

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

The seal of the Universidad de San Carlos de Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a crown at the top, a lion on the right, and a figure on the left. Below the shield is a horse. The shield is flanked by two towers. The text "UNIVERSITAS CAROLINA ACADÉMIA COACTEMALENSIS INTER CETERAS ORBIS" is inscribed around the border of the seal.

**DETERMINAR LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ AL
DICTAMINAR MEDIDAS DE SEGURIDAD CONTRA EL PRESUNTO AGRESOR SI
LAS VÍCTIMAS NO SON LO MENORES**

JEYMI EUGENIA SANDOVAL VILLATORO

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2024

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

**DETERMINAR LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ AL
DICTAR MEDIDAS DE SEGURIDAD CONTRA EL PRESUNTO AGRESOR SI LAS
VÍCTIMAS NO SON LOS MENORES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JEYMI EUGENIA SANDOVAL VILLATORO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, septiembre de 2024

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

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

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,
27 de mayo de 2022.**

Atentamente pase al (a) Profesional, **JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS**
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JEYMI EUGENIA SANDOVAL VILLATORO, con carné **201803163**,
intitulado **DIAGNOSTICAR LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ AL DICTAR MEDIDAS DE**
SEGURIDAD CONTRA EL PRESUNTO AGRESOR SI LOS MENORES NO SON LAS VÍCTIMAS.

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 REYNOS
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 27 / 05 / 2022

Asesor(a)
(Firma y Sello)

Licenciado

Jaime Rolando Montealegre Santos
Abogado y Notario



LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario – Col 4713
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
6ª. Ave.14-62 zona 1 Oficina 307 Comercial Esmol
Teléfono. 54066223



Guatemala, 30 de junio de 2022

Doctor:

Carlos Ebertito Herrera Recinos

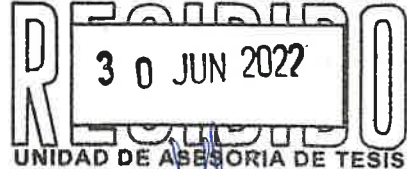
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho.

**FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES**



Hora: _____
Firma: _____

Respetable Doctor Herrera:

De conformidad con su oficio de fecha veintisiete de mayo de dos mil veintidós, me permito informar a usted que he asesorado y estableciendo que con el estudiante no existe relación de parentesco o enemistad, el trabajo de tesis de la estudiante: **JEYMI EUGENIA SANDOVAL VILLATORO**, quien se identifica con carné de la Universidad de San Carlos de Guatemala con número: 201803163, su trabajo de tesis intitulado: **DIAGNOSTICAR LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ AL DICTAR MEDIDAS DE SEGURIDAD CONTRA EL PRESUNTO AGRESOR SI LOS MENORES NO SON LOS MENORES**, que por razones de semántica y mejor comprensión se cambia el nombre del trabajo de tesis quedando de la siguiente manera: **DETERMINAR LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ AL DICTAR MEDIDAS DE SEGURIDAD CONTRA EL PRESUNTO AGRESOR SI LAS VÍCTIMAS NO SON LOS MENORES**.

La estudiante **JEYMI EUGENIA SANDOVAL VILLATORO**, en su trabajo de tesis enfoca con bastante propiedad y con apoyo en el derecho positivo y vigente y la doctrina, lo referente al interés superior de la niñez al dictar medidas de seguridad contra el presunto agresor si las víctimas no son los menores. El tema es abordado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones, doctrinas, como conclusión discursiva, así como regulación legal en Guatemala, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y derecho comparado aplicables a nuestro derecho positivo y por ende en normas vigentes, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad técnica y científica a quien esa clase de información necesite.

Al trabajo de tesis se le hicieron algunas recomendaciones, las cuales fueron atendidas fielmente por la estudiante **JEYMI EUGENIA SANDOVAL VILLATORO**. Así mismo, la autora aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios que lo enriquecen, los se encuentran fundamentados, pues son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la regulación y necesidad de reforma a nuestras leyes procesales vigentes guatemaltecas.

a) **La metodología y técnicas de la investigación:** Para el efecto se tiene como base el método analítico, sintético, deductivo e inductivo. Dentro de las técnicas de investigación se encuentran inmersas en el trabajo las siguientes: la observación, como

LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario – Col 4713
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
6ª. Ave.14-62 zona 1 Oficina 307 Comercial Esmol
Teléfono. 54066223



elemento fundamental de todo proceso investigativo apoyándose en ésta la sustentante para poder obtener el mayor número de datos. La observación, científica obteniendo con ella un objetivo claro, definido y preciso. La bibliográfica y documental para recopilar y seleccionar adecuadamente el material de estudio, ya que a través de las cuales se estudió el fenómeno investigado y culminó con la comprobación de la hipótesis planteada estableciendo los objetivos generales y específicos con el objeto de establecer doctrinariamente y jurídicamente cómo resolver ese problema en la práctica y legal;

b) La redacción: La estructura formal de la tesis está compuesta de cuatro capítulos, se realizó en una secuencia ideal empezando con temas generales para finalizar en orden lógico con el fenómeno en particular;

c) La conclusión discursiva: La problemática, Cuando se dictan medidas de seguridad en contra del agresor, debido principalmente a conflictos entre adultos, las personas que salen más perjudicadas de estas medidas son los menores de edad, pues resulta que los mismos no están involucrados en los efectos de la controversia que incluso puede ocasionar violencia entre la pareja, especialmente del hombre hacia la mujer, pero que los efectos negativos recaen más en los menores, puesto que las medidas de seguridad no contemplan el interés superior de la niñez, sino que las aplican libremente, lo cual afecta la relación paterno filial aunque no exista ningún conflicto en la relación entre el padre, supuesto agresor, y los hijos y las hijas. Por lo que se considera que los jueces encargados de conocer las solicitudes de medidas de seguridad por violencia contra la mujer o violencia intrafamiliar deben tener en cuenta este aspecto para evitar el quebrantamiento de las relaciones afectivas entre el padre y los hijos y las hijas si no están directamente afectados estos en el conflicto suscitado por la denuncia de violencia del presunto agresor.

En conclusión y atendiendo a lo indicado en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, informo a usted, que APRUEBO, ampliamente la investigación realizada, por lo que, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, ya que considero el tema un importante aporte.


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



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



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

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante JEYMI EUGENIA SANDOVAL VILLATORO, titulado DETERMINAR LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ AL DICTAR MEDIDAS DE SEGURIDAD CONTRA EL PRESUNTO AGRESOR SI LAS VÍCTIMAS NO SON LOS MENORES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/AFCV



DEDICATORIA

A DIOS:

Por darme la fortaleza porque a él le debo todo lo que tengo y todo lo que soy, por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer e iluminar mi mente y por nunca soltar mi mano.

A MI ESPOSO:

Moisés Ruano, quien me brindo su amor, apoyo incondicional en cada momento, gracias por tu esfuerzo diario para darme siempre lo mejor preocupándote siempre por que nada me faltara, gracias por esos momentos en los que te dije que ya no quería seguir y siempre estuviste a mi lado dándome esas palabras de aliento, este logro no sería real si no hubieras estado a mi lado, gracias.

A MIS HIJOS:

Mis amados hijos Julito y Jorgito, ustedes son el motor de mi vida. Porque cada decisión que tomo, siempre es pensando en ustedes, gracias por estar conmigo cuando tenía dudas y les tocaba hacerme las preguntas de los cuestionarios, también han estado a mi lado dándome su apoyo, gracias.

A MIS PADRES:

A mi papá Gustavo Sandoval gracias por todos esos consejos que me has dado, al fin te hice caso y tené por seguro papá que tus enseñanzas vivirán por siempre en mi corazón. A mi madre: Sheny gracias por el ejemplo de vida que me has brindado, me has enseñado a ser fuerte, gracias mamá por estar siempre para mí porque te he tenido incondicional siempre. Los amo GRACIAS.

A MI ABUELA:

Con mucho cariño a Miriam Morales, gracias ma, por tu apoyo incondicional porque has estado caminando a mi lado siempre, porque cada recuerdo que tengo tuyo es bueno, porque siempre has velado porque nada me falte, porque siempre has escuchado, gracias y quiero que sepas que con mucho cariño te dedico esta tesis.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la tricentennial Universidad de San Carlos de Guatemala. Por brindarme los conocimientos



que hoy me convierten en un profesional y donde me fue dado el pan del saber.

A:

Universidad de San Carlos de Guatemala, *alma mater* que albergó durante todo este tiempo mis sueños de estudiante y superación gracias por haberme permitido el honor de forjarme en sus gloriosas aulas.

PRESENTACIÓN

La investigación realizada pertenece a la rama cognoscitiva del derecho penal; siendo el sujeto principal los menores por los conflictos de los adultos; la investigación se realizó conforme lo establecido entre los años de 2015 a 2019.

El objeto de estudio será determinar si sufren daño los menores al decretar medidas de seguridad entre los padres; mientras que la unidad de análisis será por lo que se considera que los jueces encargados de conocer las solicitudes de medidas de seguridad por violencia contra la mujer o violencia intrafamiliar deben tener en cuenta este aspecto para evitar el quebrantamiento de las relaciones afectivas entre el padre y los hijos.

HIPÓTESIS



Al establecerse el análisis, puesto que las medidas de seguridad no contemplan el interés superior de la niñez, sino que las aplican libremente, lo cual afecta la relación paterna filial, aunque no exista ningún conflicto en la relación entre el padre, supuesto agresor, y los hijos y las hijas, por lo que se considera que los jueces encargados de conocer las solicitudes de medidas de seguridad por violencia contra la mujer.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Para poder establecer la hipótesis planteada se utilizaron distintos mecanismos como técnicas de investigación y se logró establecer y comprobó que cuando se dictan medidas de seguridad en contra del agresor, debido principalmente a conflictos entre adultos, las personas que salen más perjudicadas de estas medidas son los menores de edad, pues resulta que los mismos no están involucrados en los efectos de la controversia que incluso puede ocasionar violencia entre la pareja, especialmente del hombre hacia la mujer, pero que los efectos negativos recaen más en los menores.

Dentro de las técnicas de investigación se encuentran inmersas en el trabajo las siguientes: la observación, como elemento fundamental de todo proceso investigativo apoyándose en esta el sustentante para poder obtener el mayor número de datos, la observación, científica obteniendo con ella un objetivo claro, definido y preciso, la bibliográfica y documental y para el efecto se tiene como base el método analítico, sintético, deductivo e inductivo.

ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Los derechos humanos y los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.....	
1.1. Los derechos humanos.....	1
1.2. Desarrollo histórico de los derechos humanos.....	3
1.3. Limitaciones al ejercicio de los derechos humanos.....	4
1.4. La protección del Estado para el niño.....	10
1.5. Los derechos del niño.....	11
1.6. Importancia de los derechos del niño.....	11
1.7. Los derechos fundamentales del menor.....	12
1.8. Antecedentes del derecho de los menores de edad.....	13
1.9. Norma que instituyó al interés superior del niño.....	17
1.10. Leyes que regulan el interés superior de Niño.....	19
1.10.1. La Convención Sobre los Derechos del Niño.....	19
1.10.2. Declaración de los Derechos del Niño.....	20

CAPÍTULO II

2. Las medidas de seguridad.....	23
2.1. Medidas de seguridad.....	23
2.2. La importancia de las medidas de seguridad.....	24
2.3. Clasificación de las medidas de seguridad.....	27
2.4. Regulación legal de las medidas de seguridad.....	29
2.5. Aplicación de las medidas de seguridad.....	30
2.6. Principios de las medidas de seguridad.....	30
2.7. Tipos de peligrosidad para decretar una medida de seguridad.....	31

2.8. Órganos que decretan medidas de seguridad.....	32
2.9. Modificaciones de las medidas de seguridad.....	33

CAPÍTULO III

3. La custodia y el síndrome de alienación parental.....	35
3.1. Definición de la custodia.....	36
3.2. La modalidad de la custodia.....	36
3.3. La alineación parental.....	37
3.4. Importancia.....	41
3.5. Abuso sexual.....	42
3.6. El proceso de construcción del SAP tiene dos fases definidas.....	43
3.7. Estrategias	44

CAPÍTULO IV

4. Aplicación del interés superior de la niñez al dictar medidas de seguridad contra el presunto agresor si los menores no son las víctimas.....	47
4.1. El interés superior de la niñez y la protección.....	47
4.2. Su regulación en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia Decreto 27-2003.....	53
4.3. Ley de Tribunales de Familia.....	54
4.4. El principio de Interés superior del niño.....	55
4.5. La víctima.....	55
4.6. La protección en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.....	57
4.7. La jurisprudencia supranacional con relación a la protección judicial.....	58
4.8. El derecho del afectado.....	59
4.9. Solución.....	60



CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....

BIBLIOGRAFÍA.....

Pag

6

63

INTRODUCCIÓN

La alienación parental consiste en las conductas que lleva a cabo el padre o la madre que tiene la custodia de un hijo o hija, e injustificadamente impide las visitas y convivencias con el otro progenitor, causando en el niño o niña un proceso de transformación de conciencia, que puede ir desde el miedo y el rechazo, hasta llegar al odio. Este tipo de conductas, de inicio, pueden ser vistas como un problema familiar, pero al formar parte de todo un proceso destructivo van a tener proyección y repercusión social.

El objetivo del estudio de la presente investigación se orienta a determinar si sufren daño los menores al decretar medidas de seguridad entre los padres; mientras que la unidad de análisis será por lo que se considera que los jueces encargados de conocer las solicitudes de medidas de seguridad por violencia contra la mujer o violencia intrafamiliar, deben tener en cuenta este aspecto para evitar el quebrantamiento de las relaciones afectivas entre el padre y los hijos.

Para el desarrollo de la presente investigación, el contenido de esta tesis se integra por cuatro capítulos, en el primero, se expondrá, los derechos humanos y los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes; en el segundo se orientará a explicar, las medidas de seguridad; en el tercero se establecerá, la custodia y el síndrome de alienación parental; finalizando con el capítulo cuarto que explicó la aplicación del interés superior de la niñez al dictar medidas de seguridad contra el presunto agresor si los menores no son las víctimas.



Para el desarrollo de la investigación, la metodología utilizada incluyó varios métodos, como técnicas para alcanzar los objetivos establecidos el método analítico, el método deductivo, la técnica documental bibliográfica, la recopilación y selección adecuada de la información relacionada, para sustentar la investigación, ya que a través de las cuales se estudió el fenómeno investigado y culminó con la comprobación de la hipótesis.

Concluida la investigación es pertinente recomendar su estudio a profundidad como base para la discusión del problema social expuesto, para provocar el cambio en los problemas mencionados. Las afectaciones que se causen a la niñez víctima de estas conductas pueden ser de difícil, si no es que imposible, reparación; de ahí la necesidad y el compromiso de aportar al conocimiento y manejo adecuado.

CAPÍTULO I

1. Los derechos humanos y los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes

También se puede definir a los derechos humanos como: “Conjunto de principios de aceptación universal, reconocidos constitucionalmente y garantizados jurídicamente, orientados a asegurar a los seres humano su dignidad como persona, en su dimensión individual y social, material y espiritual”¹. Según lo mencionado quiere decir que los derechos humanos son holísticos, ya que abarcan todos los aspectos de la vida y desarrollo de la persona.

1.1. Los derechos humanos

Los derechos humanos son: “Los derechos más fundamentales de la persona. Definen las relaciones entre los individuos y las estructuras de poder, especialmente el Estado. Delimitan el poder del Estado y, al mismo tiempo, exigen que el Estado adopte medidas positivas que garanticen condiciones en las que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos”² se hace énfasis en que los derechos humanos implican un límite en las relaciones entre sujetos en la sociedad, y a la par involucran al Estado en el ordenamiento y vinculación de la vida de la personas, lo cual requiere que el Estado a

¹ Segreste Ríos, Sergio, **Manual Básico de Derechos Humanos para autoridades municipales**. Pág. 15.

² Nowak, Manfred, **Oficina del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**. Pág. 1.

través de sus Organismos adopte medidas y mecanismos necesarios para garantizar efectividad y disfrute de los mismos.

Los derechos humanos también son conocidos como: “derechos fundamentales, derechos del gobernado, garantías individuales, garantías constitucionales, derechos de la persona humana, derechos subjetivos públicos, derechos innatos, derechos básicos, libertades fundamentales. Sin embargo, los derechos fundamentales pueden estar constitucionalizados o encontrarse positivizados normas de otro rango”³. En el caso del amparo, la protección de los derechos humanos no depende de que se encuentren constitucionalizados, y que únicamente nos protegible tales derechos, sino que el concepto de derechos humanos, permite su reconocimiento como fundamental, por ser inherente o necesario para el desarrollo de la persona humana, con independencia del rango de la norma que lo positivase, e inclusive se dice, es existe y es exigible, aunque no se encuentre previsto o recogido en una norma jurídica por el Estado.

Desde un principio se puede expresar sobre los derechos humanos lo que a continuación se desarrolla: “Los derechos humanos son aquellos que pertenecen a la persona humana como tal, sin embargo, su intensidad y reconocimiento varía de una sociedad a otra y en la propia historia universal. Dentro de las corrientes iusfilosóficas que han estudiado los derechos humanos, el iusnaturalismo considera que la esencia de los derechos humanos es que son garantías que requiere el individuo para desarrollar su vida humana; por el contrario, el ius positivismo jurídico sostiene que los derechos humanos solo son

³ Ibid. Pág. 17.

reconocidos en la medida que el Estado los promulga, y desde entonces solo son reclamables”⁴.

1.2. Desarrollo histórico de los derechos humanos

El desarrollo histórico de los derechos humanos en el transcurso del tiempo: “Se inició mediante la determinación de una serie de principios y valores necesarios para la convivencia pacífica, y posteriormente se crearon normas que los positivizaron para dar seguridad jurídica a su contenido, reconocimiento y mecanismos de cumplimiento”⁵.

Desde el aspecto filosófico con relación a los derechos de la humanidad se puede establecer: “Una de las construcciones filosóficas más importantes de la historia de la humanidad han sido los derechos humanos, basada en el reconocimiento de la dignidad humana y en valorarse igual y posteriormente de la responsabilidad social de todos los individuos”⁶. La dignidad humana es un derecho que toda persona tiene desde su nacimiento hasta la muerte, en el aspecto filosófica se tiene el derecho humano de la dignidad como un derecho inherente del ser humano.

Desde épocas antiguas la dignidad de la humanidad ha variado de distintas maneras y una de ellas se desarrolló en la antigüedad clásica donde se establece: “Si bien en la antigüedad clásica se desconoció la dignidad humana (esclavismo), basada en que la comunidad tenía primacía absoluta sobre el ser humano, debiendo obedecer las leyes

⁴ Polo Gálvez, Luis Felipe. **Fundamentos filosóficos de los derechos humanos**. Pág.21 y 22.

⁵ **Ibid.** Pág. 11.

⁶ Solís García, Bertha. **Evolución de los derechos humanos**. Pág. 77.

aun cuando fueran injustas, los seres humanos no tenían ningún derecho que invocar al gobierno de la ciudad, más que apelar a la misericordia de la autoridad”⁷.

Por cada etapa se ven cambios en el desarrollo de la sociedad y desde luego con los distintos cambios de sociedades y creencias se puede indicar que: “Con el surgimiento del cristianismo, aparece el pensamiento de la dignidad humana basada en su carácter de hijo de Dios, y bajo un fundamento iusnaturalista divino, el ser humano gozaría de una serie de derechos inherentes a dicha condición”⁸.

Posteriormente, surge un iusnaturalismo de tipo racionalista, “es decir, basado en la ley natural de la cual participan los seres humanos, siendo el ser humano una persona racional, libre, moral y responsable de sus acciones, surgiendo derechos naturales innatos: derecho a la vida, integridad corporal, libertad religiosa, derecho a la familia, siendo un sujeto potencial de derechos y deberes frente a otros”⁹.

1.3. Limitaciones al ejercicio de los derechos humanos

Todo derecho tiene límites por lo que los derechos humanos no son la excepción, “El ejercicio de un derecho se manifiesta en la determinación precisa del alcance de la conducta humana permitida por el Derecho y sus limitaciones. En ese sentido, la regulación del ejercicio de un derecho consiste: “En la determinación de las posibilidades de concreción de la conducta abstractamente definida, mediante la regulación de los

⁷ **Ibid.** Pág. 79.

⁸ **Ibid.** Pág. 80.

⁹ **Ibid.** Pág. 82.

elementos de la realidad que sirven para modalizarla partiendo de una determinación del contenido del derecho establecido por el Constituyente”.¹⁰

Desde una perspectiva iuspositivista los derechos humanos no son absolutos o ilimitados, sino que el propio reconocimiento normativo que el Estado hace establece ciertos límites en su alcance y contenido, en primer lugar, por determinadas exigencias de la propia vida en sociedad. Se definen las limitaciones de los derechos humanos como “aquellas restricciones al ejercicio de un determinado derecho básico, de manera tal que toda pretensión de ejercicio del atributo respectivo que vulnere los límites impuestos por las mismas, es por esencia antijurídica y puede derivar para el titular infractor, en las responsabilidades que para tal efecto, prevea el ordenamiento jurídico positivo”.¹¹

“A tal efecto, las limitaciones pueden clasificarse en las siguientes categorías:

A) Según las circunstancias en las que operan: ordinarias que operan siempre bajo condiciones de normalidad constitucional, o extraordinarias, en situaciones de anormalidad o excepción constitucional (suspensión de garantías).” Según el Artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“B) Según el origen de la limitación: Por el respeto a los derechos fundamentales de los demás sujetos, no se puede utilizar el derecho propio en perjuicio de otro y siempre se deben ejercitar en función del bien común.” Como lo establece el Artículo 32.2 de

¹⁰ De Otto y Pardo citado por Nogueira Alcalá, Humberto. **Delimitación del contenido de los derechos, los límites y la regulación de los derechos**. Pág. 251.

¹¹ Tórtora Aravena, Hugo, **Limitaciones a los Derechos Humanos**. Pág. 76.

la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática". . De carácter material o físico, en el caso de los derechos prestacionales de carácter económico y social, depende de las posibilidades del Estado o de los sujetos obligados a proporcionarlos (derechos generales positivos a acciones fácticas del Estado). Limitaciones de orden jurídico positivo: es decir, previstas en la propia norma que reconoce el derecho fundamental en cuestión.

"C) Por el rango normativo de su limitación: constitucional, legal o reglamentario. Son condiciones para la limitación de los derechos fundamentales, la existencia de competencia constitucional de la autoridad pública que los limita, y en su defecto por legislador aunque tomando en consideración criterios sociales o materiales¹²".

Es decir, únicamente la ley puede limitar un derecho fundamental y por razones socialmente justificables, porque de lo contrario, el derecho se disfruta y se ejerce de la forma más plena posible, conforme al criterio libre del ser humano.

Se deben considerar como criterios sociales o materiales, ya que son parámetros para la limitación del derecho fundamental. En ese sentido, puede considerarse que los valores constitucionales de bien común e interés social, se relacionan con dicha categoría, ese derecho fundamental son los establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala.

¹²**Ibid. Cit.** Prieto Sánchis.

“Además, desde la perspectiva del derecho internacional existen derechos fundamentales que si bien no tienen reconocimiento en el derecho interno de un país, puede incorporarse a través del concepto de bloque de constitucionalidad”.¹³ La propia Corte Interamericana a regula en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

“Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones: a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a 'razones de interés general' y no se aparten del 'propósito para el cual han sido establecidas'. Este criterio teleológico (...) establece un control por desviación de poder; y c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas”.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva sobre la expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1986). En otros términos, siempre que el legislador o la administración pretendan limitar un derecho fundamental, deben buscar un factor de legitimidad. “Otras condiciones para la limitación, especialmente cuando se desarrolla su contenido y ejercicio en forma legal y reglamentaria, se refieren a la preservación del contenido

¹³**Ibid.**

esencial del derecho, el principio de lógica y no arbitrariedad de los actuar público, y las denominadas limitaciones fácticas de los derechos fundamentales, consistentes en prácticas políticas o administrativas bajo las que se tolera la restricción del derecho fundamental en la práctica”.¹⁴

“Finalmente otra limitación viene determinada por la ponderación del ejercicio de dos o más derechos concurrentes, en la que establece una relación de preferencia a favor de alguno y el control de proporcionalidad como criterio de justificación del alcance de la limitación”¹⁵

“El problema es que resultan incompletas: detrás del conflicto entre libertad e intervención suele esconderse el que media entre la libertad o la igualdad (formal, o negativa) de unos y la libertad o la igualdad (ahora real, o material) de otros. Desde esta perspectiva, el binomio privilegio-garantía, capaz de describir quizás el Derecho administrativo decimonónico, se revela excesivamente simplificador cuando se proyecta sobre el Derecho administrativo del Estado social y democrático de Derecho, cuya vocación es alcanzar un equilibrio entre los principios constitucionales que integran esta fórmula compleja y que se desarrollan y concretan a lo largo del texto constitucional mediante otras normas más precisas. Así deben entenderse, incluso, los conflictos entre poderes a los que se acaba de hacer referencia, pues a ellos subyace, esencialmente, la tensión entre el principio de eficacia de la acción administrativa y los principios de democracia y de control judicial de la Administración.”¹⁶

¹⁴ **Ibid.**

¹⁵ Arroyo Jiménez, Luis. **Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo**. Págs. 7 y 16.

¹⁶ **Ibid.**, Pág. 24.

El problema de la legislación administrativa es encontrar el equilibrio libertad e intervención, puesto que es un derecho que surge precisamente como contrapeso de la libertad individual, y que en su evolución histórica ha puesto de manifiesto la extralimitación administrativa en los derechos fundamentales del ciudadano, aparentemente justificada a través de la aprobación de una ley formal. Varias son las posibles limitaciones a los derechos fundamentales en estados de excepción bajo las siguientes condiciones:

- “• Estricta necesidad: en caso que se evalúe como única posibilidad para abordar la situación de emergencia.
- Proporcionalidad: sólo pueden ponerse en suspenso aquellas garantías que estén en relación directa con los aspectos en torno a los cuales rige la excepción, y no en relación a otros.
- Temporalidad: las garantías deben suspenderse por el tiempo estrictamente necesario para superar la emergencia.
- Respeto a la esencia de los Derechos Humanos: la suspensión no puede afectar a un conjunto de derechos fundamentales, cuya enumeración tiene variaciones, pero en términos generales se refiere al derecho a la vida; el derecho a la integridad personal; la prohibición de esclavitud y servidumbre; la prohibición de la discriminación; el derecho a la personalidad jurídica; el derecho a la nacionalidad; los derechos políticos; el principio de legalidad y retroactividad; la libertad de conciencia y de religión; la protección a la familia y los derechos del niño; así como las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos, entre las cuales deben considerarse incluidos el amparo y el hábeas corpus.

- Publicidad: la suspensión de garantías debe darse a publicidad tanto a nivel local como a escala global”.¹⁷

Es decir, los factores legitimantes de la limitación de un derecho fundamental en un estado de excepción, no pueden ampararse únicamente en la propia circunstancia declarativa del estado, sino que debe justificarse la conveniencia de la restricción, en aras a un fin superior.

En síntesis, actualmente tanto el reconocimiento como el ejercicio del derechos humanos se encuentra fundamentado en el respeto de ciertos límites que aparecen como reglas de derecho, que se deben considerar en un momento determinado para asegurar el justo ejercicio de aquellos.

1.4. La protección del Estado para el niño

El niño como el adulto o incluso el adolescente cuenta con características que lo diferencian de los demás y esa el Estado tiene que intervenir en su protección, y que considere al derecho de menores, como ha considerado al derecho de trabajo, por ejemplo: “Brindando una protección jurídica preferente, ya que son consideradas como personas, ante los adultos, pues, se encuentran en una condición de vulnerabilidad que puede aterrizar en ocasionar conflictos relacionados con la violencia, abusos, etc.”¹⁸

¹⁷ Nikken, Pedro. **El concepto de derechos humanos**. Págs. 17 y 18.

¹⁸ Mencon Hernández, Margarita. **Protección de la propiedad privada en los bienes de menores incapaces y ausentes en los asuntos de jurisdicción voluntaria**. Tesis de Licenciatura, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010.

1.5. Los derechos del niño

También suelen ser llamados derechos que aclararemos más adelante, momento dejaremos como sinónimas del, pero menor, que por denominación el ...es un derecho singular, eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social. “Es una rama del Derecho que regula la protección integral del menor, para favorecer en la medida de lo posible el mejor desarrollo de la personalidad del mismo y para integrarlo, cuando llegue a su plena capacidad, en las mejores y más favorables condiciones físicas, intelectuales y morales, a la vida normal”.¹⁹

1.6. Importancia de los derechos del niño

Todos los menores de 18 años, cualquiera sea su nacionalidad, origen, etnia. La ley los ampara respetando sus intereses superiores; esto implica que los derechos están asegurados con su máxima exigibilidad, como así también la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos y garantías. “Los niños, niñas y adolescentes se convierten, entonces, en prioridad para todos los ámbitos: familia, sociedad y Estado.”²⁰

El hijo tiene todos los derechos que le son inherentes como tal y que se encuentran establecidos en la Convención Internacional sobre los derechos del niño, que constituye

¹⁹ Jiménez, García, Joel Francisco. **Derechos de los niños**. Pág. 5.

²⁰ Simari, Graciela. **Derechos de niños, niñas y jóvenes**. Pág. 63.

ley vigente en el país y por lo tanto aplicable por parte de los jueces.

1.7. Los derechos fundamentales del menor

Tiene entre los derechos fundamentales, los siguientes:

- a) Derecho a ser reconocido por su padre legítimo.
- b) Derecho a la vida, a la protección a la seguridad, a la educación, recreación, etc.
- c) Derecho a la salud.
- d) Derecho a que se relacione con sus padres cuando estos no fueren casados o bien se encuentren separados o divorciados.
- e) Derecho a que sus padres lo alimenten

Al respecto, el Artículo 262 del Código Civil respecto de lo anterior anotado, indica: “ No obstante lo preceptuado en los Artículos anteriores, cuando la conducta de los padres sea perjudicial al hijo y se demande la suspensión o pérdida de la patria potestad, debe el juez adoptar las providencias urgentes que exija el interés y conveniencia del menor y pueda disponer también, mientras resuelve en definitiva, que salga de la casa de sus padres y quede al cuidado del pariente más próximo o de otra persona de reconocida honorabilidad, o si fuere posible, de un centro educativo”.

En el caso de los padres no casados, existe una disposición legal que resulta contradictoria a la norma señalada en el Artículo 261 del Código Civil que dice

textualmente: “Madre soltera o separada. Cuando el padre y la madre no sean casados ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen a poder del padre, o que sean internados en un establecimiento de educación.

1.8. Antecedentes del derecho de los menores de edad

Luego de la promulgación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, cualquier pretensión por abordar la situación de los niños, las niñas y los y las adolescentes, no puede perder de vista el norte que guía la lucha por los derechos de esta población.

La memoria humana en relación a la historia suele ser corta, con lo que existe el peligro de dar por sentado el modelo teórico que actualmente sirve de fundamento al reconocimiento jurídico y social de la niñez y la adolescencia a partir de un enfoque de derechos, como si todo hubiera sido siempre así.

La historia del despertar al mundo de la niñez y de la adolescencia es relativamente reciente en el desarrollo de la historia de la humanidad, y debe reconocerse que aún existen resabios de un paradigma de invisibilización y de discriminación en contra de este grupo de población sustentado en las propias estructuras jurídicas, políticas y sociales de la sociedad. El surgimiento a la vida jurídica de niños, niñas y adolescentes, por dar inicio en alguna parte, conlleva el reconocimiento de su personalidad jurídica por su condición humana, lo cual no es muy ajeno a los procesos que otros sectores de

población han tenido que experimentar y que, en conjunto, también construyen la propia historia de los Derechos Humanos.

Los derechos de la niñez y su reconocimiento, no son distintos de otros procesos de lucha por la reivindicación de los derechos humanos de las mujeres, de grupos étnicos, de las personas con discapacidad. Existe población infantil sometida a múltiples y diversas formas de discriminación a partir de su pertenencia a esos segmentos poblacionales desposeídos de reconocimiento jurídico y social.

En el caso de la infancia y la adolescencia, se unen, además, conceptualizaciones degradantes del niño, la niña y los y las adolescentes que niegan su condición de persona plena, a partir de la referencia a su etapa de desarrollo y se le considera como un ser incompleto, no desarrollado, inmaduro, dependiente, sin capacidad para expresar sus emociones o con una capacidad cognitiva y volitiva limitada.

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

los actos que ejecute, están directamente relacionadas con el desarrollo físico, moral, emocional, intelectual y social de su personalidad”²¹

El tratamiento de los menores cobra gran importancia a raíz de convenios internacionales en esta materia. “El 24 de septiembre de 1924, se abrió la brecha internacional para construir una estructura del derecho de menores, incitándose las más insignes inquietudes de los seres humanos, siendo esta la carta o declaración de Ginebra, la cual fue redactada en términos generales y abstractos que en su redacción definitiva dice a la letra: Por la presente declaración de los derechos del niño, los hombres y las mujeres de todos los países reconocen que la humanidad debe de dar al niño lo que ella tiene de mejor, afirman sus deberes de toda consideración de raza, nacionalidad y creencia:

- i. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente.
- ii. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el retrasado debe ser estimulado; el abandonado deben ser recogidos y socorridos.
- iii. El niño debe ser el primero en recibir socorros en época de calamidad.
- iv. El niño debe ser protegido contra toda explotación.
- v. El niño debe ser educado en el sentimiento de que sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio de sus hermanos”.²²

²¹ Mendizabal Oses, L, **Derecho de menores, teoría general**. Pág. 43.

²² Ochoa Escriba, Dina Josefina. **Las leyes de protección al menor y su aplicación en Guatemala**. Pág. 6

Otra legislación internacional de gran relevancia y que en la actualidad ha tenido mucho auge en las legislaciones de casi todos los países del mundo, es la Declaración de los Derechos del niño. “El 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las naciones Unidas aprobó por unanimidad la declaración de los derechos del niño. Dicha declaración se encuentra redactada en diez principios, disfrutar de protección especial y a disponer de oportunidades, servicios que le permiten desarrollarse en forma sana y normal, en condiciones de libertad, dignidad, a tener un nombre y una nacionalidad desde su nacimiento, debe disfrutas de los beneficios de la seguridad social, inclusive nutrición adecuada, vivienda, recreo, servicios médicos, recibir tratamiento, educación cuidados especiales si tiene algún impedimentos, a crecer en un ambiente de afecto siempre que sea posible, al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, a recibir educación, a figurar entre los primeros que reciban protección, socorro en caso de desastres, a estar protegidos contra todas las formas de abandono, crueldad, explotación. Finalmente la declaración recalca que el niño debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal”.²³

En el caso de Guatemala vale hacer mención lo escrito respecto a los antecedentes históricos en materia de Derecho de Menores. Analizando cuidadosamente la historia del derecho de menores en Guatemala, la misma debe efectuarse con la sucesión de hechos que se proyectarán desde que se incorpora al menor en la legislación.

En la evolución jurídica constitucional de Guatemala, los ideales de libertad, igualdad y derecho del hombre surgen como una constante histórica. En efecto, desde las bases

²³ **Ibíd.** Pág. 8

constitucionales de 1823 hasta la constitución de 1985, vemos consagrados estos principios como fundamentos del Estado guatemalteco.

Dentro de este marco jurídico Constitucional es preciso referirse de manera especial a la evolución de las disposiciones jurídicas que atañen directamente al niño o niña guatemalteco. En el año 1822: En dicho año fue presentado ante la Asamblea Nacional Constituyente de las provincias unidas del Centro de América, proyecto para abolir la esclavitud. Decreto que fue aprobado el 17 de abril de 1824.

1.9. Norma que instituyo al interés superior del niño

El interés superior del niño es la directriz aplicable a cualquier tema de minoridad, que obliga al administrador público y persona particular, a tomar la decisión más benéfica sobre los derechos de este grupo, aun cuando existan otros intereses en el mismo contorno; provocando así un efectivo resguardo a la integridad física y emocional del menor.

“En tal sentido, este principio es el producto de la intención social, de precautelar los derechos minoriles, sin menoscabo de la materia, lugar o tiempo en que estos deban ejercerse”.²⁴

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar social, los tribunales las autoridades administrativas o los

²⁴ Cabrera, Vélez, Juan Pablo. **Interés superior del niño**. Pág. 16.

órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el superior interés del niño.

2. Los estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomara todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Decreto Número 27-2003 en el Artículo 1. Establece: el objeto de la ley: “La presente Ley 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.

Como se indica en el Artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño. Adoptada por las naciones unidas el 20 de noviembre de 1989. ley indica el sujeto de derecho y deberes: “El Estado deberá respetar los derechos y deberes de los padres o en su caso de las personas encargadas del niño, niña o adolescente, de impartir en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño, niña y adolescente ejerza los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, la presente Ley y demás leyes internas, los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, sin más restricciones que las que establece la ley, cuya interpretación no será extensiva.

1.10. Leyes que regulan el interés superior de Niño

1.10.1. Su regulación en la Convención Sobre los Derechos del Niño

En la Convención Sobre los Derechos del Niño, se establecen derechos, valores o criterios relevantes que constituyen la situación jurídica del menor tales como: Los poderes públicos tienen como principios rectores de su actuación, el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y su integración familiar y social.

Posterior a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, cualquier pretensión por abordar la situación de los niños, las niñas y los y las adolescentes, no puede perder de vista el norte que guía la lucha por los derechos de esta población. La historia del despertar al mundo de la niñez y de la adolescencia es relativamente reciente en el desarrollo de la historia de la humanidad, y debe reconocerse que aún existen resabios de un paradigma de invisibilización y de discriminación en contra de este grupo de población sustentado en las propias estructuras jurídicas, políticas y sociales de la sociedad.

1.10.2. Declaración de los Derechos del Niño

Artículo 1º 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.

Artículo 2° 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.

Artículo 3° El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

Artículo 4° El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, 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.

Artículo 5° El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

Artículo 6° El niño, para el pleno 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 públicas 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.

Artículo 7º 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. 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 deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

Muy importante lo que establece el Artículo 8º El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Mientras que en el Artículo 9º 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

ó educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Artículo 10° El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa, o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

CAPÍTULO II

2. Las medidas de seguridad

Probablemente el antecedente más antiguo que se tiene de las medidas de seguridad, se encuentra en el Código de Manú, donde se contemplaba la disposición de dar muerte al delincuente reincidente del delito de robo, como una forma de prevenir que siguiera delinquiendo. Concepción distinta a la que actualmente se encuentra plasmada en la legislación. Posteriormente, en las Leyes de Indias se crearon disposiciones dirigidas a las personas en vagancia, disponiendo que las mismas debían ser sometidas a algún tipo de oficio, para que no resultaran perjudiciales para el resto de la sociedad.

2.1. Medidas de seguridad

Se puede indicar que según se establece que las medidas de seguridad en la actualidad surgen por la necesidad de protección especial a las personas, que deben ser otorgadas por el grado de peligrosidad de una persona en sociedad, y se establece que: “En tiempos más recientes, las medidas de seguridad surgen en algunas legislaciones, entre ellas, la legislación mexicana de 1872 y la inglesa de 1883 que mostraban los primeros progresos en cuanto a una regulación precisa de las medidas de seguridad. Fue Suiza y su código penal de 1893, que incorporo la figura de las medidas de seguridad, en un cuerpo normativo”.²⁵

²⁵ De León Velasco, Héctor Aníbal, y de Mata Vela, José Francisco, **Curso de derecho penal guatemalteco**. Pág. 283

Para analizar la importancia de las medidas de seguridad, se deben enumerar las contenidas en la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar debido a que fueron creadas pensando en la protección de la víctima, pueden clasificarse según el Organismo Legislativo, Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, Decreto 97- 96, Guatemala, Decreto No. 97-96 Artículo 7, de la siguiente manera:

- Medidas que restringen la libertad de locomoción de la persona agresora: Estas impiden que el agresor tenga acceso, contacto físico o comunicación con la víctima.
 - a) Ordenar al presunto agresor que salga inmediatamente de la residencia común. Si resiste, se utilizará la fuerza pública.
 - b) Prohibir el acceso del presunto agresor al domicilio permanente o temporal de la persona agredida y a su lugar de trabajo o estudio.
- Medidas que restringen la disponibilidad del patrimonio de la persona agresora: Buscan que el agresor no tenga acceso a objetos destinados a un uso violento o intimidatorio en la víctima.
 - c) Prohibir que se introduzca o se mantengan armas en la casa de habitación, cuando se utilicen para intimidar, amenazar o causar daño a alguna de las personas integrantes del grupo familiar.

d) Decomisar las armas en posesión del presunto agresor, aun cuando tenga licencia de portación.

— Medidas que Restringen un derecho de familia de la persona agresora: Limitan la disponibilidad de interacción del agresor con miembros del núcleo familiar.

e) Suspenderle provisionalmente al presunto agresor, la guarda y custodia de sus hijos e hijas menores de edad.

f) Ordenar al presunto agresor abstenerse de interferir, en cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas.

g) Suspenderle al presunto agresor el derecho de visitar a sus hijos e hijas, en caso de agresión sexual contra menores de edad.

Medidas que ordenan el tratamiento curativo de la persona agresora:

b) Ordenar la asistencia obligatoria a instituciones con programas terapéuticoeducativos, creados para ese fin.

— Medidas de asistencia inmediata a la víctima:

c) Ordenar el allanamiento de la morada cuando, por violencia intrafamiliar, se arriesgue gravemente la integridad física, sexual, patrimonial, o psicológica de cualquiera de sus habitantes.

- i) Prohibir, al presunto agresor que perturbe o intimide a cualquier integrante del grupo familiar.
- k) Fijar una obligación alimentaria provisional, de conformidad con lo establecido en el Código Civil.

— Medidas que garantizan un derecho patrimonial de la víctima:

- l) Disponer el embargo preventivo de bienes, del presunto agresor. Para aplicar esta medida no será necesario ningún depósito de garantía. A juicio de la autoridad judicial competente, el embargo recaerá sobre la casa de habitación familiar y sobre los bienes necesarios para respaldar la obligación alimentaria en favor de la persona agredida y los dependientes que correspondan, conforme a la ley.
- m) Levantar un inventario de los bienes muebles existentes en el núcleo habitacional, en particular el menaje de casa u otros que le sirvan como medio de trabajo a la persona agredida.
- n) Otorgar el uso exclusivo, por un plazo determinado, del menaje de casa a la persona agredida. Deberán salvaguardarse especialmente la vivienda y el menaje amparado al régimen de patrimonio familiar.
- ñ) Ordenar, al presunto agresor, que se abstenga de interferir en el uso y disfrute de los instrumentos de trabajo de la persona agredida. Cuando ésta tenga sesenta (60) años o más o sea discapacitada, el presunto agresor no deberá interferir en el uso y disfrute de instrumentos indispensables para que la víctima pueda valerse por sí misma o integrarse a la sociedad.

- o) Ordenar al presunto agresor, la reparación en dinero efectivo de los daños ocasionados a la persona agredida, o a los bienes que le sean indispensables para continuar su vida normal. Se incluyen gastos de traslado, reparaciones a la propiedad, alojamiento y gastos médicos. El monto se hará efectivo en la forma y procedimiento que la autoridad judicial estime conveniente para garantizar que la misma sea cumplida.”

2.3. Clasificación de las medidas de seguridad

La clasificación de las medidas de seguridad, según el maestro Mata Vela y De León Velasco, al establecer y proporcionan otra clasificación doctrinaria de las medidas de seguridad:

a) Medidas de Seguridad propiamente dichas y medidas de prevención.

- Las medidas de prevención son aquellas que no dependen de la comisión de un delito, son pre-delictuales y se aplican de acuerdo a la peligrosidad social del sujeto, con el objetivo de impedir la comisión de una actividad delictuosa.
- Las medidas de seguridad propiamente dichas se aplican de manera complementaria con las penas y también previenen un delito futuro; se aplican después que el sujeto ha transgredido una norma jurídica, y se determinan según el delito o falta”.²⁶

²⁶ De León Velasco, Héctor Aníbal, y de Mata Vela, José Francisco. **Op. Cit** Pág. 298

b) Medidas de seguridad, curativas, reeducativas o correccionales y eliminativas.

- Las medidas curativas, tienen por objeto el tratamiento clínico psiquiátrico de los sujetos inimputables debido a sus capacidades mentales, y que requieren centros especializados de tratamiento.
- Las reeducativas o correccionales, son aquellas que tienen como objetivo la reeducación del criminal, con el fin de reincorporarlo a la sociedad, internándolos en instituciones educativas, industriales, agrícolas o correccionales, para que resulten útiles para el resto de la población.
- Las medidas eliminativas, de segregación o protección estricta, son las que buscan eliminar a los sujetos de la sociedad, se les considera inadaptables, individuos incorregibles que no pueden pertenecer al resto de la población, estos requieren una custodia muy especial para evitar su reincidencia o su criminalidad habitual, se pueden llevar aun dentro de los centros penales.

c) Medidas de seguridad privativas de libertad, no privativas de libertad y patrimoniales.

- Las primeras son aquellas que despojan la libertad de los delincuentes, pero no son destinados directamente a cárceles o centros penitenciarios, si no a centros o instituciones especiales, por ejemplo, los centros de trabajo o industriales, casas de custodia o centros psiquiátricos especializados.

- Las no privativas de libertad, limitan parcialmente el libre albedrío del individuo, son las que, a pesar de sujetar obligatoriamente al individuo, no coaccionan en forma absoluta la libertad de locomoción, tal es el caso de la libertad vigilada, la prohibición de residir en determinados lugares, y la prohibición de asistir a determinados lugares.
- Mientras que las patrimoniales, son las que recaen directamente sobre el patrimonio de la persona a quien se le impone, como una caución.

2.4. Regulación legal de las medidas de seguridad

Como se establece en el Artículo 86, del código Penal, indica: “Las medidas de seguridad previstas en este título, sólo podrán decretarse por los tribunales de justicia en sentencia condenatoria o absolutoria por delito o falta. Sin embargo, en cualquier tiempo podrán reformar o revocar sus resoluciones al respecto, si se modifica o cesa el estado de peligrosidad del sujeto. Los tribunales podrán decretar la aplicación simultánea de medidas de seguridad compatibles.”

Es de suma importancia lo que se establece con relación a las medidas de seguridad al indicarse en la Ley del Femicidio, ya que en Materia de Medidas de Seguridad, es el Artículo 9 de la ley Contra el Femicidio, en su segundo párrafo, estableciendo que “Con la sola denuncia del hecho de violencia en el ámbito privado, el órgano jurisdiccional que la conozca deberá dictar las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 7 de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, pudiéndose aplicar a la mujer que sea víctima de los delitos establecidos en la presente ley, aun cuando el agresor no sea su pariente”

2.5. Aplicación de las medidas de seguridad

El Código Penal guatemalteco regula las medidas de seguridad en el artículo 88, Las medidas de seguridad aplicables son las siguientes:

- 1o. Internamiento en establecimiento psiquiátrico.
- 2o. Internamiento en granja agrícola, centro industrial u otro análogo.
- 3o. Internamiento en establecimiento educativo o de tratamiento especial.
- 4o. Libertad vigilada.
- 5o. Prohibición de residir en lugar determinado.
- 6o. Prohibición de concurrir a determinados lugares.
- 7o. Caución de buena conducta.

2.6. Principios de las medidas de seguridad

Es importante desarrollar dentro de la presente investigación, los principios rectores de las medidas, debido a que son estas determinantes dentro de su legalidad. Se puede mencionar un conjunto de principios jurídicos, que determinan la imposición y el desarrollo de las medidas de seguridad, se encuentran reguladas en la legislación penal; y que garantizan los derechos constitucionales y ordinarios contenidos en la legislación.

- a) Principio de Legalidad: Establece que las medidas de seguridad no pueden decretarse sin disposición legal que lo establezca expresamente, ni fuera de los casos establecidos por la ley.

- b) Principio de Jurisdiccionalidad: Determina que las medidas de seguridad, solo pueden decretarse por los órganos jurisdiccionales, ya sea por delitos o faltas, en fallos absolutorios o condenatorios.
- c) Principio de Peligrosidad Las medidas de seguridad se sustentan en la peligrosidad criminal que el sujeto representa para la sociedad.
- d) Principio de Proporcionalidad Determina que las medidas de seguridad no pueden durar más de lo necesario, siempre y cuando se evite la posibilidad o peligrosidad del delincuente a la reincidencia criminal.
- e) Principio de Intervención Mínima Se trata de una limitación establecida en función del contenido objetivo y actual del estado peligroso del individuo, se enfoca a las necesidades específicas de cada caso en atención a las características del delincuente, buscando ser un medio terapéutico o educativo”.²⁷

2.7. Tipos de peligrosidad para decretar una medida de seguridad

Doctrinariamente la peligrosidad puede clasificarse en dos tipos, siendo estas las cuales se desarrollarán:

- 1) La peligrosidad llamada “predilectual o antedelictual” la cual se refiere a determinados individuos que, sin haber cometido algún delito, se encuentran próximos a cometerlo, y es también llamada peligrosidad sin delito o peligrosidad social; y algunos tratadistas han tomado esta primicia, como suficiente para la imposición de una medida de seguridad con el fin de evitar la comisión de delitos.

²⁷ De León Velasco, Héctor Aníbal, y de Mata Vela, José Francisco. **Op. Cit** Pág. 298

2) La denominada “peligrosidad posdelictual o peligrosidad criminal” que representa la peligrosidad con delito, a la cual se le asigna las medidas de seguridad, con miras a la prevención y a la rehabilitación, y que cumple con los requisitos legales de nuestro ordenamiento jurídico interno, al normar que la legalidad es el pilar de las medidas de seguridad”.²⁸

2.8. Órganos que decretan medidas de seguridad

Órganos Jurisdiccionales Encargados de Decretar Medidas de Seguridad El Reglamento de Gestión para los Juzgados y Tribunales con competencia en delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, plasma los criterios de competencia para dictar medidas de seguridad a favor de las víctimas por hechos de violencia contra la mujer, comprendiendo:

- a) Juzgados de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Turno, cuando no se hubiere emitido el auto de procesamiento; dentro de esta disposición se aprecia la característica que debe ostentar el órgano jurisdiccional de primera instancia no especializado, y es el que se debe de encontrar en turno, por tanto, se limita su intervención hasta antes que se dicte el auto de procesamiento.
- b) Juzgado de Paz, independientemente que exista o no Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, este rubro es amplio y no establece condición alguna, por lo que cualquier juzgado de paz puede decretar las

²⁸ Ibid. Pag. 294,295.

medidas de seguridad que considere oportunas para la protección de la víctima, dentro de estos también entrarían los juzgados de paz móviles.

- c) Juzgados de Primera Instancia o Tribunales con competencia en materia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente cuando tengan conocimiento del caso; este inciso no solo abarca a los juzgados de primera instancia y tribunales de materia penal no especializados en violencia contra la mujer y Femicidio, con el simple hecho que tengan conocimiento del caso.
- d) Juzgados de Primera Instancia Penal de Delitos de Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, cuando esté conociendo del caso luego de emitido el auto de procesamiento. Esta disposición determina la competencia de los juzgados especializados para la emisión de medidas de seguridad en contra del presunto agresor, a favor de la víctima, en los delitos contenidos en la ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer.

2.9. Modificaciones de las medidas de seguridad

Los órganos jurisdiccionales competentes para conocer el proceso penal de los delitos contra la mujer contenidos en la Ley Contra el Femicidio, resolverán de conformidad con las reformas del Código Procesal Penal, mediante audiencia oral, las solicitudes relacionadas con:

- a) Prorroga: Se refiere a la extensión de las medidas de seguridad, cuando estas están por vencer, comprendiendo el tiempo de duración de las mismas, mas no así la modificación del número o tipo de medidas decretadas.

- b) Ampliación: Comprende la adhesión de una o más medidas de seguridad, por lo que no modifica las decretadas con anterioridad, únicamente amplía la protección a favor de la víctima.
- c) Sustitución: Las medidas de seguridad pueden ser sustituidas unas por otras, si estas no se adecuan a las condiciones o circunstancias actuales de la víctima.
- d) Revocación: Si la víctima no necesita más de la protección que ofrecen las medidas de seguridad, debido a que es imposible que el agresor pueda poner en peligro la vida o la integridad física de la víctima, el Juez o Jueza puede ordenar revocar las medidas impuestas en contra del presunto agresor.
- e) Oposición: La oposición de las medidas de seguridad, se tramitarán por la vía de los incidentes, por lo que deberán presentarse los medios necesarios de prueba.

CAPÍTULO III

3. La custodia y el síndrome de alienación parental

Es un término legal que se utiliza para describir la situación en la que los padres se separan y uno de ellos asume responsabilidad por su hijo o sus hijos. En cualquiera de las modalidades en la legislación guatemalteca el juez debe dejar garantizados los derechos de los hijos/as menores de edad, y las medidas que se tomen sean en conveniencia del menor y no quede desamparado luego de la disolución del matrimonio, e inclusive si es necesario alguno o ambos padres pueden perder la patria potestad, o dejar la guarda y custodia de los menores a cargo de otras personas por el bienestar de los menores.

En la guarda y custodia de un menor, En la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el artículo 2° establece; "...Se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años, de edad, y adolescencia a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad" En la Convención sobre los Derechos del niño, en su artículo 1° establece que se considera niño; "...todo ser humano menor de dieciocho años de edad...", los cuales están al cuidado del padre, madre si estos fueran aptos para ejercer su guarda y custodia, y si la reconocen. Los cuales están obligados a velar por su bienestar emocional, físico, y espiritual para tener una vida plena y feliz, respetando sus derechos y cumpliendo con sus obligaciones como progenitores para que tengan un desarrollo pleno, propiciándoles lo que necesiten según sus condiciones de vida

La palabra custodia “acción o efecto de custodiar. | Protección, amparo. | Vigilancia.”^{56,} Cuidado. | Guarda. | Vigilancia. | Protección”.²⁹ La palabra custodia han sido utilizados como sinónimo, refiriéndose a una efigie, y esto es el cuidado personal de los hijos. Entonces se debe de entender que las palabras guardan y custodia se refiriere únicamente al cuidado personal que uno o ambos progenitores ejercen sobre sus hijos/as.

3.2. La modalidad de la custodia

Cuando tienen problemas las parejas y se separan o divorcian está el caso de los hijos menores del cual deben velar y de esa forma: “La patria potestad no sufre cambios, la continúan ejerciendo conjuntamente el padre y la madre, con las modalidades de custodia y derechos de convivencia”.³⁰ La custodia, ya sea de forma permanente o hasta que esta resulte modificada en un nuevo acuerdo o en una decisión judicial y se haga de forma unilateral, o con una modalidad alterna o sucesiva en periodos establecidos de forma convencional o judicialmente que viene siendo la guarda y custodia compartida y lo abarca todas las obligaciones que se originan de la vida cotidiana y ordinaria de los niño, niñas adolescentes, como lo es la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, vigilancia, formación y asumir la responsabilidad por hechos ilícitos que cometan los menores.

²⁹ **Guarda, Diccionario Ciencias Jurídicas Políticas Sociales.** Pág. 425

³⁰ **Breña Sesma, Ingrid. Derechos del hombre y de la mujer divorciados.** Pág. 78.

Por su parte, Pérez Salazar-Rezano; define esta figura como: “El derecho de los Progenitores a estar en compañía del menor, elemento integral de la patria potestad”.³¹

La figura de guarda y custodia cobra relevancia en situaciones de no convivencia del padre y madre del niño/a, debido a que se debe determinar quién asume la figura jurídica. Lo más importante de una separación o divorcio es velar por el bienestar físico y psicológico del niño, niña y adolescente, y es quien recibe menos atención en su mayoría de casos. La guarda y custodia constituye una de las funciones de los progenitores sobre sus hijos menores derivadas del Ejercicio de la Patria Potestad.

3.3. La alineación parental

La alienación parental consiste en las conductas que lleva a cabo el padre o la madre que tiene la custodia de un hijo o hija, e injustificadamente impide las visitas y convivencias con el otro progenitor, causando en el niño o niña un proceso de transformación de conciencia, que puede ir desde el miedo y el rechazo, hasta llegar al odio. Este tipo de conductas, de inicio, pueden ser vistas como un problema familiar, pero al formar parte de todo un proceso destructivo van a tener proyección y repercusión social. La alienación parental afecta el sistema familiar y sus subsistemas, así como la dinámica familiar.

El tema es fuente de diversas posturas y opiniones, las cuales no es la intención agotar en este volumen; lo que se pretende es mostrar la dinámica de la alienación parental,

³¹ Echeverría Guevara, Karen Lisset, **La Guarda y Custodia de los Hijos**. Pág., 34.

tanto en México como en otros países. La protección integral, la autonomía progresiva de los derechos de la infancia y el interés superior como derechos humanos son parte del marco teórico obligado al tratar temáticas relativas a la niñez, y la alienación parental no es la excepción. Ésta es una problemática que afecta a niñas, niños y adolescentes, la cual hasta ahora se busca hacer visible.

La experiencia, conocimiento y práctica profesional de autores y autoras se vierten en este libro, y se invita al público lector a reflexionar acerca de las implicaciones, procesos y efectos que estas conductas generan. Las afectaciones que se causen a la niñez víctima de estas conductas pueden ser de difícil, si no es que imposible, reparación; de ahí la necesidad y el compromiso de aportar al conocimiento y manejo adecuado del tema.

Las acciones descritas tienen un nombre: podemos llamarlas violencia psicológica o alienación parental. La cuestión difícil de consensuar radica en torno a su naturaleza y/o catalogación –como violencia, como síndrome–, no obstante, en donde sí hay claridad es en determinar que es utilizada como artimaña por parte de los progenitores.

En el caso de una separación/divorcio se puede utilizar la violencia psicológica o alienación parental para evadir el pago de una pensión alimenticia, por ejemplo si el padre o madre logra obtener la guarda y custodia de los hijos/as, ya no tendrá que mantener a su “enemigo/a” y para ello, por desgracia, se toma como “aliados” a la prole; o tan solo para crear una influencia negativa en los hijos con respecto a uno de los padres, creando un sentimiento de rechazo contra el otro progenitor.

Los efectos para los menores que se encuentran en esta “cruzada” son de diferente variedad y calado, en donde se da el conflicto de lealtades, el doble vínculo, la triangulación, la interferencia parental o incluso el denominado síndrome de alienación parental. Llegados a este punto, el síndrome de alienación parental (en adelante SAP) es una de las prácticas más habituales que podemos encontrar ante la ruptura matrimonial en donde hay la presencia de hijos/as.

El creador del SAP, Richard Gardner, define al síndrome como una perturbación psiquiátrica que aflora en el contexto de disputas litigiosas de custodia de niños, en especial cuando la disputa es prolongada y agria. Hay tres tipos de síndromes de alienación parental, el diagnóstico diferencial de los cuales es crucial para tratar adecuadamente el trastorno. Los tres tipos de síndromes a los que se refiere son: ligero, moderado y severo, con manifestaciones sintomáticas de diferentes intensidades. Gracias al trabajo del profesor Gardner hemos podido visualizar un problema más que latente y de una gran magnitud ante situaciones que se reiteran con más asiduidad de la deseada.

Ello nos manifiesta que hay un problema grave detectado en los hijos ante determinadas situaciones de crisis de pareja, pero deja abierta la duda para una catalogación específica de este tipo de conductas y sus consecuencias. Es decir, cuando se menciona de expresar que el tema no tiene una posición doctrinal unánime indubitada, en cualquier forma; de hecho, el SAP no está reconocido legalmente por la Organización Mundial de la Salud, no está establecido la función y de ahí la polarización de posturas en torno al mismo.

El SAP, y ello es importante destacarlo en este momento, no ha sido sujeto de estudios empíricos ni realmente objeto de publicación en revistas científicas; de hecho, como expresamos, el SAP deriva de las opiniones publicadas a partir de la década de 1980 por Gardner, basadas en su experiencia clínica.

Con esta observación podemos subrayar la falta de atención concienzuda a este evento y por ende la falta de su ubicación en los medios jurídicos o jurisdiccionales. Ello propicia la concepción del SAP como un evento que al concretarse se manifiesta como abuso, ya sea de carácter sexual o psicológico, o considerarlo como una mera práctica, hasta inocua, cuando los niños se encuentran dentro de una ruptura familiar.

Estas distintas posturas obedecen, en su mayor parte, a una falta de conocimiento sobre un tema tan complejo y delicado como el SAP. Llegados a este punto, entre los especialistas en la materia tenemos un sector que manifiesta la existencia del síndrome, que concuerda con Gardner y coopera en la búsqueda de la sintomatología del mismo.

Así, en España, se conoce y se expresa que el SAP es un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, con doctrinas, enseñanzas y conocimientos dados como cualquier tipo mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición, dejando el cambio del progenitor de la conciencia de sus hijos.

3.4. Importancia

El mismo autor expresa, en relación con la importancia que se le debe dar al SAP, que su [...] motivación está en dar a conocer el cada vez mayor número de procesos en los que un progenitor, habitualmente el que detenta la guarda y custodia, predispone mediante distintas estrategias a sus hijos contra el otro progenitor, de tal suerte que lo que inicialmente eran sus expresiones, opiniones y relato de hechos negativos son asumidos por los hijos, haciéndolos propios, de modo que llega a considerarlos su elaboración, hasta alcanzar un rechazo total a tener todo contacto con el progenitor víctima y, por extensión, a todo lo que representa o está relacionado con él, incluyendo su familia extensa –abuelos, tíos, primos, etcétera.

Esta postura se resume en la idea de que si éste proceso es reconocido, entonces se podrá actuar sobre él, deteniendo su avance o advirtiéndolo a los intereses de esta situación y en donde la responsabilidad recae en [...] todos aquellos profesionales de la justicia en el ámbito penal y de familia –jueces, abogados, psicólogos, médicos y trabajadores sociales– así como de la sociedad –padres, educadores y legisladores– conocer la posibilidad de su presencia en los menores con los que se relacionan, en tanto este proceso no es más que el cultivo del odio más patológico –el de un hijo hacia su progenitor– que vendrá a afectar enormemente el desarrollo y la salud psicológica y física del menor implicado.

En el otro extremo tenemos posiciones en contra cuando se expresa, en general, que el SAP se utiliza para explicar y tratar de solucionar los problemas de relación que pueden

ocurrir entre padres e hijos/as tras una situación de separación o divorcio, se utiliza como práctica común en los juzgados dudando de su científicidad y sobre todo se pone el acento en que su utilización puede generar graves consecuencias, como por ejemplo el empleo de terapias coactivas,³³ en la generación de indefensión e incluso cuando se sitúa al terapeuta en una posición de excesivo poder.

3.5. Abuso sexual

Por otra parte, quizás no sea conveniente o pertinente meter en el mismo “saco” cuestiones tan delicadas como son el abuso sexual y el síndrome de alienación parental. El abuso sexual infantil y los casos de interferencias parentales son situaciones de especial gravedad para los menores que las padecen, e igualmente difícil es su adecuado diagnóstico y abordaje profesional.

Discernir cuando el profesional se encuentra ante uno u otro caso entraña una complejidad para la que son necesarios una formación adecuada y unos criterios fiables [...] el análisis del relato del menor, así como diferentes indicadores clínicos presentes en una parte importante de las víctimas de abuso sexual pueden ayudar al profesional a tomar una decisión al respecto.

El efecto de un error diagnóstico en cualquiera de estos casos conllevaría un gran perjuicio para el menor, su familia y el sistema social, siendo fundamental que el profesional evite participar activamente en una evaluación de este tipo si no se dispone de la adecuada formación y experiencia.

2. Elaboración del proceso Aún con estas

diferencias marcadas y a pesar de que el SAP no tiene una definición o catalogación unánime, se pueden observar ciertas conductas que describen este procedimiento o afectación. Todas las conductas que se describen a través del SAP son tendientes a crear en los hijos sentimientos de rechazo contra uno de los padres, sentimiento que los hijos argumentan como propios y que caracterizan a la alienación parental.

3.6. El proceso de construcción del SAP tiene dos fases definidas

El proceso se desarrolla de la siguiente manera:

1. Una campaña de desprestigio e injurias por parte del progenitor custodio (la denominada educación en el odio en el hijo menor);
2. El menor interioriza esos argumentos efectuando, de manera independiente, los ataques al otro progenitor hasta rechazar el contacto con él (la expresión del odio en el hijo ya educado).

3.7. Estrategias

Estrategias legales para lograr el SAP La pauta conductual que define al SAP abre el abanico de posibilidades legales para lograr su desarrollo. Si bien es cierto que la alienación parental, al ser una forma en la que se juega con las emociones de los menores, puede perfectamente ser ubicada como una forma de violencia familiar que se ejerce sin que, por regla general, se detecte como tal y por lo tanto sus consecuencias

permanecen impunes u ocultas, y, por otra parte, “Este padecimiento está estrechamente relacionado con el uso inadecuado de recursos legales falsas denuncias de abusos sexuales y malos tratos, y uso de la terapia familiar tradicional y la mediación para prolongar el conflicto”.

El dilema que se plantea ante estas situaciones que demeritan la función principal del derecho hacia la protección integral de los menores involucrados, víctimas de violencia tanto activa como pasiva, es la que en principio hace insostenible la calificación del SAP ante un abuso de este calibre, en donde lamentablemente se conjuntan los vericuetos legales con la falta de la “credibilidad” por parte de los funcionarios de las denuncias del padre o madre alienado, la mala integración de un expediente, etcétera.

En definitiva, junto a las formas “tradicionales” de violencia activa y pasiva, también encontramos en la actualidad dos formas de violencia adicionales correlacionadas con el tema que estamos abordando y así se nos presenta la violencia patrimonial y la violencia legal. La violencia patrimonial se refiere al despojo de los bienes materiales y la violencia legal se encamina al abuso de los apoyos jurídicos-legales, y ambas surgen principalmente en contextos de separaciones o divorcios en donde las propiedades y/o hijos se encuentran en disputa.

De este modo, la alienación parental también puede traer consigo estos tipos de violencia en contra del progenitor alienado. De nueva cuenta, esos hechos seguramente tendrán repercusión en el menor. Como puede observarse, la

alienación parental está conformada por una serie de actos violentos que difícilmente pueden detectarse pero que, sin duda, constituyen una amenaza contra el orden familiar y, más aún, contra el desarrollo y protección de los derechos fundamentales de los menores, dañando el bienestar emocional del niño.

Se debe recordar que en la actualidad la protección de los menores ha tomado más fuerza, y su protección debe anteponerse a los derechos, deberes e intereses de los padres. La realidad actual nos fuerza a retomar una y otra vez las diferencias sutiles de violencia familiar hacia los menores. Así, las interferencias parentales o el extremo de éstas, el denominado SAP, hacen necesario abordar el análisis del mismo y sus implicaciones derivadas. No se trata de una cuestión banal y las consecuencias dependerán, del buen diagnóstico en uno u otro sentido, para el menor que es víctima de la violencia familiar en los casos concretos y puntuales de los conflictos interparentales.

Estrategias legales para lograr el SAP La pauta conductual que define al SAP abre el abanico de posibilidades legales para lograr su desarrollo. Si bien es cierto que la alienación parental, al ser una forma en la que se juega con las emociones y sentimientos de los menores en vulnerabilidad, puede perfectamente ser ubicada como una forma de violencia familiar que se ejerce sin que, por regla general, que sea importante detectar como tal y por lo tanto sus consecuencias permanecen impunes u ocultas.

de esa misma manera y, por otra parte, este padecimiento está estrechamente relacionado con el uso inadecuado de recursos legales –falsas denuncias de abusos sexuales y malos tratos, y uso de la terapia familiar tradicional y la mediación para prolongar el conflicto.

CAPÍTULO IV

4. Aplicación del interés superior de la niñez al dictar medidas de seguridad contra el presunto agresor si los menores no son las víctimas

4.1. El interés superior de la niñez y la protección

Interés Superior del Menor como eje rector de las relaciones paterno-filiales En este momento no habremos de adentrarnos en el concepto de menor desde las ópticas jurídica y semántica y en la tendencia o inercia a denominarlo –frente al término de “menores” según la terminología más apropiada para el DIPr– como niños, niñas y adolescentes. En principio, por menor se entiende toda persona que no haya cumplido los dieciocho años de edad, y esa es la pauta que marca una serie de instrumentos internacionales de referencia imprescindible como es la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, pero en materia de sustracción internacional, menor es la persona que no haya cumplido los dieciséis años.

Cuando se trata del interés superior del menor, quiere decir que se antepone cualquier otro fin y principalmente se vela por el interés del menor, por otra parte, con relación al concepto o término de Interés Superior del Menor, éste surge por primera vez en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, cuyo texto del artículo tercero señala que “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se

atenderá será el interés superior del menor. Así las cosas, el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, cuyo alcance debe ser determinado en cada caso concreto. Es un concepto que ha sido adoptado en la legislación mexicana, pero, así, como decimos, no es posible, ni deseable, elaborar una definición ya que su alcance variará en atención a la legislación de la que se trate, al derecho en sí que se ejercite, c bien, a las circunstancias personales del menor respecto del cual se vela por su interés.

En términos muy amplios podríamos decir que el concepto de interés superior del menor se refiere a las acciones y procesos tendentes a garantizar a niños, niñas y adolescentes un desarrollo y protección integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.

De esta forma, el interés superior del menor debe ser considerado en todas las situaciones en donde intervenga un niño, niña o adolescente, aunque sea de manera indirecta. En la actualidad, la protección al menor debe ser tal que se respeten sus derechos sobre cualquier otro interés y ello como consecuencia de que los menores han dejado de ser considerados como una extensión de los padres.

En una época no muy lejana, el ejercicio de la patria potestad, y todos los derechos/deberes que ésta implica, como el derecho de visita, de guarda y custodia, se consideraban un derecho de los padres, y con base en esto se protegía el interés de los progenitores. Sin embargo, como expresamos, en la actualidad el interés superior de la infancia debe prevalecer sobre cualquier otro interés, incluso el de los padres. Así las cosas, la patria potestad y la responsabilidad parental cobran una dimensión realmente

diferente, en donde los menores tienen el derecho a ser cuidados por sus padres y de ahí su libre desarrollo.

Con estas premisas, al establecerse este derecho fundamental, un progenitor no puede obstaculizar la convivencia de un menor con su otro progenitor porque además de causarle un daño a la ex pareja, causa un daño irreparable al hijo. El tema del Interés Superior del Menor ha sido incorporado en el cuerpo normativo mexicano, bien de manera positiva o directa o de manera negativa o indirecta ya sea para incorporarlo como manifestación dentro del procesos matrimoniales, por ejemplo, como derecho del menor a ser oído (expresión de la voluntad del menor y/u opinión de los menores) o consideración especial de la audiencia o exploración del menor en los litigios entre sus padres.

Como se puede constatar en la legislación de México, que expresamente tenemos que en México, a partir de la firma y ratificación de la mencionada Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de 1989 y dada su trascendencia e impacto, se han realizado una serie de reformas de gran relevancia, entre la que destacamos aquella al Artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual eleva a rango constitucional, desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Federación del 7 de abril de 2000, el derecho de “los niños, niñas y adolescentes a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral”, es decir, incorpora, por primera vez en el ordenamiento jurídico mexicano, una descripción amplia, y sobre todo puntual, de los derechos de los niños y de las niñas.

Si ligamos este Artículo 4 constitucional, en su párrafo séptimo, con el tema de la alienación parental, tenemos que en él se establece la obligación, en primer lugar, de los ascendientes, tutores y custodios de preservar los derechos de los niños y, de forma subsidiaria, la intervención del Estado.

Esta disposición constitucional entiende que los padres son los primeros destinatarios de las obligaciones y facultades a través de las cuales se garantiza el correcto desarrollo de los menores. De esta forma, la alienación parental, además de constatarse como violencia en contra de los menores, también es un incumplimiento a la obligación impuesta por la Constitución, ya que a través de ella son los propios padres, o quienes tengan la custodia del menor, quienes obstaculizan su libre desarrollo.

La aprobación de la ley reglamentaria del mencionado Artículo 4 constitucional, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, complementó el proceso iniciado desde la ratificación de la Convención de 1989, subrayando la prioridad de la aplicación del multimencionado interés superior del niño, niña y adolescente al referirse, entre otras expresiones, a que “el niño viva en familia” y que el niño “tenga una vida libre de violencia”.

La Ley sobre la Protección de las Niñas, Niños y Adolescentes, a lo largo de sus artículos, contiene disposiciones de interés para el tema de la alienación parental. En primer lugar, en su artículo 11, apartados A y B, se señalan como obligaciones a cargo de los padres el que:

- Se proporcione al menor una vida digna;

- Los menores tengan un pleno y armónico desarrollo en el seno de una familia; y
- Se proteja al menor contra cualquier forma de maltrato. Además, en el artículo 12 se enuncia la igualdad de los padres con respecto al cuidado y educación de los hijos y se señala, de forma clara, que el hecho de que los progenitores no vivan en el mismo hogar, no impide que cumplan con sus obligaciones.

De esta misma forma, en el artículo 9, y un poco remarcando lo establecido en el mencionado artículo 11, se establece que los niños tienen derecho a un crecimiento sano y armonioso, tanto en el aspecto físico como mental. Así, nuevamente la alienación parental atenta contra el derecho consagrado en este artículo. En paralelo, esta Ley de protección tiene un capítulo completo dedicado al derecho del niño a vivir en familia.

Dichas disposiciones contemplan que los menores sólo podrán ser separados de sus familias mediante decisión judicial y de conformidad con causas previamente dispuestas por las leyes. Además, el Estado tomará las medidas necesarias para que los menores que están alejados de sus padres puedan reunirse con ellos.

De manera específica, el Artículo 24 señala que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a convivir y a tener trato directo y personal con sus padres, aun cuando éstos estén separados, a menos que se determine que esta convivencia va en contra del interés superior del menor. Podemos ver con claridad que este artículo 24 es una reiteración del artículo 9 de la Convención sobre Derechos del Niño. Sin embargo, esta repetición contribuye a afirmar que la convivencia del menor con sus padres es un derecho del menor de suma importancia, pues su violación repercute severamente en su

libre desarrollo.

A modo de corolario, definitiva y prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos del mundo se marcan una serie de principios rectores en sus legislaciones, en los niveles local, estatal e internacional, como son:

- El principio de la libertad como valor superior que ha de tener su más adecuado reflejo en el matrimonio o en los vínculos de pareja, en el cual incide la forma de terminarlo;
- Junto con este valor, otro principio garantizado se refiere al libre desarrollo de la personalidad, aterrizándolo al hecho de la voluntad de la persona que ya no desea seguir vinculado con su cónyuge, pero ello ligado, siempre, al interés superior del hijo o hijos.

En este contexto, podemos expresar que la alienación parental es un tipo de violencia psicoemocional que trastoca los derechos fundamentales del niño y que debe evitarse o detenerse para brindar tanto al menor como a los padres los medios necesarios, ya sean legales o psicológicos, que permitan erradicar este proceso o síndrome de maltrato. Por más obvio que parezca, cuando se rompe el vínculo entre dos personas que no tienen hijos en común, una vez disuelto el mismo y liquidada su relación económica, estas personas serán completamente independientes una de la otra, lo cual no ocurre cuando las personas sí tienen hijos y por ello se mantiene un vínculo indisoluble: la filiación de los hijos comunes.

Una cuestión de máxima importancia sobre todo cuando tenemos, lamentablemente más que constatado que los vínculos no se rompen de manera amistosa es que la carga que tendrá esta situación en los menores a nivel de su desarrollo personal, psicológico y afectivo es de grandes dimensiones desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo.⁵⁶

Partimos de estas situaciones para poder analizar una aproximación hacia la reestructuración de las relaciones familiares y de los derechos y obligaciones de cada uno de los progenitores con sus hijos siempre en la dirección de su interés superior; un concepto jurídico indeterminado, con virtualidad transversal,⁵⁷ que ha de tenerse presente en todas las áreas que tengan

4.2. Su regulación en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia Decreto 27-2003

En la legislación guatemalteca, especialmente en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto número 27-2003, el cual preceptúa del Artículo 9 al 61 que los derechos individuales de los niños son los siguientes: la vida, el derecho a la igualdad, el derecho a la integridad personal, el derecho a la identidad “(es ser parecidos, semejante, similar)”³², respeto, dignidad y petición, el derecho a la familia “(es un núcleo paterno-filial o agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que conviven con ellos y se encuentra bajo su potestad)”³³ ley creada para el bienestar pero principalmente

³² Cabanellas de Torres. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 193.

³³ *Ibíd.* pág. 313

protección de la niñez.

4.3. Ley de Tribunales de Familia

La Ley de Tribunales de Familia, establece la jurisdicción privativa para conocer en todos los asuntos relativos a la familia y controversias, cualquiera que sea la cuantía:

- a) Alimentos.
- b) Paternidad y filiación.
- c) Unión de hecho.
- d) Patria Potestad.
- e) Tutela.
- f) Adopción.
- g) Protección de las personas.
- h) Reconocimiento de preñez y parto.
- i) Divorcio y separación.
- j) Nulidad del matrimonio.
- k) Cese de la unión de hecho.
- l) Patrimonio familiar.

El principio del interés superior del niño, posee un total reconocimiento universal y es por tal motivo que ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional General. En los distintos ordenamientos recibe similares denominaciones; así, en el mundo anglosajón acoge el nombre de “best interests of the child” o “the welfare of the child”; en el modelo francés se lo llama “l’intérêt supérieur de l’enfant”, y en la denominación de habla hispana se le nombra como el “interés superior del niño”.³⁴ El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de 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, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta Ley. Artículo 5. Ley de Protección Integral de la Niñez y la adolescencia. Decreto 27-2003 .

4.5. La víctima

La víctima de un delito tiene el derecho, derivado simplemente de su condición de tal, de reclamar al Estado el enjuiciamiento del autor y de lograr la aplicación de las sanciones correspondientes previstas por la ley penal.

³⁴ Cabrera, Vélez, Juan Pablo. **Interés superior del niño**. Pág. 72.

El nuevo sistema constitucional, pero sobre todo las interpretaciones de los organismos supranacionales sobre la normativa de derechos humanos incorporada aportan mucho a esta discusión, aproximándonos paralelamente a nociones de protección penal de la víctima, por obra de un derecho penal protector.

Quienes postulan que la víctima de un delito tiene el derecho de reclamo al Estado argumentan desde antaño que, según los principios constitutivos y esenciales del derecho es preciso reconocer que, desde un punto de vista meramente abstracto, el derecho de promover querrela contra el agresor y de perseguirlo ante el poder público hasta que se obtenga su castigo, no puede admitir ni restricciones ni límites.

Este derecho es reconocido por la ley suprema que al concederlo otorga también, como contenido necesario de ese derecho, el poder tutelarlos, y por eso la facultad de perseguir judicialmente a quien viole tal derecho, es una emanación de esa ley suprema; por lo tanto la autoridad social sí es tiránica cuando en algún caso le niega al individuo la facultad de perseguir, inclusive de manera legal, las ofensas inferidas a su propio derecho; y es tiránica, porque despoja al derecho primitivo de su contenido necesario, es decir, de la potestad de defenderse.

Afirman también aquéllos que no hay nada más lógico, jurídico y moral (sobre todo moral); que la admisión del querellante particular cuando el delito afecta un interés jurídico, sea patrimonial o moral. Siendo ésta una cuestión directamente vinculada a los derechos y garantías personales que tienen su protección en la Constitución nacional ante el Poder Judicial, los lesionados no pueden ser privados de ellas atribuyendo exclusivamente al

Ministerio Público el derecho de acusar, pues esto implicaría cercenar una garantía sin ningún motivo jurídico ni político que lo justifique. Concluyen señalando que los ordenamientos procesales tienen la obligación legal de incluir al querellante particular en los delitos de acción pública por tratarse de una garantía de un derecho individual con sustentación constitucional que afecta las relaciones del habitante de nuestro suelo con la justicia.

Es por esa razón que, la exclusión de esa figura es desacertada por ser propio de regímenes políticos distintos al nuestro, inspirado en el sistema republicano de gobierno que repele toda idea de monopolio estatal.

Se puede indicar que la Corte Suprema de Justicia, Reglamento de Gestión para los Juzgados y Tribunales con competencia en delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, acuerdo 30-2010, Art. 7 “Decretar medidas de seguridad a favor de la víctima, constituye una facultad discrecional de los órganos jurisdiccionales, o bien pueden ser solicitadas por cualquier persona de manera oral o escrita”

4.6. La protección en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporada a la Constitución nacional, y a su mismo nivel establece en términos generales la obligación del Estado de proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado, siempre que este derecho les sea reconocido por la Convención, o por la Constitución o las leyes internas del Estado.

Esta protección corresponderá cualquiera sea el agente a quien pueda eventualmente atribuírsele la vulneración, incluso cuando fuere un particular ya que en este último caso el Estado habrá incumplido su obligación de evitar que tal vulneración ocurra y si luego no brinda su protección judicial, en cierto modo la estaría auxiliando; porque nada hay, en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos porque son esenciales del hombre esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad.

4.7. La jurisprudencia supranacional con relación a la protección judicial

La jurisprudencia supranacional ha explicitado este concepto señalando que la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un recurso sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes, que debe sustanciarse de acuerdo a las normas del debido proceso y que no se agota en el libre acceso a ese recurso ni a su desarrollo, sino que requiere que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, en la que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que le da origen y también que se garantice el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. El recurso debe ser efectivo, por lo que no alcanza su mera existencia formal, pues la efectividad exige que sea adecuado que la función del recurso en el sistema de derecho interno sea idónea para proteger la situación jurídica infringida y eficaz capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido.

Este es el llamado derecho a la tutela judicial efectiva que comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute. De lo expuesto queda claro que la tutela judicial efectiva también le corresponde a quien ha resultado menoscabado en su derecho a raíz de la comisión de un delito: la víctima.

4.8. El derecho del afectado

El derecho del afectado está incorporado de algún modo en el bien jurídicamente protegido por la norma penal, razón por la que reconoce (no tan implícitamente) que es también un derecho del ofendido de carne y hueso obtener la aplicación de la pena prevista en la ley para el caso de vulneración de aquél bien jurídico abstracto, derecho que se le reconoce sólo a él por su condición de tal, es decir, por haber sido lesionado en su interés o en su derecho concreto y no a cualquier persona, lo que sería un caso de acción popular en donde el ciudadano representa el interés general, no su propio derecho.

Es preciso aceptar que en los sistemas que lo autorizan, el acceso a la jurisdicción de la víctima de un delito deviene un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal o cuando expresan que en los sistemas en los que la víctima tiene el derecho de presentar cargos en una acción penal, ella (la víctima) tiene el derecho fundamental de acudir a los tribunales, o cuando

en otros casos condicionan este derecho al previo reconocimiento por la ley procesal de la atribución de impulsar el proceso penal y llevarlo adelante. Por lo que no puede dejar de señalarse como la jurisprudencia supranacional de la región avanza luego extraordinariamente sobre estos conceptos al afirmar categóricamente que, cuando la violación de los derechos humanos sea el resultado de un hecho tipificado penalmente, la víctima tiene derecho de obtener del Estado una investigación judicial que se realice seriamente con los medios a su alcance a fin de identificar a los responsables y de imponerles las sanciones pertinentes. A este derecho se lo deriva del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4.9. Solución

Cuando se dictan medidas de seguridad en contra del agresor, debido principalmente a conflictos entre adultos, las personas que salen más perjudicadas de estas medidas son los menores de edad, pues resulta que los mismos no están involucrados en los efectos de la controversia que incluso puede ocasionar violencia entre la pareja, especialmente del hombre hacia la mujer, pero que los efectos negativos recaen más en los menores, puesto que las medidas de seguridad no contemplan el interés superior de la niñez, sino que las aplican libremente, lo cual afecta la relación paterno filial aunque no exista ningún conflicto en la relación entre el padre, supuesto agresor, y los hijos y las hijas, por lo que se considera que los jueces encargados de conocer las solicitudes de medidas de seguridad por violencia contra la mujer o violencia intrafamiliar deben tener en cuenta este aspecto para evitar el quebrantamiento de las relaciones afectivas entre el padre y los hijos y las hijas si no están directamente afectados estos en el conflicto suscitado por la denuncia de violencia del presunto agresor.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Cuando se dictan medidas de seguridad en contra del agresor, debido principalmente a conflictos entre adultos, las personas que salen más perjudicadas de estas medidas son los menores de edad, pues resulta que los mismos no están involucrados en los efectos de la controversia que incluso puede ocasionar violencia entre la pareja, especialmente del hombre hacia la mujer, pero que los efectos negativos recaen más en los menores, puesto que las medidas de seguridad no contemplan el interés superior de la niñez, sino que las aplican libremente, lo cual afecta la relación paterno filial aunque no exista ningún conflicto en la relación entre el padre, supuesto agresor, y los hijos y las hijas.

Por lo que se considera que los jueces encargados de conocer las solicitudes de medidas de seguridad por violencia contra la mujer o violencia intrafamiliar deben tener en cuenta este aspecto para evitar el quebrantamiento de las relaciones afectivas entre el padre y los hijos y las hijas si no están directamente afectados estos en el conflicto suscitado por la denuncia de violencia del presunto agresor.





BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO JIMÉNEZ, Luis. **Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo**. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, núm. 2, 2009.
- AGUILAR CUENCA, José Manuel, S.A.P. **Síndrome de Alienación Parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro**. Córdoba, Ed. Almuzara, 2004.
- BARRIENTOS PELLEGER, César. **Derecho procesal penal guatemalteco**. Ed. Magna Terra Editores. Guatemala 1995.
- BREÑA SESMA, Ingrid. **Derechos del hombre y de la mujer divorciados**. México: IPN / IIJ - UNAM, 2010. ProQuest ebrary.
- BOLAÑOS, Ignacio. **Estudio descriptivo del síndrome de alienación parental en procesos de separación y divorcio**. Tesis doctoral. Barcelona, Departament de Psicologia de l'Educació, Facultat de Psicologia, Universitat Autònoma de Barcelona, 2000.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. ed. Actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Buenos Aires, Argentina. Ed. Heliasta. 1997.
- CABRERA VÉLEZ, Juan Pablo. **Interés Superior del Niño**: El Adendum a los libros escritos sobre el derecho de menores. Quito: Cevallos Editora Jurídica. Obtenido de https://elibro.net/es/ereader/uta/80019?col_q=inter%C3%A9ssuperiordelni%C3%B1o&col_code=ELC004&prev=col. 2015.
- CÁRDENAS, Eduardo J., **Violencia en la pareja. Intervenciones para la paz desde la paz**. Buenos Aires, Granica, 1999.
- DE LEÓN VELASCO Héctor Aníbal. De Mata Vela, José Francisco. **Derecho Penal Guatemalteco**. Parte General, novena ed. Ed. Llerena, 1997.
- DÍAZ USANDIVARAS C. M., “**El Síndrome de alienación (SAP), una forma sutil de violencia después de la separación o divorcio**”, en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, abril de 2003.
- ECHEVARRÍA GUEVARA, Karen Lisette. **La guardia y custodia de los hijos**. Tesis doctoral en Derecho, Departamento de Derecho Civil, Universidad de Granada, Granada, España. 2011.
- FERNÁNDEZ ROS Encarna. **El niño ante el divorcio. Colección Guías para Padres y Madres**. Madrid, Editorial Pirámide, 2005.
- GARBERÍ LLOBREGAT, Juan. **El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Ed. Bosch, Barcelona, 2008.



Legislación

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

Código Procesal Penal, Decreto número 51-94 del Congreso de la República de Guatemala, 1994.

Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto número 40-94 del Congreso de la República de Guatemala. 1994.