

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

**ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEGISLACIÓN DE NIÑEZ
GUATEMALTECA Y COSTARRICENSE**

FRIDA ENEIDA PINEDA MONROY

GUATEMALA, AGOSTO DE 2008

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

**ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEGISLACIÓN DE NIÑEZ
GUATEMALTECA Y COSTARRICENSE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

FRIDA ENEIDA PINEDA MONROY

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2008.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huítz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Guillermo Díaz Rivera
Vocal:	Licda. Griselda Patricia López de Sentes
Secretario:	Lic. Hector Raúl Orellana Alarcón

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Erick Gustavo Santiago De León
Vocal:	Licda. María Celsa Menchu de López
Secretaria:	Licda. Ana Mireya Soto Urizar

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

BUFETE JURIDICO PROFESIONAL

VELA PACHECO

Lic. José María Vela Pacheco

10ª. Avenida 15-31 zona 1

Tel. 24496704

Guatemala, C.A.



Guatemala, 22 de febrero de 2006

Licenciado

Bonerge Amilcar Mejía Orellana

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su Despacho.

Estimado Licenciado Bonerge Mejía:

De conformidad con el nombramiento emitido por el decanato, procedi a asesorar el trabajo de tesis de la bachiller **FRIDA ENEIDA PINEDA MONROY**, intitulado: **"ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEGISLACIÓN DE NIÑEZ GUATEMALTECA Y COSTARRICENSE"**.

He asesorado detenidamente el trabajo presentado y lo considero interesante desde el punto de vista profesional y académico, principalmente porque la sustentante utilizó adecuadamente la metodología y aplicó las técnicas de investigación en las que observó rigurosidad científica, ya que la misma estuvo orientada en análisis de aspectos doctrinarios y legales del estudio realizado.

En cumplimiento con lo que establece el artículo 32 del Normativo para la elaboración de la tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, considero que el trabajo está científica y técnicamente desarrollado, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, las recomendaciones se ajustan a lo expresado en el contenido de la citada tesis, así como la bibliografía es la adecuada al mismo, en tal sentido: **DICTAMINO FAVORABLEMENTE** para que pueda ser discutida en el examen público correspondiente.

Con muestras de consideración y respeto, atentamente;

Lic. José María Vela Pacheco
Abogado y Notario
Colegiado 25823



**UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, seis de marzo de dos mil seis.

Atentamente, pase al **LIC. JOSÉ JORGE GRANADOS MAYES**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante **FRIDA ENEIDA PINEDA MONROY**, Intitulado: **“ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEGISLACIÓN DE NIÑEZ GUATEMALTECA Y COSTARRICENSE”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZABETH
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MIAE/sllh

**Licenciado José Jorge Granados Mayes
Abogado y Notario**

Colegiado: 2142

OFICINA JURIDICA

7ª. Avenida 7-07 zona 4 Edificio el Patio, local 119. Teléfono 23319584



Guatemala, 16 de abril de 2007

Licenciado

Bonerge Amilcar Mejía Orellana

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Ciudad.



Atentamente me dirijo a usted, para informarle que en cumplimiento con lo resuelto por la Unidad de Asesoría de Tesis, he procedido a revisar el trabajo de tesis elaborado por la Bachiller FRIDA ENEIDA PINEDA MONROY, el cual se intitula "ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEGISLACIÓN DE NIÑEZ GUATEMALTECA Y COSTARRICENSE".

La tesis revisada reúne los requisitos de fondo y de forma, establecidos tanto en el normativo respectivo como en el Instructivo General para la Elaboración y Presentación de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de esta casa de estudios superiores, dicha revisión se llevo a cabo a través de varias sesiones de trabajo, habiéndose hecho a la Bachiller las observaciones pertinentes con el objeto de brindarle un mejor desarrollo a su monografía, respetando siempre el enfoque y criterio sustentado por la autora.

En cumplimiento con lo que establece el artículo 32 del Normativo para la elaboración de la tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, considero que el trabajo está científica y técnicamente desarrollado, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, las recomendaciones se ajustan a lo expresado en el contenido de la citada tesis, así como la bibliografía consultada es la adecuada al mismo.

A criterio del suscrito revisor, el trabajo de la bachiller es apto para ser discutido en el examen público de tesis, previo el otorgamiento del grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

José Jorge Granados Mayes
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. José Jorge Granados Mayes
Revisor de Tesis



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diecisiete de julio del año dos mil siete

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante FRIDA ENEIDA PINEDA MONROY, Titulado "ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEGISLACIÓN DE NIÑEZ GUATEMALTECA Y COSTARRICENSE" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



ACTO QUE DEDICO:

A DIOS: Por haberme dado vida, sabiduría y fortaleza en mis momentos de flaqueza.

A MIS AMADOS PADRES: Oscar Enrique Pineda Gálvez y Zoila Marina Monroy Lemus, por su inmenso amor, guía, educación, consejos, y apoyo incondicional, que Dios los bendiga por ser unos padres ejemplares.

A MI ESPOSO: Por su amor, apoyo, comprensión y motivación para poder alcanzar esta meta.

A MI AMADA HIJITA: Fedra Michelle Muralles Pineda, como un ejemplo para ella de que comprenda que al colocar nuestros anhelos y metas en las manos de DIOS, “todo es posible”, gracias por tu amor puro, por la comprensión y entendimiento. Te amo.

A MIS HERMANOS: Vilma Aracely de Beteta, Fabiola Verónica de Solares, Oscar Miguel Pineda Monroy, por su gran amor, consejos, apoyo incondicional, que Dios los bendiga y cuide siempre, y aunque estén lejos siempre están en mi mente y corazón.

A MIS CUÑADOS: Ramsis Beteta, Gustavo Solares y Wendelyn de Pineda, Daphne Muralles, gracias por ser unas lindas personas.

A TODA MI FAMILIA: Por su apoyo y buenos deseos.

A MIS AMIGOS: Con cariño, por su confianza y desinteresado apoyo, especialmente a Elizabeth Santos Calderón Rodríguez, Alma Esperanza Belteton Herrera, Blanca Elena Beteta Sologaitoa, Carlos Humberto Sandoval Orellana, Sandra Annabella Barcenas Maldonado, María Dilma Micheo Alay, Vilmita Ramírez, Aury González, Rosita Cruz, Lery Morales, Sarita Solís, Edgar Marroquín, Edy López y Byron López.

A MIS CATEDRATICOS: Con respeto, admiración y agradecimiento por transmitirme sus conocimientos.

A MIS PADRINOS DE

GRADUACIÓN: Por todo el apoyo, motivación y sabios consejos brindados en el proceso de mi carrera.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN

CARLOS DE GUATEMALA: Por abrirme sus puertas, y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme transmitido tan valiosos conocimientos para cumplir ésta primera meta.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La inimputabilidad de los menores como causa de la delincuencia juvenil y el abandono.....	1
1.1 Comentario.....	1
1.2 Definición de inimputabilidad social.....	3
1.3 Actuación de los tribunales de menores en relación a la adopción....	5
1.3.1 En Guatemala.....	8
1.3.1.1 Requisitos para la adopción.....	11
1.3.1.2 Personas que pueden adoptar y ser adoptadas.....	11
1.3.1.3 Formalidades para constituir la adopción.....	12
1.3.2 En Costa Rica.....	14
1.4 Actuación de los de los tribunales de menores de Costa Rica en relación a la detención del menor.....	14
1.4.1 Conocimiento del proceso especial.....	14
1.4.2 Situaciones tramitables en procesos especiales.....	15
1.5 Actuación de los tribunales de menores de Guatemala en relación a la detención de un adolescente en conflicto con la ley penal.....	17
1.5.1 Detención del menor.....	22
1.5.2 Mecanismos simplificadores del proceso penal juvenil.....	25
1.5.3 Antecedentes históricos del derecho penal juvenil en Costa Rica.....	26
1.6 Estudio del perfil del menor transgresor de la ley penal.....	29

CAPÍTULO II

	Pág.
2. Diferencia de niñez en riesgo social o abandono y adolescencia en conflicto con la ley penal.....	31
2.1 Definición.....	31
2.2 Antecedentes históricos del derecho tutelar del menor y penal juvenil.....	32
2.3 Naturaleza jurídica.....	36
2.4 Derecho Penal Juvenil guatemalteco y su relación con los tratados internacional.....	38
2.5 Derecho Penal Juvenil costarricense y su relación con los convenios y tratados de derecho internacional.....	39
2.6 Características del Derecho Penal Juvenil.....	45
2.7 Diferenciación entre adolescencia transgresora de la ley penal y niñez en riesgo social o abandono.....	47

CAPÍTULO III

3. Formas de iniciación del proceso de niños y adolescentes.....	49
3.1 Principios del proceso de niños en riesgo y abandono y adolescentes en conflicto con la ley penal.....	49
3.2 Operadores del sistema de justicia de niños en riesgo social y adolescentes en conflicto con la ley penal.....	49
3.3 Resolución de la situación jurídica del niño en riesgo o abandono.	52
3.4 Resolución de la situación jurídica del adolescente en conflicto con la ley penal.....	53
3.5 Audiencia.....	54
3.6 Resolución final del proceso.....	56

CAPÍTULO IV

	Pág.
4. Alternativas a la institucionalización de niños en riesgo o abandono y el internamiento para niños y adolescentes en conflicto con la ley penal...	59
4.1 Hogares sustitutos.....	59
4.1.1 Objetivo general.....	59
4.2 Hogares de guarda y protección provisional.....	62
4.3 Hogares temporales.....	68
4.4 Hogares de abrigo.....	69
4.5 Libertad asistida.....	70
4.6 Libertad provisional.....	77
4.7 Libertad vigilada.....	77
4.8 Prestación de servicio a la comunidad.....	78
4.9 Arresto domiciliario.....	78
4.10 Amonestación y advertencia.....	79
4.11 Obligación de reparar el daño.....	79
4.12 Ordenes de orientación y supervisión.....	80
4.13 Privación de permiso de conducir.....	80
4.14 Tratamiento ambulatorio o internamiento terapéutico.....	81
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87

INTRODUCCIÓN

El tema de elección se hizo basado en la vivencia real en cuanto a las constantes violaciones de que son víctimas los menores de edad en Guatemala, no obstante de contar con una ley específica, me llamó poderosamente la atención hacer un análisis comparativo con la legislación de Costa Rica ya que tenía conocimiento que nuestra Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia era un extracto de la legislación de menores costarricense, razón por la cual se consideró prudente llevar a cabo ese análisis con resultados muy satisfactorios ya que concretamente nuestra Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia, efectivamente es una adaptación de la Ley de Menores de Costa Rica, ya que las instituciones si bien es cierto no responden al mismo nombre, sus funciones son las mismas con la diferencia que en Costa Rica existen órganos responsables de dar seguimiento al niño o adolescente que ha sido objeto de un proceso ya sea como medida de protección o en conflicto con la ley penal, cosa que en nuestro país no se da pues una vez que el niño o adolescente se desliga del proceso queda en abandono y lo más probable es que regrese a su círculo vicioso, pues el Estado carece de una política pública de niñez y adolescencia, no está demás hacer referencia que ya existen esfuerzos por crear programas de atención, prevención y seguimiento, pero aún es muy prematuro predecir su futuro por la polarización política de que es objeto el trabajo con niños y adolescentes, aunque si vemos los compromisos que el Estado de Guatemala ha suscrito en el proyecto marco con organismos de las Naciones Unidas, el cual comprende los años dos mil cuatro a dos mil quince, tiempo en el cual nuestro país deberá estar a la altura de países desarrollados en materia de legislación, cuidado, educación, protección, y todo lo relacionado con el bienestar de la niñez y adolescencia.

La legislación costarricense se cumple de mejor manera por los niveles de cultura de sus ciudadanos y el involucramiento del poder local en los programas a favor de los niños y adolescentes, lo que en nuestro medio aún no se ha logrado luego de casi tres años de haber entrado en vigencia la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la cual determina claramente las instituciones responsables del trabajo

con niños y adolescentes, lo que se refleja claramente en los altos índices de violencia juvenil provocado por la falta de interés del Estado de crear políticas públicas a favor de los niños y adolescentes, tal y como lo ordenan los tratados de derecho internacional de los cuales Guatemala es signataria.

El trabajo de investigación se divide en cuatro capítulos, en el primero se desarrolla la inimputabilidad de los menores como causa de la delincuencia juvenil y el abandono, en el segundo se hace una diferenciación de niñez en riesgo social o abandono y la adolescencia en conflicto con la ley penal, dos términos que se refieren a dos tipos muy diferentes de niñez, en el tercer capítulo se hace referencia del proceso judicial para menores en países de Guatemala y Costa Rica, y en el cuarto capítulo se explica claramente las alternativas que existen tanto para la adolescencia en riesgo social como para la adolescencia en conflicto con la ley penal, que es a la que mayor atención se le ha puesto en nuestro país debido a la constante violación a sus derechos humanos, para realizar la presente investigación se utilizó el método analítico, ya que permitió desplazar todo el conocimiento en partes, en relación a lo que establece la legislación guatemalteca y costarricense en materia de menores de edad; el método sintético permitió analizar separadamente los fenómenos objeto del estudio, permitiendo descubrir la esencia del problema o fenómeno estudiado, en cuanto a las consecuencias e interpretación de la legislación de Guatemala y Costa Rica en materia de niñez; el método inductivo permitió partir de lo individual a para llegar a lo general de la investigación, realizando comparación desde el punto de vista micro de nuestra legislación con la costarricense basándose en los principios del derecho penal juvenil; el método deductivo el que permitió deducir las desigualdades y diferencias de la legislación de menores de los dos países objeto de estudio, y poder concluir cual es la causa de que siendo leyes similares existan diferencias en el respeto a los derechos humanos de los menores de edad.

CAPÍTULO I

1. La inimputabilidad de los menores como causa de la delincuencia juvenil y el abandono.

1.1 Comentario.

La inimputabilidad ha sido tomada para algunos tratadistas como sinónimo de impunidad, pues algunos legisladores creen que los menores de edad deben ser juzgados de igual forma que los adultos, pero para que eso se dé deben existir reformas a la Constitución Política de la República y Guatemala dejar de ser signataria de la Convención de Derechos del Niño, y tratados de derechos humanos los cuales ha aprobado y ratificado, de lo contrario no puede legislarse para que los menores sean castigados con tanta drasticidad si el fin primordial es la protección integral tal y como lo establece la Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia, lo difícil de nuestros tiempos es que aprovechándose de los beneficios que gozan los menores de edad muchos adultos los manipulan para la comisión de ilícitos penales de trascendencia social, eso no implica que se debe castigar a los adolescentes sino crear sanciones para los adultos quienes los inducen o los estimulan a que se enrolen en hechos de trascendencia social.

1.2 Definición de inimputabilidad social.

Dentro de las causas que excluye la responsabilidad penal se encuentra la minoría de edad (Artículo 23 inciso 1 Código Penal), atribuyéndoles a tales personas la característica de inimputables. La cuestión a dilucidar es sobre los alcances de esta decisión político-criminal dentro del contexto normativo propuesto por la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño, de tal manera que nos proporcione elementos de interpretación para el tratamiento del tema de los menores de edad propuesto por el Código Penal y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Los elementos de análisis se refieren a aquellos que nos permitan definir la intervención legítima del Estado en los conflictos de carácter penal atribuidos a un menor de edad, que incluye: Interpretación de la normativa relacionada con la inimputabilidad de los menores de edad; delimitación de la edad a partir de la cual es legítima su intervención y los modelos de administración de justicia y las respuestas propuestas, de tal manera de determinar la coherencia o incoherencia de la normativa de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

La Constitución en el Artículo 20, establece: “Los menores de edad que transgredan la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral. Los menores cuya conducta viole la ley penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser reclusos en centro penales o detención destinados para adultos. Una ley específica regulará esta materia”.

La Convención sobre los Derechos del Niño estipula en el Artículo 40: “Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad”.

Estos principios normativos fundamentan el cambio de paradigma respecto de la consideración tradicional de inimputabilidad referida a los menores de edad. Previo a la Convención sobre los Derechos del Niño, el contenido de la inimputabilidad se reduce a un criterio naturalista: Falta de capacidad para conocer el ilícito penal.

Tres elementos constituyen la base que la crítica a esta posición naturalista de la inimputabilidad referida a los menores de edad: En primer lugar el asumir como premisa que la niñez, por decisión legal, carece de estas características, lo que en principio resulta inverosímil tácticamente y genera por lo tanto una política discriminatoria de minusvalía para este sector social; en segundo lugar, el pretender que los aspectos psicológicos se agotan con el conocimiento y comprensión del ilícito penal, cuando en realidad se incorporan otros como el de la efectividad; y por último, el criterio naturalista no toma en consideración la perspectiva social, en el sentido que la responsabilidad penal implica relaciones sociales, y por lo tanto relaciones de diferentes grupos culturales, conformando una estructura social determinada, de tal manera de evitar la hegemonía cultural lo que implica una política discriminatoria.

El criterio naturalista al considerar a los menores de edad incapaces de conocer y comprender el carácter ilícito de sus actos, justifica la intervención estatal en forma tutelar, que reforzada con la influencia del positivismo criminológico lo conforma como sujeto peligroso. Así lo expresa la Constitución Política de la República de Guatemala, al indicar que los menores de edad que transgredan la Ley Penal son inimputables, su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud.

En primer lugar, hay un aspecto determinante que condiciona toda la discusión, esto es que el juicio de imputabilidad o inimputabilidad no puede desvirtuar el carácter de persona del sujeto y por ende su dignidad y derechos que le son inherentes. De esta manera, la definición del tema no puede plantearse únicamente desde la perspectiva naturalista ni bajo criterios mixtos, por el contrario, es necesario reconocer que la intervención del Estado en los ilícitos penales cometidos por menores es un acto de poder, en donde se pone de manifiesto el carácter coactivo de las medidas.

Dentro del contexto tradicional de inimputabilidad, las medidas adoptadas por la justicia juvenil (internamiento y depósito en hogar sustituto), se pretende darle un contenido asistencial y no de carácter punitivo. Con este criterio, se trata de desvirtuar

la coacción que se esconde en tales medidas, una ficción que permite negar al menor el carácter autónomo de persona con criterios para formarse una concepción de la realidad e interactuar con ella. Negarle al menor de edad la posibilidad de persona, facilita la concepción de que al cometer un hecho contrario a la ley penal se le considere un sujeto peligroso para la sociedad y por lo tanto objeto de protección.

La consecuencia directa de esta ficción es la confusión de la naturaleza de la respuesta estatal: Por una parte, al intentar eliminar el carácter coactivo se pretende organizar respuestas asistenciales para satisfacer las necesidades de este grupo social, desvirtuando la naturaleza de control social que implican las medidas; por otra parte se corre el riesgo de que esta confusión considere las necesidades sociales de los menores de edad en condicionantes de peligrosidad social.'

Por esta razón, al reconocer al menor de edad como persona autónoma, trae como consecuencia directa que la respuesta estatal a los conflictos de naturaleza penal se inscriban dentro del ámbito de control social punitivo, diferenciándolos claramente de las respuestas sociales que se le asignan como sujetos sociales en base a sus necesidades y no de peligrosidad. Esto no significa que estas necesidades no sean tomadas en cuenta en el momento de la toma de decisiones respecto a las medidas, por el contrario, el criterio de inimputabilidad de los menores de edad es precisamente esto, diferenciar la naturaleza de la respuesta de los adultos, sin negar su carácter de persona, sin que esta diferenciación implique la categoría de sujetos peligrosos objetos de tutela.

Como personas autónomas los menores de edad gozarán de todos los derechos que a toda persona se le atribuye y otros por razón de su condición social, esto constituirá el primer nivel para el criterio de inimputabilidad de los menores de edad ser tratados como personas. Por este motivo el criterio de inimputabilidad contenido en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que evidencia trastornos de conducta, es incompatible y por lo tanto incoherente con el principio constitucional y de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Considerando al menor de edad como persona autónoma y por lo tanto como sujeto de derechos, es importante resolver el problema si la respuesta estatal implica o no responsabilidad. El Código Penal contiene dentro del título tercero las causas que excluyen la responsabilidad penal, la inimputabilidad del menor de edad (Artículo 23 Código Penal) ¿Cómo debe ser interpretada esta norma?.

Si le atribuimos la característica de persona y al mismo tiempo afirmamos que la respuesta es de carácter coactivo no puede negarse que se reconozca cierto nivel de responsabilidad. Este es el sentido de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros”, Artículo 40 Convención de los Derechos del Niño. Por tal razón, no se puede hablar de irresponsabilidad, pues tal afirmación le negaría su carácter de persona autónoma y por lo tanto incongruente.

Si se organiza una respuesta de control social en el ámbito penal, debe orientarse a un criterio de responsabilidad. La diferencia radica en que la respuesta es diferente a la pena para un adulto. Este es el sentido que debe darse a la descripción penal: Exclusión de responsabilidad penal, no de irresponsabilidad. Por lo tanto, debe diferenciarse una responsabilidad penal general y una responsabilidad criminal. A los menores de edad no se les atribuye una respuesta criminal, sino otro tipo de respuestas, acordes a su condición de sujeto social, pero diferente, inscrita dentro del ámbito de control social de la justicia penal.

Congruente con este principio, la Constitución establece en su Artículo 20 que frente a un ilícito penal debe responderse con medidas propias para la niñez y juventud.

1.3 Actuación de los tribunales de menores en relación a la adopción.

En términos generales, la adopción es la institución en virtud de la cual se crea un vínculo de filiación entre dos personas que no es biológico sino jurídico. Sus alcances varían según los diferentes ordenamientos jurídicos, los que inclusive reconocen distintos tipos de adopción.

La adopción tiene como finalidad dar a la niñez y la juventud una familia que no tiene, ya sea por haberla pedido, por no haber sido reconocido por sus padres, o por haberse descuidado su atención y educación, a cuyo fin se crea un vínculo legal con quienes realmente se ocupan de su cuidado.

Sin embargo, cabe destacar que esas finalidades mencionadas no eran tales en los pueblos antiguos. El fundamento en esta época era de carácter religioso y consistía en asegurar la continuación del culto familiar, que se habría visto interrumpido por la falta de descendientes.

La adopción estuvo bastante generalizada en la India, Egipto, entre los hebreos y en Atenas.

La adopción está actualmente admitida por la legislación de la generalidad de los países, excepto Haití, Honduras, Nicaragua y Portugal.

Sin embargo, los requisitos de la adopción varían de país en país, según la intensidad del vínculo que crea la ley entre adoptante y adoptado, se distingue la adopción simple de la adopción plena. La adopción simple confiere al adoptado la posición de hijo matrimonial pero no crea vínculo de parentesco entre aquel y la familia de sangre del adoptante, manteniendo los vínculos con sus progenitores consanguíneos. La adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos.

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño señala en su preámbulo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; es decir, que como prioridad el niño debe ser cuidado por sus propios padres por ello, “la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional”, señala que todos los estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño y que el bienestar del niño depende del bienestar de la familia (Artículos 1 y 2).

Sin embargo, cuando los padres no puedan ocuparse del niño o sus cuidados sean inapropiados debe considerarse la posibilidad de que otra persona o institución se haga cargo de su atención. De esta forma, siempre se favorecerá la integridad y unidad de la familia y en los casos en que ello contraríe el interés superior del niño, se recurrirá a otros cuidados.

La Declaración antes mencionada establece, en su Artículo 4, que se considerará la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, solución que constituye la prioridad para mantener las relaciones familiares del niño, la continuidad en la educación y en su cultura. En su caso, deberá contemplarse la posibilidad de una familia sustitutiva-adoptiva o de guarda- o en caso necesario, una institución adecuada.

Como puede observarse la Declaración prioriza el cuidado del niño por otros familiares y como últimas medidas señala la familia sustituida o una institución adecuada.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño señala, en su Artículo 20, que: “1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la

protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otro tipo de cuidados para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la káfala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerarse las soluciones se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

1.3.1 En Guatemala.

En el ámbito nacional, puede constatarse que la situación de pobreza es alarmante. Se estima que existen 7.3 millones de pobres, alrededor del 80% de la población total. Esta situación no escapa a la condición en que millones de niños, niñas y jóvenes viven en el país y ello se ve ratificado en que, en los últimos cinco años, han fallecido en Guatemala más de 150 mil niños por las condiciones infrahumanas en las cuales les toca vivir, más allá de los niños muertos como consecuencia del conflicto armado¹ esta situación de desprotección también se observa en las condiciones de maltrato, explotación, violencia intrafamiliar y el tráfico de niños, entre otras circunstancias.

La situación descrita brevemente no beneficia el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, máxime cuando se acompaña de una legislación arcaica que no responde a los principios de la nueva doctrina planteada por la Convención. Si bien el trabajo realizado alrededor de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar han constituido avances significativos, en ambos procesos se observó que sectores tradicionales de la población se resisten a realizar cambios que permitan la consolidación de un estado de derecho, donde las relaciones filiales-parentales se democraticen en el marco de una cultura de paz.

¹ Comisión Pro-Convención sobre los derechos del niño –PRODEN-**Entre el olvido y la esperanza. La niñez en Guatemala; III.** Guatemala, noviembre 1986.

En este contexto, la institución de la adopción todavía continúa rigiéndose por principios tradicionales, que lejos de garantizar el interés superior del niño lo afectan. Así la adopción es considerada como una institución de asistencia social y no de desarrollo y protección integral y va dirigida a un grupo vulnerable de menores más que a la niñez y la juventud. Asimismo, se establece como sistema la adopción simple, que no garantiza estabilidad en el desarrollo integral de menores de edad y da la inseguridad jurídica respecto a los derechos adquiridos que, en un futuro, el niño, la niña o el joven pueden perder.

Ello conlleva a una situación de grave riesgo, máxime si se tiene en cuenta que, en Guatemala, diariamente son secuestrados numerosos niños y niñas y se realizan adopciones fraudulentas, que garantizan beneficios económicos a numerosos sectores (abogados, notarios, registradores civiles, casas cunas ilegales, etc.). Inclusive se ha llegado a múltiples prácticas de adopciones como las llamadas “reconocimiento de terceros”, que consiste en reconocer a un recién nacido como suyo, utilizando una serie de presiones económicas y psicológicas sobre la futura madre para entregar al niño en claro fraude a la ley.

Asimismo, la demanda de adopciones por ciudadanos extranjeros se ha incrementado y es evidente la falta de una legislación que guarde armonía con los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Contrariamente, no se estipula diferenciación alguna entre la adopción nacional e internacional y ambas están sujetas a los mismos requisitos. Es imperioso que esta diferenciación se realice en la normativa interna, máxime si se tiene en cuenta que anualmente más de tres mil niños y niñas son dados en adopción, de los cuales el 95% son adopciones internacionales.

De lo expuesto surge la necesidad de que Guatemala adecue su legislación nacional a la normativa internacional, para garantizar el cumplimiento del interés superior del niño en esta materia. Es necesario también que se establezcan requisitos

objetivos para la adopción, un ente rector de la misma, se garanticen mecanismos de supervisión y de seguimiento en los hogares y en los países de recepción. En este contexto, el Artículo 54 de la Constitución Política establece, que: “El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados.

Concordantemente, el Artículo 228 del Código Civil establece, que: “La adopción es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, puede legalizarse la adopción de un mayor de edad con su expreso consentimiento, cuando hubiere existido la adopción de hecho durante su minoridad”.

De esta forma, el concepto de adopción que acepta el ordenamiento jurídico guatemalteco se fundamenta en un interés social de asistencia a los niños y niñas huérfanos o abandonados o cuyos padres carecen de medios económicos para procurarles subsistencia y educación su concepción no radica, entonces, en el interés superior del niño y la niña sino que se plantea como una opción de la pobreza, cuando la misma es una causante socioeconómica que necesita de otras soluciones en el ámbito de las políticas públicas del Estado. Asimismo, no se toma en cuenta la situación de la niñez y la juventud que, si bien tienen una familia, su superior interés exige que no permanezcan en ese medio.

Por otra parte, la adopción que preceptúa el Código Civil corresponde a una adopción simple, en la cual al adoptado se le confiere la posición de hijo pero no crea vínculos de parentesco entre aquel y la familia de sangre del adoptante, salvo en lo que se refiere al trato entre hermanos. De esta forma, la adopción no surte todos los efectos de la filiación ni se garantizan todos los derechos. Ello es contrario a lo dispuesto por el Artículo 16 sobre la Declaración sobre Principios Jurídicos relativos a la Protección del Niño, en el que se establece que la legislación debe asegurar que el

niño y la niña sean reconocidos legalmente como miembros de la familia adoptiva y que gocen de todos los derechos pertinentes a su condición de tal.

1.3.1.1 Requisitos para la adopción.

El Código no establece ninguna prescripción sobre la edad que debe tener el adoptante o su capacidad para adoptar, como lo establecen otras legislaciones. Sin embargo y de conformidad con el esquema tradicional que plantea el Código Civil, debe entenderse que para adoptar se requiere plena capacidad civil; puesto que la adopción constituye un acto jurídico y por consiguiente, según la legislación interna se requiere tener 18 años para poder celebrarlo válidamente.

El principio general establecido por el Código es que el adoptado sea menor de edad. Excepcionalmente, puede legalizarse la adopción de un mayor de edad con su expreso consentimiento, cuando existió adopción durante su minoridad. Esta norma tiene por finalidad afianzar los vínculos creados durante la minoría de edad, en virtud de que en pleno goce de su capacidad civil puede rechazar una situación creada anteriormente "Artículo 228".

Asimismo, el adoptante debe acreditar que tiene capacidad económica y moral para cumplir con las obligaciones que la ley le impone; así como demostrar sus buenas costumbres. Esta comprobación se realiza por dos testigos, según el Artículo 240 del Código Civil.

Como puede observarse los requisitos exigidos para comprobar la aptitud para adoptar son bastante amplios y la exigencia de sólo dos testigos para probar la capacidad moral, económica y las buenas costumbres del adoptante es insuficiente, ya que esta prueba debería ir acompañada de una investigación sobre la situación del adoptante que garantice la fidelidad de la información para proteger el interés superior.

1.3.1.2 Personas que pueden adoptar y ser adoptadas.

Por otra parte, el Código Civil dispone que nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo el caso de que marido y mujer estén conformes en considerar como hijo al menor adoptado (Artículo 234).

Sin embargo, tanto el marido como la mujer pueden, aún sin anuencia del otro cónyuge, adoptar por sí a un menor de edad. No obstante, si en las diligencias respectivas el marido o la mujer, según el caso, manifiestan su inconformidad o expresa oposición a la adopción que solicite el otro, indudablemente el juzgador deberá analizar las circunstancias del caso concreto.

Asimismo, uno de los cónyuges puede adoptar al hijo del otro procreado por este con persona distinta del cónyuge adoptante. En este caso, la actitud del otro cónyuge será determinante (Artículo 234).

Por su parte, el tutor puede adoptar a su pupilo pero es requisito esencial, que con anterioridad a la adopción sean aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela (Artículo 235); y entregados los bienes al protutor a fin de que queden claros los objetivos que se persiguen con la adopción y evitar así que el tutor pueda eludir la rendición de cuentas por el ejercicio de su función.

1.3.1.3 Formalidades para constituir la adopción.

El Artículo 239 del Código Civil señala, que la adopción se establece por escritura pública, previa aprobación de las diligencias respectivas por el juez de primera instancia competente.

La solicitud debe de presentarse ante el juez competente del domicilio del adoptante, acompañándose la partida de nacimiento del menor y proponiéndose el testimonio de dos personas honorables para acreditar las buenas costumbres del

adoptante y su posibilidad económica y moral para cumplir las obligaciones que la adopción impone (239).

Si el menor tiene bienes, el adoptante debe presentar inventario notarial de los mismos y constituir garantía suficiente a satisfacción del juez (Artículo 241). En caso de que el adoptante hubiese sido tutor del menor, debe presentar los documentos en que conste que fueron aprobadas sus cuentas y que sus bienes fueron entregados (Artículo 242).

Los padres del menor o la persona que ejerza la tutela deben expresar su consentimiento con la adopción, circunstancia exigida por el Artículo 21 inciso a) de la Convención sobre los Derechos del Niño. La Procuraduría General de la Nación debe examinar las diligencias y si no opusiere objeción alguna, el juez declarará con lugar la adopción y mandará que se otorgue la escritura respectiva.

En la escritura de adopción deberá comparecer el adoptante y los padres del menor, o bien, la persona que ejerza la tutela, firmada la escritura, el menor pasa a poder del adoptante, al igual que sus bienes, si los tuviere y el testimonio será presentado al registro civil para su inscripción, dentro de los quince días siguientes al de la fecha del otorgamiento (Artículo 244).

Como puede observarse si bien el procedimiento de adopción incluye la intervención de una autoridad judicial competente, los requisitos exigidos son mínimos e insuficientes para garantizar el interés superior del niño, ya que el otorgamiento de la adopción depende del testimonio de dos personas honorables. Asimismo, el hecho de constituirse la adopción por escritura pública permite que ocurran fraudes a la ley y persiste su carácter contractual.

Asimismo es dable destacar que no existe un centro o registro de adopciones que controle el otorgamiento de ellas y los antecedentes de los adoptantes, ni tampoco se plantea la necesidad de priorizar la adopción nacional a la internacional, ya que

aquella impediría la ruptura con el medio sociocultural al que pertenece el adoptado. Un ejemplo claro de la importancia de priorizar la adopción nacional y los efectos positivos de la misma son las adopciones de hecho de niños huérfanos de la guerra, especialmente al interior de las comunidades indígenas. Por otra parte y en relación a la adopción internacional, no se establece ninguna regla especial conforme lo señala la Convención sobre los Derechos del Niño y la misma se rige por las normas que regulan también la adopción nacional.

1.3.2 En Costa Rica.

Para hacer referencia sobre la adopción en Costa Rica haré un breve comentario al Código Civil, Ley de Familia y de la Adopción, iniciando con el parentesco civil que es el que nace de la adopción simple y solo existe entre adoptante y adoptado.

El adoptante y el adoptado tienen la obligación de darse alimentos, en los casos en que la tienen el padre y los hijos.

Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

El obligado a dar alimentos cumple la obligación asignando una pensión al acreedor alimentario o incorporándolo, a la familia, si el acreedor se opone a ser incorporado, el juez competente, según las circunstancias fijará la manera de suministrar los alimentos.

1.4 Actuación de los Tribunales de Menores de Costa Rica en relación a la detención del menor.

1.4.1 Conocimiento de proceso especial.

Serán competentes para conocer del proceso especial de protección, los jueces de familia de la jurisdicción del domicilio de la persona menor de edad involucrada en el proceso.

1.4.2 Situaciones tramitables en procesos especiales.

Mediante el proceso especial de protección dispuesto en esta sección, se tramitarán las situaciones suscitadas a partir del dictado de las medidas de protección por las oficinas locales del Patronato Nacional de la Infancia, según los Artículos 135, 136 y 137 de la legislación civil costarricense. Para acudir al proceso especial de protección en la vía judicial, deberá agotarse previamente esta vía administrativa.

Este proceso no suspenderá o sustituirá los procesos judiciales en que se discute sobre la filiación o la autoridad parental. El proceso también podrá iniciarse por denuncia de una oficina local del Patronato.

Iniciado el proceso, el juez revisará los resultados obtenidos con las medidas dictadas en la sede administrativa y señalará el día y la hora para la audiencia, y deberá celebrarse en un plazo máximo de cinco días, en caso de delito, certificará lo conducente y lo remitirá al Ministerio Público o a la jurisdicción penal juvenil según el caso.

El día y la hora señalados para la audiencia, el juez procederá en la siguiente forma:

- a) Determinará si las partes están presentes;

- b) Al inicio de la audiencia instruirá a la persona menor de edad sobre la importancia y el significado de este acto. Cuando se trate de asuntos que puedan perjudicarlo psicológicamente, podrá disponer que sea retirada transitoriamente;
- c) Oirá en su orden al menor, al representante del patronato nacional de la infancia, el procurador apersonado en el proceso, los representantes de otras instituciones, terceros involucrados, médicos, psicólogos y otros especialistas que conozcan del hecho y a los padres tutores o encargados;
- d) Habiendo oído a las partes y según la gravedad del caso, podrá proponer una solución definitiva en caso de que no sea aceptado por las partes, procederá a la recepción de la prueba.

En esta audiencia las partes podrán proponer pruebas de todo tipo para evacuarlas, se aplicarán las garantías procesales; de oficio o a petición de parte, el juez ordenará las diligencias que permitan recabar cualquier otra información necesaria para resolver el caso.

Recibida la prueba, valorada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el juez dictará la resolución final en un plazo máximo de cinco días. En dicha resolución podrá confirmar la medida dispuesta por la oficina local del Patronato Nacional de la Infancia, prorrogarla por un período igual, sustituirla por otra o revocarla. En todo caso podrá el juez iniciar de oficio el proceso correspondiente de suspensión definitiva del depósito, tutela o autoridad parental, según corresponda el juez velará por el cumplimiento efectivo de la resolución dictada. Cuando se trate de algunas de las medidas previstas en los Artículos 135 y 136 podrá delegar la ejecución de lo acordado para proteger a la persona menor de edad en la oficina local competente del Patronato Nacional de la Infancia y cada dos meses solicitará informe sobre dicho cumplimiento.

Si la medida acordada fuere de las previstas en el Artículo 137 y el juez la confirmare, en el mismo acto ordenará iniciar el proceso correspondiente para resolver, en forma definitiva la situación presentada.

El juez podrá revocar de oficio o a instancia de parte todas las resoluciones dictadas en el proceso, salvo las que pongan fin al procedimiento, en contra de dicha resolución se podrá interponer el recurso de revocatoria en forma verbal o por escrito dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación, el juez ante quien se interponga el recurso de revocatoria deberá resolver sin más trámite dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

Serán apelables los autos que resuelvan definitivamente el procedimiento, determinen la separación de una persona menor de edad, de sus padres, tutores o encargados o resuelvan iniciar el procedimiento de protección. El plazo para interponer la apelación será de tres días y podrá presentarse en forma verbal o por escrito. Se admitirá en el efecto devolutivo. El tribunal superior señalará audiencia, en un plazo de cinco días, para oír a las partes y recibir la prueba que aporten y resolverá dentro de los tres días siguientes.

Apelada la resolución, el tribunal superior confirmará, modificará o revocará únicamente en la parte objeto del recurso salvo que, como consecuencia de los resuelto requiera modificar otros puntos.

Cuando el juez de primera instancia haya negado el recurso de apelación, la parte interesada podrá apelar por inadmisión dentro de los tres días de notificada la denegatoria ante el tribunal de segunda instancia según el Código Procesal Civil.

1.5 Actuación de los tribunales de menores de Guatemala en relación a la detención de un adolescente en conflicto con la ley penal.

Uno de los avances culturales de la humanidad más importantes se encuentran en el siglo XVIII durante el cual se instituyó el concepto de estado de derecho, como producto de movimientos sociales de trascendencia histórica como lo son la Revolución Francesa y la Revolución Norteamericana. El Estado de derecho declara una serie de principios que intentan proteger a la persona frente al poder arbitrario del Estado. De

estos principios, que constituyen una parte de los derechos humanos pueden distinguirse semánticamente tres tipos: Declaraciones, derechos y garantías. Las declaraciones contienen la naturaleza de las relaciones estatales que asumimos para adentro (Ciudadanos-habitantes-personas). Como podemos apreciar, tanto el preámbulo de la Constitución como en los Artículos 1 y 2 de la misma se hace referencia al tema de habitantes y personas, por lo que se entiende que todos los derechos, salvo que expresamente se diga lo contrario serán aplicables a todas las personas. Los derechos sustantivos, que también se declaran, constituyen atributos esenciales que poseen las personas integrantes de la comunidad nacional, por ejemplo la vida, libertad, integridad física, etc. Las garantías representan las seguridades que le son concedidas a las personas de que sus derechos sustantivos no serán afectados en forma arbitraria.

La clasificación de los derechos individuales en forma expresada cumple también una función sobre la obligación de su cumplimiento. Mientras que frente a los derechos sustantivos, existe una obligación de su respeto por parte de todas las personas, las garantías se constituyen obligatorias frente al Estado. Así por ejemplo, el respeto a la integridad física, se entiende que es frente a todas las personas, mientras que la garantía del derecho a una defensa efectiva será obligación únicamente del Estado.

Tomando en cuenta que una decisión del Estado de aplicar una privación de libertad (encarcelamiento o internamiento), afecta un derecho sustantivo reconocido a las personas, esta solo se podrá presentar legítimamente si el Estado cumple con las garantías establecidas en la Constitución y desarrolladas por la legislación ordinaria. Por tal razón se afirma que las garantías constituyen el escudo protector de los derechos sustantivos frente al uso del poder coactivo del Estado. De la misma manera, su cumplimiento efectivo es una de las formas más importantes que legitiman el poder del Estado.

Se distinguen dos tipos de garantías. Penales y procesales. Las primeras hacen referencia al derecho penal sustantivo, explicadas con anterioridad, entre las que se encuentran: Legalidad, lesividad, lo coactivo como último recurso para resolver conflictos, culpabilidad y humanidad de las medidas. Por su parte las garantías procesales se orientan a los principios que deben inspirar cualquier proceso que tengan como consecuencia la imposición de una pena o medida, entre las que se encuentran: Juicio previo, inocencia, imparcialidad del juez y non bis in idem (prohibición de juzgar por el mismo hecho dos veces).

En el presente capítulo haremos referencia a las garantías procesales partiendo de su identificación Constitucional y la Convención sobre los Derechos del Niño. Se parte de esta base, pues por principio no es cualquier proceso el que se considera válido para la imposición de una medida, sino únicamente aquel que cumpla con los requisitos exigidos por éstos instrumentos.

a) Juicio previo.

La Constitución establece en su Artículo 12 que nadie puede ser condenado ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. La Convención por su parte en su Artículo 40 numeral 2) inciso B.iii, contiene que la causa contra un menor de edad será sometida ante juez independiente e imparcial en una audiencia equitativa. Por constituir el internamiento una privación al derecho de la libertad, previo a imponerla se tendrá que establecer un juicio, como parte de un proceso legal.

La idea de Juicio tiene relación con sentencia, en el sentido de que la decisión deberá ser fundada. Lo que implica un juicio lógico de operación de subsunción de los hechos al derecho. Esto significa que la sentencia deberá contener: La existencia o no de un hecho que viole la ley penal (Artículo 20 de la Constitución) y el grado de participación o no en ese hecho. Este sería el objeto del fundamento de la decisión que justifica la imposición de una medida no punitiva sino socioeducativa.

b) Inocencia.

Para ser congruentes con el principio de juicio previo de declarar la existencia de un hecho, se ha establecido como principio universalmente aceptado de que mientras una sentencia lo declare, la persona sujeta a un proceso deberá ser considerada inocente. Así lo establece la Constitución en su Artículo 14 toda persona es inocente mientras no se le haya declarado su responsabilidad en sentencia debidamente ejecutoriada. La Convención en su Artículo 40 inciso 2.b.1 regula que se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley, juicio previo e inocencia, constituyen la base de cualquier proceso. Por esta razón sólo en un juicio y por lo tanto en la sentencia, se podrá convertir el estatus de inocente en culpable, lo que implica que constituye la única manera de legitimar la imposición de una medida socioeducativa.

c) Defensa.

La Constitución en su Artículo 12 contempla que la defensa de los derechos es inviolable. La Convención amplía este principio al estipular en su Artículo 40 inciso 2.b.ii que se dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa.

La garantía del derecho de defensa tiene doble función dentro del proceso por un lado permite que el joven ya sea en forma personal o con auxilio profesional, pueda aportar pruebas que le beneficien y por otro lado permite el control del debido proceso, por lo que se convierte en la garantía que permite que otras garantías sean efectivas.

La primera consecuencia del derecho de defensa consiste en saber de que se está defendiendo a la persona, lo que se conoce en la doctrina como principio de intimación, el cual está regulado en la Convención en el Artículo 40 numeral 2.11, y que contiene que el joven será informado sin demora y directamente o cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o de sus tutores legales, de los cargos que pesan contra él. Es importante resaltar que en primer lugar se defiende de una

acusación relacionada con hecho contrario a la ley penal y no de sus características personales.

Otra consecuencia que se relaciona con esta garantía es sobre el momento en que podrá ser ejercido este derecho. La Convención es clara al respecto, al indicar el término sin demora implica que no es necesario determinado desarrollo del proceso para su ejercicio, es decir que por el sólo hecho de imputarle un acto contrario a la ley penal, será suficiente para que el joven pueda ejercerlo.

d) Derecho a recurrir.

La imposición de una medida u otra decisión judicial durante el proceso puede efectuarse fuera de lo establecido en derecho por esta razón se ha incorporado como garantía a que otra autoridad judicial conozca del caso para restituir el derecho violado en la decisión original. Así lo establece la Convención en su Artículo 40 literal 2.v. frente a la decisión de que se ha infringido las leyes penales y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial conforme a la ley.

En la tradición jurídica inquisitiva el derecho a recurrir ha sido interpretado en el sentido que el órgano judicial revise íntegramente la decisión original, incluso, en los sistemas más autoritarios la revisión se realiza automáticamente, aún cuando las partes no ejerzan este derecho. En la legislación moderna este principio ha sido abandonado pues se aprecia que es un derecho de los que se consideran afectados por la decisión y no un mecanismo de control jerárquico de las decisiones entre órganos del sistema judicial.

e) Imparcialidad del juez y principio acusatorio.

La Constitución establece en su Artículo 203 que los jueces y magistrados son independientes en el ejercicio de sus funciones, así como también que su actividad se concentra en juzgar y promover la ejecución de lo juzgado apegados únicamente a la ley. La Convención considera que el caso de la niñez en conflicto con la ley penal

deberá ser sometido ante un juez competente, independiente e imparcial (Artículo 40 inciso 2.b.iii).

Las implicaciones de estos preceptos son esenciales para definir el tipo de proceso adecuado para los adolescentes en conflicto con la ley penal. En primer lugar se debe plantear la diferencia entre imparcialidad e independencia del juez.

En este sentido la independencia e imparcialidad se orienta al caso concreto y a un juez determinado con nombre y apellido ante todo debe considerarse que esta prerrogativa del juez debe considerarse a perspectiva de que constituye una garantía de los sujetos procesales.

f) La verdad histórica como garantía.

El objetivo de un proceso constituye determinar si el hecho constituye un acto contrario a la ley penal y el grado de participación del joven en ese hecho. En otras palabras, el proceso constituye un método con reglas determinadas de un hecho histórico, la verdad histórica constituye una garantía, pues el joven no será juzgado por sus características y personalidad, sino por el hecho cometido. Las características y personalidad del menor podrán ser tomadas en cuenta para la medida a aplicar, con los que se garantizarían la prevención especial que encierra la medida socioeducativa, pero nunca como objeto central del proceso, en este sentido, la verdad histórica del hecho constituye una garantía para el joven en conflicto con la ley penal

1.5.1 Detención del menor.

El objeto del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal es para determinar si el hecho constituye un acto contrario a la ley penal, la participación del joven en ese hecho, la medida a imponer en su caso y su ejecución y control efectivo.

Para completar estos objetivos apuntamos que una de las características del proceso constituye por lo tanto determinar la verdad histórica. De esta manera el

proceso constituye un método de conocimiento con reglas específicas para evitar la arbitrariedad en las decisiones, tanto finales como interlocutorias.

De la misma manera determinamos que el juicio constituye el centro del proceso en donde se fijan las consecuencias jurídicas, el cual debe llenar ciertos requisitos: Oral, privacidad, concentración de las pruebas, contradictorio e inmediatez de los sujetos procesales. Constituyendo el juicio el centro del proceso, todas las actividades importantes deberán regirse por estas características.

Tomando en cuenta lo anterior, a la primera fase del proceso se le denomina fase preparatoria o de investigación. Esta constituye una actividad creativa en la cual se determinan los elementos de prueba que darán lugar a la existencia de un hecho constitutivo de delito o falta. Durante esta etapa se realizan diferentes tipos de acciones: Las puramente de investigación del hecho y el grado de participación; acciones tendientes con el desenvolvimiento del proceso, por ejemplo, sobreseer el proceso si se determina que no existe un hecho contrario a la ley penal. Anticipos de prueba, cuando esta no pueda presentarse en el juicio como un testigo que deba abandonar el país; y acciones tendientes a limitar derechos constitucionales para garantizar los resultados del proceso, como por ejemplo el secuestro de bienes, su depósito, interceptación de correspondencia, ingreso a viviendas o bien la limitación de libertad.

Constituye una actividad creativa y orientada a la preparación del juicio. Este concepto cambia la tradición jurídica que se tiene al respecto, pues por lo general durante esta etapa se considera que los elementos recabados ya constituyen prueba para la toma de decisión, obviando que la misma debe plantearse en forma definitiva en el juicio. Por esta razón en los sistemas procesales modernos se tiende a la desformalización de la etapa de investigación, sin que esto implique vulnerar los derechos establecidos en la constitución.

Las formas de su inicio son diversas: Por denuncia, o bien por conocimiento de oficio, en la primera se incluyen que los ciudadanos que tengan conocimiento de un hecho puedan denunciarlo ante las autoridades respectivas, constituyen una obligación únicamente para funcionarios en relación a los actos relacionados con su actividad. En el conocimiento de oficio, son las propias autoridades quienes al tener conocimiento de un hecho que consideran contrario a la ley penal pueden iniciar las primeras acciones. Existe la costumbre de que desde el inicio del proceso se detiene a las personas esta tendencia es propia de los sistemas, de la situación irregular, al igual que en el caso de los adultos, en la actualidad se considera el principio de que hay que investigar para detener y no detener para investigar. Esto permite que el juicio constituya el centro del proceso y no la etapa preparatoria.

Cuando el desarrollo de la investigación llega a tal punto en el cual el órgano responsable de ejercer la acción penal, el Ministerio Público se convence de que puede tener éxito en probar en juicio que los hechos son constitutivos de delito y que ha individualizado al o los responsables, la etapa de investigación se da por finalizada con la presentación de la acusación en cuanto a los hechos y circunstancias concretas. Realizando la petición formal para que se de la acusación y posteriormente la apertura del juicio. Con la presentación de la acusación y su petición concreta se inicia la fase intermedia, en la cual las partes tienen oportunidad de oponerse por considerar que no se ajusta a derecho. El juez por su parte deberá verificar si procede o no la apertura del juicio. Esta situación se realiza debido a que el simple hecho de someter a juicio a los menores de edad pueda afectarles durante el transcurso de su vida, aún cuando el juicio es reservado y no se le impusiere alguna medida.

Si el juez considera que existen los elementos racionales clausurará la etapa preparatoria dictando una resolución en la cual fija el objeto del juicio, esto último constituye la base sobre la cual tratará el juicio, garantizando con ello de que la defensa podrá presentar sus pruebas y alegatos en forma determinada y por lo tanto no sea sorprendida.

En las legislaciones modernas se tiende a separar el juicio en dos etapas: La primera en la cual se discute si el hecho es o no constitutivo de delito y el grado de participación del joven en el hecho. En caso de que así se determine, se inicia la segunda etapa en la cual se discute la medida adecuada. La separación del juicio en estas etapas cumple la función importante de: Evitar que en el proceso de determinación del hecho y su participación puedan incorporarse elementos de la personalidad del menor que contaminen el objeto principal del juicio y al mismo tiempo garantizar que durante la discusión de la medida a imponer la defensa pueda incorporar elementos para imponer la medida que menos le afecte y cumpla las funciones socioeducativas esperadas.

Con la finalidad de que la medida cumpla los fines previstos durante su ejecución no se violen los derechos del joven que no han sido limitados y verificar el momento adecuado para cambiar la medida por otra menos grave, o por no cumplir ninguna función de prevención especial positiva la medida impuesta, en las legislaciones modernas se contempla el control judicial de la ejecución.

1.5.2 Mecanismos simplificadores del proceso penal juvenil.

Una de las críticas que en la actualidad se le hace a los procesos relacionados con conflictos de naturaleza penal, tanto para adultos como para menores de edad, es que las víctimas no tienen ninguna participación, y de que además se privilegia la medida impuesta antes que resarcir los daños al afectado directamente o bien recibir algún tipo de compensación, esta crítica es razonable pues la víctima constituye la que directamente recibe el daño y sin embargo ha sido históricamente olvidada dentro del proceso. Con acierto el abolicionismo penal considera al Estado como un ente que hurta el conflicto de sus verdaderos protagonistas: El ofensor y el ofendido.

Las corrientes modernas de las ciencias penales han retomado la discusión y sus propuestas se orientan a fortalecer la participación de la víctima en el proceso. Las razones son diversas, pero entre las más importantes se destacan las que pretenden

materializar el principio de que el sistema de justicia de los jóvenes en conflicto con la ley penal deberá ser el último recurso para pretender resolver un conflicto, y aquellas que proponen que la privación de libertad constituya el centro de atracción para la toma de decisiones tanto de la coerción como de la medida socioeducativa, por lo que proponen un abanico amplio de medidas entre las cuales se considera al internamiento como último recurso.

También se incorpora dentro de las razones la que considera la eficacia de la justicia de jóvenes en conflicto con la ley penal para los conflictos más graves y permitir que aquellos en los cuales pueda encontrarse una solución menos violenta pueda la víctima retomar su papel protagónico. De esta cuenta en las legislaciones modernas se contempla que durante el proceso puedan plantearse mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la conciliación y la mediación. Este tipo de medidas pueden influir a que el joven sea más responsable de sus actos y al mismo tiempo la víctima pueda resarcirse del daño causado. También se ha abandonado el principio de legalidad procesal, o sea aquel que pretende el ejercicio de la acción para todos los hechos constitutivos de delito para lo cual se contempla el criterio de oportunidad, que consiste en la petición del fiscal al juez para desistir de la acción para aquellos hechos en los cuales no existe grave impacto social.

1.5.3 Antecedentes históricos del derecho penal juvenil en Costa Rica.

El derecho de menores es de reciente creación, su historia se circunscribe a un poco más de cien años de existencia. A pesar de ello, resulta importante analizar su evolución aunque sea en forma breve para de esta manera tener el panorama claro acerca del estado actual de esta disciplina jurídica, para ello, se utiliza la Convención sobre los Derechos del Niño como punto de referencia, debido a que ha sido este instrumento del derecho internacional el que ha provocado la coyuntura que hoy vive el derecho de menores a nivel internacional.

En este sentido, se hace necesario distinguir dos fases dentro de la evolución histórica de esta rama del derecho: Antes y después de la Convención sobre los Derechos del Niño. La primera fase abarca desde el inicio de esta disciplina jurídica hasta la promulgación de la Convención sobre Derechos del Niño en el año de 1989, manteniendo su influencia incluso durante la presente década. La segunda fase se inicia con la promulgación de la Convención y como ha ido impulsando a la gran mayoría de las nuevas legislaciones en la década de los noventa, en la que se han generado importantes procesos de cambio, no sólo en lo político y económico sino también en lo jurídico.

a) Antes de la Convención de los Derechos del Niño; la concepción tutelar del derecho de menores fue hasta en el año de 1899, cuando con la creación del primer tribunal juvenil en Chicago, Illinois, se empezó a comentar la necesidad de sustraer al menor de la justicia penal con este objetivo, se inició la labor de creación de una jurisdicción especializada, totalmente diferente a la concepción del derecho penal de adultos, y con una marcada tendencia tutelar y proteccionista. Los menores de edad estaban fuera del derecho penal según opinión generalizada de la doctrina tutelar.

Este modelo tutelar se constituyó en la base de muchas de las legislaciones de menores de Latinoamérica, empezando con la Ley Agote de 1919 en Argentina y continuando con las legislaciones del resto de países latinoamericanos incluyendo a Costa Rica que en 1963 emite la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores con el fin de adaptarse a la corriente vigente en aquella época.

La gran mayoría de esas legislaciones se mantienen aún vigentes, a pesar de que contienen una estructura y una concepción totalmente incompatibles que se establecen en la Convención sobre los Derechos del Niño suscrita por la totalidad de los países latinoamericanos.

La concepción tutelar del derecho de menores se fundamenta en la llamada doctrina de la situación irregular, según la cual el menor de edad es considerado sujeto

pasivo de la intervención jurídica, objeto y no sujeto del derecho. La figura del juez es una figura paternalista, que debe buscar una solución para ese menor –objeto de protección- que se encuentran en situación irregular. Tal objetivo es logrado por medio de la aplicación de las medidas tutelares, que tiene como fines la recuperación social del menor. Con ello, lo que se está afirmando es que ese menor es un ser incompleto, inadaptado y que necesita de ayuda para su reincorporación en la sociedad.

b) Después de la Convención sobre los Derechos del Niño. La concepción punitivo-garantista del derecho penal de menores con el transcurrir del tiempo se fueron haciendo cada vez mas evidentes las violaciones a los derechos fundamentales para los menores producto de la concepción tutelar, por lo que, como respuesta surgió una nueva concepción del derecho de menores. Esta nueva concepción denominada doctrina de la protección integral encontró su fundamento en un reconocimiento de los menores de edad como seres humanos y sujetos de derecho, por tanto, en un reconocimiento de los derechos del niño como una categoría de los derechos humanos.

A nivel positivo esta concepción ha quedado plasmada en diversos instrumentos internacionales, siendo el más importante de ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño, que define por primera vez el tema, con fuerza vinculante para los Estados, desde el punto de vista de los niños como sujetos de derechos.

En lo referente a los menores de edad que han infringido la ley penal, los Artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, disponen la posibilidad de que sean sujetos de la ley penal, pero garantizando sus derechos fundamentales como personas y por su especial condición de ser menores de edad.

Esta nueva concepción considera que el joven o adolescente está sujeto a una regulación especial en todos los ámbitos de su desarrollo sea este social, psíquico o jurídico. En cuanto al derecho penal juvenil, como consecuencia de esta concepción se ha adoptado la denominada punitivo garantista, debido a que se le atribuye al menor de

edad una mayor responsabilidad, pero a su vez le son reconocidas una serie de garantías sustantivas y procesales que no eran siquiera pensadas dentro de la concepción tutelar.

Los rasgos más característicos de este nuevo modelo son el acercamiento a la justicia penal de adultos en lo que se refiere a derechos y garantías individuales, se da un refuerzo de la posición legal de los jóvenes y adolescentes y una mayor responsabilidad de los jóvenes y adolescentes por sus actos delictivos. Se limita al mínimo indispensable la intervención de la justicia penal y se establece una amplia gama de sanciones privativas de libertad.

Por otra parte se le da mayor atención a la víctima bajo la concepción de la necesidad de la reparación del daño a la víctima. Dice lo mismo que busca la desjudicialización al máximo posible por medio de controles formales como el principio de oportunidad, la conciliación entre el autor y la víctima, la suspensión del proceso a prueba y la condena de ejecución condicional sin limitaciones.

1.6 Estudio del perfil del menor transgresor de la ley penal.

En Guatemala se ha podido comprobar que una de las mayores causas de la delincuencia penal juvenil es originada por adolescentes que provienen de hogares desintegrados o disfuncionales, en donde la cabeza del hogar vive con problemas de drogas, delincuencia o bien enrolados en la violencia intrafamiliar, y en lugar de velar por el buen desempeño de los hijos los inducen a las calles que es donde van a encontrar quienes los conduzcan por los caminos de la delincuencia o la drogadicción que más adelante será la fuente principal de la delincuencia, en los centros de internamiento para adolescentes en conflicto con la ley penal se puede comprobar que la mayoría de adolescentes provienen de hogares desintegrados o donde no existía un espacio para ellos como hijos.

CAPITULO II

2. Diferencia de niñez en riesgo social o abandono y adolescencia en conflicto con la ley penal.

2.1 Definición.

La idea generalizada que el menor había salido del derecho penal, no es cierta, aunque se diga que el menor es inimputable, que el menor es irresponsable, que el menor no tiene la culpa, que sólo necesita reeducación, el menor padece las consecuencias de un internamiento, con hipotética función reeducadora y protectora, que en nada se diferencia de una forma de privación de libertad, por encarcelamiento.

En realidad no es que el menor saliera del derecho penal todo lo contrario se le suprime las garantías jurídico procesales y carga total y exclusivamente con la responsabilidad de la conducta transgresora.²

Por lo que ha surgido una nueva corriente que promulga la existencia de un derecho penal de menores reconociendo la responsabilidad del menor por sus actos pero reforzando sus posición legal en el respeto de sus derechos y garantías individuales ya que con la falsa protección que se le pretendía dar al menor se le privaba de todas estas garantías y derechos ya que como lo consagra el derecho penal de adultos, no es posible derivar responsabilidad penal de las características personales, sino únicamente de las características del acto realizado.

Así por ejemplo no se puede responsabilizar a un joven por su apariencia o por lo que piensa. Solamente puede hacerse responsable por sus actos. Por lo que define el derecho penal de menores: “El conjunto de normas jurídicas aplicables al menor en conflicto con la ley penal”³

² Federico, Palomba. Punición y protección, la niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal. Pag. 13.

³ Ferrajoli, Luigi. El derecho penal mínimo. Pag. 25-26

2.2 Antecedentes históricos del derecho tutelar del menor y penal juvenil.

El concepto de tutela no es constante en la evolución histórica ni en el derecho comparado. Muchas veces se le ha identificado como la curatela y otras veces se le ha separado.

En el derecho romano, se reconocía la distinción. La tutela se aplicaba originariamente a los menores impúberes y a las mujeres casadas; la curatela en cambio, comprendía a los dementes pródigos y a los menores adultos hasta la edad de veinticinco años, el criterio distintivo estaba dado principalmente porque en la primera prevalecía la autoridad sobre la persona y la representación del pupilo, en tanto que en la segunda lo más importante era la gestión de los bienes.

En el derecho justiniano ambas instituciones se confundieron aplicándose la curatela a casos especiales, como la representación de las personas por nacer o de los pupilos en caso de conflicto de intereses entre ellos y los tutores.

La unidad de la tutela y la curatela fue completa en el derecho civil francés. La concepción que deriva del Código Napoleónico, que es mantenido en numerosas legislaciones en la actualidad define a la tutela como la institución de representación de los incapaces que se aplica tanto a los menores de edad como en caso de interdicción.

La Convención sobre los Derechos del Niño no se refiere específicamente a la tutela, y solo hace mención de los tutores en su Artículo 5 al disponer el respeto de los Estados Partes a las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, de los miembros de la familia ampliado, de los tutores o de otras personas encargadas legalmente del niño.

Por otra parte, varias legislaciones regulan expresamente la tutela (Brasil, Venezuela, etc.), concebiéndola como una institución que se aplica en casos extremos,

como la pérdida o suspensión de la patria potestad. Ello en virtud de que la Convención considera que el niño debe ser criado y educado en el seno de la familia, es decir, con sus padres naturales.

En materia de tutela, el Código Civil de Guatemala sigue la concepción del Código Napoleónico, es decir concibe esta institución como protectora de los menores de edad y otorga una misión importante a la autoridad judicial o administrativa.

El Artículo 293 del Código Civil guatemalteco establece, que: “El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad queda sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes...”.

Las características de la tutela según esta normativa, son las siguientes: 1) es una función eminentemente protectora de la persona menor de edad que según esta doctrina no puede valerse por si misma y no está bajo la patria potestad; 2) Es una función representativa puesto que el tutor es el representante legítimo del pupilo en todos los actos de la vida civil. 3) Es una potestad subsidiaria, en principio, es un poder que solo aparece a falta de patria potestad, con las rígidas limitaciones que la ley impone a su ejercicio para la debida protección del tutelado, 4) Es un cargo público, en este sentido el Artículo 295 del Código Civil dispone que la tutela y la protutela son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que se encuentran en el pleno goce de sus derechos civiles. Por ello, la suficiencia de la causa de oposición al ejercicio de este cargo queda sujeta a la apreciación judicial. Su carácter obligatorio se deriva de la propia función intuitiva; 5) Es un cargo personalísimo puesto que es una función que no puede ser delegada ni transferirse por acto entre vivos, ni por disposiciones de última voluntad, sin perjuicio de que el tutor pueda conferir mandatos para representar al pupilo en ciertos actos y negocios. En este sentido, el Artículo 294 del Código Civil dispone, que: “La tutela se ejerce por un tutor y un protutor cuyos cargos son personales y no pueden delegarse pero pueden otorgar mandatos especiales para actos determinados”. 6) Está sujeta a control estatal ya que la tutela se ejerce bajo la inspección y vigilancia de los jueces.

El Código Civil guatemalteco distingue tres clases de tutela, la testamentaria, la legítima y la judicial, en este sentido el Artículo 296, establece: “La tutela puede ser testamentaria, legítima y judicial” también admite la tutela específica al disponer que cuando hubiere conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos una misma tutela, el juez les nombrará tutores específicos (Artículo 306 Código Civil) y asimismo reconoce la tutela legal en cuanto a que los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social que acojan a menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso sin que su cargo necesite discernimiento (Artículo 308 del Código Civil).

Cabe destacar que las dos clases de tutela mencionadas en último término son de naturaleza excepcional.

Tutela Testamentaria: El padre o la madre sobreviviente puede nombrar por testamento un tutor para los hijos que están bajo la patria potestad de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 297 del Código Civil, la facultad de nombrar un tutor a los hijos le corresponde al padre sobreviviente, ya que mientras vivan ambos padres, si fallece uno el otro continúa en el ejercicio de la patria potestad con toda plenitud.

Para la designación válida de tutor es preciso que el padre o la madre se hallen en el ejercicio de la patria potestad al momento de fallecer.

La misma disposición establece que la tutela testamentaria puede ser instituida por el abuelo o la abuela para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima, por cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si este careciera de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo por el adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo.

Tutela Legítima: Esta tiene lugar cuando los padres no han nombrado tutor a sus hijos o cuando los nombrados no entran a ejercer la tutela o dejan de serlo. Según

el Artículo 299 del Código Civil, la tutela legítima comprende en el siguiente orden: Al abuelo paterno; al abuelo materno; a la abuela paterna; a la abuela materna; y a los hermanos, sin distinción de sexo, siendo preferidos los que procedan de ambas líneas y entre éstos, el de mayor edad y capacidad.

Por su parte, el mencionado Artículo establece que la línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera de matrimonio. Sin embargo, si median motivos justificados para variar la precedencia, el juez puede nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, solvencia, idoneidad y preparación, que constituyan una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo.

Esta disposición deja entrever que el orden de enunciación no es forzoso. En su caso, el juez de acuerdo a las circunstancias del caso concreto apreciará y evaluará la información recogida y confirmará o dará la tutela legítima a la persona que por su solvencia y reputación fuese más idónea para ejercerla, siempre teniendo en cuenta los intereses del pupilo.

Tutela Judicial: Cuando no haya tutor testamentario ni legítimo, el juez competente otorgará la tutela a su arbitrio (Artículo 300). De la disposición mencionada surge que esta clase de tutela es de carácter supletorio y su finalidad consiste en evitar que un menor de edad o una persona declarada interdicta, que carezca de parientes y de tutor designado en testamento, quedan sin la debida protección tutelar.

En este sentido, tanto la Procuraduría General de la Nación como cualquier persona capaz deben denunciar a la autoridad el hecho que da lugar a la tutela no prevista. En tal caso, el juez para la designación del tutor debe tener en cuenta las circunstancias del caso y las condiciones que revista la persona del tutor (Artículo 300). Cabe destacar, que si en el ejercicio del cargo por un tutor legítimo o judicial apareciere un tutor testamentario se transferirá inmediatamente a éste la tutela (Artículo 302) .

Ejercicio de la tutela: El Código Civil establece que la tutela se ejerce por un tutor y un protutor cuyos cargos son personales e indelegables. Sin embargo, hemos visto que los mismos pueden otorgar poderes especiales para determinados actos (Artículo 294).

Asimismo, el ejercicio de esta función tiene el carácter de ser un cargo público y por consiguiente toda persona en el pleno goce de sus derechos se encuentra obligada a cumplirla, con el respectivo control del juez en el desempeño de esta función. De ello se infiere que toda persona que tenga capacidad civil está obligada a cumplirla.

Al tutor le corresponde el cuidado de la persona de los bienes del tutelado, ya que es el representante legal del mismo. Por su parte el protutor interviene en las funciones de la tutela para asegurar su recto ejercicio.

2.3 Naturaleza jurídica.

El origen de las funciones especializadas para menores tiene una historia muy breve puesto que nacen a finales del siglo pasado. En los comienzos del siglo XX en toda Europa se pone en marcha un período tutelar o protector que llega hasta nuestros días.

Esta doctrina es llamada también doctrina tutelar, doctrina peligrosista y nació de la corriente filosófica del positivismo. Esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad. Definido un menor en situación irregular, se exorcizan las diferencias de las políticas sociales optándose por soluciones de naturaleza individual que privilegian la institucionalización o la adopción.

Solo un análisis histórico-crítico, permite mostrar los mecanismos que explican la sobrevivencia de una doctrina como la de la situación irregular, que en la práctica ha resultado en la negación de todas y cada una de sus funciones declaradas. El enfoque

propuesto, remite a la necesidad de analizar su metodología y lugar institucional de producción, así como su capacidad de crear mitos y utopías negativas funcionales al mantenimiento de un cierto orden y de su autoconservación⁴.

Esta doctrina se caracteriza porque concibe al derecho de menores especializado respecto del derecho de adultos, tanto en el plano penal como en el tutelar, con características completamente diferentes. La consecuencia de esta separación ha sido el desarrollo de derecho de menores en el mundo entero, según los principios de la doctrina de la situación irregular. Se trata de una doctrina en la que la situación de abandono, la falta de realización de los derechos fundamentales de los niños y los adolescentes, y la transgresión de las normas penales se sobreponían, creando una confusa situación protectorio-punitiva, en realidad muy discriminante para el menor al considerarlo objeto de compasión y de represión al mismo tiempo. En esta doctrina la protección social y la protección legal son de competencia de la jurisdicción de menores, de tal forma que la definición de la situación del menor era potestad de los jueces de menores para definir tanto los programas de asistencia social como el tratamiento reeducativo del menor que comete una infracción a la ley penal.⁵

En realidad, sobre la base de una equivocada justificación o percepción del derecho penal, no se quería llamar penal a este régimen; no definirlo como penal era considerado como una emancipación del menor que le aseguraba la irresponsabilidad penal, negándole sin embargo, al mismo tiempo, toda garantía y protección de sus derechos frente a la intervención del Estado y del juez de menores.

De acuerdo a la doctrina tutelar el menor es un ser humano en inferioridad de condiciones debido a su incompleto desarrollo físico, intelectual y afectivo. Por eso pretende ser un derecho tutelar del menor mismo, que aspira a ser formativo del hombre. Esta teoría ha surgido como una respuesta al conocimiento del fracaso de la

⁴ García Méndez, Emilio. Legislaciones infanto-juveniles en América Latina, la niñez y la adolescencia en conflicto con al ley penal. Pág. 31.

⁵ **Ibid.** Pág.38.

institución de la familia, debido a ello, este derecho especial en algún momento histórico y en algunos países se ha traducido en un derecho penal paternalista.

Sus principales características son: 1) Niños y jóvenes deben estar absolutamente separados de las influencias corruptoras de los criminales adultos. 2) Deben tener un tribunal especial, del que no necesariamente debe formar parte un juez, ya que lo importante no es garantizar el derecho y su correcta aplicación sino conseguir la reeducación del niño; 3) Un amplio control penal sobre los jóvenes delincuentes extendiéndose su intervención a conductas no delictivas con un gran acceso a toda la juventud predelincente; 4) La consideración del carácter anormal o patológico de los niños delincuentes y su equiparación a un enfermo; 5) Los menores deben ser apartados de su medio, pues esto era lo automáticamente nocivo e internarlos por su bien para la reeducación; 6) La idea de que el menor había salido del derecho penal se extendió por toda Europa. En realidad hoy podemos afirmar que no es que el menor saliera del derecho penal, puesto que se le seguían aplicando medidas sancionatorias, lo que sucedió es que se le privó de todo tipo de garantías y de derechos individuales.

2.4 Derecho penal juvenil guatemalteco y su relación con los tratados internacionales.

El maestro Eugenio Raúl Zaffaroni con relación a ello apunta: En el curso de nuestro siglo se ha ido formando una legislación, referida a los menores que suele llamarse DERECHO DEL MENOR. Las medidas que se aplican a los menores que realizan conductas típicas no son penas, la pena tiene por objetivo resocializar al delincuente reeducándolo para que no vuelva a delinquir, como medio para proveer a la tutela de bienes jurídicos. En lugar del derecho del menor tutelado, en primer término al menor mismo. El derecho del menor tiene carácter tutelar porque el menor es un ser humano en inferioridad de condiciones debido a su desarrollo incompleto, físico, intelectual y afectivo.

Es muy acertado lo que apunta el distinguido tratadista Zaffaroni, pero lo que sucede en una sociedad como la guatemalteca en donde cotidianamente se multiplican al cien por ciento grupos de jóvenes delincuentes denominados maras. Nuestra sociedad no espera de nuevas teorías, doctrinas y principios, nuestra sociedad espera de acción, de actuación, de soluciones concretas visibles y perceptibles donde pueda proporcionársele un nuevo ambiente saludable, agradable y confortante, de nuevos horizontes y esperanzas de un mañana mejor para nosotros y para nuestros hijos, es decir la construcción de una nueva sociedad de paz, de amor, de hermandad, de fraternidad fundamentada sobre una base con buenos cimientos y bien relacionada en lo jurídico en lo político y en lo social donde cada profesional del derecho, egresado sancarlista aporte lo que tenga a su alcance y donde quiera que se encuentre y donde quiera que labore en relación a este tema, entonces se habría cumplido el tema de vanguardia y la misión de nuestra Universidad de San Carlos de Guatemala, el apostolado, ID Y ENSEÑAD A TODOS.

2.5 Derecho Penal Juvenil Costarricense y su relación con los convenios y tratados de derecho internacional.

A partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, los Estados del Continente iniciaron un proceso de adecuación de su legislación a la luz de la doctrina de la protección integral, en la cual se considera al niño como sujeto pleno de derechos, dejando atrás la concepción de que es sujeto pasivo de medidas de protección. En esta se contempla una jurisdicción altamente discriminante y excluyente, sin las garantías del debido proceso, en la que los jueces tienen amplias facultades discrecionales sobre como proceder en relación con la situación general de los niños. Se dio así la transición de un sistema tutelar represivo a uno de responsabilidad y garantista en relación con los niños en el cual la jurisdicción especial se enmarca en el principio de legalidad, siguiendo las debidas garantías y se adoptan medidas orientadas al reparo a la víctima y reeducación del menor de edad infractor a la ley, relegando a casos absolutamente necesarios el internamiento.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que los derechos en ella contemplados son propios de todo ser humano y por ello, el pleno goce y ejercicio de los mismos está garantizado también para los niños (Artículos 3 y 1.2 de la Convención Americana). En este sentido no se debe confundir la capacidad de goce de derechos inherentes a la persona humana y que constituye una regla del *Ius Cogens*, con la incapacidad, relativa o absoluta, que tienen los niños menores de dieciocho años de ejercer determinados derechos por sí mismos.

En relación con las medidas especiales identificadas por la Comisión Interamericana, señalo las siguientes:

- Separación de los menores de sus padres por considerar la autoridad que su familia no posee condiciones para su educación y sustento: La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento de la decisión, judicial o administrativa que ordene la separación de la familia. Actuar de esa manera infringe garantías como, entre otras, la legalidad del procedimiento, la inviolabilidad de la defensa y la humanidad de la medida. Las medidas de este tipo deben ser impugnadas y consideradas inválidas.
- Internación de menores considerados abandonados o en situación de riesgo, que no han incurrido en ningún delito; la privación de libertad de jóvenes en situación de riesgo social, siguiendo los principios de la doctrina de la situación irregular significa la aplicación de una sanción no tipificada, lo cual vulnera el principio de legalidad de la pena, con el agravante de que por lo general se ordena sin definir su duración. Asimismo contraría las reglas del debido proceso.
- Aceptación de confesiones de menores en sede penal sin las debidas garantías: no obstante que la mayoría de las legislaciones del continente reconoce garantías judiciales, por lo general las confesiones de niños se obtienen sin haber seguido un procedimiento de detención adecuado o sin la presencia del representante legal del niño o de un familiar, lo cual es suficiente para declarar nulo el procedimiento aplicado.

- Tramitación de procedimientos administrativos o judiciales relativos a derechos fundamentales del menor, sin las debidas garantías y sin considerar su opinión o preferencias: Procesos realizados de la manera descrita vulneran garantías fundamentales como los principios de culpabilidad, legalidad y humanidad, así como garantías procesales (jurisdiccionales, contradicción, inviolabilidad de la defensa, presunción de inocencia, impugnación, legalidad del procedimiento y publicidad del proceso).

Los Artículos 8, 19 y 25 de la Convención Americana deben constituir un límite a la facultad discrecional de los Estados para dictar medidas especiales de protección a los niños. En consecuencia, aquellos deben adecuar sus legislaciones y sus prácticas nacionales en consonancia a estos principios.

La Convención sobre los Derechos del Niño desarrolló una nueva concepción que distingue entre abandono y conducta irregular. La primera figura requiere políticas de orden administrativo, mientras que la segunda supone decisiones de carácter jurisdiccional.

Se establece, asimismo, que los niños son inimputables penalmente, aunque a los sujetos de doce a dieciocho años de edad que infringen la ley se les somete a una jurisdicción especial, que puede aplicar sanciones consistentes en medidas socioeducativas. Este sistema de justicia especial, además de los caracteres básicos de todo órgano jurisdiccional, se basa en los siguientes principios:

- a) Responsabilidad ante la infracción: El contenido sancionatorio de la nueva jurisdicción solo se debe aplicar a los niños mayores de doce años y menores de dieciocho años que hayan infringido la ley penal, -por la inimputabilidad de los menores de dieciocho años-, y las medidas adoptadas pueden ser recurridas por los mismos niños. El Estado debe adoptar sobre estas personas una política rehabilitadora de manera que los adolescentes que infrinjan la ley se hacen merecedores de una intervención jurídica distinta de la prevista por el Código Penal

para los adultos. En particular, deberá establecerse jurisdicciones especializadas para conocer de las infracciones a la ley por parte de niños, que además de satisfacer los riesgos comunes de cualquier jurisdicción (imparcialidad, independencia, apego al principio de legalidad) resguarde los derechos subjetivos de los niños, función que no compete a las autoridades administrativas.

- b) Despenalización del sistema de justicia juvenil en consideración a que la sanción en esta jurisdicción especial busca rehabilitar y no reprimir, el internamiento debe ser la última medida, antes deben valorarse otras medidas de carácter socioeducativo, como: Orientación familiar, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, obligación de reparar el daño y libertad asistida. Las medidas deben ser siempre proporcionales y estar fundamentadas en el interés superior del niño y su reintegración familiar y comunitaria.
- c) Separación de funciones administrativas y jurisdiccionales: Se debe diferenciar entre la protección social, que busca ofrecer las condiciones necesarias para que el niño desarrolle su personalidad y satisfaga sus derechos fundamentales, y protección jurídica, entendida como una función de garantía que tiene como objetivo decidir sobre los derechos subjetivos de los niños.
- d) Garantía de los derechos: Las garantías englobadas dentro del debido proceso deben respetarse en tres momentos: 1) Al momento de la detención, la cual debe sustentarse en una orden judicial, salvo casos de infracciones infraganti y debe ser ejecutada por personal especial; 2) En el desarrollo de los procedimientos judiciales, tanto los de carácter sustantivo (principios de culpabilidad, legalidad y humanidad), como los de carácter procesal (principio de jurisdiccionalidad, contradicción, inviolabilidad de la defensa, presunción de inocencia, impugnación, legalidad del procedimiento y publicidad del proceso). 3) En el cumplimiento de una medida reeducativa o de Internamiento esta debe ser supervisada por el órgano competente. En caso de privación de libertad, se debe acatar la prohibición de recluir a niños en establecimientos para adultos y en general respetar los derechos

del niño al conocer el régimen al cual está sujeto, recibir asesoría jurídica eficaz, continuar el desarrollo educativo, o profesional, realizar actividades recreativas, conocer el procedimiento para presentar quejas, estar en un ambiente físico adecuado e higiénico, contar con atención médica adecuada recibir visitas de sus familiares mantener contacto con la comunidad local y ser reintegrado gradualmente a la normalidad social.

- e) Participación de la comunidad en las políticas reeducativas y de reinserción familiar y social: Constituye un elemento esencial dentro de la nueva justicia juvenil, pues las medidas buscan la reinserción gradual y progresiva de los niños infractores en la sociedad.

Costa Rica: En sus intervenciones, tanto escritas como orales manifestó: a) En relación con interpretación de los Artículos 8,19 y 25 de la Convención Americana: deben interpretarse en dos sentidos en razón de que dichas disposiciones si constituyen límites al arbitrio de los Estados, pues estos no pueden legislar en detrimento de esas garantías básicas, y otro dispositivo, que implica permitir su adecuado ejercicio tomando en cuenta que los Artículos mencionados no impiden adoptar disposiciones específicas en materia de niñez que amplíen las garantías allí contempladas.

Las garantías de los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana deben aplicarse a la luz de la especialidad que el propio pacto de San José ha reconocido a la materia de infancia y adolescencia en el sentido de: “Proteger reforzadamente los derechos de los niños” tal como sucede con otras situaciones especiales como son las consagradas en sus Artículos 5.5 y 27 de la Convención. Por ello deben leerse transversalmente y utilizando criterios amplios de interpretación. Por esa razón la aplicación de dichos Artículos debe considerar los principios de interés superior de los niños, protección integral, justicia especializada, presunción de minoridad, principio de lesividad, confidencialidad y privacidad, formación integral y reinserción en la familia y sociedad. El Artículo 19 de la Convención Americana obligan a los Estados a

desarrollar la normativa para garantizar las medidas de protección que los niños requieran en su condición de tales, de manera que cualquier desarrollo normativo que los Estados elaboren en torno a las medidas de protección para la niñez debe reconocer que los niños son sujetos de derechos propios, que deben realizarse dentro del concepto de protección integral.

Los derechos reconocidos en los Artículos 8 y 25 de la Convención han sido contemplados y desarrollados en el Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, asimismo agrego que son relevantes para esta solicitud de opinión los Artículo 3,9,12.2,16,19,20,25 y 37 del mismo instrumento internacional.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce la protección especial que el Estado debe brindar a los niños, particularmente en materia de administración de justicia y reconoce como prioridad que los conflictos en los que hayan niños involucrados se resuelvan, siempre se les deben reconocer las mismas garantías de que gozan los adultos así como aquellas específicas propias de su condición de niños. Dicha Convención se remite asimismo a otros instrumentos internacionales, como las “REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA A MENORES (Reglas de Beijing), las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil y las reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad”.

En Costa Rica, específicamente estas normas internacionales han sido introducidas en las instancias administrativas, judiciales y penitenciarias. Además existe un Código de la Niñez y Adolescencia (1998), que establece un proceso especial de protección en caso de acción y omisión de la sociedad o el Estado, de los padres o responsables o de acciones u omisiones que los niños cometen en su propio agravio. Este proceso está a cargo del patronato nacional de la infancia en primera instancia, y contempla la posibilidad que las decisiones de este, sean recurridas en la vía jurisdiccional. Por otro lado, existe también una ley de Justicia Penal Juvenil (1996) en la que se consagran garantías rigurosas y medidas de protección de naturaleza y

contenidos diferentes, aplicables a los niños que infringen la ley penal. Para la observancia de dichas garantías a nivel judicial se requería la creación de Juzgados Penales Juveniles, el Tribunal Superior Penal Juvenil, Juzgados de Ejecución de la Pena, Defensa Penal Juvenil, Ministerio Público Especializado y Policía Judicial Juvenil.

En relación con las medidas concretas identificadas por la comisión, Costa Rica manifestó que dichas situaciones no puede entenderse como medidas de protección válidas en los términos del Artículo 19 de la Convención Americana, pues estas responden a situaciones que en Costa Rica se dieron antes de la entrada en vigencia de la legislación actual, que es acorde con la Convención sobre los Derechos del Niño.

2.6 Características del Derecho Penal juvenil.

Las características del derecho penal juvenil es que es un derecho de carácter público porque va dirigido a hacer valer un derecho público del Estado, de aplicar la ley al caso concreto, por lo que se ejerce de oficio, por el Estado, con o sin cooperación del particular agraviado o de otro particular, es indivisible e irrevocable.

Es una ciencia social y cultural: Atendiendo a que el campo del conocimiento científico aparece dividido en dos clases de ciencias: Las ciencias naturales por un lado y las ciencias sociales o culturales por el otro; se hace necesario ubicar a nuestra disciplina en uno de ambos campos, ya que los dos tienen características distintas. De tal manera que el derecho penal juvenil, es una ciencia social, cultural o del espíritu, debido a que no estudia fenómenos naturales enlazados por la causalidad, si no regula conductas en atención a un fin considerado como valioso; es pues una ciencia del deber ser y no del ser.

Es normativo: El derecho penal juvenil, como toda rama del derecho , está compuesto por normas (jurídico-penales), que son preceptos que contienen mandatos

o prohibiciones encaminadas a regular la conducta humana, es decir, a normar el “deber ser” de las personas dentro de una sociedad jurídicamente organizada.

Es de carácter positivo: Porque es fundamentalmente jurídico, ya que el derecho penal vigente es solamente aquel que el estado ha promulgado con ese carácter.

Pertenece al derecho público: Porque siendo el Estado único titular del Derecho Penal, solamente a él corresponde la facultad de establecer delitos y las penas o medidas de seguridad correspondientes. El derecho penal juvenil es indiscutiblemente derecho público interno, puesto que el establecimiento de sus normas y su aplicación, está confiado en forma exclusiva al Estado, investido de poder público.

Es valorativo: Se ha dicho que toda norma presupone una valoración (el Derecho Penal juvenil es eminentemente Valorativo), y a decir del profesor argentino Sebastián Soler, esta cualidad de toda norma es particularmente manifiesta en las leyes penales, ya que carecerían de todo sentido las amenazas penales si no se entendiera que mediante ellas son protegidos cierto bienes e intereses jurídicamente apreciados.

Es finalista: Porque siendo una ciencia teleológica, su fin primordial es resguardar el orden jurídicamente establecido, a través de la protección contra el crimen. La Ley –dice Soler- Regula la conducta que los hombres deberán observar con relación a esas realidades, en función de un “fin” colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos.

Es fundamentalmente sancionador: El derecho penal juvenil se ha caracterizado, como su nombre lo indica, por castigar, reprimir, imponer una pena con carácter retributivo a la comisión de un delito, y así se hablaba de su naturaleza sancionadora, en el entendido que la pena era la única consecuencia del delito, con la incursión de la

escuela positiva y sus medidas de seguridad, el derecho penal toma un giro (preventivo y rehabilitador) sin embargo y a pesar de ello, consideramos que mientras exista el derecho penal, no puede dejar de ser sancionador porque jamás podrá rescindir de la aplicación de la pena, aún cuando existan otras consecuencias del delito.

Debe ser preventivo y rehabilitador: Con el apareamiento de las aún discutidas “medidas de seguridad”, el derecho penal juvenil deja de ser eminentemente sancionador y da paso a una nueva característica, la de ser preventivo, rehabilitador, reeducador, y reformador del delincuente. Es decir que además de sancionar, debe pretender la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente.

2.7 Diferenciación entre adolescencia transgresora de la ley penal y niñez en riesgo social o abandono.

La diferencia entre ellos básicamente consiste en que el proceso a jóvenes amenazados o violados en sus derechos humanos, es esencialmente de tipo asistencialista, mientras que el otro es eminentemente penal, orientado hacia “delincuencia juvenil”.

En algunas legislaciones de otros países, existen códigos diferentes para regular la situación de los grandes grupos de niños, niñas y jóvenes a que hemos hecho referencia. Sin ir tan lejos, en países centroamericanos como El Salvador, existe por un lado la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor y por el otro, la Ley del Menor Infractor e incluso, la Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor. En Costa Rica, la Ley de Justicia Penal Juvenil, para jóvenes en conflicto con la ley penal y que tiene una gran similitud con la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en lo que se refiere al proceso penal.

CAPÍTULO III

3. Formas de iniciación del proceso de niños y adolescentes.

El proceso judicial puede iniciarse:

- a) Por remisión de la Junta Municipal de Protección de la Niñez y/o del Juzgado de Paz.
- b) De oficio o por denuncia presentada por cualquier persona o autoridad. Durante el desarrollo del proceso, el juez deberá tomar en cuenta las garantías procesales establecidas en la ley.

Recibido el expediente, el Juez de la Niñez y la Adolescencia deberá dictar inmediatamente las medidas cautelares que correspondan, previstas en los Artículos 112,114 y 115 de esta Ley y señalarán día y hora para la audiencia, que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes. Debiendo ser notificadas las partes por lo menos con tres días de anticipación a la celebración de la misma. En caso de delito o falta cometida en contra de un niño, niña o adolescente, certificará lo conducente a donde corresponda.

3.1 Principios del proceso de niños en riesgo y abandono y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Serán principios rectores del presente proceso, la protección integral del adolescente, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad, El Estado, las organizaciones No Gubernamentales, la Comisión Municipal de la Niñez y Adolescencia respectiva, y las comunidades, promoverán conjuntamente, tanto los programas orientados a esos fines como la protección de los derechos e intereses de las víctimas del hecho.

3.2 Operadores del sistema de justicia de niños en riesgo social y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Niños en riesgo social: Artículo 90 Creación.

Se crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, cuyas facultades son la defensa, protección y divulgación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ante la sociedad en general, así como el ordenamiento jurídico nacional, la Constitución Política de la República de Guatemala, y otros convenios, tratados, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala.

Artículo 91. Dependencia.

La Defensoría de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia depende directamente del Procurador de los Derechos Humanos y procuradores adjuntos.

Artículo 94. Creación.

Se crea la Unidad de Protección a la Adolescencia Trabajadora, para ejecutar los proyectos y programas que emprenda el Ministerio de Trabajo y Previsión Social por medio del Viceministerio respectivo, teniendo en cuenta asimismo los lineamientos que la Comisión Nacional de la Niñez y Adolescencia establezca, comunicará a las autoridades competentes de cualquier incumplimiento que al respecto tengan conocimiento, para su debida investigación y sanción si fuere el caso.

Artículo 96. Cooperación Internacional.

La Unidad Especializada de la Niñez y la Adolescencia de la Policía Nacional Civil, tendrá como objetivo principal, el capacitar y asesorar sistemáticamente a todos los miembros de la Institución, sobre los derechos y deberes de niños y niñas.

Artículo 98. Creación.

Se crearán los siguientes juzgados que sean necesarios en la República.

a) De la Niñez y la Adolescencia.

- b) De control de Ejecución de Medidas y;
- c) Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia.

La Corte Suprema de Justicia creará las demás instancias necesarias para el cumplimiento efectivo de las disposiciones contenidas en la ley.

Se creará el Juzgado de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal

Artículo 99. Organización.

La jurisdicción de los tribunales de la Niñez y la Adolescencia y de adolescentes en conflicto con la ley penal será especializada y tendrá la organización que dispone la Ley del Organismo Judicial y demás normas legales aplicables, su personal, al igual que el del Juzgado de Control de Ejecución de Medidas, deberá ser especialmente calificado y contará por lo menos con un psicólogo, trabajadores sociales y un pedagogo. Podrán auxiliarse de los especialistas de las instituciones de asistencia social y otras instituciones públicas o privadas, así como de intérpretes de idiomas mayenses, garífunas y xincas, cuando sea necesario. Tendrán la naturaleza y categorías de los Juzgados de Primera Instancia.

Artículo 160. Juzgados y Tribunales competentes.

Las conductas antijurídicas cometidas por los adolescentes, serán conocidas en primera instancia por los Juzgados de Paz, Juzgados de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal y en segundo grado, por la Sala de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia y el propio Juzgado de Adolescentes en el caso de los recursos interpuestos en contra de las resoluciones de los jueces de paz. La Corte Suprema de Justicia será competente para conocer de los recursos que por esta Ley le corresponden, y el juez de Control de Ejecución de Medidas tendrá la competencia para la fase de cumplimiento.

Artículo 168 Ministerio Público.

El Ministerio Público será el encargado de solicitar ante los Juzgados de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, la aplicación de las presentes disposiciones mediante la realización de los actos necesarios para promover y ejercer de oficio, la acción penal pública.

Artículo 170. Unidad de Niñez y Adolescencia de la Policía Nacional Civil.

La Policía Nacional Civil se encargará de auxiliar al Ministerio Público y a los tribunales de adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, en el descubrimiento y la verificación científica de las transgresiones y de sus presuntos responsables.

La Policía Nacional Civil debe someter su actuación a los principios rectores, derechos y garantías reconocidos por esta ley, respetando la dignidad, identidad, edad y sexo del adolescente. Queda prohibido el uso de medidas o actos denigrantes o humillantes, así como realizar cualquier tipo de interrogatorio durante la aprehensión, detención e investigación.

3.3 Resolución de la situación jurídica del niño en riesgo o abandono.

El caso de abandono o riesgo se toma para los niños de 0 a 13 años. Y los adolescentes de 13 a 18 años estos últimos en caso de no haber cometido ningún ilícito penal sino simplemente que se encuentre en riesgo su integridad física, la autoridad que tenga el conocimiento de un niño en riesgo o abandono debe hacerlo del conocimiento de los tribunales de justicia de forma inmediata, el tribunal de menores le abre un expediente luego verifica la presencia de una persona adulta que pueda hacerse cargo mientras se resuelve en forma definitiva su situación legal si no existiera ninguna persona que pudiera hacerse cargo o que llenara los requisitos para ejercer la tutela provisional el juez resolverá remitiendo al niño o adolescente a un hogar de forma temporal mientras se resuelve su situación legal definitivamente, de oficio el tribunal notifica las actuaciones a la procuraduría general de la nación y sección de niñez del Ministerio Público para que estos realicen la investigación correspondiente y se pronuncien para que el tribunal resuelva en forma definitiva, este puede ser entregado al niño o adolescente bajo la guarda o custodia de un pariente o

particular que a juicio del tribunal y previo informe del departamento de psicología y trabajo social haya dictaminado que la persona reúne los requisitos para que se le entregue al menor en riesgo o abandono, el tribunal puede resolver la entrega del menor a un hogar sustituto de igual forma se debe contar con el informe del equipo multidisciplinario; en la última instancia que no exista ningún pariente que llene los requisitos el tribunal sin más trámites dicta sentencia declarando el abandono del niño en riesgo social, esto implica que ese menor puede ser dado en adopción a una familia nacional o extranjera.

3.4 Resolución de la situación jurídica del adolescente en conflicto con la ley penal.

Esta se da, mediante sentencia dictada por el tribunal de adolescentes en conflicto con la ley penal, la cual puede ser mediante formas anticipadas como las siguientes:

- a) Cumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de conciliación.
- b) Remisión
- c) Criterio de oportunidad reglado.

En los casos en que el tribunal verificó la existencia de la Comisión o participación del adolescente en un hecho que transgrede la ley penal el juez correspondiente podrá resolver aplicando los siguientes tipos de sanciones.

- a) Sanciones Socioeducativas.
 - 1. Amonestación y advertencia.
 - 2. Libertad asistida.
 - 3. Prestación de servicios a la comunidad.
 - 4. Reparación de los daños al ofendido.
- b) Ordenes de orientación y supervisión.

1. Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él.
2. Abandonar el trato con determinada persona
3. Eliminar la visita a centros de diversión determinados.
4. Obligación de matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión.
5. Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicas que produzcan adicción o hábito.
6. Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial y otros similares.

c) Ordenar el internamiento terapéutico del niño, niña o adolescente o el tratamiento ambulatorio en un centro especializado de salud, público o privado, para desintoxicarlos o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.

Se reforma la literal d, y se adiciona la literal e), según Decreto Número 02-2004, el cual queda así:

d) Privación del permiso de conducir

e) Sanciones privativas de libertad.

1. Privación de libertad domiciliaria.
2. Privación de libertad durante el tiempo libre.
3. Privación de libertad en centros especializados durante fines de semana, comprendido desde el sábado, de las ocho horas, hasta el domingo a las dieciocho horas.
4. Privación de libertad en centros especializados de cumplimiento , en régimen abierto, semiabierto y cerrado.

3.5 Audiencias.

El día y hora señalados para la audiencia, el juez procederá de la siguiente forma:

- a) Determinará si se encuentran presentes las partes.
- b) Instruirá en el idioma materno al niño, niña o adolescente sobre la importancia y el significado de la audiencia. Cuando se trate de asuntos que puedan causarle perjuicio psicológico, el juez podrá disponer su retiro transitorio de la misma.
- c) Oirá en su orden al niño, niña o adolescente, al representante de la Procuraduría General de la Nación, al representante de otras instituciones, terceros involucrados, médicos, psicólogos, trabajadores sociales, maestros o testigos que tengan conocimiento del hecho; y a los padres, tutores o encargados. En caso de ausencia injustificada de las personas citadas a la audiencia, se certificará lo conducente a un juzgado del orden penal.
- d) Habiendo oído a las partes y según la gravedad del caso, el juez podrá proponer una solución definitiva; y en caso de no ser aceptada ésta por las partes se suspenderá la audiencia, la que deberá continuar dentro de un plazo no mayor de treinta días. Para el efecto, las partes se darán por notificadas. Si hubiere que notificar a otra persona se hará dentro de los tres días siguientes a la suspensión.
- e) Si se prorroga la audiencia, el juez deberá revocar, confirmar o modificar las medidas cautelares dictadas. En caso contrario, dictará de inmediato la resolución que corresponda.

En cualquier momento del proceso, el juez de oficio o a petición de parte ordenará a la Procuraduría General de la Nación, realizar las diligencias que permitan recabar información necesaria para resolver el caso.

La Procuraduría General de la Nación, a fin de proporcionar al juez la información requerida, realizará o solicitará entre otras las siguientes diligencias:

- a) Estudios sobre situación socioeconómica y familiar del niño, niña y adolescente.
- b) Informes médicos y psicológicos de los padres, tutores o responsables;
- c) Requerir a cualquier institución o persona involucrada, cualquier información que contribuya a reestablecer los derechos del afectado.

Cinco días antes de la continuación de la audiencia, las partes y el representante de la Procuraduría General de la Nación deberán presentar al juez un informe de los medios de prueba recabados que se aportarán en la audiencia definitiva. En esta diligencia, las partes podrán proponer los medios de prueba siguiente:

- a) Declaración de las partes,
- b) Declaración de testigos;
- c) Dictamen de expertos;
- d) Reconocimiento judicial;
- e) Documentos;
- f) Medios científicos de prueba.

3.6 Resolución final del proceso.

El día y hora señalados para la continuación de la audiencia, el juez procederá de la siguiente forma:

- a) Determinará si se encuentran presentes las partes;
- b) Oirá en su orden al niño, niña o adolescente, al representante de la Procuraduría General de la Nación, representantes de otras instituciones o terceros involucrados, profesionales, testigos y por último a los padres tutores o encargados.

- c) Una vez recibida la prueba el juez declarará por finalizada la audiencia. Inmediatamente después el juez dictará la sentencia valorando la prueba en base a la sana crítica, en la misma se pronunciará y declarará los derechos del niño, niña o adolescente, si se encuentran amenazados o violados en sus derechos y la forma cómo deberán ser restituidos; en la misma confirmará o revocará la medida cautelar decretada. Si por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora se haga necesario diferir la redacción de la sentencia, el juez leerá solo su parte resolutive y explicará de forma sintética los fundamentos de su decisión. La sentencia se notificará dentro de los tres días siguientes al pronunciamiento de la parte resolutive.
- d) La sentencia deberá llenar los requisitos que establece la Ley del Organismo Judicial.

En caso de que la declaración fuera positiva, el juez deberá:

- a) Fijar un plazo perentorio en el cual deberá restituirse el o los derechos violados,
- b) Vencido el plazo sin que se haya cumplido con la obligación, se certificará lo conducente al Ministerio Público para los efectos de la acción penal.

CAPITULO IV

4. Alternativas a la Institucionalización de niños en riesgo o abandono y el internamiento para niños y adolescentes en conflicto con la ley penal.

4.1 Hogares Sustitutos.

Uno de los principales objetivos del gobierno de Guatemala, es brindar atención y protección a los grupos vulnerables de la población, tales como la niñez, la juventud, los adultos mayores, y las personas con discapacidad, tomando en cuenta la realidad pluricultural y multilingüe del país, en el marco de una gestión descentralizada y coordinada en forma interinstitucional e intersectorial. En este sentido, los hogares comunitarios se encargan de promover el desarrollo integral del niño, la familia y la comunidad representan una alternativa viable y de bajo costo, para superar la carencia de centros preescolares, atención y refuerzo preescolar para los niños de primaria y oportunidades de formación y capacitación para jóvenes. Falta de información sobre costos evaluación y metodología. Su marco de orientación programático, lo constituye el PLAN DE ACCIÓN DE DESARROLLO SOCIAL 1992-1996, impulsado por el presidente Jorge Serrano Elías que se propuso orientar sus acciones sobre los sectores marginales, apoyando su participación comunitaria con miras a conseguir la autogestión de sus proyectos.

El programa es impulsado por el despacho de la primera dama, apoyado y financiado por el gobierno nacional, ejecutado y evaluado por un Comité Central de Acción Social. Es auspiciado por UNICEF, la Organización Mundial de la Salud, Instituto de Nutrición de Centroamérica y Panamá, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, el Programa Mundial de Alimentos, el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura.

4.1.1 Objetivo General.

Implementar un conjunto de programas y acciones operacionalizándolos mediante la participación comunitaria, para promover el desarrollo humano integral de las comunidades, con énfasis en la atención de niños menores de seis años y la mujer, que incluye el acceso a cuidados y atención alimentación educación inicial, salud preventiva y curativa, recreación, formación de hábitos y valores.

Áreas de trabajo:

Trabaja con niños la atención preventiva en salud, nutrición y desarrollo psicosocial; con los jóvenes; organización de grupos juveniles, apoyo en su socialización, formación para el liderazgo, capacitación para la generación de ingresos y participación comunitaria. Con mujeres, organización y participación en programas de desarrollo comunitario y capacitación laboral; salud preventiva con jóvenes embarazadas.

Población objetivo:

Niños preescolares, escolares, adolescentes, padres de familia en las escuelas comunitarias y mujeres jefes de hogar de zonas de bajos recursos, con cubrimiento en veintidós departamentos ciento cincuenta municipios y seiscientas comunidades.

Cobertura:

Actualmente funcionan mil trescientos hogares de cuidado diario y sesenta y ocho centro infantiles comunitarios. En estos centros se atiende a catorce mil quinientos niños y niñas en comunidades urbano-marginales y rurales del país, que alcanzan un número de cuatrocientos sesenta y cuatro localidades en los veintidós departamentos de la República, en este año se inauguraron los centros infantiles comunitarios en Santo Domingo Xenacoj, Sacatepéquez; Chobaquit y Pabaquit, municipio de Momostenango en el departamento de Totonicapán, finca la Trinidad, Escuintla, con el apoyo del Fondo de Inversión Social.

Por medio de los hogares comunitarios se apoya a cerca de diez mil madres beneficiarias y mil cuatrocientas cincuenta madres cuidadoras, a quienes se hace entrega de fondos con los que incrementan su propio ingreso familiar.

Metodología:

El Programa Hogares Comunitarios es un conjunto de nueve proyectos y acciones que partiendo de las necesidades del niño menor de siete años, hijos de madres trabajadoras se proyectan como cobertura social para mejorar la calidad de vida, de familias y comunidades pobres en general.

Los hogares y multihogares de cuidado diario a cargo de la Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente, para niños y niñas menores de seis años, proporcionándoles los cuidados propios de su edad. Consiste en una modalidad no tradicional de atención a niños y niñas, residentes en comunidades urbano marginales y rurales catalogadas en situación de pobreza y pobreza extrema. Funciona a través de la designación de un espacio físico dentro de una familia, donde una madre atiende de lunes a viernes doce horas diarias, a diez niños, hijos de madres trabajadoras de la propia comunidad, apoyada por un voluntario juvenil y un orientador.

Cada madre encargada del hogar denominada madre cuidadora, recibe capacitación previa para asumir la responsabilidad de atenderles adecuadamente.

Los centros infantiles comunitarios de cuidado diario, de la Secretaria de Obras Sociales de la Esposa del Presidente, constituyen una estrategia para contribuir al enfrentamiento de la pobreza, propiciando la organización de la comunidad y la articulación interinstitucional. Los grupos de niños y niñas oscilan entre treinta y noventa también está a cargo de madres cuidadoras y esta modalidad incluye la participación de una maestra de primaria o preprimaria, con el objetivo de fortalecer el componente educativo, apoyándose en una planificación sistemática y en manuales psicopedagógicos.

La atención que se brindan a niños y niñas tiene varios componentes: Cuidado y resguardo; alimentación y nutrición; salud preventiva y curativa y educación inicial.

Los programas de Atención Integral, más conocidos como guarderías, ofrecen atención y ayuda a hijos e hijas de madres y padres trabajadores, comprendidos entre 0 y 6 años de edad, durante la jornada laboral.

Los Hogares de Medio Tiempo, son una modalidad donde se reciben dos grupos de diez escolares, entre cinco y catorce años quienes reciben atención, alimentación, actividades psicopedagógicas, apoyo en las tareas escolares y refuerzo de conocimientos adquiridos, con ayuda del voluntariado juvenil y un coordinador.

El Programa de Hogares Sustitutos, a cargo de la Secretaría de Bienestar Social, consiste en la ubicación de niños y jóvenes de ambos sexos en hogares integrados para su desarrollo en el seno familiar, en lugar de su internamiento en una institución. Estos niños fueron retenidos por juzgados de menores por abuso, abandono o maltrato. Se otorga un apoyo económico de trescientos quetzales a cada familia, se tiene cobertura de ciento sesenta y cuatro hogares en toda la República, donde se atiende un promedio de doscientos setenta y seis niños, niñas y jóvenes.

Las Escuelas para Padres Autogestionadas por las comunidades, brindan capacitación sobre crianza, lactancia materna, atención básica en salud, protección de los derechos del niño, planificación familiar, maternidad y paternidad responsables.

4.2 Hogares de guarda y protección provisional.

Dentro de la propuesta de discusión por el Comité de los Derechos del Niño acerca del tema, “Cuidados y Protección No Parental de Niños y Niñas”, prevista para septiembre del año dos mil cinco, considero propicio compartir nuestra experiencia de acoger y criar a niños, niñas y adolescentes en el seno de una alternativa de familia

que sin ser parental, ha asumido desde hace más de cincuenta años el cuidado, respeto y protección de esta población.

Trabajan en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, fortaleciendo y apoyando de esta manera las responsabilidades que tienen los Estados partes en respetar y asegurar su aplicación. Ganados e identificados plenamente con el derecho que todo niño tiene de ser criado en su familia de origen o en un medio familiar que le proporcione seguridad, respeto, y garantía a sus derechos aportamos nuestras buenas prácticas, conocimiento y experiencia en el tema que permitan proveer de información ante el comité de derechos del niño.

Hay millones de niños y niñas en el mundo que se encuentran bajo los cuidados de personas que no son sus padres, evidenciándose la importancia de unificar criterios y unir esfuerzos sobre el tema.

I.-Obligaciones que establece la Convención a los Estados Partes en cuanto a la ayuda, mecanismos, programas y políticas que fortalezcan el rol fundamental de la familia o la alternativa de que un niño o niña sea cuidado o protegido por personas que no son sus padres.

a) Obligaciones contempladas para los Estados Partes. En el Artículo cinco de la Convención se establece un mandato para con los padres, familiares o la comunidad según sea la costumbre, respetando las responsabilidades, los derechos y los deberes de éstos, interpretándose de esta manera el principio de no intervención del Estado en cuanto a las relaciones familiares, dentro del marco de la legalidad, siempre que estas no vayan contra el interés superior del niño, sus derechos y garantías. En este sentido destaca el Artículo ocho de la citada Convención, que los Estados están comprometidos en respetar el derecho de la identidad, nacionalidad y nombre, orientados en la misma dirección con respeto a sus relaciones familiares. Concebimos de igual manera la obligación de los Estados partes en vigilar que no sean separados los niños de sus padres en contra de la

voluntad de éstos, a excepción de que la medida sea tomada por una autoridad judicial competente que ordene tal acción, pues obedece al mayor interés de los niños, bajo estas medidas la Convención prevé mantener el contacto con uno o ambos padres a fin de mantener las relaciones familiares. Podemos señalar que la Convención estableció normas bien amplias en cuanto a privilegiar la crianza y cuidado de los niños y niñas por sus propios padres, sin embargo, apreciamos dentro de las mismas normas que los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres, y en su caso, de los tutores, de impartir dirección al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades; se prevé el cuidado de los niños por terceros en este caso los tutores (Artículo 14 párrafo 2do. de la Convención de los Derechos del Niño).

- b) Obligaciones contempladas para los padres. Claramente la Convención establece que las responsabilidades en la crianza y desarrollo del niño será ejercida en igualdad de condiciones por ambos padres, teniendo los Estados que proveer lo conducente para que tales responsabilidades sean cumplidas por ellos; (Artículo 18 de la Convención sobre Derechos del Niños).

- c) Obligaciones previstas para el cuidado alternativo de los niños y niñas, cuando estos cuidados no son proporcionados por sus padres. En este caso estipula la Convención en su Artículo veinte, lo siguiente: “1.-Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especial del Estado. 2.-Los Estados Partes garantizarán de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidados para estos niños. 3.- Entre otros cuidados figurarán la colocación en hogares de guarda, la Káfila del Derecho Islámico, la adopción o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores, al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la convivencia de que haya continuidad en la educación del niño y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”. Resaltamos que lo primero que se establece es la responsabilidad del Estado en proporcionar la asistencia para los niños privados de

su medio familiar que reciban protección. En los últimos párrafos se destaca el papel que el Estado debe desempeñar no solo que la protección sea de conformidad con las leyes nacionales sino que en caso de que los estados no cuenten con una legislación adecuada que den respuesta a tales situaciones, tendrá que buscar los mecanismos para buscar ese vacío legal y establecer normas jurídicas positivas para alcanzar el objetivo, respetando la costumbre, la cultura, el origen étnico y otros aspectos que diferencian un país de otro.

II.-Definiciones. Las definiciones que podemos encontrar acerca del cuidado de los niños por personas que no son sus padres podemos destacar:

- 1) Para la legislación española encontramos “El acogimiento familiar, consistente en una alternativa de convivencia no institucional para aquellos niños que no puedan vivir con su familia, por encontrarse en una situación de riesgo o desamparo, cuyas modalidades están desde el acogimiento familiar en familia simple, permanente, preadoptiva y hasta la modalidad de acogimiento abierto, todas fuera del entorno familiar de los niños y niñas.
- 2) Para argentina el acogimiento familiar es, brindar un espacio en familia para niños y adolescentes que por diferentes circunstancias no puedan vivir con la propia, respetando su historia e identidad.
- 3) Para México se prevé el cuidado a través de los hogares provisionales consistente en el cuidado y protección provisional del niño o niña cuando no lo puedan ejercer su familia de origen y como medida jurídica del Estado, como lo establece la Ley de los Derechos de la Niñez y Adolescencia en el Distrito Federal de México.
- 4) En Venezuela se prevé varias modalidades que van desde medidas administrativas hasta judiciales tales como: Medidas de abrigo como provisional y excepcional que se ejecuta para la protección de los niños y niñas a través de una familia sustituta o entidad de atención. Colocación familiar o entidad de atención como medidas

provisionales pero de carácter judicial cuyo objetivo es brindar la protección y los cuidados del niño por personas que no son sus padres, como lo establece la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Adicionalmente a las normas establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y las legislaciones que cada país respectivamente establece se une a ellas un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales que refuerzan la doctrina de protección para la atención, cuidados de los niños en casi todo el planeta, entre las cuales cabe destacar:

- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Juvenil de 1985 (Reglas de Beijing).
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad, las directrices de las Naciones Unidas para la administración de la justicia juvenil (Directrices de Riyadh).
- Convenio número ciento treinta y ocho y la recomendación número ciento cuarenta y seis de la Organización Internacional del Trabajo.
- La Carta de la UNESCO sobre la educación para todos.

III.-Oportunidades de participación de los niños y niñas en la decisión de no estar bajo el cuidado parental (interés superior del niño).

La Convención sobre los Derechos del Niño es muy clara cuando establece en el Artículo tres en su primer párrafo: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño”. Entendiéndose como interés superior del niño, como un principio de interpretación y aplicación de la ley, de obligatorio

cumplimiento en la toma de decisiones concernientes a los niños y adolescentes, dirigido a asegurar su desarrollo integral, así como el disfrute pleno de sus derechos y garantías, para determinar el interés superior del niño en una situación concreta se debe apreciar: La opinión de los niños y adolescentes, el equilibrio entre sus derechos, garantías y deberes, el equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías de los niños y adolescentes, el equilibrio entre el derecho de las demás personas y la de los niños y adolescentes, por último la condición específica de los niños y adolescentes como personas en desarrollo.⁶

Las oportunidades de participar están presentes para todas las áreas de desarrollo de su vida, vital para un niño o niña, proporciona una herramienta para el ejercicio progresivo de sus derechos y deberes y establece bases sólidas para el ejercicio de la ciudadanía, fundamento que prevé la Convención de Derechos del Niño en su Artículo nueve, párrafo segundo, cuando establece: “...en cualquier procedimiento entablado... se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”; asumiendo el tratamiento que la convención da al niño en relación a sus derechos humanos en igualdad de condiciones que la de los adultos, por lo que se prevé escuchar su opinión como parte interesada.

En este orden de ideas el Artículo doce en sus dos párrafos, establece: “Los Estados partes...garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del mismo, en función de su edad y madurez. Con tal fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al menor, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de conformidad con las normas del procedimiento de la ley nacional.

En América Latina se han dado grandes pasos sobre la participación de los niños y las niñas, iniciándose desde la educación legislativa en la mayoría de los países con

⁶ Ley orgánica para la protección del niño y del adolescente. Artículo 8, Venezuela. 2000.

relación a la Convención sobre esta materia, encontramos en países como innovadores y de contribución directa de la convención a México, Perú, Honduras, Guatemala y Venezuela, el derecho a participar desarrollado de la siguiente manera: Derecho a opinar, derecho a expresarse y opinar, derecho de opinar y ser escuchado, derecho a participar opinar y ser oído, a la libertad de expresión, éste último previsto en la legislación.

Al respecto podemos destacar que aunque las legislaciones, incluyendo la Convención que prevé tales derechos, aún en la práctica no son perceptibles los mismos, persisten decisiones que involucran a los niños, niñas y adolescentes, pero no se les toma en cuenta y no se alienta su participación en tales decisiones, vemos que aún en el sistema escolar la familia, la comunidad y hasta en el ámbito judicial, las prácticas acerca de la participación son tímidas obedeciendo a varias razones, como la creencia de que el niño no tiene suficiente madurez para hacerlo por las costumbres locales de que las decisiones son un campo exclusivo de los adultos y por lo que seguimos de cerca la implementación de la Convención, aún no se ha avanzado suficiente en el cambio de paradigma que propone este instrumento internacional; sea cual fuere la razón para el ejercicio de ese derecho por parte de los niños y adolescentes, la realidad es otra, cada día más niños están concientes y sienten la necesidad de manifestarse en las diferentes áreas de su vida y un poco más allá de participar activamente en ellas; por ello compartiremos lo que en la práctica ha sido dentro de los espacios de las familias en las aldeas y en los diferentes programas, SOS aldeas infantiles Venezuela, hemos logrado, sin pretender estar maduros o perfeccionados en el tema pero si concientes y claros que la participación activa y protagónica de los niños, adolescentes y jóvenes es una responsabilidad que tenemos presente y a la cual debemos el mayor de los esfuerzos.

4.3 Hogares temporales.

En los Hogares Temporales se atienden niños y jóvenes de ambos sexos que han sido víctimas de algún hecho como maltrato, abandono, abuso, explotación o

cualquier otro que atente contra la integridad, seguridad, salud y dignidad. Estos centros, están a cargo de la Secretaría de Bienestar Social.

En los programas de Hogares Temporales se brinda atención especializada y apoyo económico extra a aquellos niños que presentan alguna enfermedad congénita o adquirida y que requieren medicina, tratamiento o equipo especializado, como parte de la atención recibida.

4.4 Hogares de abrigo.

- Vela por que los niños, no tomen agua contaminada y no toquen materiales y substancias peligrosas.
- Vela por que los niños, niñas y adolescentes jueguen y se recreen en lugares seguros apropiados.
- Permite que los niños y niñas se expresen y den a conocer sus opiniones o sus temores.
- Tranquiliza a los niños. Les hace sentir que alguien está a su lado y que ellos están seguros.
- Enseña al niño y niña su nombre y de donde proviene.
- Si ve que un niño o una niña está solo, apunta o recuerda su nombre, el nombre de sus padres y proveniencia. Reporta con algún voluntario o coordinador. Si no hay nadie, busca comunicarse con alguna autoridad, por ejemplo, la policía.
- Vela por los niños y niñas. Si alguien los maltrata o les hace daño, lo reporta con la coordinadora del albergue.

- Organiza con otros, actividades de deporte, juegos y canciones. Esto ayudará a la moral, tanto de adultos como de los niños y niñas.

Algunas reglas para los voluntarios/coordinadores de los albergues temporales con respecto a la protección de niños, niñas y adolescentes.

4.5 Libertad asistida.

Según establece el Artículo doscientos cuarenta y dos de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que la libertad asistida, es una sanción educativa, socializadora e individualizada, que consiste en otorgar la libertad del adolescente bajo la asistencia y supervisión de personal especializado. Se orientará al desarrollo de habilidades, capacidades y aptitudes para el desarrollo personal y social del adolescente.

Su duración máxima será de dos años y su cumplimiento deberá iniciarse a más tardar quince días después de haber sido ordenada, tiempo en el cual el equipo técnico responsable elaborará el plan individual de la libertad asistida del adolescente, tal y como lo establece la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en su Artículo doscientos cuarenta y dos.

- Concepto:

Medida educativa, socializadora e individualizada ejecutada en libertad bajo asistencia y supervisión de personal especializado, orientada a la adquisición de habilidades, capacidades y aptitudes para el desarrollo personal y social del adolescente, como se establece en el folleto Libertad Asistida Bienestar Social-UNICEF 2000.

- Objetivos:

1. Favorecer una mejor integración del adolescente en la comunidad.

El adolescente debe integrarse a la dinámica de vida que plantea la sociedad, a través de la interiorización de los valores de la misma, haciendo uso de los recursos gubernamentales, no gubernamentales y comunitarios que estén a su alcance.

A la vez, la utilización de los recursos propios de la comunidad facilitará el control de la evolución personal y social del adolescente y el involucramiento de otros actores como facilitadores y agentes de cambio.

2. Intervenir de modo individual y especializado en la situación personal y en el entorno sociofamiliar del adolescente. La atención que se brinde a los adolescentes dentro del programa debe ser integral, orientada hacia la satisfacción de sus necesidades personales y familiares, tendiendo a potenciar sus habilidades y a incidir de modo positivo en las causas que provocaron su conducta.
3. Fomentar en el adolescente el sentido de responsabilidad y respeto hacia las leyes y derechos fundamentales de terceros.

En si la imposición de una medida socioeducativa persigue la responsabilidad del adolescente por sus actos. Además de ello, debe orientarse hacia la adquisición de responsabilidades que le plantea la vida adulta, algunas de las causales son parte de su vida diaria.

- Perfil del adolescente:

- a) La gravedad del hecho.

Procederá en los supuestos de los delitos graves, incluso en aquellos en que concurra violencia grave contra la integridad física, la libertad individual o libertad o seguridad sexual de las personas, siempre que las condiciones concretas del caso y el interés superior del niño así lo aconsejen.

No procederá en la comisión de hechos tipificados como falta o delito leve, ya que en estos casos se debe aplicar una sanción menos leve de las contempladas en el la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y Convención sobre los Derechos del Niño.

b) Circunstancias que han de concurrir en el adolescente.

1. Se ha de tratar de un adolescente que lleve una vida estable de relación, de modo que cualquier acción más rigurosa sobre él mas que beneficiar el desarrollo normal de su personalidad lo perturbaría.
2. El adolescente ha de tener vínculos sociales y/o familiares que garanticen o hagan posible el éxito de la medida. Dado el cambio que se ha producido en la sociedad guatemalteca, en donde se han difuminado los contornos de la familia, entenderemos por vínculos aquellos que existen entre el adolescente, sus padres y hermanos, o en su defecto los que tuviere con la familia extendida, abuelos, tíos, etc. O cualquier persona adulta responsable que se haga cargo del adolescente y se comprometa a colaborar en la ejecución del plan individualizado, elaborado específicamente para él.
3. Si el hecho realizado fuere muy grave, el juez tendrá en cuenta el grado de participación y culpabilidad del adolescente.
4. Uno de los objetivos de la aplicación de esta medida debe ser la responsabilización del adolescente; es así que la afectación psicológica del mismo en cuanto a la comisión del hecho, debe ser un factor a tomar en cuanto a la aplicación de la medida.
5. La libertad asistida no procederá en los casos en que el adolescente sea reincidente en la comisión de un hecho de igual o mayor gravedad a otro anterior en que se le impuso la medida de libertad asistida, salvo que atendiendo a las

circunstancias del caso y el interés superior del adolescente, el juez estime oportuno volverla a aplicar.

c) Informe del equipo multidisciplinario.

El informe sobre la personalidad del adolescente y su realidad social será tenido en cuenta por el juez para la aplicación o no de la medida. Procederá tal informe solo cuando se fije según la audiencia. En los casos en los cuales los adolescentes hayan sido privados de su libertad, dicho informe lo realizará el equipo técnico de la Secretaría de Bienestar Social.

Si los adolescentes en ningún momento del procedimiento se hubieren encontrado privados de su libertad, el informe lo realizará el equipo técnico del juzgado que conozca del caso.

- Momento y forma en que se ha de establecer.

Momento:

La Libertad asistida podrá imponerse solo en tres momentos.

- 1.- Resolución final (sentencia), como medida definitiva.
- 2.- Al revisarse otra medida impuesta .
- 3.- En apelación al resolverse el recurso.

Forma:

- a) El juez deberá motivar la resolución.
- b) El plazo para presentar el plan individualizado de la medida socioeducativa por parte del equipo será de quince días a contar de la imposición de la medida.

Durante esos quince días, el adolescente se presentará ante el equipo de libertad asistida para que le realice las pruebas pertinentes para elaborar su plan individualizado, que será inmediatamente enviado al juez para que este ordene el inicio de su ejecución.

- c) El Juez deberá aprobar el plan individualizado que le presente la unidad y ordenará su inmediata ejecución, dictando al efecto los oficios oportunos.
- d) Si el juez considerase necesario hacer alguna modificación al plan antes de su aprobación, lo hará en el plazo de tres días y se lo remitirá ya modificado a la unidad ordenando su ejecución.
- e) La unidad elaborará el plan individualizado del adolescente con la participación y compromiso tanto de él como de sus padres, tutores o encargados, quienes deberán presentarse al juzgado para suscribirlo.

Duración de la medida.

- 1.- La duración máxima de la medida será de dos años.
- 2.- La misma podrá ser revisada por el juez para su posible reducción a raíz del informe de seguimiento que presente el equipo técnico o a petición expresa de la defensa, los padres, tutores o encargados del adolescente.
- 3.- El equipo rendirá informe al juzgado cada dos meses, a menos que en la sentencia se estipule un plazo diferente.
- 4.- Las visitas al medio social del adolescente serán practicadas conforme al plan individual acordado a los requerimientos del caso concreto.

5.- Si la medida de libertad asistida hubiere sido impuesta al adolescente antes de que este hubiera cumplido dieciocho años, se le seguirá aplicando al alcanzar la mayoría de edad hasta el límite de tiempo impuesto en la sentencia.

Ejecución de la medida.

La ejecución corresponderá a la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República a través del equipo técnico de la unidad de libertad asistida, que se apoyará en la red multisectorial existente.

La ejecución de la medida dará lugar a una intervención garantizada por una combinación de asistencia educativa y de control, realizada en el propio medio social y familiar del adolescente, lo que facilitará el mejoramiento de sus condiciones objetivas y personales, así como el normal desarrollo de su proceso de maduración como individuo y miembro de una determinada colectividad.

Para el control de la evolución de la medida, el equipo técnico de libertad asistida deberá remitir al juez los siguientes informes:

- a) Informe inicial de ejecución de la medida: Contendrá el motivo de la intervención judicial, actualización de la situación sociofamiliar del adolescente y el plan de ejecución individual elaborado conjuntamente con las recomendaciones del juez para la ejecución
- b) Informe de seguimiento o evolución de ejecución de la medida: Se redactará un resumen del proceso de cambio observado en el adolescente conforme el plan individual propuesto. Dicho informe se rendirá cada dos meses a menos que se estipule un plazo distinto en la sentencia.
- c) Informe final de la ejecución de la medida: Trabajo realizado y valoración de evolución del adolescente, acompañado de los documentos que así lo certifican.

Incumplimiento de la medida.

La medida de libertad asistida se aplicará por los delitos graves, y en caso de incumplimiento del adolescente se le revocará la medida y se ordenará su internamiento en el centro que le correspondiere por el tiempo que le quedara por cumplir. No se le abrirá procedimiento por desobediencia.

Trámite:

Cuando el adolescente no cumpliera con lo establecido en su plan individualizado, el equipo redactará un informe de incidencias y lo remitirá al juzgado competente, el cual requerirá al menor de edad para que cumpla con lo impuesto; si el adolescente persistiera en el incumplimiento, el equipo técnico remitirá un segundo informe al juzgado y el juez lo remitirá a su vez al juez de menores, quien solicitará la revocación de la medida y el internamiento del adolescente por el tiempo que le quedara por cumplir, así como que se archive el expediente de libertad asistida.

- Áreas del Programa de Libertad Asistida.

El programa contará con las siguientes áreas para la ejecución de los planes individuales que garanticen la eficacia de la medida:

- 1.- Desintoxicación: En esta área se atenderá a los adolescentes que presenten algún tipo de adicción. Para el efecto se articularán esfuerzos con los recursos especializados existentes en el medio social (Organizaciones Gubernamentales y Asociaciones No Gubernamentales).
- 2.- Atención Familiar: Uno de los factores indispensables para la correcta aplicación de la medida es el fomentar y fortalecer los vínculos familiares del adolescente, por lo que es imprescindible la atención al núcleo familiar como tal.

- 3.- Laboral: Esta área gestará procesos de inducción o reinserción laboral para todos los adolescentes, dando prioridad a los que por condiciones especiales y responsabilidades ineludibles se constituyen en soporte económico familiar.
- 4.- Educativo: Debe destacarse que esta es una de las áreas prioritarias del programa; cumplirá con la función de rendir los niveles de atraso escolar en los adolescentes que lo necesiten y velará por el rendimiento escolar de quienes se encuentren estudiando al momento de la imposición de la medida. El programa se apoyará en organizaciones que brinden estudios acelerados, así como en las escuelas nacionales y colegios para consecución de los mismos.

4.6 Libertad provisional.

Esta se da cuando el adolescente fuere puesto en libertad después de su declaración, deberá presentarse ante el juez que conozca del caso y/o Ministerio Público, cuantas veces sea solicitado por ellos. Los padres, tutores o responsables asumirán dicha obligación cuando estuvieren bajo su cuidado, en caso de incumplimiento, el juez podrá ordenar la conducción del adolescente si su presencia fuere estrictamente necesaria. En los casos en que el adolescente se oculte o se halle en situación de rebeldía, el juez aún sin declaración previa, podrá ordenar su conducción.

4.7 Libertad vigilada.

Este medio de educación correccional consiste pura y simplemente en dejar al niño o adolescente en su propio hogar sometido a la vigilancia afectuosa y protectora de un delegado del tribunal. Aspecto importante es, el mayor de los problemas que se afronta en Guatemala, es la falta de presupuesto adecuado, para tener en los tribunales, personal disponible y atento, para estos cuidados, y que en nuestro medio es urgente debido a la proliferación de la delincuencia juvenil.

4.8 Prestación de servicios a la comunidad.

Esta medida la regula el Artículo 243 del Decreto 27-2003.

La prestación de servicios a la comunidad consiste en realizar tareas gratuitas, de interés general en entidades de asistencia, públicas o privadas, como hospitales, escuelas, parques nacionales y otros establecimientos similares.

Las tareas deberá asignarse según las aptitudes de los adolescentes, procurando, cuando fuere posible, relacionar la naturaleza de la actividad con la del bien jurídico lesionado por el adolescente. Las tareas se cumplirán durante una jornada máxima de ocho horas semanales, los sábados, domingos y días feriados pero sin perjudicar la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo.

Los servicios a la comunidad deberán prestarse durante un período máximo de seis meses.

La sanción se mantendrá durante el tiempo necesario para que el servicio fijado se realice efectivamente o sea sustituido. La sanción será supervisada y orientada por la persona que el juez designe, quien elaborará un plan individual para el adolescente.

4.9 Arresto domiciliario.

No es más que la privación de libertad domiciliaria, consistente en la privación de libertad del adolescente en su casa de habitación, con su familia. De no poder cumplirse en su casa de habitación, por razones de inconveniencia o imposibilidad se practicará en la casa de cualquier familiar. Cuando no se cuente con ningún familiar, podrá ordenarse la privación de libertad en una vivienda o ente privado, que se ocupe de cuidar al adolescente. En este último caso, deberá contar con su consentimiento.

La privación de libertad domiciliaria no debe afectar el cumplimiento del trabajo ni la asistencia a su centro educativo. Un trabajador social del juzgado de control de ejecución de sanciones supervisará el cumplimiento de esta sanción cuya duración no será mayor de un año.

4.10 Amonestación y advertencia.

La amonestación es la llamada de atención que el juez dirige oralmente al adolescente haciéndole comprender la gravedad del hecho cometido y la consecuencia que ha tenido, podría haber tenido, tanto para él como para terceros, exhortándolo a no volver a cometer tales hechos en el futuro para que en lo sucesivo, se acoja a las normas de trato familiar y convivencia social, como lo establece la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en su Artículo 241.

Cuando corresponda, deberá advertirles a los padres, tutores o responsables sobre la conducta seguida y les indicará que deben colaborar en el respeto de las normas legales y sociales.

La amonestación y la advertencia deberán ser claras y directas, de manera que el adolescente y los responsables de su conducta comprendan lo ilícito de los hechos cometidos.

4.11 Obligación de reparar el daño.

Artículo 241, Obligación de reparar el daño: La reparación del daño consiste en una obligación de hacer del adolescente, a favor de la víctima, con el fin de resarcir el daño causado o restituir la cosa dañada por la conducta delictiva.

Cuando el adolescente mayor de quince años, realice un acto que afecte el patrimonio económico de la víctima, el juez podrá determinar, teniendo especial cuidado en su situación económica, que éste restituya la cosa, promueva el

resarcimiento del daño o compense el perjuicio causado a la víctima. Cuando dicho acto sea cometido por un adolescente de trece a catorce años de edad, el juez podrá también determinar la reparación del daño, quedando solidariamente obligados los padres, tutores o responsables.

El juez sólo podrá imponer esta sanción, cuando la víctima y el adolescente hayan dado su consentimiento. Si ambas partes acuerdan sustituir el trabajo por una suma de dinero, el juez procederá a fijar la cuantía que se considere equivalente a los daños y perjuicios ocasionados por el delito o falta. La sanción se considerará cumplida cuando el juez determine que el daño ha sido reparado de la mejor forma posible. La reparación del daño excluye la indemnización civil.

4.12 Ordenes de orientación y supervisión.

Artículo 245. Ordenes de orientación y supervisión: Son mandamientos o prohibiciones impuestas por el juez de adolescentes en conflicto con la ley penal para regular la conducta de los adolescentes, así como promover y asegurar su formación.

Durarán un período máximo de dos años y su cumplimiento deberá iniciarse a más tardar un mes después de ordenadas.

Si se incumple cualquiera de estas obligaciones, el juez podrá, de oficio o a petición de parte modificar la orden o prohibición impuesta.

4.13 Privación de permiso de conducir.

Artículo 246. Privación del permiso de conducir: La privación del permiso de conducir consiste en privar temporalmente al adolescente de su permiso de conducir o de su derecho a obtenerlo.

Esta sanción podrá imponerse cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un vehículo automotor.

Esta sanción podrá imponerse por un período máximo de dos años.

4.14 Tratamiento ambulatorio o internamiento terapéutico.

Artículo 247. Tratamiento ambulatorio o internamiento terapéutico: Consiste en someter al adolescente en un tratamiento a cargo de un profesional o centro especializado. El adolescente queda obligado a asistir al lugar designado con la periodicidad requerida por los facultativos que lo atiendan, así como a seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la adicción que padezca o de las alteraciones en su percepción o anomalías o alteraciones psíquicas.

El internamiento terapéutico consiste en el internamiento en un centro de atención terapéutica para que le brinden al adolescente una educación especializada o un tratamiento específico para la adicción o dependencia que padezca, o para tratar el padecimiento de anomalías o alteraciones psíquicas que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad.

En ambos casos deberá informarse periódicamente al juez de los avances del tratamiento. Si el adolescente rechaza el tratamiento de deshabituación, el juez deberá adoptar otra sanción adecuada a sus circunstancias.

La duración máxima de la sanción en el caso de tratamiento ambulatorio no podrá ser superior a doce meses, y en el caso de internamiento terapéutico no podrá superar los cuatro meses.

CONCLUSIONES

1. La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia vino a terminar con la discrecionalidad que por muchos años mantuvieron los jueces de menores de que después de años de lucha el gobierno de Guatemala, con la presión de la sociedad civil organizada y organismos de derecho internacional, se vio en la obligación de aprobar una ley específica a favor de la niñez y adolescencia.
2. La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia nos equipara al resto de países centroamericanos en relación a la legislación de menores de edad.
3. En Guatemala no contábamos con una ley que protegiera integralmente a los menores de edad, siendo nuestra base la legislación costarricense por ser considerada, pionera en Centroamérica.
4. Costa Rica es el país de Centroamérica que más avanzada está en materia legislativa a favor de la niñez y adolescencia debido a que su gobierno ha puesto mucho énfasis en la población infantil y ha creado para el efecto instituciones y órganos encargados de la fiscalización y monitoreo de los avances de su legislación tal y como lo exige la convención de los derechos del niño.
5. En Guatemala se aprobó la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, pero aún hace falta la implementación de más juzgados de niñez y adolescencia para dar cobertura a todo el territorio nacional y de esa forma evitar la centralización de la justicia juvenil.

RECOMENDACIONES

1. Es importante realizar constantes supervisiones a las instituciones responsables de la institucionalización de niños y adolescentes en riesgo social y adolescentes en conflicto con la ley penal para evitar las constantes violaciones a sus derechos humanos.
2. Que el Estado de Guatemala implemente los programas de atención integral en todos los departamentos del país, tomando como ejemplo el modelo costarricense.
3. Que la Corte Suprema de Justicia, a través del juzgado de ejecución, de seguimiento a los casos de niñez en riesgo social o abandono y adolescentes en conflicto con la ley penal.
4. Cuando se decrete el abandono o la institucionalización de niños en riesgo social o adolescentes en conflicto con la ley penal, que el juzgado de ejecución vele para que no sean objeto de vejámenes y malos tratos, así como de explotación sexual como se ha dado en algunos centros.
5. Que exista un control riguroso de las instituciones que trabajan con niños y adolescentes en el país.
6. Que se revise el cumplimiento objetivo de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, específicamente en el caso de transgresores de la ley penal, la imposición de penas, los programas alternativos al internamiento, servicio a la comunidad y si a la fecha ya existe algún proyecto de reinserción social.

BIBLIOGRAFÍA.

- BACIGALUPO, Enrique. **Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores de la ley penal.** San José, Costa Rica, Revista ILANUD, De palma.1993.
- BATRES MÉNDEZ, Gioconda. **Del ultraje a la esperanza. Tratamiento de las Secuelas del incesto.** Costa Rica. Instituto latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento de la delincuencia. Ed. ILANUD, 1997.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta. SRL. 10 Edición.
- CAMARERO, Rocío, **Delincuencia juvenil y sociedad en transformación. Derecho penal y procesal penal de menores.** Madrid, Ed. Montecorvo, 1988.
- SILLERO BRUÑOL, Miguel. **El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño.** Buenos Aires, Argentina, Ed. Temis Palma, 1988.
- CHILDOPE-UNICEF. **Perfil del menor transgresor.** Guatemala 1992.
- Diccionario de la Real Academia,** Madrid, Ed. HISPASA. S.A. 1998.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Elías Carranza. **De revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en américa latina.** UNICEF, Ed. Galerna Asamblea General en su resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985.
- KRAUSKOPF, Dina. **Adolescencia y educación.** San José, Costa Rica, Universidad estatal a distancia, 1994.

KUSSIANOVICH, Alejandro. **La visión latinoamericana de los derechos del niño. conferencia en CIPRODENI** (1995).

Organización Iberoamericana de Juventud. **Plan de acción sobre salud adolescente.** 1995-2005.

PEREIRA DE GÓMEZ, María Nieves. **El niño abandonado. Familia, afecto, equilibrio personal.** México, Ed. TRILLAS 1991.

Plan Nacional de Atención Integral a los niños y los adolescentes. Guatemala, Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, Programa Nacional Infantil, 1997.

REYES CALDERÓN,, José Adolfo. **Mecanismos alternativos de la justicia, una propuesta de política criminal.** Guatemala, Impresos Caudal, Sociedad Anónima, Única edición, 1988.

UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia), **Análisis situacional de los menores en circunstancias especiales y difíciles.** Guatemala.

Legislación.

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, Guatemala, 1985.

Convenio de Derechos Humanos (Pacto de San José).

Convenio sobre los derechos del niño (adoptada y abierta a la firma ratificada y adherida para la Asamblea General en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989).

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Decreto 27-2003 del Congreso de la República, septiembre 2004.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 17-73, Guatemala, 1973.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 51-92, Guatemala, 1992.

Código de la Niñez y la Adolescencia. Comisión Legislativa Plena Segunda. Ley No. 7739. San José, 1998.