciones guatemaltecas (1945, 1956, 1965 y 1985), en su obra Constitución y Orden Democrático, se pueden observar algunas tendencias incorporadas a éstas, que en mayor o menor medida recogen los principios del moderno constitucionalismo surgido en América Latina después de la segunda guerra mundial.

Un tratado internacional se define “Conjunto normativo destinado a reglamentar las relaciones entre sujetos internacionales, que tiene por objeto el estudio de las relaciones internacionales”¹⁶. La doctrina establece que tratado internacional se define como “un Tratado Internacional es una especie de convenio entre dos o más naciones, o entre un Estado y un Organismo Internacional, en donde los involucrados adquieren un compromiso, para cumplir con determinadas obligaciones. Lo más usual es que estos tratados se celebren entre naciones, siendo estos regulados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”¹⁷.

La Declaración de los Derechos del Niño, llamada también Declaración de Ginebra, en la Asamblea General de las Naciones Unidas establece la Declaración de los Derechos del Niño, la que sirvió de base para que en el año 1959 surgiera la Convención por los Derechos del Niño, en este instrumento logra que se considere a la niñez y la

¹⁶ Sepúlveda César, **Derecho Internacional**. Págs. 3, 4, 5

¹⁷ **Tratado Internacional**, <https://conceptodefinicion.de/tratado-internacional/> (Consultado el: día 28 de Mayo de 2020)



adolescencia como un ser social con derechos y deberes. Establece que la sociedad y el Estado deben brindarle la protección, educación y atención necesaria para la satisfacción de sus necesidades básicas y para el logro de su bienestar integral. El referido instrumento jurídico internacional ha sido ratificado por todos los países del mundo con excepción de Estados Unidos y Somalia. Por lo que dicho instrumento es la salvaguarda del conjunto del universo de la infancia.

"En 1924, la sociedad de Naciones aprobó la Declaración de Ginebra, un documento que pasó a ser histórico, ya que por primera vez reconocía y afirmaba la existencia de derechos específicos de los niños, así como la responsabilidad de los adultos hacia ellos. Las Naciones Unidas se fundaron una vez terminada la segunda guerra mundial. Después de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, la mejora en el ámbito de los derechos reveló ciertas deficiencias de la Declaración de Ginebra, propiciando así la modificación de dicho texto"¹⁸.

La Declaración de los Derechos del Niño establece 10 principios, dentro de los cuales resalta el más importante por el tema que se investiga, el derecho que tiene la niñez de ser alimentado, a una vivienda y atención médicos adecuados, es decir que los Estados parte deberán garantizar este principio consagrado en el instrumento jurídico

¹⁸ Origen de **la Declaración de los Derechos del Niño**. <https://www.humanium.org/es/declaracion> , (Consultado el: día 28 de mayo de 2020)



internacional el cual obliga a los Estados a que deben hacer los esfuerzos para que la niñez tenga acceso a una vida digna libre de todo retroceso en el desarrollo.

3.3. Normativa ordinaria aplicable

En Guatemala al hacer referencia a la normativa ordinaria aplicable a los derechos de la niñez en relación a la protección integral de la misma, se encuentra en primer lugar la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la cual de conformidad con el primer Considerando, regula que es Deber del Estado garantizar y mantener a los habitantes de la nación en el pleno goce de sus derechos y de su libertades, siendo su obligación proteger la salud física, mental y moral de la niñez y la adolescencia, como parte esencial de los derechos de los menores de edad.

Asimismo el segundo Considerando le da un enfoque actual al Decreto número 78-79 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Menores, ha dejado de responder a las necesidades de regulación jurídica en materia de la niñez y la adolescencia, que era necesario impulsar un sistema jurídico que oriente adecuadamente el comportamiento y acciones a favor de tan importante sector social, conforme lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala y los tratados, convenios, pactos en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, es por ello que en en ese momento coyuntural era necesario que se implementara una nueva normativa que atienda las necesidades actuales de los menores en Guatemala.



El Artículo 1 del referido cuerpo legal regula que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es un instrumento jurídico de integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos.

En el referido articulado se regula que todos los actos relacionados con la niñez, se debe en todo momento realizar las gestiones pertinentes para el respeto de los derechos humanos, ya que Guatemala es signatario de varios tratados en materia de derechos humanos, la niñez debe ser abordada con especialidad.

Es importante establecer la definición de niñez desde la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, de conformidad con el Artículo 2, establece que para los efectos de esta ley se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple 13 años de edad, y adolescente a toda aquella desde los 13 hasta que cumple 18 años de edad.

Es decir que de conformidad con este artículo, se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple la edad de 13 años, al analizar esto se verifica que la niñez es el primer grupo dentro de una sociedad, el cual se considera ser uno de los más vulnerables, por lo que es necesario tener un sistema jurídico interno que pueda



abarcando todas las circunstancias que aminoren los riesgos de los derechos de los niños en ese sentido el Artículo 5 de la referida de la Ley regula el Interés de la Niñez y la familia, regula que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez.

En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta Ley. Se entiende por interés de la familia, a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de ésta y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal. El Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del interés de los niños, niñas y adolescentes y de la familia.

Este principio es el pilar fundamental en el respeto de los derechos humanos en los niños y niñas, ya que como se ha analizado en líneas anteriores, no se deberán tomar acciones por particulares o funcionarios públicos que tiendan a poner en riesgo el principio del interés superior del niño, ya que el Estado de Guatemala es signatario de tratados Internacionales en materia de este principio, por lo que es necesario garantizar un vida digna y desarrollo para la niñez, en lo relacionado al consentimiento informado para



ensayos clínicos en niños o niñas, no debiese practicarse, ya que al realizarse se estaría vulnerando este principio universal, ya que con estos estudios se pueden poner en riesgo la vida de la niñez, por lo que el Estado de Guatemala no ha tomado las medidas correspondientes para frenar estos actos.

De conformidad con el Artículo 6 del mismo cuerpo legal regula los niños, niñas y adolescentes, otorgándoles una protección jurídica preferente. Las disposiciones de la Ley son de orden público y de carácter irrenunciable.

El Estado deberá velar porque los niños, niñas y adolescentes reciban entre otros: a) Protección y socorro especial en caso de desastres. b) Atención especializada en los servicios públicos o de naturaleza pública. c) Formulación y ejecución de políticas públicas específicas. d) Asignación específica de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la niñez y juventud adolescencia, por lo que la Ley contempla como pilar fundamental la tutelaridad como un derecho de los niños, ya que estos se consideran grupos vulnerables, que merecen atención especializada.

También es importante mencionar que, en temas médicos relacionados con la niñez, la referida ley en el Artículo 32. Regula que la autorización para tratamientos médicos. Los centros de atención médica, públicos o privados, deben requerir autorización de los padres de familia, tutores o encargados para poder hospitalizar o aplicar los tratamientos



que requieran los niños, niñas y adolescentes, salvo en casos de emergencia en los cuales la vida o integridad de éstos se encuentre en riesgo.

Cuando por razones de índole cultural o religiosa, los padres, tutores o encargados negaren su consentimiento para la hospitalización de sus hijos o hijas que tutela esta Ley, el médico tratante queda facultado para adoptar las acciones inmediatas a efecto de proteger la vida o la integridad física de éstos.

De lo anterior se infiere entonces, que por el principio del interés superior del niño o la niña se debe requerir autorización para la práctica médica en pacientes niños menores de 13 años de edad, siendo que existen personas responsables por ellos, ya que el nivel de madurez de los menores aún se encuentra en estado de aprendizaje, por lo que se considera que los niños o niñas no podrían tomar una decisión en la que se involucre la vida o la salud de éstos, por lo que es necesario tener la autorización de los representantes.

Los representantes de los niños y niñas, de conformidad con el Artículo 252 del Código Civil Decreto Ley número 106, regula que la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso y el Artículo 253 del mismo cuerpo legal regula que el padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando



medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria Potestad.

Lo regulado por el Código Civil Decreto Ley 106, es un claro ejemplo de la aplicación y respeto del interés superior del niño, porque la ley obliga y responsabiliza a los padres que no realicen sus obligaciones de cuidar y velar por la dignidad y el desarrollo de la niñez, sin embargo también es importante analizar lo que establece la Ley en el caso de que éstos carezcan de padres; en tal sentido el Artículo 293 regula que el niño o niña que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedará sujeto a tutela, aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de Interdicción, si no tuviere padres, el tutor es el representante legal del niño o niña o adolescente.

Ante ello es evidente que, por el principio del interés superior del niño o la niña, no pueden quedarse sin representante legal aquellos niños o niñas que carezcan de padres, siendo ya que la tutela velará por las finalidades de los que ejercen la patria potestad, el Artículo 295 del mismo cuerpo legal establece que la tutela y protutela son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que se encuentren en pleno goce de sus derechos civiles.



Según lo establecido por el Decreto Ley 106 Código Civil, también se hace relación a la protección de la niñez en general en el caso que los niños o niñas no tengan padres ni tutores, de conformidad la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Nación, el Artículo 1ro. Regula: Representar provisionalmente a los ausentes, menores e incapaces, mientras éstos no tengan personero legítimo conforme al Código civil y demás leyes, por lo que se infiere que el interés superior del niño es un pilar fundamental para resguardar la protección de los niños, siendo que éstos bajo ninguna circunstancia deberán estar solos en temas donde afecte la vida, salud, libertad y otros derechos debidamente establecidos a favor de los menores.

El referido cuerpo legal en el Artículo 20, la representación y defensa de ausentes, menores e incapaces la ejercerá en la capital el jefe de la Sección de Procuraduría y en los departamentos el Procurador de la respectiva sala jurisdiccional. Si hubiere en el lugar agente titular de la Procuraduría General de la Nación, éste tendrá la representación. El jefe de la Sección de Procuraduría podrá encargar determinados casos a la gestión de los procuradores de sala con sede en la capital.

De conformidad con el Artículo 21 del referido cuerpo legal establece que la Procuraduría General de la Nación debe limitarse a proveer de representación a los ausentes, menores e incapaces; gestionar las medidas necesarias y urgentes para la salvaguardia de sus bienes o de sus personas, así como velar en los casos de exposición o abandono de niños y niñas o incapaces para que sean debidamente amparados por las instituciones o



asilos correspondientes. En ningún caso podrá contestar demandas, pero interponerlas.

Por lo que se infiere que la Procuraduría General de la Nación es el ente rector que velará por el respeto de los derechos de los niños y niñas, y en el caso de que no existan representantes legales de los niños o niñas, hará esta institución, sin embargo, se infiere que en varios procesos la Procuraduría tiene intervención para que no se violenten intereses de los niños y niñas.

La Procuraduría General de la Nación deberá reunir esfuerzos para mejorar su intervención en procesos médicos, ya que a veces los mismos padres ponen riesgo la vida de los niños y niñas, ya sea que padezcan algún problema psicológico, económico entre otros que ponen en riesgo el desarrollo integral de éstos.

El Estado de Guatemala debería periódicamente realizar mesas de trabajo con todas las autoridades de gobierno, entidades descentralizadas, autónomas para formular políticas que tengan por objeto regular acciones de respeto y conciencia en los servidores al momento que traten o intervengan asuntos con relación a la niñez, siendo que por el Interés Superior del niño o la niña se deben tomar todas las acciones pertinentes para salvaguardar los intereses de los menores.



Por lo que se concluye que el Estado de Guatemala, tiene que acatar las disposiciones contenidas en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, para salvaguardar la vida de los niños y niñas, ya que Guatemala al ser signataria de dichos instrumentos jurídicos se compromete y se obliga a cumplir con lo contenido en dichos Instrumentos.

3.4. Acuerdo Ministerial 82-2019 del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

Este Acuerdo nace con el propósito de actualizar el Acuerdo Ministerial SP-M-466-2007, el cual contiene disposiciones legales para la Regulación de Ensayos Clínicos en Seres Humanos el cual tiene su origen desde el año 2007, siendo necesario realizar la actualización inspirado en proteger principios básicos, respeto por las personas, beneficencia y justicia en todo el desarrollo de una investigación en la que participen seres humanos. Los ensayos clínicos son las evaluaciones de carácter experimental de un medicamento en seres humanos para evaluar su seguridad y eficacia en cuanto a su aplicación, es evidente que la existencia de estos procesos genera un impacto en la sociedad, toda vez que el ser humano es quién será el instrumento de experimentación de determinados medicamentos, buscando la perfección en la práctica del medicamento que se esté analizando en el ser humano.

Según la Organización Mundial de la Salud, en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, establece que la salud es un estado de completo Bienestar físico, mental y



social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, la salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de las más amplia cooperación de las personas y de los Estados.

Sin embargo en Guatemala a través del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, en virtud de la existencia de los ensayos Clínicos en niños y niñas, en el numeral 21.1 del Acuerdo Ministerial 82-2019 del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, resalta la regulación en el caso de los ensayos clínicos en niños, niñas y adolescentes que carezcan de representante legal, se requiere que el menor tenga siete años de edad y que dé su consentimiento para la realización de los estudios relacionados, con esta disposición. Por lo que evidentemente este acuerdo no verifica el respeto del interés superior del niño, ya que dichas disposiciones son contrarias al interés superior del niño principio regulado en el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, este artículo regula que el interés superior del niño es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez, asimismo es contraria a lo establecido en el Artículo 32, de la referida Ley, el cual regula que para los tratamientos médicos, se requieren autorización de los que ejercen la representación del niño, y en todo caso a falta de representante de éstos, deberá por mandato legal actuar la Procuraduría General de la Nación quién es el ente rector de proteger los derechos de los menores, incapaces o ausente.



CAPÍTULO IV

4. Vulneración del interés superior de la niñez, en el consentimiento informado para ensayos clínicos en menores de edad en Guatemala

En este capítulo se analizará el tema central del trabajo de investigación, que es la vulneración del interés superior de la niñez, en el consentimiento informado para ensayos clínicos en niños y niñas en Guatemala, se analizará todo lo relacionado al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, se analizará los ensayos clínicos en seres humanos, se analizará el consentimiento informado, el consentimiento informado en la niñez en Guatemala, la Procuraduría General de la Nación y por último una propuesta de reforma legislativa.

4.1. Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social

Inicialmente es importante resaltar en cuanto a aquellos antecedentes históricos del concepto salud lo cual es esencial para la presente investigación, pueden entenderse como institución de derecho. "el concepto de salud en sentido general, los antecedentes históricos se tornan bastante distantes en el tiempo.

El ser humano empezó a preocuparse de su salud incluso mucho antes de la evolución humana o el apareamiento de la ciencia. De alguna manera fue relacionada con la brujería, ya que de esta forma fue llamado aquel sistema de preparación en base a brebajes, emplastos, etc., en los que se usaban elementos de la naturaleza como plantas,



hierbas, etc. Así, casi empíricamente, el arte de curar a los enfermos fue desarrollándose hasta la avanzada tecnología de la que hoy goza”¹⁹.

Por otro lado, el concepto de salud como institución, se puede ir perfilando a partir de la salud pública. “La salud pública como ciencia apenas tiene poco más de un siglo de existencia, pero manifestaciones del instinto de conservación de la salud de los pueblos existe desde los comienzos de la historia de la humanidad”²¹.

Los primeros vestigios de la salud pública, se centra en la Declaración de los Derechos del Hombre, cuando en 1948 se establecía en dicho cuerpo legal, la vida y la salud como atributo del ser humano y garantía para la población en general. Por lo cual en Guatemala la salud es indudablemente un bien jurídico tutelado por la ley, lo establece de esa manera el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, al contener aún como leyes penales en blanco (es decir, que los ilícitos que debieran desarrollarse en dicho cuerpo de leyes se desarrollan en otros más específicos), conductas punitivas que son calificadas como delito, al atentar contra la salud.

Según el Artículo 16 del Código de Salud, Decreto 90-97 del Congreso de la República de Guatemala, la organización del Ministerio de Salud estará basada en la Ley del

¹⁹ Boletín de Nueva York sobre inicios de la medicina.

<https://www.paho.org/es/infografia/iniciosdelamedicina>

²¹ **Ibíd**



Organismo Ejecutivo, y estará enmarcada dentro de las estrategias de descentralización, desconcentración y participación social. Un reglamento definirá las funciones específicas de cada uno de los niveles y la estructura organizativa correspondiente; deberá cumplir con la rectoría del sector a fin de mantener los principios de solidaridad, equidad y subsidiaridad en las acciones de salud dirigidos a la población; favorecer el acceso de la población a los servicios públicos de salud, los cuales deben ser prestados con eficiencia, eficacia y de buena calidad.

El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social es una institución centralizada que depende, política, económica y jurídicamente del Organismo Ejecutivo, dentro de sus funciones el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social según el Artículo 17 del Código de Salud, Decreto 90-97 del Congreso de la República de Guatemala, El Ministerio de Salud tendrá las funciones siguientes:

- a) Ejercer la rectoría del desarrollo de las acciones de salud a nivel nacional.
- b) Formular políticas nacionales de salud.
- c) Coordinar las acciones en salud que ejecute cada una de sus dependencias y otras instituciones sectoriales.
- d) Normar, monitorear, supervisar y evaluar los programas y servicios que sus unidades ejecutoras desarrollen como entes descentralizados.
- e) Velar por el cumplimiento de los tratados y convenios internacionales relacionados con la salud.



Dictar todas las medidas que, conforme a las leyes, reglamentos y demás disposiciones del servicio, competen al ejercicio de sus funciones y tiendan a la protección de la salud de los habitantes desarrollar acciones de promoción, prevención, recuperación, rehabilitación de la salud y las complementarias pertinentes a fin de procurar a la población la satisfacción de sus necesidades en salud.

Propiciar y fortalecer la participación de las comunidades en la administración parcial o total de las acciones de salud. Coordinar la cooperación técnica y financiera que organismos internacionales y países brinde al país, sobre la base de las políticas y planes nacionales de carácter sectorial.

Coordinar las acciones y el ámbito de las Organizaciones No Gubernamentales relacionadas con salud, con el fin de promover la complementariedad de las acciones y evitar la duplicidad de esfuerzos.

Elaborar los reglamentos requeridos para la aplicación de la presente ley, revisarlos y readecuados permanentemente. Asimismo, el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social se estructura de la manera siguiente:

“Despacho Ministerial, Consejo técnico, Consejo Nacional de Salud, Secretaría Ejecutiva del Despacho Ministerial, Planificación Estratégica, Sistema de Información Gerencial en



Salud, Auditoría Interna, Asesoría Jurídica, Asesorías Específicas, Unidades Especiales de Ejecución, Dirección General de Regulación, Vigilancia y Control de la Salud, Dirección General del Sistema Integral de Atención en Salud, Gerencia General Administrativo Financiera y Dirección General de Recursos Humanos”²⁰.

4.2. Ensayos clínicos en seres humanos

Ensayo Clínico “Un ensayo clínico es una evaluación experimental de un medicamento en seres humanos para evaluar su seguridad y eficacia. Cuando se compara un medicamento experimental con un medicamento ya aprobado y utilizado en la práctica habitual permite conocer si el fármaco bajo investigación ofrece más beneficios respecto al medicamento ya existente”²¹

Los ensayos clínicos son de gran ayuda para que la ciencia médica avance, ya que permiten evaluar todos los aspectos de interés de las enfermedades de un modo reglado y controlado. Los ensayos clínicos son esenciales para obtener medicamentos innovadores, y constituyen una oportunidad, tanto para pacientes como para sus cuidadores, para desempeñar un papel más activo en el manejo de la enfermedad y

²⁰ Estructura del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, <http://portal.mspas.gob.gt>

²¹ https://seom.org/seomcms/images/stories/recursos/Ensayos_Clinicos_JUL18.p (Consultado el: 28 de agosto de 2020)



contribuir en los avances científicos, Avanzado, de modo que al día de hoy las pacientes pueden convivir con la enfermedad más tiempo con una buena calidad de vida.

Los ensayos clínicos son útiles para que la ciencia avance con relación a la práctica de experimentación relacionado con la existencia de nuevas enfermedades que necesitan ser abordadas para su investigación, encontrando todas las circunstancias que permitan garantizar la salud de una persona.

Los ensayos clínicos en la “En la actualidad son incontables los ejemplos que ilustran la naturaleza de la tecnociencia, entre ellos tenemos la biotecnología y la farmacología. El ensayo clínico constituye la metodología idónea que utiliza la farmacología clínica para evaluar la eficacia y seguridad de un tratamiento o intervención en seres humanos, este constituye la piedra angular de la investigación. En la actualidad, uno de los mayores retos que enfrenta la industria médico farmacéutica y biotecnológica, una vez transcurrida la etapa de investigación preclínica, es justamente la etapa de evaluación clínica. Por lo cual este trabajo tiene como objetivo ofrecer una reflexión sobre los aspectos más significativos de los ensayos clínicos y su impacto en la sociedad”²².

²² **Los Ensayos clínicos y su Impacto en la Sociedad**, Medisur Online 2016, vol.14, n.1



El ensayo clínico es cuando cualquier tipo de experimentación planeada involucra pacientes con una condición médica dada con el objetivo de elucidar el tratamiento más apropiado de futuros pacientes similares o también métodos de prevención o diagnóstico, también debe ser controlado porque involucra la comparación de efectos de tratamiento entre un grupo intervenido y un grupo que actúa como control, para intentar evitar el potencial de proveer una visión distorsionada de la eficacia y efectividad.

Finalmente, el que en un ensayo sea enmascarado o ciego quiere decir que los pacientes, los médicos, los evaluadores y otros participantes en la investigación, no conocen la intervención a la que está sometido cada paciente, disminuyendo de esta forma la introducción de sesgos ya que la comparación de tratamientos puede ser distorsionada si el paciente y aquellos responsables del tratamiento y evaluación conocen cual tratamiento está siendo usado.

4.3. Consentimiento Informado

“El consentimiento informado es el procedimiento mediante el cual se garantiza que el sujeto ha expresado voluntariamente su intención de participar en una investigación, después de haber comprendido la información que se le ha dado acerca de los objetivos de esta, los beneficios, las molestias, los posibles riesgos y las alternativas, sus derechos y responsabilidades”²³

²³<https://www.riojasalud.es/profesionales/comite-asistencial-de-etica/849-elaboracion-delconsentimiento-informado> (Consultado el: 02 de septiembre de 2020)



De lo anterior se requiere que, para el proceso de obtención de consentimiento informado, previo a indicarle todas las circunstancias a realizarse en el paciente, evidentemente este debe otorgar su consentimiento de manera que no se encuentre coaccionado “Fuerza o violencia que se hace alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo²⁴”.

Por lo que dicho consentimiento se debe otorgar por parte del paciente cuando éste se encuentre debidamente informado y éste libremente pueda decidir en la prestación de su organismo para la realización del experimento que le han informado los expertos en medicina debe someterse.

Asimismo como el dar el consentimiento es un libertad que goza el ser humano para la realización de un ensayo clínico, simplemente por ser el quién decide qué hacer con su cuerpo, sin embargo el mismo puede ser revocado por el paciente tal como lo regula el numeral 16 del referido acuerdo ministerial, El sujeto participante en un ensayo clínico, por sí mismo o con la asistencia de su representante, o de la persona vinculada a él por razones familiares o, de hecho, podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, sin expresión de causa y sin que por ello se derive para el sujeto responsabilidad alguna. Es decir que no debe existir obligación de iniciar hasta finalizar con el tratamiento, y es evidente que no debe existir una causa legítima, cualquier causa es valedera, hasta el simple hecho de que no se quiera hacer porque la causa es justamente que el paciente se arrepintió y no quiso realizarlo.

²⁴ Diccionario de la real academia española.



El Consentimiento Informado es entonces la obtención de aceptación del paciente para someterse a una experimentación, sin embargo, para la realización de dicho procedimiento es necesario realizar lo que establece la legislación correspondiente de conformidad con el acuerdo en mención en el numeral 19 se regula lo relacionado al procedimiento que se debe seguir por lo que se hace alusión a ello siendo lo siguiente:

Proceso para la obtención del consentimiento informado. El proceso para la obtención del Consentimiento informado de los participantes en un ensayo clínico se alcanza con las siguientes Acciones:

El documento de consentimiento informado para ser aprobado deberá contar con todos los elementos y requisitos establecidos en el cuerpo de la presente disposición.

El consentimiento que se utiliza en la investigación debe tener la aprobación formal del Comité de Ética en Investigación, debe estar foliado, sellado, firmado y fechado por el presidente o coordinador del Comité de Ética en Investigación, acreditado, o bien, un miembro del Comité designado para tal efecto, de conformidad a su reglamento, en cada una de sus hojas y éste mismo es el que se presenta al sujeto participante.



El sujeto participante en la investigación debe dar su consentimiento antes de ingresar al ensayo, libre de coacción, con conocimiento de todas las otras opciones terapéuticas disponibles.

Se debe discutir en detalle con el sujeto de investigación o representante, en qué consiste la investigación, cuáles son los riesgos y beneficios y cuáles son sus derechos al participar en el ensayo, antes de que manifieste su anuencia a participar en el mismo; conocer su derecho a cambiar de opinión y salirse del estudio en cualquier momento que lo desee y la oportunidad de discutir y obtener respuesta a todas las dudas y preguntas que tenga.

El sujeto participante o su representante, para dar su consentimiento de participar en el estudio deberán firmar y fechar el documento, conjuntamente con la persona que condujo el proceso de información y explicación del documento de consentimiento informado.

Si el sujeto o su representante no pueden leer ni escribir, deberán colocar su huella digital, en las hojas correspondientes para firma. Durante todo el proceso deberá estar presente un testigo imparcial, que sepa leer y escribir, quien deberá firmar y fechar el documento.



Se debe entregar una copia firmada del documento de consentimiento informado aprobado, al sujeto o a su representante. Se debe archivar el original del documento de consentimiento Informado en el expediente clínico del sujeto de consentimiento.

Se establece la existencia de un proceso que se utiliza para obtener el consentimiento de la persona, es evidente que existen varias cuestiones dentro de los pasos para obtener el consentimiento informado dentro de las cuales resalta el hecho de que se le debe informar a la persona la existencia de riesgos y el derecho de retirarse en cualquier momento sin que ello genere responsabilidad del paciente que desee ya no realizarse dichos estudios.

También es importante que se brinde toda la información posible, ya que puede poner en riesgo la vida, y siendo este un derecho fundamental, que se establece en el Artículo 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala “El estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.

Siendo estos últimos deberes que el Estado de Guatemala debe garantizar, sin embargo, esto no se percibe con lo que regula el numeral 21 del Acuerdo Ministerial 822019 del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social el cual regula la Normativa para la Regulación de Ensayos Clínicos en Humanos en situaciones Especiales.



4.4. Consentimiento informado de los menores en Guatemala

En líneas anteriores se ha establecido que una persona se considera niño, bajo las condiciones establecidas en el Artículo 8 del Código Civil, el cual regula que la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad, es decir las personas que son mayores de edad cuando han cumplido 18 años, por lo que se considera menor de edad a toda persona que no haya cumplido 18 años.

Sin embargo, también existen actos que los niños pueden realizar y esto lo realiza a través de la capacidad relativa la cual le permite al mayor de 14 años de edad realizar algunos actos como la aptitud para contraer trabajo, siempre y cuando esté autorizado por la Inspección General de Trabajo, los menores que hayan cumplido 16 años tienen la capacidad de participar en la administración de sus bienes entre otras.

Por lo que es evidente que se necesita siempre a una institución o familiar que represente y autorice la realización de determinados actos de los menores, siendo que en todo momento se debe velar por el interés superior del niño o la niña, por lo que, al hablar de consentimiento informado, según numeral 21 del Acuerdo Ministerial 82-2019, regula, algunas situaciones especiales, que por sus características requieren un abordaje particular, el cual se describe a continuación:

Menores de edad. En el caso de los menores de edad la persona que ejerza su representación legal será la responsable de dar el consentimiento informado y firmar el



documento. En los casos extraordinarios de investigaciones sin fines terapéuticos en menores de edad, incapacitados o con la competencia o autonomía disminuidas, se tomarán las medidas necesarias para evitar la posible explotación de estos menores y el menoscabo a su salud. Los menores de edad que tengan la madurez o edad adecuada deberán dar su asentimiento para participar en el estudio, la edad a la que deben dar el asentimiento es a partir de los siete años, de acuerdo con las directrices de Organización Mundial de la Salud. Si el menor de edad no da su asentimiento el estudio no se realizará aún y cuando los padres hubieren dado su consentimiento.

Solo podrá realizarse un ensayo clínico con menores si, además de las condiciones establecidas en los Artículos 8, 9 y 10 de este acuerdo, el menor ha recibido la información, de modo adaptado a su edad y madurez mental, sobre:

La naturaleza y los objetivos, beneficios, implicaciones, riesgos e inconvenientes del ensayo clínico, Los derechos y garantías del sujeto de ensayo en lo que respecta a su protección, en particular su derecho a negarse a participar y el derecho a abandonar el ensayo clínico en cualquier momento sin sufrir por ello perjuicio alguno y sin tener que proporcionar ninguna justificación,

Las condiciones en las que se llevará a cabo el ensayo clínico, incluida la duración prevista de la participación de los sujetos en el mismo, y



Las posibles alternativas del tratamiento, incluidas las medidas de seguimiento si el sujeto de ensayo interrumpe su participación en el ensayo clínico;

La información debe ser proporcionada por investigadores o miembros del equipo de investigación con formación o experiencia en el trato con menores; El investigador respeta el deseo explícito de un menor, capaz de formarse una opinión y evaluar la información a que se refiere el apartado, de negarse a participar en el ensayo clínico o de retirarse en cualquier momento;

No se ofrece ningún incentivo o estímulo económico al sujeto de ensayo ni a su representante, salvo una compensación por los gastos y la pérdida de ingresos directamente relacionados con la participación en el ensayo clínico;

El propósito del ensayo clínico es investigar tratamientos para un problema de salud que solo padecen menores o el ensayo clínico es esencial para validar, por lo que respecta a los menores, datos obtenidos en ensayos clínicos con personas capaces de dar su consentimiento informado, o por otros métodos de investigación;

Hay motivos científicos por los que cabe esperar que su participación en el ensayo clínico genere: Un beneficio directo para el menor afectado superior a los riesgos y cargas que supone. Algún beneficio para la población representada por el menor afectado y dicho ensayo clínico entrañe solo un riesgo y una carga mínimos para el menor afectado en comparación con el tratamiento estándar del problema de salud que padece.



Si, durante el ensayo clínico, el menor alcanza la edad legal para prestar consentimiento informado, se obtendrá su consentimiento informado expreso antes de que dicho sujeto de ensayo pueda continuar participando en el ensayo clínico.

Obtener el consentimiento informado que deberá ser firmado por ambos padres, su representante o por la o las personas que ostenten la patria potestad del menor. La patria potestad, la representación del menor o incapacitado la tendrán ambos padres, conjunta o separadamente. (Capítulo VII, Artículos 252 y 255 Código Civil).

Optar por la exclusión del menor de plantearse un conflicto de opiniones entre padres o los representantes y el menor sobre la participación en el ensayo clínico.

El Comité de Ética en Investigación que se encargue de la evaluación de un ensayo clínico con menores debe contar entre sus miembros con expertos en pediatría o haber recabado asesoramiento sobre las cuestiones clínicas, éticas y psicosociales en el ámbito de la pediatría.

Por lo que se considera que, al obtener el consentimiento de los niños y niñas, únicamente se requiere su asentimiento y un nivel de madurez adecuada para que entienda, ante ello se analiza la madurez de los niños y niñas.



El juicio prudente o sensato y la edad de un individuo que disfruta plenamente de sus capacidades y que todavía no alcanzó la ancianidad. Los seres humanos son seres evolutivos que de conformidad al avance de su edad logran una madurez emocional la cual se refiere al hecho que una persona en cuestión cuenta con un pensamiento y una conducta tanto sobre sí misma como sobre el resto del entorno, que indiscutiblemente se alejan de cualquier tipo de actitud que se pueda definir como infantil.

Por lo que al hablar de madurez existen muestras que se evidencian que una persona es madura y son el aceptar la crítica y las analiza y estudia para mejorar que sabe controlar sus ataques de mal genio, que siempre acepta las consecuencias de sus actos sin justificarse, no obstante, son las únicas señas de identidad que se emplean para considerar que una persona goza de madurez.

El niño percibe el mundo lo conoce de una manera global, todos los actos que hace con el cuerpo le afectan a la mente y viceversa, por eso la educación infantil sigue el principio de globalización, por lo que es evidente que las capacidades del niño son muchas, pero son limitadas porque el ser humano avanza conforme a la edad, las experiencias que a lo largo de la vida van formando una estructura mental relacionada con el actuar de la niñez.



Por lo que los factores que intervienen en la madurez son la edad, es un factor que muestra controversia ya que la mayoría de los sistemas de estudio ponen la edad cronológica como requisito de ingreso y otros adoptan el criterio de edad mental. "Grado de desarrollo intelectual de una persona, determinando por pruebas de inteligencia en relación con su edad biológica"²⁵. La edad mental está relacionada al éxito en las tareas de aprendizaje, la edad mental representa el grado de desarrollo intelectual a través de pruebas psicométricas y ellas citan al niño en cuanto a la evolución y la edad cronológica es la edad real que tiene el niño.

El cociente intelectual es otro factor que interviene en la madurez de la niñez "m. Psicol. Número que expresa la inteligencia relativa de una persona y que se determina dividiendo su edad mental por su edad física y multiplicando por 100"²⁶ de lo anterior se infiere que del concepto de cociente intelectual constituye un llamado de alerta para los padres y educadores que inician precozmente en el aprendizaje de la niñez, según el autor Boussion realizó un estudio en el que le dio como resultado de cociente intelectual de 120-140 que habían empezado a leer a los cinco años, con otros de igual inteligencia que habían iniciado la escolaridad a los seis años, dicho estudio concluyó que los niños adelantados son menos brillantes que los compañeros de igual cociente intelectual, presentan menor resistencia a la fatiga, menor capacidad de atención y sobre todo una mayor lentitud en la escritura.

²⁵ Ob. Cit.

²⁶ Ob. Cit.



Lo anterior evidencia que los niños conforme avanza su edad van mejorando sus capacidades volitivas con relación a la exposición de sus actos, por lo que ese proceso de entendimiento se abarca conforme tengas más edad, asimismo se infiere que un niño puede tener inteligencia superior y a la vez ser más crítico en alguna área específica, por ejemplo un niño podrá tener una edad cronológica de cinco años, con un cociente intelectual de 120 pero si la conducta afectivo social corresponde a su edad cronológica, deberá ser colocado en el niveles inferiores.

La salud también es un factor que incide en la madurez de la niñez, la salud del niño es un factor relacionado a la madurez del aprendizaje, la medición de ciertas características tales como peso y estatura tienen relación con el aprestamiento, el peso en especial, refleja el nivel de nutrición y de salud general; esto a la vez contribuye a dar una muestra de conocimiento y posibilidad de los padres en cuanto a la utilización de los recursos alimentarios y a la explicación de principios de higiene y cuidado médico. Una salud deficiente puede contribuir la base de dificultades en el rendimiento, factores como disfunción glandular, deficiencias vitamínicas, problemas nutricionales, resfriados frecuentes, ponen en riesgo la capacidad de desenvolvimiento; y cuando asisten, aminoran la posibilidad de realizar un esfuerzo sostenido debido a la disminución de la vitalidad y energía.



4.5. La Procuraduría General de la Nación y sus funciones.

El jurista guatemalteco, Alberto Herrarte González, indica: "El Ministerio Público es una institución que nace a finales de la edad media en varios países europeos. Fue en Francia donde adquirió mayor desarrollo surgió como una necesidad del poder real para defender los intereses del fisco, de donde deriva el nombre del Ministerio Fiscal, y también como una necesidad para llenar el vacío que se producía cuando, por falta de interés, no había ayuda particular para la persecución de los delitos. De ahí su doble naturaleza, como entidad encargada de defender los intereses fiscales y como promotora de justicia penal"²⁷.

El Decreto Gubernativo 1187 del 23 de octubre de 1931, dispuso que el Procurador General y los agentes auxiliares del Ministerio Público, actuaran en representación de los intereses del fisco y lo hicieron bajo la dependencia y control directo e inmediato de la secretaria de hacienda y crédito público (Ministerio de Finanzas Públicas). En el año de 1948, se emite la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto número 512 del Congreso de la República de Guatemala; disposición que toma en cuenta la importancia de las funciones del Ministerio Público y la necesidad de que llene debidamente su cometido

²⁷ Herrarte González, Alberto. **El proceso penal guatemalteco**. Pág. 91



con la indispensable autonomía de funciones que le da su carácter de institución auxiliar de justicia y de la administración pública.

La Procuraduría General de la Nación, como todas las instituciones del Estado, es producto de una evolución. Antes de la vigencia de la actual Constitución política de la República de Guatemala, las funciones del Ministerio Público y de la Procuraduría General de la Nación, recaían en una sola persona. En el Artículo 1 numeral dos, del Decreto 512: indica que el Ministerio Público tiene a su cargo; representar provisionalmente a los ausentes, menores e incapaces, mientras éstos no tengan personero legítimo, por lo que la función de representación y la intervención ante los tribunales, se encontraban relacionadas. La Constitución política de la República de Guatemala del año 1985, separó las funciones del Ministerio Público y de la Procuraduría General de la Nación.

Debido a las reformas constitucionales de 1993, nace a la vida jurídica e institucional, ya separada del Ministerio Público, y como entidad independiente la Procuraduría General de la Nación; conforme lo indica constitucionalmente el Artículo 252, con las funciones específicas de asesoría y consultoría de los organismos de Estado, así también ejerce la representación del Estado de Guatemala.

El 12 de mayo de 1994, emiten el Decreto Número 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, Ley orgánica del Ministerio Público, en donde se regula todo lo referente



a la institución; deroga la sección de fiscalía, regulada en el Decreto número 512, el cual aún se encuentra vigente en lo referente a las secciones de Procuraduría y Consultoría.

En la actualidad, la Procuraduría General de la Nación, cuenta con un equipo de profesionales multidisciplinarios que lo hacen ser el bufete más grande del país, además de tener un resultado de mayor alcance, ya que cuenta con 16 sedes departamentales; esto con el fin de servir de una manera eficiente y transparente, así también, en la espera de contar con su propia ley orgánica.

La Procuraduría General de la Nación es una institución pública de carácter técnico jurídico, creada por mandato constitucional, a quien se encomienda la personería jurídica del Estado de Guatemala, de la niñez y de la adolescencia, así como las funciones de asesoría y consultoría jurídica de la administración pública.

En cuanto a sus funciones se mencionan las facultades, atribuciones, funciones y responsabilidades que la ley le otorga a la Procuraduría General de la Nación, son la de personería jurídica del Estado de Guatemala, de la niñez y de la adolescencia, así como las funciones de asesoría y consultoría jurídica de la administración pública, y otras específicas que las leyes establecen. Cuenta con diecinueve delegaciones departamentales, que cubre toda la república; interviene en actos o hechos que afecten



o puedan afectar el interés de la nación, promueve la oportuna ejecución de gestiones necesarias para obtener la recta pronta solución.

Con relación al cumplimiento de sus funciones se encuentran enmarcadas y que, con relación con la niñez, debe realizar todos los esfuerzos necesarios a fin de garantizar el respeto de los derechos humanos específicamente guardando en toda la observancia al principio del interés superior del niño.



4.6 Propuesta de Reforma

ACUERDO GUBERNATIVO NÚMERO _____

REFORMAS AL ACUERDO MINISTERIAL NÚMERO 82-2019 DEL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y ASISTENCIA SOCIAL

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA,

CONSIDERANDO

Que la Constitución Política de la República de Guatemala cada ministerio está a cargo de un Ministro de Estado, quien tiene las funciones de ejercer jurisdicción sobre todas las dependencias de su ministerio y dirigir, tramitar, resolver e inspeccionar todos los negocios relacionados con su ministerio.

CONSIDERANDO

Que la Ley del Organismo Ejecutivo establece que, además de las que asigna la Constitución Política de la República de Guatemala y otras leyes, los ministerios tienen las atribuciones de cumplir y hacer que se cumpla el ordenamiento jurídico en los diversos asuntos de su competencia y dictar los acuerdos, resoluciones, circulares y otras disposiciones relacionadas con el despacho de los asuntos de su ramo, de conformidad con la Ley.



CONSIDERANDO

Que el Acuerdo Ministerial SP-M-466-2007, que contiene la normativa para la Regulación de Ensayos Clínicos en Humanos, data del año 2007, razón por la cual se hace necesario actualizar la normativa, buscando establecer que se respeten los principios éticos básicos, respeto por las personas, beneficencia y justicia, en todo el desarrollo de una investigación en la que participen seres humanos; por lo que se hace imprescindible emitir el acuerdo ministerial que apruebe la Normativa para la Regulación de Ensayos Clínicos en Humanos, el cual deroga al acuerdo ministerial antes citado;

CONSIDERANDO

Que el actual Acuerdo del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social contiene falencias en lo que respecta al Consentimiento Informado en los menores de edad, siendo que es esfuerzo del Estado de Guatemala respetar el interés superior del niño tal como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; así como tampoco establece responsabilidades para las autoridades encargadas de verificar el respeto de los derechos de los niños y niñas, por lo que es necesario llenar esos vacíos legales para garantizar todos los valores que la Constitución Política de la República de Guatemala y tratados internacionales en materia de derechos humanos garantiza.

POR TANTO:

En el ejercicio de la función que le confiere el inciso e) del Artículo 183 de la Constitución Política de la República de Guatemala:

Emite las siguientes:



REFORMAS AL ACUERDO MINISTERIAL 82-2019 DEL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y ASISTENCIA SOCIAL

Artículo 1. Se adiciona el Artículo 14 Bis) al Artículo 14 del Acuerdo Ministerial 82-2019 del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el cual queda así:

Artículo 14. Consentimiento Informado. El sujeto deberá otorgar libremente su consentimiento antes de que pueda participar en un ensayo clínico. Todas las personas involucradas en un ensayo clínico evitarán cualquier influencia inapropiada sobre el sujeto para obtener el consentimiento informado.

Artículo 14 Bis Consentimiento Informado en niños y niñas menores de edad, los niños o niñas para dar su consentimiento deberán ser asistidos, por la Procuraduría General de la Nación, por lo que se deberá dar Intervención a un personero de la Procuraduría General de la Nación para evitar trasgresiones al interés superior del niño o niña.

Artículo 2. Se adicionan los numeral 21.1.11, 21.1.12 y 21.1.13) al Artículo 21.1 del Acuerdo Ministerial 82-2019 del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el cual queda así:

Artículo 21.1 Menores de Edad. En el caso de los menores de edad la persona que ejerza su representación legal será la responsable de dar el consentimiento informado y firmar el documento. En los casos extraordinarios de investigaciones sin fines terapéuticos en niños, incapacitados o con la competencia o autonomía disminuidas, se tomarán las medidas necesarias para evitar la posible explotación de estos menores y el menoscabo a su salud. Los niños y niñas que tengan la madurez o edad adecuada deberán dar su asentimiento para participar en el estudio, la edad a la que se deben dar



el asentimiento es a partir de los siete años, de acuerdo con las directrices de la Organización Mundial de la salud. Si el menor de edad no da su asentimiento el estudio no se realizará aún y cuando los padres hubieren dado su consentimiento.

21.1.11 Para la realización de ensayos clínicos en menores de edad, previo a iniciar el proceso se deberá realizar un estudio socioeconómico del núcleo familiar del menor objeto de estudios clínicos.

21.1.12 para obtener el consentimiento informado del menor, previo a iniciar con el proceso de ensayo clínico se deberá realizar un estudio psicológico al menor objeto de estudios para medir su grado de madurez.

21.1.13 Una vez que se tenga dictamen favorable del estudio socioeconómico y dictamen favorable del estudio psicológico, se deberá dar intervención a la Procuraduría General de la Nación para que no se violente el interés superior del niño.

Artículo 3. Se adiciona el numeral 57.5 al Artículo 57 del Acuerdo ministerial número 822019 del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el cual queda así:

57.5 La no intervención de la Procuraduría General de la Nación, en la realización de los ensayos clínicos en personas menores de edad se debe dar intervención al representante del Estado de Guatemala, la no realización será motivo suficiente para suspender un ensayo clínico autorizado. Se establece la escala de sanciones siguiente:

a) suspensión de labores sin goce de salario por un mes; y b) destitución.

Artículo 4. Se adiciona el Artículo 141 bis del Acuerdo Ministerial 82-2019 del Ministerio de Salud Público y Asistencia Social, el cual queda así:



Artículo 141 Bis. Responsabilidades. médicos, padres, tutores y Procuraduría General de la Nación, que intervengan en el procedimiento del consentimiento informado para ensayos clínicos en personas menores de edad, que actúen con Propósito de Violentar el principio del interés superior del niño o niña, será objeto de las siguientes sanciones: se establece la escala de sanciones siguiente: a) suspensión de labores sin goce de salario por un mes; y b) destitución las autoridades de la Procuraduría General de la Nación sin perjuicio de la responsabilidad penal que fuese cometida por los sujetos responsables.

Artículo 5. Vigencia. Las presentes reformas entrarán a regir el mismo día de su publicación el Diario de Centroamérica.

Comuníquese:

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

EL MINISTRO DE GOBERNACIÓN,

MINISTRO

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y ASISTENCIA SOCIAL





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El principio del interés superior del niño o niña, también conocido como interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna; se trata de una garantía de que los menores tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no los que los conculquen.

La aplicación del Acuerdo Ministerial número 82-2019 del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, regula la normativa para la realización de ensayos clínicos en seres humanos, los cuales en su realización implica que el paciente ponga en riesgo la integridad y la vida, sin embargo dicha normativa también regula la realización de ensayos clínicos en personas menores de edad, que para su realización se requiere la autorización de los que ejercen la representación de éstos.

Sin embargo esto no es necesario cuando el menor según su grado de madurez y mayor de siete años de edad, el mismo permite la realización de ensayos clínicos, y para ello únicamente le requiere al menor que de su asentimiento, es decir que es suficiente que dé su opinión para la realización de dicho ensayo, la normativa en referencia no regula darle intervención a la Procuraduría General de la Nación para que determine si la realización de dicho procedimiento afecta el desarrollo integral de éstos, por lo que es evidente que el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social debe crear una normativa que regule la intervención de la Procuraduría General de la Nación y que vele por los intereses que pueden ser afectados de un menor.





BIBLIOGRAFIA

ALFRECHT, Peter Alexis. **Derecho de menores**. Barcelona, España, traducida al castellano, por Juan Ramírez Bustos; Ed. Promociones y Publicaciones Universales, S.A., 1986.

Amnistía Internacional. **Historia de los derechos humanos**. España: Ed. Educación; Ed 1ª. 2011.

ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS DE MENORES <https://www.unicef.org>
(Consultado el 17 de mayo de 2020).

Antecedentes del Constitucionalismo <http://www.canalegal.com> **Antecedentes del Constitucionalismo**. (Consultado el 20 de mayo del año 2020).

Antecedentes sobre la convención sobre los derechos del niño Convención sobre los derechos del niño. UNICEF Comité Español, pág. 8 y 9

Boletín de Nueva York sobre inicios de la medicina. Ed. Astrea, México, D.F. 2008.

Convención sobre los derechos del niño. UNICEF Comité Español, pág. 8 y 9
Definición del Interés Superior del Niño <https://diccionario.cear-euskadi.org/principiodel-interes-superior-dela-menor/> (Consultado el día 26 de mayo de 2020).

DE LEÓN CARPIO, Ramiro. **Catecismo constitucional**. Guatemala C.A.: Instituto de investigación y capacitación Atanasio Tzul. 1994



Definición Etario <https://definicion.de/etario/> (Consultado el día 26 de mayo de 2020).

FERRERO WALDNER, Benita. **Manual de educación sobre los derechos humanos**. Chile: Ed. Integrale, 1ª ed.: Ltda. 2004.

Filosofía del Bien común <https://dadun.unav.edu/bitstream> (Consultado el 21 de mayo de 2020)

HERRADOR SANDOVAL, Arturo. **Módulo de formación continuada. Derecho Constitucional y derechos humanos**. Guatemala. Escuela de estudios judiciales. Unidad de capacitación del Organismo Judicial. 2002.

LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **Derechos humanos**. Guatemala. Ed.; Nelli. 2008. (s.e.)

Los ensayos clínicos y su impacto en la Sociedad

http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=, (Consultado el 29 de mayo de 2020).

MORGAN SANABRIA, Rolando. **Material de apoyo para el curso de planeación de la investigación científica**. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. 1996.

Origen de la Declaración de los Derechos del Niño. <https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/>, (Consultado el día 28 de mayo de 2020).



PEREIRA OROZCO, Alberto y RITCHER, Marcelo Pablo Ernesto. **Derecho constitucional**. Guatemala: Ed. De Pereira, 2004.

Poder Judicial de la Federación, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I.

Política Pública de Protección Integral y Plan de Acción Nacional para la Niñez y Adolescencia de Guatemala <http://www.segeplan.gob.gt/downloads/clearinghouse/políticas>, (Consultado el 21 de Mayo del año 2020).

Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos. **Concepto y características de los derechos humanos**; Venezuela, Color gráfico 2ª ed. 2008.

SEPÚLVEDA, César, **Derecho Internacional**. México. Editorial Porrúa. (s.f.), (s.l.i.). 2002

SOLÓRZANO LEÓN, Justo. **Una nueva concepción de los derechos del niño, la niña y el adolescente**. Guatemala: Proyecto "Justicia penal de adolescentes y niñez víctima", Organismo Judicial y UNICEF, 2003.

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

Tratados internacionales: <https://conceptodefinicion.de/tratado-internacional/>, (Consultado el día 28 de mayo del año 2020).

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Introducción al estudio del derecho Teoría General del Derecho**, Guatemala. Editorial Universitaria, 1991.



Legislación:

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

Convención Americana sobre Derechos humanos. Organización de Estados Americanos, Decreto 6-78, 1978.

Declaración de los derechos y deberes del hombre. Organización de las Naciones Unidas. 1948.

Declaración universal de los derechos humanos. Organización de las Naciones Unidas. 1948.

Convención sobre los derechos del niño. Organización de las Naciones Unidas 1959.

Código Civil. Decreto Ley número 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de Guatemala. 1963

Código de Salud, Decreto 90-97 del Congreso de la República de Guatemala.1997

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

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Nación. Decreto número 512 del Congreso de la República de Guatemala.

Acuerdo ministerial 82-2019 del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

