ORGANISMO JUDICIAL
GUATEMALA, C.A.

Sistema Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Módulo II de la Currícula de Especialización en Materia de Niñez y Adolescencia en Protección y Justicia Penal Juvenil

Guatemala, abril 2021

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia
Sverige

unicef
GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

SECRETARÍA DE PROTECCIÓN PARA LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Y JUSTICIA PENAL JUVENIL

Módulo II

"Malla curricular de especialización en Niñez y Adolescencia"

"La Obligación del Estado de Proteger a la Niñez y Adolescencia"

Módulo II-A

a) Competencia general del proceso formativo:

El juez o jueza, mediante el análisis y aplicación de los conocimientos adquiridos para el abordaje, estudio y resolución de los casos conforme su competencia, emite resoluciones apegadas a la doctrina de protección integral, en las que realiza un adecuado control de convencionalidad y privilegia siempre medidas de protección diferentes a la institucionalización y medidas de coerción o sanciones no privativas de libertad.

b) Competencia específica del Módulo II - A:

El juez o jueza toma conciencia de la importancia de su rol en la protección de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Unidad I

Los deberes de respeto, protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia Sverige

unicef GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Unidad I

Los deberes de respeto, protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

1. Las garantías reforzadas de protección de niñas, niños y adolescentes

a. Introducción

El sistema de protección a los derechos humanos de la niñez y adolescencia tiene fundamento Constitucional, particularmente en el artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al establecer que: "El Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común". Esta garantía es desarrollada con posterioridad a la entrada en vigor y la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, cumpliendo con la obligación de transposición del referido instrumento internacional, en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Se complementa con el conjunto de disposiciones jurídicas que integran el cuerpo normativo nacional, así como con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que le sean aplicables, siendo un sistema integral que idealmente debiera brindar a la niñez y adolescencia la protección necesaria para garantizar su desarrollo sano y en condiciones dignas.

Es en el derecho internacional de los derechos humanos en donde se realiza un claro reconocimiento a la condición especial que tienen los niños, niñas y adolescentes, debido a su situación de personas en desarrollo y crecimiento. Este reconocimiento se acompaña del establecimiento de un deber por parte de los Estados de protección especial y reforzada hacia ellos y ellas, del cual se deriva el principio del interés superior del niño que supone la obligación de los Estados de adoptar decisiones y de priorizar las intervenciones que favorezcan la realización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como su protección. Este reconocimiento se realiza en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, así como en el resto de principales instrumentos internacionales de derechos humanos relevantes en materia de niñez, tal como lo ha señalado la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión consultiva: OC-17/02 del 28 de agosto de 2002 y que estaremos analizando en este documento.

Los compromisos asumidos por los Estados han permitido logros evidentes, pero los desafíos persisten para lograr la efectiva vigencia de los derechos de la niñez y adolescencia. Se requiere un Sistema Nacional de Protección que asegure la existencia y funcionamiento de un andamiaje institucional y un modelo operativo dirigido a garantizar el pleno disfrute, la protección y la defensa de sus derechos.

En ese sentido, debe destacarse el contexto de violencia en que viven muchos niños y niñas en Guatemala, y los efectos de esta en sus vidas y desarrollo, sin importar su edad, sexo y clase social. Tampoco es exclusiva de un grupo étnico o cultura. Los estudios demuestran que en todas las clases sociales, pueblos, grupos étnicos y sectores de la sociedad se cometen actos de violencia contra la niñez.

Se entiende por violencia "toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual" según se define en el artículo 19, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Comité sobre los Derechos del Niño, en la Observación General 13, indica:

> *"**17. Sin excepción**. El Comité siempre ha mantenido la posición de que toda forma de violencia contra los niños es inaceptable, por leve que sea. La expresión "toda forma de perjuicio o abuso físico o mental" no deja espacio para ningún grado de violencia legalizada contra los niños. La frecuencia, la gravedad del daño y la intención de causar daño no son requisitos previos de las definiciones de violencia."*

Las dimensiones tan elevadas del problema de violencia contra la niñez hacen que se hayan denunciado más de 12,000 casos de delito de maltrato contra menores de edad, ubicándose en el delito más cometido contra la niñez[1]. De la misma forma, se ha podido observar que en la violencia sexual, los niños y niñas exhiben el mayor porcentaje de tasa de victimización. En un estudio reciente se ha podido detectar que la edad promedio de violencia sexual contra los niños se encuentra en 4 a 9 años[2], en tanto en las niñas se aprecia que el porcentaje más alto está entre 10 a 14 años[3]. Una gran cantidad de estos abusos sexuales conllevan embarazos forzados, con todos los efectos que traen para las madres niñas y adolescentes: problemas de salud, riesgos mortales durante el embarazo y el parto; altas tasas de mortalidad materna, abandono escolar y en general, la destrucción del proyecto de vida de la niña.

1 Se reportaron 12,807 ver. Ministerio Público. Segundo Informe de labores PERÍODO 2019-2020. Guatemala, 2020.pág. 253- (periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2019 al 30 de abril de 2020.

2 Instituto Nacional de Estadística. Compendio estadístico de niñez y adolescencia Guatemala, 2016. Pag.77. disponible en https://www.ine.gob.gt/sistema/uploads/2016/02/03/QTYkC0WVY35e799Eby3pSCNxywmTA9xU.pdf

3 Según la Secretaria contra la violencia sexual, explotación y trata de personas el número de embarazos en niñas entre 10 a 14 años reportadas en el año 2020 es de 1915, conforme datos reportados por el Ministerio de Salud Pública y asistencia Social Ver Datos estadísticos sobre violencia sexual, explotación y trata de personas disponible en https://www.svet.gob.gt/estadistica

La violencia contra la niñez se convierte en cíclica ya que en muchas ocasiones se reproduce de generación en generación. Los efectos devastadores de la violencia contra la niñez alcanzan a impedir que el niño pueda desarrollarse física, psicológica e intelectualmente en forma normal. Afectan su rendimiento escolar y condicionan las posibilidades de mejorar las condiciones de vida.

Al respecto el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General No. 13, indica:

> *"La crianza del niño en un entorno respetuoso y propicio, exento de violencia, contribuye a la realización de su personalidad y fomenta el desarrollo de ciudadanos sociales y responsables que participan activamente en la comunidad local y en la sociedad en general. Las investigaciones muestran que los niños que no han sufrido violencia y crecen en forma saludable son menos propensos a actuar de manera violenta, tanto en su infancia como al llegar a la edad adulta. La prevención de la violencia en una generación reduce su probabilidad en la siguiente. Así pues, la aplicación del artículo 19 es una estrategia fundamental para reducir y prevenir todas las formas de violencia en las sociedades, "promover el progreso social y elevar el nivel de vida", y fomentar "la libertad, la justicia y la paz en el mundo" para una "familia humana" en la que los niños tengan un lugar y un valor igual al de los adultos (preámbulo de la Convención)."*

Como ha indicado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Muchos niños, niñas y adolescentes

> *"sufren situaciones de violencia, abuso y negligencia en sus hogares, comunidades y escuela, por parte de adultos, de sus pares e incluso de la policía. La calidad educativa es deficiente y existen muchos obstáculos para el acceso a la educación secundaria y para acceder a oportunidades laborales y a un empleo digno. La ausencia de oportunidades reales para los adolescentes para desarrollar un proyecto de vida autónomo y los desafíos para el disfrute efectivo de sus derechos se derivan de situaciones estructurales de exclusión socio-económica que los Estados no han conseguido revertir en estas comunidades, reproduciéndose así los contextos de desigualdad, vulneración de derechos, deslegitimación de las instituciones estatales, delito y violencia"[4] [5].*

4 CIDH. Violencia, niñez y crimen organizado.
5 CIDH. Violencia, Niñez y crimen organizado.

En conclusión las formas de violencia contra la niñez adoptan las siguientes variantes:

VIOLENCIA INTERPERSONAL	**i.** padecer abuso o violencia en el seno de su familia, en la escuela o en el ámbito de su comunidad, de parte de adultos o por sus pares
	ii. la falta de cuidados adecuados en su familia y de apoyo de las instituciones del Estado
VIOLENCIA COLECTIVA ESTRUCTURAL	**iii.** no poder gozar de su derecho a una educación de calidad en un ambiente protector que les brinde la posibilidad de desarrollar al máximo su potencial, algunos incluso abandonan por completo sus estudios
	iv. haber sufrido estigmatización o alguna forma de discriminación basada en su condición socio-económica y/o origen
VIOLENCIA COLECTIVA DEL CRIMEN ORGANIZADO	**v.** la ausencia de oportunidades reales para desarrollar su proyecto de vida derivado de situaciones estructurales de exclusión social, lo cual muchas veces los introduce a los grupos con actividades criminales como la opción más al alcance y viable
	vi. sufrir presiones, abuso, violencia o explotación de parte de grupos que se dedican a actividades criminales y utilizan y explotan a niños, niñas y adolescentes para llevar a cabo sus acciones
VIOLENCIA COLECTIVA INSTITUCIONAL	**vii.** la violencia, abuso y vulneraciones a sus derechos que los niños, niñas y adolescentes pueden enfrentar por parte de la policía, o cuando entran en contacto con el sistema de justicia juvenil y durante el tiempo de privación de libertad, o cuando están en el sistema de protección. La Observación General 13 del Comité de los Derechos del Niño, aborda este tema: ***"32. Violaciones de los derechos del niño en las instituciones y en el sistema.*** *Las autoridades estatales de todos los niveles encargadas de la protección del niño contra toda forma de violencia pueden causar un daño, directa o indirectamente, al carecer de medios efectivos para cumplir las obligaciones establecidas en la Convención. Esas omisiones pueden consistir en no aprobar o revisar disposiciones legislativas o de otro tipo, no aplicar adecuadamente las leyes y otros reglamentos y no contar con suficientes recursos y capacidades materiales, técnicos y humanos para detectar, prevenir y combatir la violencia contra los niños. También se incurre en esas omisiones cuando las medidas y programas existentes no disponen de suficientes medios para valorar, supervisar y evaluar los progresos y las deficiencias de las actividades destinadas a poner fin a la violencia contra los niños. Además, los profesionales pueden vulnerar el derecho del niño a no ser objeto de violencia en el marco de determinadas actuaciones, por ejemplo cuando ejercen sus responsabilidades sin tener en cuenta el interés superior, las opiniones o los objetivos de desarrollo del niño."*

La Observación General No. 13 del Comité de los Derechos del Niño, Derechos del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (2011), realiza una enumeración no exhaustiva de formas de violencia, entre ellas: a) descuido o trato negligente; el cual incluye el descuido físico, el descuido emocional, el descuido a la salud física omental, el descuido educativo y el abandono; b) Violencia mental, enfocado principalmente con el maltrato psicológico o descuido emocional; c) Violencia física: donde se incluye a todos los castigos corporales y todas las formas de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, además de la intimidación física, dentro de esta violencia física también se encuentra la violencia contra las niñas y niños con discapacidad, por ejemplo la esterilización forzada, entre otros; d) Castigos corporales: En este punto se retoma la Observación General No. 8 del Comité de los Derechos del Niño, que define el castigo corporal cómo todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve, por el ejemplo las bofetadas, manotazos, azotes, arañazos, tirarles el pelo o las orejas, indicando que el castigo corporal es siempre degradante; e) Abuso y explotación sexuales: f) Tortura o tratos o penal inhumanos o degradantes; g) Violencia entre niños; h) Autolesiones; i) Violencia en los medios de comunicación; j) Violencia a través de tecnologías de la información y las comunicaciones; y k) Violaciones de los derechos del niño en las instituciones y en el sistema.

Una de las consecuencias asociadas a estas graves violaciones a los derechos de la niñez es el marcado incremento en el número de niños, niñas y adolescentes en contexto migratorio no acompañados y de familias en contexto migratorio con niños[6]. El auge en las cifras es una muestra de la preocupante situación que se vive en Guatemala en materia de protección de derechos. La CIDH ha encontrado que muchos niños y sus familias han abandonado "sus países de origen empujados por la situación de violencia y por las amenazas y el temor a las maras y al crimen organizado, en ocasiones convergiendo con otras causas relacionadas con falta de oportunidades en sus países de origen o con la reunificación familiar en el país de destino"[7]. Estos motivos estuvieron también presentes en la mayoría de los casos analizados por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)[8].

En ese marco, debe concebirse la intervención estatal desde un enfoque transformador, para que el niño, niña o adolescente, cuando sea sujeto de protección por parte del sistema jurídico, pueda ser garantizado en todos sus derechos y que se le pueda restablecer su proyecto de vida. El principio de especialización debe garantizar precisamente, que la intervención del sistema jurídico pueda significar en el niño, niña o adolescente víctima una recuperación integral de todos los daños causados y la posibilidad que pueda desarrollar su vida, como lo exige el artículo 6º de la Convención Sobre los Derechos del Niño. Las políticas, planes y programas de atención a las víctimas de violencia y de protección deben ser capaces de brindar toda la

6 Guatemala es un país de origen, tránsito, destino y retorno de personas migrantes y solicitantes de asilo, por su posición geográfica y además por ser un país con indicadores altos de pobreza, poco acceso a servicios y uno de los países más violentos de la región. En el año fiscal 2019, un total de 215,562 niños migrantes guatemaltecos fueron detenidos en la frontera sur de los EE. UU. (30,329 niños no acompañados y 185,233 acompañados). De ellos, más de 19,600 niños y adolescentes fueron devueltos de los Estados Unidos y México a Guatemala, lo que demuestra la gran dimensión de la movilidad humana desde Guatemala y también retornada hacia el país.

7 CIDH. Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados", Washington DC. 2014.

8 ACNUR. "Niños en Fuga. Niños no acompañados que huyen de Centroamérica y México y la necesidad de protección internacional. 2012.

asistencia médica, psicológica, social y legal, necesaria para que el niño se recupere del daño y pueda superarlo de una manera plena y efectiva.

Las políticas tienen que ser concebidas desde el mandato de protección integral de la niñez, tomando en consideración su interés superior, para aportar respuestas eficaces y duraderas al problema.

Desafortunadamente, muy a menudo los planes y políticas de atención a los niños, niñas y adolescentes resultan en vulneraciones a los derechos humanos, lo cual ocasiona una pérdida de confianza de las personas hacia las instituciones del Estado y en el Estado de Derecho. Y en última instancia, agrava la vulnerabilidad y exacerba la violencia contra las víctimas.

b. Consecuencias de la violencia contra la niñez

Las consecuencias que la violencia tiene sobre los niños, niñas y adolescentes varían de acuerdo con el nivel de violencia sufrida y deben considerarse tanto los efectos sobre la salud física como psicológica. Asimismo, tiene que observarse el impacto sobre el proyecto de vida.

En el ámbito de los derechos de la niñez, el proyecto de vida viene consagrado en el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño. El Proyecto de vida es el plan que sueña y construye una persona para desarrollarse a su más alto nivel, en el marco del respeto a los derechos humanos.

El proyecto de vida debe complementarse con la idea de VIDA DIGNA. La Corte Interamericana desde hace ya varios años viene aplicando el concepto de vida digna en el cual incluye las condiciones dignas de existencia:

"[e]n esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él"[9].

Los actos de violencia contra niños, niñas y adolescentes vienen a coartar el proyecto de vida y a producir un impacto en la calidad de vida del sujeto, pues la exposición durante la niñez a eventos repetidos o a niveles constantes de violencia, de modo directo o indirecto, se asocia con una variedad de problemas en la salud mental incluyendo depresión, ansiedad, desordenes de post-traumático estrés, desordenes psiquiátricos, entre otros.

Se ha demostrado que la exposición a violencia intrafamiliar produce importantes daños en la capacidad cognitiva del niño, por el estrés y la ansiedad que se genera en él. De tal forma, que la persistencia de este

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del caso de Neira Alegría y otros vr. Perú.

tipo de violencia puede llegar a provocar secuelas neurológicas importantes, si no son prevenidas en el momento oportuno. Estos graves impactos en la salud psicológica pueden implicar daños en el desenvolvimiento ulterior del niño, niña o adolescente y en sus potencialidades. Sobre esto la CIDH ha indicado que ""[l]a violencia puede provocar una mayor susceptibilidad a sufrir problemas sociales, emocionales y cognitivos durante toda la vida y a presentar comportamientos perjudiciales para la salud", lo que plantea serias limitaciones para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes al impactar en su etapa de crecimiento y maduración. La exposición a la violencia puede derivar en afectaciones a otros derechos, como el derecho a la educación, al provocar bajos rendimientos académicos, altas tasas de deserción, ansiedad, agresión, depresión y problemas de autocontrol[10].

La violencia puede consistir en lesiones físicas leves como lesiones graves que comprometan a largo plazo el derecho a la salud del niño, su integridad personal e incluso su vida, como por ejemplo cuando llevan aparejada "una discapacidad permanente, ramificaciones en la conducta social, lo cual puede incluir agresiones y dificultades para establecer relaciones interpersonales; aunque no todos los niños y niñas expuestos a violencia desarrollarán desórdenes en la conducta, se incrementan las posibilidades que ellos mismos ejerzan violencia al relacionarse con otros"[11].

La violencia sexual puede conllevar embarazos, enfermedades de transmisión sexual y daños permanentes en los órganos sexuales y reproductivos.

Finalmente, la exposición a todos estos tipos de violencia puede llevar a actividades autodestructivas como son el suicidio, el consumo de drogas o alcohol o el ejercicio de actividades sexuales remuneradas, como única alternativa de vida. La mayoría de mujeres que se dedica a actividades sexuales lo hace derivado de la ausencia de oportunidades labores y ante las bajas remuneraciones en empleos de baja escolaridad[12].

10 CIDH. Violencia, niñez y crimen organizado. Op.cit.parr.360
11 UNICEF, Hidden in Plain Sight: A statistical analysis of violence against children, 2014, págs. 31.
12 CICIG –UNICEF. Trata de personas con fines de explotación sexual en Guatemala. Guatemala, 2016.

DAÑOS FÍSICOS

- Cicatrices visibles de quemaduras o cortadas
- Enfermedades de transmisión sexual
- Esterilidad o impotencia
- Enfermedas o disfunciones permantes de órganos
- Daños neurológicos o cerebrales
- Mutilaciones e incapacidades físicas

DAÑOS PSICOLÓGICOS

- Bajo autoestima, trastorno de ansiedad, problemas de sueño, trastornos alimenticios
- Trastorno de estrés postraumático
- Enfermedades psicosomáticas como diabetes,hipertensión crónica, otros.
- Daños en la capacidad cognitiva
- Depresión crónica, psicotización

DAÑOS EN LA VIDA SOCIAL

- Problemas de aprendizaje y deserción escolar
- Problemas de relacionamiento personal, aislamiento social
- Disfunciones en la vida sexual
- Adicciones a alcohol o drogas
- Suicidio
- Conducta violenta, antisocial o retraida

En general, el daño o impacto negativo causado por la violencia en la vida del niño, niña o adolescente no puede limitarse a lo inmediato, sino que tiene que ser visualizado en forma integral y bajo la óptica en que afectará el proyecto de vida de la persona menor de edad. Esto es altamente necesario en los niños, niñas y adolescentes porque son personas en proceso de desarrollo y, por lo tanto más sensibles a los efectos negativos de la violencia. La irrupción de actos de violencia coarta su desarrollo psicológico, físico, emocional y social como persona, desestructuran su vida y le imposibilitarán alcanzar su proyecto de vida y vivir una vida digna.

Lecturas Obligatorias

Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002.

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Material de apoyo:

Declaración de Cillero Bruñol ante la CORTE IDH.

Audiencia Pública Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Parte 3 disponible en

https://vimeo.com/240917009

2. Deber de prevención

a. Adopción de medidas legislativas para proteger a los niños, niñas y adolescentes conforme al Corpus iuris de la niñez

El objetivo de la intervención estatal es la RECUPERACIÓN TOTAL del niño o niña hacia una vida digna. Esto conlleva que el concepto de reparación que se utiliza tiene que ver los daños en el sujeto, no en forma aislada sino en forma integral. Tienen impactos que se complementan y agravan mutuamente y que deben evaluarse y tratarse a través de equipos interdisciplinarios y un plan de intervención que pueda superar todos las daños causados: en la esfera psicológica, psicobiológica, social y emocional y permiten a la víctima recuperar su proyecto de vida.

Para interpretar el significado, contenido y alcances de los derechos de los niños a medidas de protección especiales por parte de su familia, la sociedad y el Estado, es importante recurrir al concepto de CORPUS IURIS.

En efecto, el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños constituye un *CORPUS IURIS*, que según la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe tomar en consideración, para la interpretación de los contenidos y alcances de las obligaciones especiales que se deprenden para los Estados, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, y su protocolo[13], así como las numerosas normas y estándares internacionales existentes en materia de prevención y protección frente al delito y de la violencia, entre ellas[14]:

- las Directrices para la Prevención del Delito[15];
- las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños;
- las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)[16];
- las Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal[17];

13 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía
14 CIDH. CIDH. Violencia, niñez y crimen organizado.op.cit.párr.265.
15 Resolución 2002/13 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
16 Resolución 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
17 Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 18 diciembre de 2013, A/RES/68/189.

iepades Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

- las Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos[18];
- el Código de conducta para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley[19];
- las Directrices para la Aplicación Efectiva del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley[20];
- y los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley[21].

El marco del *corpus iuris* incluye también, a los efectos interpretativos, ***los estándares desarrollados*** en las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en cumplimiento de su mandato, así como las decisiones de otros órganos de derechos humanos y mecanismos especiales del Sistema Universal[22]. Lo anterior evidencia no sólo la existencia de un marco jurídico común en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en materia de niñez, sino también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los niños, y que ha sido puesto de manifiesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Estas decisiones son vinculantes para todos los poderes del Estado, incluyendo al Legislativo, Ejecutivo y Judicial. En particular, porque la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido el principio de convencionalidad y la obligatoriedad de todas las decisiones jurisprudenciales emanadas de este órgano constituyen:

> "un principio básico del Derecho Internacional, respaldado por la jurisprudencia internacional, que los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado este Tribunal y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden por razones de orden interno dejar de cumplirlas. Por lo que el Estado no puede excusar el incumplimiento de su obligación … porque al momento de los hechos no existía normativa, procedimientos o medidas para realizar las diligencias investigativas iniciales adecuadamente de acuerdo a los estándares de derecho internacional que se desprenden de tratados aplicables y en vigor al momento de los hechos"[23].

18 Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.
19 Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/169,17 diciembre 1979.
20 Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 15a. sesión plenaria, 24 de mayo de 1989, Ref. 1989/61.
21 Adoptados por el octavo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.
22 CIDH, La infancia y sus derechos en el sistema Interamericano de protección de derechos Humanos, párrafo 43. CIDH, Informe sobre justicia juvenil y derechos humanos en las Américas, párrafo 19.
23 Corte interamericana de derechos humanos Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr.180

Se constituye así un **deber de protección especial** para los niños, niñas y adolescentes dimanante directamente del CORPUS IURIS de la niñez, que conforma el principio de especialidad que coloca al Estado en una **posición de garante REFORZADA de los derechos de la NIÑEZ**.

La jurisprudencia del sistema interamericano de los derechos humanos ha establecido que los niños y las niñas "poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos (…) y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que **corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado**"[24].

Por consiguiente, el artículo 19 de la Convención Americana debe entenderse como un derecho adicional y complementario que el tratado establece para los niños, quienes por su estado de desarrollo necesitan ***de protección especial***[25]; en el mismo sentido debe interpretarse el artículo VII de la Declaración Americana. Esta **protección especial** que reconoce el derecho internacional de los derechos humanos a los niños se fundamenta en su condición de personas en crecimiento y se justifica en base a las diferencias, respecto de las personas adultas, en cuanto a las posibilidades y los desafíos para el efectivo ejercicio y la plena vigencia de sus derechos[26].

Al analizar el alcance y contenidos **del deber de protección especial**, habrá que tomar en consideración que naturalmente esta condición de dependencia de los niños, niñas y adolescentes va evolucionando con el tiempo de acuerdo con el crecimiento, estadios de madurez y progresiva autonomía personal. Ello conlleva una correlativa adaptación del contenido de los deberes y responsabilidades de la familia, la comunidad y el Estado en relación al niño. Así, los deberes y responsabilidades de la familia, la comunidad y el Estado hacia el niño deberán ser realizados respetando el grado de desarrollo del niño y su autonomía progresiva para adoptar decisiones sobre sí mismo y sobre el ejercicio de sus derechos[27].

Esta lógica es consecuente con la visión del niño **como sujeto titular de derechos**, que deben ser respetados y promovidos en su integralidad, dejándose así atrás la concepción del niño entendido como simple objeto y recipiente de asistencia y atención.

24 Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54.

25 Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 54, 55 y 60; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párrafo 244; Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrafo 147 y Corte IDH, Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párrafo 113; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 164. y Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 184.

26 Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que "[e]n el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal". Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párrafo 129. Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 84 y 85 y Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párrafo 17.

Es debido a esta especial situación en la cual se encuentran los niños en el ejercicio de sus derechos, **que el derecho internacional de los derechos humanos ubica al Estado en una posición de garante de carácter reforzado**, lo cual implica la adopción de una serie de medidas de distinto tipo y contenido dirigidas a la niñez[28].

La obligación de protección especial se vincula con el artículo 1.1 de la CADH en lo relativo a las obligaciones de respeto y garantía, y con el artículo 2 de la CADH referido al deber de adoptar disposiciones de derecho interno de la índole que fueran necesarias y adecuadas para dar efectividad a este deber de protección especial a la niñez.

Las medidas de derecho interno que el Estado está obligado a cumplir en el marco de este deber de protección especial están integrados tres tipos de garantías: Normativas, Ejecutivas o de Políticas Públicas y Judiciales.

Garantías normativas

- Corresponden a la función legislativa y a todo órgano con potestad normativa, y consiste en la obligación de promulgar aquellas normas de carácter general que tienen como destinatarios a todos los niños en su conjunto y que están orientadas a promover y garantizar el disfrute efectivo de todos sus derechos.
- Ninguna norma puede contravenir o restringir derechos de la niñez consagrados en el corpus iuris (incluyendo la jurisprudencia).

Garantías de políticas públicas

- Incumben al Poder Ejecutivo, consisten en la adopción de estándares derivados del CORPUS IURIS que vinculan obligatoriamente a las autoridades en la implementación, ejecución, y rendición de cuentas de una política pública, de manera que se hagan efectivos los derechos de la niñez y su interés superior.
- Estos se traducen en planes, programas, servicios e instituciones adecuadas, protocolos de actuación y prácticas de trabajo institucional que en los casos específicos de niñez sean capaces de proteger sus derechos y reparar las violaciones causadas a sus derechos.

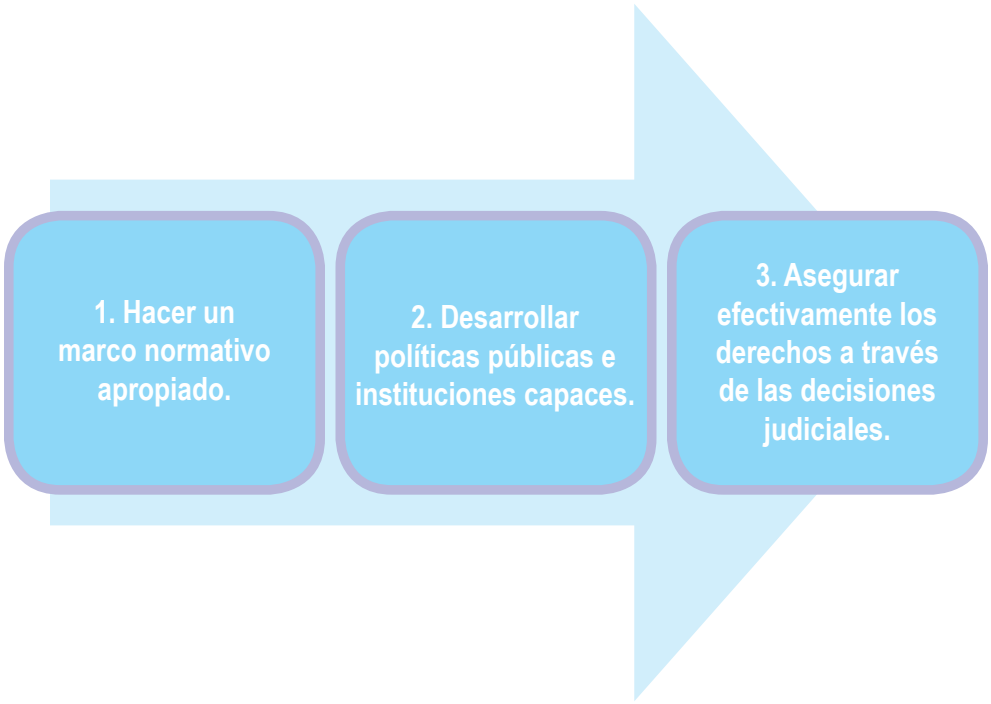
Garantías judiciales

- Las garantías jurisdiccionales o judiciales consisten en que un tribunal independiente pueda ejercer un control e imponga las medidas de protección y reparación, ante violaciones o amenazas a los derechos humanos de un niño, niña o adolescente víctima de un delito.
- Las garantías judiciales se aplican en el marco de TODOS LOS PROCESOS, extendiéndose al proceso penal, y no solo en el proceso especial de protección, ya que el **juez penal** tiene obligación de hacer efectivo el corpus iuris.

28 Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56 y 60; Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 126 y 134

Las obligaciones que dimanan del deber de garantía tienen una correlación progresiva, para crear UN ORDEN JURíDICO que sea capaz, **en el plano de la realidad de hacer efectivos los derechos**.

El deber de garantía del Estado involucra



En el ámbito jurisdiccional, los jueces y juezas tienen el deber de garantizar todas aquellas medidas de carácter específico dirigidas a determinados grupos de niños, que se establecen en función de las circunstancias particulares de vulnerabilidad en las que se encuentran estos niños y atendiendo a sus necesidades de protección especiales. En este sentido, la CIDH ha señalado que, "es preciso ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño"[29] es decir, supone la determinación y aplicación de una medida especial de protección idónea, adecuada e individualizada, que considere las necesidades de protección del niño como individuo en su contexto particular.

Dado que los delitos cometidos contra la niñez, en un alto porcentaje son cometidos por los propios padres, familiares o encargados de ellos, se hace necesario adoptar medidas especiales de protección. La Corte IDH ha señalado que, dado que las obligaciones de protección y garantía resultan determinables en función de las necesidades de protección del sujeto de derecho, existe el deber de adoptar una intervención particularizada para atender las necesidades individuales de protección del niño que no cuente con los cuidados parentales adecuados o se halle en riesgo de perderlos. Esta intervención, que tiene como fin adoptar una

29 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 d e 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 61.

medida especial de protección, ha de llevarse a cabo en el marco de un procedimiento adaptado para ello, respetuoso con el principio de legalidad y contando con las debidas garantías.

b. Adopción de medidas administrativas y de otro carácter

El primer deber positivo del Estado es organizar el aparato público estatal de manera que pueda ser efectivo en la protección frente a las violaciones a los derechos humanos. Esto es la principal obligación del artículo 1.1 que obliga a los Estados a respetar los derechos y libertades fundamentales, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

En consecuencia, los Estados deben proteger a todas las personas contra las violaciones de los derechos humanos *cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, (incluidas las empresas y otros actores no estatales)*. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. A esta obligación se le denomina deber de garantía de los derechos humanos.

Una definición de esta obligación se puede identificar en el caso María Isabel Veliz Franco contra el Estado de Guatemala, la Corte indicó que: "**Una manifestación del deber de garantía es el deber de prevención que**: abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho que un derecho haya sido violado[30].

La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la niñez. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas personas pueden ser víctimas de violencia[31]. Esto es plenamente aplicable a las violaciones a niños, niñas y adolescentes, dado que los factores de riesgo a que están expuestos pueden ser identificados por los Estados y, por lo tanto, pueden anticipar estrategias y políticas para prevenir las violaciones.

En el caso de la niñez, obligación de protección ESPECIAL derivada del artículo 19 de la CADH, y de los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, supone la obligación por parte del Estado de adoptar el marco normativo, las políticas públicas, programas, servicios, así como crear las instituciones y organismos apropiados, y cualquier otra medida necesaria, para la protección y la garantía de los derechos de los niños que se encuentran en este grupo especialmente expuesto a la vulneración de sus derechos.

30 Corte IDH. María Isabel Veliz Franco contra Guatemala. Sentencia del parr.135
31 Caso González y otras ("Campo Algodonero"), supra, párr. 258.

En ese marco, las principales obligaciones de prevención del Estado son:

a) La detección, lo más temprano posible, de los casos de violencia contra la niñez (por parte de médicos, educadores, personal de salud, o cualquier otro funcionario, incluyendo, fiscales y jueces).

b) En el ámbito judicial, hacer cesar la violación y evitar la reiteración delictiva, especialmente cuando la agresión se produce en el entorno cercano del niño, niña o adolescente (entorno familiar, educativo o institucional).

c) La Corte IDH ha señalado que dado que las obligaciones de protección y garantía resultan determinables en función de las necesidades de protección del sujeto de derecho[32], existe el deber de adoptar una intervención particularizada para atender las necesidades individuales de protección del niño que no cuente con los cuidados parentales adecuados o se halle en riesgo de perderlos. Esta intervención, tiene como fin adoptar una medida especial de protección, ha de llevarse a cabo en el marco de un procedimiento adaptado para ello, respetuoso con el principio de legalidad y contando con las debidas garantías.

d) Toda medida de protección debe buscar la protección del derecho a la vida familiar del niño y evitar la institucionalización del niño, en la mayor medida posible[33].

Finalmente, la CIDH ha indicado que "para lograr una prevención efectiva de la violencia es necesario partir de un enfoque amplio, integral y holístico que incorpore estrategias legales, sociales, educativas y económicas para reducir los factores de riesgo y fortalecer los factores de protección. Tal y como se ha referido anteriormente, estas políticas deben considerar la complejidad, variedad e interconexión de las causas de la violencia y trabajar sobre todos los factores que inciden en ella. Son por tanto necesarios esfuerzos de prevención integrados y prolongados en el tiempo que vinculen las contribuciones de diferentes sectores, a través de una gama de enfoques coordinados[34].

En este punto no resulta de menor importancia las políticas señaladas en las directrices de Riad, como estrategia directamente vinculada al desarrollo de una niñez conforme a los principios de derechos humanos.

En sintonía, la Observación General 13 del Comité de los Derechos del Niño indica:

32 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154. En el mismo sentido: Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56 y 60; Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 45; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 121

33 Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 156, 157 y 158;

34 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina, pág. 87

*"**46. Prevención**. El Comité afirma categóricamente que la protección del niño debe empezar por la prevención activa de todas las formas de violencia, y su prohibición explícita. Los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para que los adultos responsables de cuidar, orientar y criar a los niños respeten y protejan los derechos de estos. La prevención consiste en medidas de salud pública y de otra índole, destinadas a promover positivamente una crianza respetuosa y sin violencia para todos los niños y a luchar contra las causas subyacentes de la violencia en distintos niveles: el niño, la familia, los autores de actos de violencia, la comunidad, las instituciones y la sociedad. Es fundamental que la prevención general (primaria) y específica (secundaria) ocupen siempre un lugar central en la creación y el funcionamiento de los sistemas de protección del niño. Las medidas preventivas son las que mejores resultados surten a largo plazo. Sin embargo, el compromiso con la prevención no exime a los Estados de sus obligaciones de responder eficazmente a la violencia cuando se produce."*

Lecturas Obligatorias

Obs. 5. Comité DN Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño

https://www.oacnudh.org.gt/estandares/docs/Organos/Nino/Generales/OGnino5.pdf

Corte IDH, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

3. El deber de garantía

El deber primordial del Estado es evitar la ocurrencia de violaciones a los derechos del niño. Pero una vez que se ha cometido una violación a los derechos del niño, surgen obligaciones específicas de reparar el daño causado y evitar la reiteración de nuevas violaciones, a través de la actuación de diligencia debida.

Así, una vez producida una violación a los derechos de un defensor de derechos humanos, surgen otros deberes estatales. A tales efectos, todo niño, niña o adolescente cuyos derechos o libertades hayan sido presuntamente violados tiene el derecho, bien por sí mismo o por conducto de un representante legalmente autorizado, a presentar una denuncia ante una autoridad judicial independiente, imparcial y competente o cualquier otra autoridad establecida por la ley, y a que esa denuncia sea examinada rápidamente en audiencia pública, y a obtener de esa autoridad una decisión, de conformidad con la ley, que disponga la reparación, incluida la indemnización que corresponda, cuando se hayan violado los derechos o libertades de esa persona, así como a obtener la ejecución de la eventual decisión y sentencia, todo ello sin demora indebida.

Es de suma importancia tener en cuenta que en la intervención judicial, las garantías procesales se han de respetar en todo momento y lugar, en particular todas las decisiones que se adoptan deben obedecer a la finalidad principal de proteger a la niña, niño o adolescente, en ese sentido el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 13, recomienda que se deben respetar las garantías siguientes (párrafo 54):

- "Los niños y sus padres deben ser informados debidamente y con prontitud por el sistema judicial u otras autoridades competentes (servicios sociales, educativos o sanitarios).

- Los niños que hayan sido víctimas de actos de violencia deben ser tratados con tacto y sensibilidad durante todo el procedimiento judicial, teniendo en cuenta su situación personal, sus necesidades, su edad, su sexo, los impedimentos físicos que puedan tener y su nivel de madurez, y respetando plenamente su integridad física, mental y moral.

- En la medida de lo posible, la intervención judicial debe ser de carácter preventivo, fomentar activamente un comportamiento positivo y prohibir los comportamientos negativos.

La intervención judicial debe formar parte de un enfoque coordinado e integrado entre los diferentes sectores, prestar apoyo a los otros profesionales en su labor con los niños, los cuidadores, las familias y las comunidades, y facilitar el acceso a toda la gama de servicios disponibles de atención y protección del niño.

- En todas las actuaciones en que participen niños que hayan sido víctimas de violencia, debe aplicarse el principio de celeridad, respetando el estado de derecho."

Es importante resaltar que, para hablar de acceso al sistema de justicia, se debe entender que incluye el acceso a servicios de atención psicosocial y protección a niñas, niños y adolescentes víctimas desde el momento de la detección o denuncia. Se debe entender entonces que no hay acceso a la justicia sin acceso a servicios y los más importantes son los siguientes:

a. Deber de asistencia médica, psicológica y social

Los niños, niñas y adolescentes y sus padres, tutores o representantes deben ser informados debidamente y con prontitud de la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales, de los procedimientos aplicables y sus pasos más importantes, de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de los mecanismos para revisar las decisiones, de la disposición de medidas de protección y los mecanismos de apoyo[35].

Asimismo, se les debe proveer tal asistencia para atender las necesidades que tengan con ocasión de los daños causados.

Sobre este punto consultar la sentencia de V.R.P y V.P.C. v. Nicaragua[36], en la cual la Corte dispone la forma en que debe desarrollarse esta asistencia, siguiendo a las Directrices del Consejo Económico y Social sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos. Para la Corte Interamericana, las directrices forman parte del corpus iuris de la niñez y por tanto son plenamente obligatorias para todos los Estados.

b. Debida diligencia de la investigación

De la obligación general de garantía de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos; es decir, del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado[37].

En su sentencia de fondo emitida en el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, la Corte estableció que, conforme al deber de garantía:

35 Directriz 22: 22. Los niños víctimas y testigos de delitos y, cuando proceda, sus familiares, deberán tener acceso a la asistencia de profesionales a los que se habrá impartido la capacitación, según se indica en los párrafos 40 a 42 infra. Esto podrá incluir servicios de asistencia y apoyo como servicios financieros, jurídicos, de orientación, de salud, sociales y educativos, de recuperación física y psicológica y demás servicios necesarios para la reinserción del niño. Toda asistencia de esta índole deberá atender las necesidades del niño y permitirle participar de manera efectiva en todas las etapas del proceso de justicia.

36 CASO V.R.P., V.P.C. ** Y OTROS VS. NICARAGUA. SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Parr.

37 Cfr. Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, supra nota 261, párr. 142; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 115, y Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, supra nota 22, párr. 298.

[E]l Estado está […] obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención[38].

Esta obligación es aplicable "cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado"[39]. En ese sentido, el deber del Estado incluye todos los actos cometidos por particulares, incluyendo padres, tutores o encargados y cualquier otro actor no estatal.

Este deber de investigación, tiene que ser desarrollado por el Estado de manera que cumpla su función específica de identificar a los responsables, garantizar la completa y exhaustiva investigación por todos los medios a su alcance y que logre establecer la veracidad de los hechos. El Estado no puede investigar de cualquier forma una violación de derechos humanos, sino lo debe hacer a través de la debida diligencia de la investigación. Este deber comprende una serie de estándares internacionales y de instrumentos que deben aplicarse, al momento del desarrollo de una investigación[40].

La corte IDH indica que: El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado. Sin embargo, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios[41]. A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar ex officio y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva[42]. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles, y ser orientada a la determinación de la verdad. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte recuerda que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos.

De otra parte, el Tribunal Interamericano ha advertido que esta obligación se mantiene "cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son

38 Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Fondo,257 para. 176, y Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, párr. 76.
39 Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, párr. 145, y Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, párr. 78.
40 Entre otros instrumentos internacionales que deben utilizarse para la investigación de defensores de derechos humanos tenemos: a) El Protocolo de Minnesota o Manual para la investigación eficaz de las ejecuciones sumarias, arbitrarias o ilegales. B) El Protocolo de Estambul o Manual para la investigación de los actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.
41 Cfr. Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, supra, párr. 177, y Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 178.
42 Cfr. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 219, 222 y 223, y Caso J. vs. Perú. párr. 342.

investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado"[43].

Para la CORTE IDH "la eficiente determinación de la verdad en el marco de la obligación de investigar una muerte, debe mostrarse desde las primeras diligencias con toda acuciosidad[44].

En este sentido, el Tribunal Americano ha especificado los principios rectores que es preciso observar en una investigación cuando se está frente a una muerte violenta. Las autoridades estatales que conducen una investigación de este tipo deben intentar, como mínimo, inter alía:

- identificar a la víctima;
- recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal a inculpar a los responsables;
- identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga;
- Determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte, y Distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio[45];
- Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados[46]. Este Tribunal ha establecido que la falta de protección adecuada de la escena del crimen puede afectar la investigación, por tratarse de un elemento fundamental para su buen curso[47].

En conclusión, una vez que un niño, niña o adolescente ha sufrido violencia y se ha violado un derecho, el Estado tiene la obligación de:

Investigar por todos los medios a su alcance y conforme el principio de debida diligencia en la investigación, los hechos, para establecer la verdad histórica, identificar a los autores de la violación y enjuiciarlos para determinar sus responsabilidades.

43 Cfr. Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, supra, párr. 177, y Caso Luna López, párr. 155.
44 Cfr. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 120; Caso González y otras ("Campo Algodonero"), supra, párr. 300, y Caso Luna López, supra, párr. 159.
45 Caso María Isabel Franco Vs Guatemala. párr. 191.
46 Cfr. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 127; Caso González y otras ("Campo Algodonero"), supra, párr. 300, y Caso Luna López, supra, nota al pie de página 256.
47 Cfr. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 166, y Caso Luna López, supra, párr. 164.

- para garantizar un debido proceso, debe facilitar todos los medios necesarios para proteger a testigos y familiares de las víctimas de hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso, evitar el esclarecimiento de los hechos y encubrir a los responsables de los mismos, pues de lo contrario eso tendría un efecto amedrentador e intimidante en quienes investigan y en quienes podrían ser testigos, afectando seriamente la efectividad de la investigación[48].

- las amenazas e intimidaciones sufridas por niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos en el proceso interno no pueden verse aisladamente, sino deben considerarse en el marco de obstaculizaciones de la investigación del caso. Por ende, tales hechos se convierten en otro medio para perpetuar la impunidad e impedir que se conozca la verdad de lo ocurrido.

- De igual modo, es criterio de la Corte que para que una investigación sea efectiva, las personas encargadas de la misma deben de ser independientes, tanto jerárquica e institucionalmente, como en la práctica, de aquellas personas implicadas en los hechos que se investigan.

El Comité de los Derechos del Niño en su Observación General No. 13, indica:

> "**51. Investigación**. La investigación de los casos de violencia notificados por el niño, un representante del niño o un tercero, debe estar a cargo de profesionales cualificados que hayan recibido una formación amplia y específica para ello y debe obedecer a un enfoque basado en los derechos del niño y en sus necesidades. Se han de adoptar procedimientos de investigación rigurosos pero adaptados a los niños para identificar correctamente los casos de violencia y aportar pruebas a procesos administrativos, civiles, penales o de protección de menores. Se ha de extremar la prudencia para no perjudicar al niño causándole ulteriores daños con el proceso de investigación. Con ese fin, todas las partes tienen la obligación de recabar las opiniones del niño y tenerlas debidamente en cuenta."

c. Debida diligencia en el juzgamiento y sanción de responsables de actos de violencia contra la niñez

Además, es necesario que se establezca un debido proceso legal y recursos eficaces y efectivos para reparar la violación. En ese sentido, los mecanismos judiciales eficaces son esenciales para garantizar el acceso a la protección y reparación. Desde sus primeras sentencias la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido como una obligación central contar con recursos idóneos y efectivos al indicar que **la garantía de un recurso efectivo "constituye uno de los pilares básicos del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática"**[49].

48 caso Kawas Fernández Vs. Honduras, supra, párr. 106, y Caso Gutiérrez y Familia Vs. Argentina. supra, párr. 118.
49 Corte I.D.H., Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, supra nota 132, párr. 24.

La jurisprudencia de derechos humanos ha establecido el concepto de efecto útil de los recursos: "no basta con que se prevea la existencia de recursos, si estos no resultan efectivos para combatir la violación de los derechos protegidos por la Convención[50]." **No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha identificado determinadas características esenciales con las que estas medidas deben contar para ser consideradas idóneas a la luz de la Convención Americana.

Así, ha postulado que debe tratarse de recursos

- sencillos
- urgentes
- informales
- accesibles y tramitados por órganos independientes
- que deben poder tramitarse como recursos individuales y como acciones cautelares a fin de resguardar los derechos
- que debe garantizarse una legitimación activa amplia a su respecto
- que deben ostentar la posibilidad de acceder a instancias judiciales nacionales ante el temor de parcialidad en el actuar de la justicia local y,
- por último, que debe preverse la aplicación de estas medidas de protección en consulta con los afectados[51].

De tratarse de acciones de protección de derechos fundamentales en casos que requieren de una respuesta urgente, la formalidad de la prueba no debe ser la misma que aquella que se demanda en los procesos ordinarios. Esto pues, la idea que subyace a esta tutela de tipo cautelar es que en el corto plazo se adopten las provisiones necesarias para la protección inmediata de los derechos en juego.

Los Estados deben asegurarse de no erigir barreras que impidan llevar casos o medidas cautelares ante los tribunales, especialmente cuando la vía judicial resulte esencial para la protección del derecho o la obtención de reparación.

50 Corte I.D.H., Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala), párr. 234.
51 CIDH. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. Parr.29

También deben asegurar que la corrupción judicial no obstruya la administración de justicia, que los tribunales sean independientes de presiones económicas o políticas de otros agentes del Estado y de actores no estatales (empresarios, seguridad privada, otros.), y que no se pongan obstáculos a las actividades legítimas y pacíficas de los defensores de los derechos humanos.

Los obstáculos legales que pueden impedir que se traten casos de violaciones de los derechos humanos pueden darse, por ejemplo, en las siguientes circunstancias[52]:

- Cuando los demandantes son víctimas de una denegación de justicia en un Estado de acogida y no pueden acceder a los tribunales del Estado de origen, independientemente del fundamento de la reclamación.

- Cuando los derechos humanos de ciertos grupos, como los pueblos indígenas y los migrantes, no reciben el mismo nivel de protección jurídica que los de la población mayoritaria (barreras idiomáticas, culturales, discriminación sistemática).

- Cuando los costos de presentar denuncias superan las posibilidades de las víctimas, como por ejemplo, cuando estas no pueden contratar un abogado en la defensa de sus derechos.

- Cuando los denunciantes tienen dificultades para conseguir representación letrada debido al hostigamiento, intimidación o asesinato de asesores legales que defienden a defensores de derechos humanos.

- Cuando no se dispone de opciones adecuadas para presentar reclamaciones conjuntas o establecer procedimientos de representación (como las demandas civiles colectivas y otros procedimientos de acción colectiva), lo cual impide que los denunciantes a título individual obtengan una reparación adecuada.

- Cuando los fiscales del Estado carecen de los recursos, los conocimientos especializados o el apoyo necesarios para cumplir las obligaciones del Estado de investigar la implicación de personas o empresas en delitos de derechos humanos.

Finalmente, el derecho al recurso debe observar el debido proceso. Para el sistema interamericano son elementos que integran el debido proceso legal:

- el derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto y la necesidad de garantizar la publicidad de la actuación administrativa.

- la existencia de un derecho al plazo razonable del proceso, tanto del proceso administrativo como judicial.

52 La mayoría de estas barreras se encuentran desarrolladas inicialmente por la Corte IDH en la Opinión Consultiva Número 11

La Corte IDH ha establecido que un retraso prolongado en un procedimiento administrativo o judicial configura, en principio, una vulneración del artículo 8 de la Convención y que, a fin de desvirtuar tal desenlace, el Estado debe probar que la demora del proceso se originó en la complejidad del caso o en la conducta de las partes.

En esta línea, el Tribunal ha considerado que para hablar de «recursos judiciales efectivos» no alcanza con que en los procesos se dicten resoluciones definitivas en las que se decida el resguardo de los derechos en juego, ya que la etapa de ejecución de tales decisiones también debe ser entendida como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. A la vez, la Corte ha sostenido que, en el caso de fallos en materia de acciones de garantía, atento a la particular naturaleza de los derechos protegidos, el obligado debe acatarlos en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias al efecto.

En el ámbito de niños, niñas y adolescentes, derivado de la posición de garante reforzada que tiene el Estado frente a los derechos de la niñez, y al deber de especial diligencia que existe frente a este grupo, la actuación de los órganos estatales debe SER PRIORITARIA y tiene que ser INMEDIATA, pues la postergación de una intervención adecuada puede dar lugar a DAÑOS IRREPARABLES.

La Observación General No. 13 del Comité de los Derechos del Niño, además indica:

> *"**56**. Cuando proceda, se deben establecer tribunales especializados de menores o de familia para los niños que hayan sido víctimas de violencia. Ello podría conllevar la creación de unidades especializadas en la policía, la judicatura y la fiscalía, con la posibilidad de prever adaptaciones en el proceso judicial para que los niños con discapacidad puedan participar en condiciones de igualdad y justicia. Todos los profesionales que trabajen con y para los niños e intervengan en esos casos deben recibir una formación interdisciplinaria especial sobre los derechos y las necesidades de los niños de diferentes grupos de edad, así como sobre los procedimientos más idóneos para ellos. Al tiempo que se aplica un enfoque multidisciplinario, se deben respetar las normas profesionales de confidencialidad. La decisión de separar a un niño de sus padres o de su entorno familiar solo debe adoptarse cuando redunde en el interés superior del niño (arts. 9 y 20, párr. 1). Ahora bien, en los casos de violencia en que los autores son los cuidadores principales del niño, con las salvaguardias relativas a los derechos del niño antes enumeradas, y en función de la gravedad de los hechos y de otros factores, la adopción de medidas de intervención de carácter social y educativo y de un criterio restaurativo suele ser preferible a la vía judicial exclusivamente punitiva. Deben preverse medios de reparación eficaces, como la indemnización de las víctimas y el acceso a mecanismos de reparación y de apelación o a mecanismos independientes de denuncia."*

d. No revictimización durante el proceso

Del principio de protección especial se desprende la obligación de no revictimizar a los niños, niñas o adolescentes durante el proceso. principio tiene un amplio reconocimiento internacional en distintas normativas:

"Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el presente Protocolo y, en particular, deberán:

a) Reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos;

b) Informar a los niños víctimas de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones y la resolución de la causa;

c) Autorizar la presentación y consideración de las opiniones, necesidades y preocupaciones de los niños víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales, de una manera compatible con las normas procesales de la legislación nacional;

d) Prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas;

e) Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional para evitar la divulgación de información que pueda conducir a su identificación;

f) Velar, en caso necesario, por la seguridad de los niños víctimas, así como por la de sus familias y los testigos a su favor, frente a intimidaciones y represalias;

g) Evitar las demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de las resoluciones o decretos por los que se conceda reparación a los niños víctimas."

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, en el capítulo XI, Derecho a ser protegido contra sufrimientos durante el proceso de justicia:

> **"29.** Los profesionales deberán tomar medidas para evitar sufrimientos a los niños víctimas y testigos de delitos durante el proceso de detección, instrucción y enjuiciamiento a fin de garantizar el respeto de su interés superior y su dignidad.

30. c) Garantizar que los juicios se celebren tan pronto como sea práctico, a menos que las demoras redunden en el interés superior del niño. La investigación de los delitos en los que estén implicados niños como víctimas y testigos también deberá realizarse de manera expedita y deberá haber procedimientos, leyes o reglamentos procesales para acelerar las causas en que esos niños estén involucrados.

d) Utilizar procedimientos idóneos para los niños, incluidas salas de entrevistas concebidas para ellos, servicios interdisciplinarios para niños víctimas de delitos integrados en un mismo lugar, salas de audiencia modificadas teniendo en cuenta a los niños testigos, recesos durante el testimonio de un niño, audiencias programadas a horas apropiadas para la edad y madurez del niño, un sistema apropiado de notificación para que el niño sólo comparezca ante el tribunal cuando sea necesario, y otras medidas que faciliten el testimonio del niño."

Finalmente, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia dispone medidas especiales para evitar la revictimización, las cuales deben adoptar los jueces y juezas. Estas se encuentran previstas en el artículo 116, y deben ser aplicadas en todos los procedimientos judiciales donde intervienen niños, niñas o adolescentes (en materia penal, civil, otras):

a) Ser escuchado en su idioma en todas las etapas del proceso y que su opinión y versiones sean tomadas en cuenta y consideradas en la resolución que dicte el juzgado, debiendo en su caso, estar presente un intérprete.

b) No ser abrigado en institución pública o privada, sino mediante declaración de autoridad competente, previo a agotar las demás opciones de colocación.

Asimismo, no podrán, bajo ninguna circunstancia, ser internados en instituciones destinadas a adolescentes en conflicto con la ley penal, incurriendo en responsabilidad los funcionarios que no cumplieren esta disposición.

c) Asistir a las audiencias judiciales programadas, acompañado por un trabajador social, psicólogo o cualquier otro profesional similar.

d) Recibir información clara y precisa en su idioma materno, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como del contenido y las razones de cada una de las decisiones.

e) Que todo procedimiento sea desarrollado **sin demora**.

f) La justificación y determinación de la medida de protección ordenada. En la resolución en la que se le determine la medida de protección, el juez le deberá explicar, de acuerdo a su edad y madurez, el motivo por el cual fue seleccionada esta medida.

g) Una jurisdicción especializada.

h) La discreción y reserva de las actuaciones.

i) Tener y seleccionar un intérprete cuando fuere el caso.

j) A no ser separado de sus padres o responsables contra la voluntad de estos, excepto cuando el juez determine, previa investigación de los antecedentes, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, en caso en que éste sea objeto de maltrato o descuido.

k) A evitar que sea **revictimizado al confrontarse con su agresor en cualquier etapa del proceso**."

En conclusión, bajo este principio es posible adoptar medidas especiales en el proceso para evitar sufrimientos innecesarios. En lo relativo al tratamiento que el sistema de justicia debe dar a los niños, niñas o adolescentes víctimas de delitos, los instrumentos internacionales[53] establecen que:

1 ► Los niños deben ser tratados con tacto y sensibilidad tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas, su edad, sexo, impedimentos físicos y nivel de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral. Este trato debe responder a sus propias necesidades, deseos y sentimientos personales.

2 ► La injerencia en la vida privada del niño deberá limitarse al mínimo necesario, así como su aparición en público.

3 ► A fin de evitar mayores sufrimientos, las entrevistas, exámenes y demás tipos de investigación deberán ser realizados por profesionales capacitados que actúen con tacto, respeto y rigor.

El juez no debe realizar la entrevista sino las personas especializadas en el tratamiento de niños, niñas o adolescentes con el objeto de evitar su revictimización y la utilización de la cámara Gesell. Existe amplio criterio jurisprudencial que ha avalado la toma de la declaración de los niños, niñas o adolescentes víctimas con la utilización de la Cámara Gesell o dispositivos similares, lo cual además ha sido aconsejado por las directivas de la Corte Suprema de Justicia para que la declaración del niño sea considerada como una prueba irreproducible (con las garantías legales para el imputado resguardadas adecuadamente), evitándose de ese modo la reiteración de la declaración. Debe garantizarse también, ya en otro plano, la continuidad en la intervención de los profesionales[54].

53 Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, capítulo V, directrices de la 10 a la 13.

54 Sentencia V. R.P y V.P.C. V. Nicaragua.

Lecturas Obligatorias

CIJ. El derecho a interponer recursos y a obtener reparación Pág. 115 a 161.

https://www.icj.org/wp-content/uploads/2020/07/Universal-PG-2-updated-Publications-Practitioners-Guide-Series-2020-SPA-1.pdf

CIDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

CEJIL. Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos.
Pág. 11 a 33.

https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/debida_diligencia_en_la_investigacion_de_graves_viol_a_dh.pdf

Nota orientativa del Secretario General de Naciones Unidas Reparaciones por la violencia sexual relacionada con los conflictos

https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/PeaceAndSecurity/ReparationsForCRSV_sp.pdf

Material de apoyo:

Reparación del daño en víctimas de delitos graves

Video:

https://www.youtube.com/watch?v=re1NYTfw6aE&t=524s

e. Deber de protección frente a la amenaza de derechos

Una obligación específica del Estado, es **la protección de los niños, niñas o adolescentes frente a las amenazas a violación de sus derechos**.

El deber de adoptar medidas de protección del Estado a favor de los niños, niñas o adolescentes se encuentra condicionado al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.

Para determinar si un funcionario ha cumplido con este deber es necesario evaluar:

a) si el funcionario tuvo oportunamente, o debió tener, conocimiento de la situación de riesgo real e inmediato de la víctima[55];

b) si, en su caso, tuvo posibilidades razonables de prevenir o evitar la consumación y, de ser así[56],

c) si concretó la diligencia debida con medidas o acciones para evitar la lesión de los derechos del niño, niña o adolescente amenazado en sus derechos.

Por ello, para evaluar la responsabilidad del funcionario en un caso concreto, se hace necesario examinar si, ante las denuncias de amenazas o violaciones a derechos de los niños, existió actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a esclarecer la denuncia o acto intimidatorio denunciado; si existen procedimientos adecuados para las denuncias y si estas conllevan una investigación efectiva desde las primeras horas. El examen referido debe

55 Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra, párr. 123, y Caso Luna López, supra, párr. 112.

56 Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra, párr. 123, y Caso de las Comunidades Afrodescendientes de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 224.

realizarse teniendo en consideración lo dicho acerca del deber estatal de actuar con estricta diligencia en la garantía de los derechos[57].

Asimismo, se debe evaluar si las autoridades estatales protegieron la integridad de las niñas, niños y adolescentes frente a la amenaza concreta que se denuncia.

En ese sentido, la Corte estima que los Estados deben disponer de adecuadas y efectivas medidas especiales de protección[58].

Para que **las medidas sean adecuadas** deben ser idóneas para enfrentar la situación de riesgo en que se encuentra el niño, niña o adolescente; y, para ser efectivas deben ser capaces de producir los resultados para el que han sido concebidos.

La Corte considera que para que se cumpla con el requisito de idoneidad es necesario que las medidas especiales de protección[59]:

a) sean acordes con el riesgo[60];

b) el nivel de riesgo debe ser objeto de una evaluación a fin de adoptar y monitorear las medidas que se encuentren vigentes;

c) deben poder ser modificadas según la variación de la intensidad de riesgo;

d) la modalidad de las medidas de protección debe ser acordada en consulta con el niño, niña o adolescente para concretar una intervención oportuna;

e) el enfoque de género y cultural debe tener especial importancia dentro del procedimiento de evaluación del riesgo, ya que podría traducirse en un impacto diferenciado del nivel de riesgo, y en la implementación de las medidas de protección.

57 Caso María Isabel Veliz Franco vs. Guatemala y Caso Campo Algodonero vs. México
58 Corte IDH. Defensores de derechos humanos vs. Guatemala. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Par. 157
59 Corte IDH. Defensores de derechos humanos vs. Guatemala. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Par. 157
60 Caso Nogueira de Cavalho y otros Vs. Brasil, párr. 77, y Caso Luna López Vs. Honduras, párr. 127

En cuanto a la efectividad de las medidas resulta esencial:

a) Una respuesta estatal inmediata desde el primer momento en que se tiene conocimiento de la existencia del riesgo, para que sea oportuna;

b) Que las personas que intervienen cuenten con la capacitación y entrenamiento necesarios para desempeñar sus funciones y estén conscientes de la importancia de sus acciones con relación a niños, niñas y adolescentes debe ser especializada y proporcional al riesgo que pudiera enfrentar

c) La aplicación de estos principios supone la necesidad de contar con unidades especializadas, personal capacitado y protocolos adaptados a la niñez en los sectores y entidades que están llamados a operar ante contextos de inseguridad y violencia, en particular las fuerzas de seguridad del Estado y el sector justicia [61] y

d) Deben estar en vigor durante el tiempo que las víctimas de violencia o amenazas lo necesiten.

f. Deber de reparación

Esta obligación estatal aparece claramente establecida en el artículo **62.1** de la Convención Americana de Derechos Humanos, en donde se establece que toda sentencia de reparación o protección de derechos humanos debe garantizar, a la parte lesionada, que no se continuará con la violación de su derecho.

Por lo tanto, la garantía de reparación es un deber que emerge en el momento mismo que el Estado toma conocimiento de la violación, pues su intervención y los recursos disponibles deben ser idóneos y efectivos para proteger el derecho humano. En consecuencia, tanto durante la tramitación del proceso, como cuando se emita una sentencia, la decisión adoptada por el juez tiene que ser cumplida y ejecutada en forma íntegra y precisa.

Esta garantía de no repetición, que refuerza el deber de protección especial, puede enmarcarse en la posición de garante reforzada que dimana toda actuación con relación a los derechos del niño.

El deber de proveer reparación tiene la categoría de principio de derecho internacional según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ocurra la violación de un derecho protegido por la Convención Americana de Derechos Humanos y esto involucra la obligación de hacer reparación en forma adecuada[62].

61 Ver por ejemplo CIDH, Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas, párr. 32, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 54/13, 17 octubre 2013, párrs. 201 y ss. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 78 y 79

62 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Memorando sobre reparaciones, Washington, D.C., 15 de julio de 2005. Capítulo sobre reparación

Refleja **una norma consuetudinaria** que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados[63].

Una vez que se ha establecido la responsabilidad en cuanto a vulneración de derechos humanos, surge a cargo del Estado la obligación de reparar y de hacer cesar las consecuencias de dicha violación[64].

De conformidad con la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, las reparaciones "son el conjunto de medidas que tienden a restablecer la situación que existiría si ciertos hechos dañosos no se hubieran producido". El objetivo de las diferentes medidas de reparación es superar los daños que pudo haber causado la violación de derechos. Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como moral. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para las víctimas o sus sucesores[65] .

La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (restitutio in integrum). Es deber del Estado garantizar que el autor del delito satisfaga adecuadamente la reparación digna.

Por ello, el concepto de reparación digna que se encuentra contemplado en el artículo 124 del CPP, tiene que satisfacer los estándares internacionales en materia de derechos humanos establecido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Según la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el derecho a la reparación contempla cinco grandes categorías:

a) en primer lugar, la restitución de todos los derechos que fueron conculcados por la violación;

b) cuando la restitución no fuere posible, la indemnización;

c) las medidas de satisfacción o dignificación a la víctima;

d) garantía de no repetición;

63 Corte Idh. Caso de la Panel Blanca. Paniagua Morales y otros vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2001.párr. 78.
64 Camilo Mejía Gómez, La Reparación Integral Con Énfasis en las Medidas de Reparación No Pecuniarias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2005. Pág. 20 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Reparaciones y Costas Caso del Caracazo Vs. Venezuela, 29 de agosto de 2002. Párr. 77. 26Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Reparaciones y Costas Caso del Caracazo Vs. Venezuela, 29 de agosto de 2002. Párr. 77. BOLLECKER, citado en: MEJIA GOMEZ, Camilo, Op. Cit. Pág. 27 27Informe definitivo presentado por Theo Van Boven, Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Naciones Unidas Distr. General E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993. Principio3.
65 Corte IDH. Caso panel Blanca. op.cit. parr.79.

e) las costas y gastos incurridos en la procuración de la justicia;

f) debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones y los daños causados.

Las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, establece en el capítulo XIII, Derecho a la reparación:

> **"35.** Siempre que sea posible, los niños víctimas y testigos de delitos deberán recibir reparación, a fin de conseguir su plena indemnización, reinserción y recuperación.
>
> Los procedimientos para obtener y hacer ejecutoria una reparación, deberán ser fácilmente accesibles y adaptados a los niños.
>
> **36.** Siempre y cuando los procedimientos estén adaptados a los niños y se respeten las presentes Directrices, se deberán fomentar procedimientos penales y de reparación combinados, junto con mecanismos extrajudiciales y comunitarios como los de justicia restaurativa.
>
> **37.** La reparación puede incluir el resarcimiento por parte del delincuente por orden judicial, ayuda proveniente de los programas de indemnización de las víctimas administrados por el Estado y el pago de daños y perjuicios ordenado en procedimientos civiles. Siempre que sea posible, se deberá considerar el costo de la reinserción social y educacional, el tratamiento médico, la atención de salud mental y los servicios jurídicos. Deberán establecerse procedimientos que garanticen que la ejecución de las órdenes de reparación y el pago en concepto de reparación se anteponga a la de la multa."

g. Restitución

La restitución o restitutio in integrum, impone volver las cosas al estado que se encontraban antes de la violación. Las órdenes de restitución pueden implicar, por ejemplo, devolución del derecho de propiedad o la restitución del derecho a la libertad o cualquier otro derecho que sea vulnerado.

La restitución incluye todas las medidas posibles para restablecer, en lo posible, la situación en que se hallaba la víctima antes de las violaciones de los derechos humanos[66].

Indemnización compensatoria

Regularmente, el retorno de la situación al **status quo ante** resulta imposible, por lo que debe darse la indemnización, que es una compensación por los daños y perjuicios causados. La Corte Interamericana de Protección de Derechos Humanos entiende la indemnización integrada por las categorías de:

66 Theo Van Boven, Óp. Cit. Principio 8.

- daño material,
- daño moral o inmaterial y
- daño al proyecto de vida[67].

Daño material

El concepto de daño material tiene que ver directamente con los daños valuables o determinables en dinero.

LA CORTE IDH lo ha definido:

> *"El daño material supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso; para lo cual la Corte fijará un monto indemnizatorio que busque compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones que han sido declaradas en las sentencia".*

67 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo vs. Perú

Se divide en dos grandes componentes: el daño emergente y el lucro cesante (perjuicios)

DAÑO EMERGENTE

- El daño emergente son las pérdidas patrimoniales sufridas directamente generadas por el delito (ejemplo, operaciones quirúgicas, tratamientos médicos, otros) también puede conllevar las pérdidas de brazos, piernas, por citar algunas.
- Theo Van Boven propone algunos de los daños a considerar:
  - ❖ daños físicos o mentales,
  - ❖ gastos médicos y otros gastos razonables para la rehabilitación,
  - ❖ daños a los bienes o comercios,
  - ❖ daños a la reputación o la dignidad, y
  - ❖ gastos y honorarios razonables de asistencia letrada o de expertos para interponer un recurso.

LUCRO CESANTE

- El lucro cesante son los ingresos legítimos que la persona dejó de percibir o dejará de percibir como consecuencia del daño sufrido (por ejemplo, la incapacidad permanente impedirá que vuelva a trabajar, o que únicamente pueda trabajar a un 30% de su capacidad anterior). Por lo tanto, el lucro cesante debe contemplarse sobre la expectativa de vida de la persona y los daños que se ocasionaran a futuro.
- Van Boven señala:
  - ❖ pérdida de oportunidades, incluida la posibilidad de realizar estudios,
  - ❖ pérdida de ingresos y de la capacidad de ganarse la vida, e
  - ❖ intereses generados sobre las cantidades no percibidas legítimamente.

Dentro del daño material, específicamente, uno de los puntos más importantes del lucro cesante, es la Rehabilitación. La rehabilitación le permite a la persona recuperar su vida y seguir adelante, construir un nuevo proyecto de vida, restaurar su dignidad y reputación.

La rehabilitación debe incluir la atención y los servicios jurídicos, médicos, psicológicos y de otra índole, así como las medidas necesarias para restablecer la dignidad y la reputación de las víctimas.

Daño inmaterial o moral

El daño moral es una categoría más abstracta, su ponderación es en equidad. Compensa todos los sufrimientos, humillaciones y dolores causados por el hecho, o los que se les provocará en su calidad de vida. Esta dimensión es valorada exclusivamente atendiendo a criterios de equidad. Por ejemplo, cómo se puede compensar el sufrimiento de una niña que ha tenido que drogarse o sufrir explotación sexual, que ha sido obligada a sostener relaciones sexuales por diez o más horas diariamente durante varios años.

La CIDH lo conceptualiza así:

> *"El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. Dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero"*[68].

Para calcular el daño moral, la Corte ha indicado que la "jurisprudencia puede servir de orientación para establecer principios en esta materia, aunque no puede invocarse como criterio unívoco a seguir porque cada caso debe analizarse en sus especificidades"[69] . Por ello, en la fijación del daño moral, los jueces deben consultar la jurisprudencia de la Corte Interamericana en los casos similares.

Daño al proyecto de vida

Además, junto a estas dos categorías la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha creado la categoría de daño al proyecto de vida, que reconoce aquellos daños que ocasiona la violación que impiden a la persona poder aspirar a alcanzar sus metas o ideales. Por ejemplo, si la persona ya no puede estudiar porque la lesión le causó un impedimento psicológico. En estos casos, se estimaría la pérdida conforme lo que la persona hubiera podido alcanzar como potencialidad.

68 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta Vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Parr. 216.;
69 Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, Voto Razonado Conjunto Sentencia Caso Loayza Tamayo,Párrs. 9-11 y 17.

En palabras de una víctima:

> "Para mí, el daño al proyecto de vida es no sólo causarle a la persona un daño en su desarrollo personal sino también un daño psicológico muy grande. Es como matar el cerebro de la persona, amarrarla, como poner una enorme piedra a una plantita que está creciendo y sofocarla. Es una gran frustración; si le robas la ilusión a una persona, le robas las ganas de vivir y hasta el sentido a la vida.[70]

En consecuencia, el juez, junto a las categorías de daño material e inmaterial, debe contemplar el daño al proyecto de vida. Esta categoría ha sido reconocida desde la sentencia de la Corte Interamericana de Protección de Derechos Humanos en el caso Loayza Tamayo, y configura una forma de poder llegar a la valoración integral del daño que se causa a un niño, niña o adolescente.

El daño al proyecto de vida, es todo aquello que le impide realizarse como persona en un proyecto profesional, físico, psíquico, académico y hasta familiar. Un acto de autoridad arbitrario, no solo le destruye su entorno, sino también su presente y su futuro.

Medidas de dignificación o satisfacción

La determinación de las reparaciones debe tener presente la integralidad de la personalidad de la víctima y el impacto sobre esta de la violación de sus derechos humanos, hay que partir de una perspectiva integral y no solo patrimonial de sus potencialidades y capacidades[71]. Las medidas de dignificación son de carácter no pecuniario, tienen como objetivo reparar el daño inmaterial causado, reivindicar la dignidad de las víctimas y de sus familiares, y por ende superar o aliviar al menos el dolor, la angustia y la tristeza causadas por las violaciones.

> *"Actos u obras de alcance o repercusión públicas, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir"[72].*

La dignificación incluye la cesación de las violaciones aún existentes, disculpas públicas, así como el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de la responsabilidad; la celebración de conmemoraciones y homenajes a las víctimas; el establecimiento de placas, el nombramiento de calles y todo aquello que la víctima considere necesario[73].

El artículo 63 (1) de la Convención Americana de Derechos Humanos posibilita y requiere que se amplíen, y no que se reduzcan, las reparaciones en su multiplicidad de formas. "La fijación de las reparaciones debe

70 Cantoral Benavides. Víctima de violación a los derechos humanos
71 36Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, Voto Razonado Conjunto Sentencia Caso Loayza Tamayo,Párrs. 9-11 y 17.
72 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso de los "Niños de la Calle", Párr. 84.
73 Theo Van Boven, Óp. Cit. Principio 11.

basarse en la consideración de la víctima como ser humano integral, y no en la perspectiva degradada del *homo economicus* de nuestros días".

Garantías de no Repetición

El delito, si no se sanciona o repara, deja a la víctima sujeta a potenciales nuevas violaciones. Por ello, el juez tiene el deber de asegurar que el hecho delictivo o la violación al derecho humano no se repitan. Desde este punto de vista, las garantías de no repetición tienen una dimensión individual y colectiva.

En las garantías de no repetición el juez puede ordenar a las instituciones estatales todas aquellas medidas necesarias para proteger al niño, niña o adolescente de nuevas violaciones. Por ello, las garantías de no repetición son medidas de índole legislativa administrativa o humanitarias encaminadas a establecer condiciones para que violaciones como las que se presentaron no se repitan.

En ese marco, actualmente la Corte Interamericana de Protección de Derechos Humanos considera que el enfoque de la reparación ya no es exclusivamente de RESTITUTIO IN INTEGRUM, sino debe ser transformador.

En el caso Veliz Franco la Corte ordenó como garantía de no repetición:

> "la implementación de programas de formación y capacitación para funcionarios estatales, en un plazo razonable, para funcionarios públicos pertenecientes al Poder Judicial, Ministerio Público y Policía Nacional Civil que estén vinculados a la investigación de actos de homicidio de mujeres sobre estándares en materia de prevención, eventual sanción y erradicación de homicidios de mujeres y capacitarlos sobre la debida aplicación de la normativa pertinente en la materia"[74].

Costas y gastos

La Corte IDH conforme a su jurisprudencia[75], ha declarado que las costas y gastos hacen parte del concepto de reparación, toda vez que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implican erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria[76].

74 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO VELIZ FRANCO Y OTROS VS. GUATEMALA SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Párr.275

75 Cfr. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 79, y Liakat Ali Alibux, supra, párr. 418.

76 Corte interamericana de Derechos Humanos. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala Sentencia de 19 de mayo de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Párr.299. Cfr. Además Caso Reverón Trujillo, párr. 176, y Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador, párr. 344.
Corte interamericana de Derechos Humanos. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala Sentencia de 19 de mayo de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Párr.275
Corte interamericana de Derechos Humanos. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala Sentencia de 19 de mayo de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Párr.305

Prueba de la reparación

Es importante reseñar la prueba del daño en la jurisprudencia de la Corte.

En primer lugar, "en lo que se refiere al daño inmaterial, este Tribunal ha sostenido que el daño inmaterial resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona que padece una violación a sus derechos humanos experimente un sufrimiento"[77]. Por lo tanto, no necesita ser probado, ni comprobantes y su fijación deviene en equidad por el tribunal.

En relación a la prueba de gastos funerarios, médicos, etcétera cuando la víctima carece de facturas o comprobantes de pago, la CORTE ha reiterado en distintas sentencias que ante la ausencia de comprobantes de gastos médicos, funerarios o de otra índole, la corte reconoce estos gastos basados en la equidad y tomando como parámetro situaciones similares[78].

Igualmente, en la determinación de ingresos en los casos de menores de edad, ante la ausencia de comprobantes e ingresos de los niños, niñas y adolescentes, la Corte los fija en equidad y tomando en atención, los posibles ingresos futuros. Así en el Caso de María Isabel Veliz Franco, determinó en equidad, la cantidad de US$220,000.00 (doscientos veinte mil dólares de los Estados Unidos, en concepto de daño material por su muerte).

Para finalizar este apartado, es importante que juezas y jueces tengan en cuenta que no deben esperar al final del proceso para generar medidas reparadoras en favor de las niñas, niños y adolescentes; en ese sentido, la Observación General No. 13, establece en el párrafo 55, puede consistir en órdenes judiciales de indemnización y rehabilitación para niños víctimas de actos de violencia en sus diferentes formas. Además la misma observación indica que las medidas de protección deberían comprender el "tratamiento", entendiendo por este:

"52. Tratamiento. El tratamiento es uno de los muchos servicios necesarios para "promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social" del niño víctima de violencia, y debe llevarse a cabo "en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño" (art. 39). En este sentido, es importante: a) recabar la opinión del niño y tenerla debidamente en cuenta; b) velar por la seguridad del niño; c) contemplar la posibilidad de que sea necesario colocar inmediatamente al niño en un entorno seguro, y d) tener en cuenta los efectos previsibles de las posibles intervenciones en el bienestar, la salud y el desarrollo del niño a largo plazo. Una vez diagnosticado el maltrato, es posible que el niño necesite servicios y atención médica, psiquiátrica y jurídica, y posteriormente un seguimiento a más largo plazo. Hay que organizar toda una serie de servicios, entre ellos entrevistas con todos los familiares y otras prácticas similares…."

77 Corte interamericana de derechos humanos. Caso veliz franco y otros vs. Guatemala Sentencia de 19 de mayo de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Párr.299. Cfr. Además Caso Reverón Trujillo, párr. 176, y Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador, párr. 344.

78 Corte Interamericana de Derechos Humanos. caso veliz franco y otros vs. Guatemala sentencia de 19 de mayo de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) párr.275
Corte Interamericana de Derechos Humanos. caso veliz franco y otros vs. Guatemala sentencia de 19 de mayo de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Párr.296.

Es decir, el acceso a la justicia y la protección incluyen el acceso a servicios desde la detección del caso de violencia o la presentación de la denuncia, es papel de juezas y jueces , cómo garantes de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, velar que antes de iniciar el proceso de protección los niños y niñas ya tengan acceso a los servicios; no es así generar las decisiones necesarias para la derivación a dichos servicios, como se mencionó anteriormente, no se puede hablar de acceso a la justicia de niñas y niños víctimas de violencia, sin que tengan acceso a servicios.

Como conclusión, podemos señalar que la obligación del Estado de proteger a la niñez y adolescencia está sustentada en garantías constitucionales, en la normativa internacional suscrita y ratificada por el Estado en materia de Niñez y Adolescencia y que está desarrollada en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (Art. 259) y en diversas normativas nacionales que se complementan con el Código de Migración (Art. 39) y, es importante recordar, que establece a la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia como la autoridad rectora de los servicios de protección especial, es decir los servicios a niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia.

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Unidad II

Sistemas de protección a la niñez y adolescencia (social, estatal, judicial)

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia Sverige

unicef GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Unidad II

Sistemas de protección a la niñez y adolescencia (social, estatal, judicial).

Introducción:

Un sistema de protección es un mecanismo creado a partir de la Ley, que involucra diferentes actores de la sociedad que tienen la responsabilidad de implementar directrices, planes, proyectos y acciones encaminadas a prevenir y proteger sobre riesgos y buscar la protección integral de las personas objetivo, que en el presente caso son los niños, niñas y adolescentes.

Para dar cumplimiento a la obligación de protección, fundamentado en la norma constitucional, el Estado guatemalteco ha creado un sistema de protección a los derechos de la niñez y adolescencia, que no lo denomina de forma específica como sistema, sin embargo, el artículo 80 de la Ley de protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece: "La protección integral de los niños, niñas y adolescentes deberá realizarse a nivel social, económico y jurídico." Las acciones administrativas que desarrolla el libro II, nominado: Organismos de Protección Integral; tienen el fin de propiciar la vigencia efectiva de los derechos de la niñez y la adolescencia, se realizarán mediante la formulación, ejecución y control de las políticas públicas desarrolladas por el Estado con participación de la sociedad. por ello se afirma que al abarcar lo social, económico y jurídico, además de establecer un sistema de normas, órganos y mecanismos de control, con carácter autónomo y con un objetivo específico que es la protección de los

derechos humanos de la niñez y adolescencia, que se desarrolla en el plano nacional e internacional, estamos frente a un Sistema de Protección de la Niñez y Adolescencia.

Dentro de los elementos que deben considerarse para reconocer la obligación del Estado de contar con un sistema de protección a la niñez y adolescencia, están: el derecho de las niñas, niños y adolescentes a su protección integral, el derecho a la protección integral de la niñez y adolescencia desde su dimensión objetiva, las medidas legislativas, las medidas administrativas y de otra índole, que analizaremos separadamente.

1. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a su protección integral

La Convención sobre los Derechos del Niño -CDN-, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, constituye el Tratado Internacional de Derechos Humanos, que recoge la doctrina de la protección integral y representa un nuevo paradigma sobre la perspectiva de la infancia en sustitución de la doctrina de la situación irregular.

Con fundamento en estudios de diversas disciplinas, la protección integral considera a la niñez y adolescencia en atención a sus diferencias físicas o biológicas, psicológicas (emocionales, afectivas, cognitivas y cognoscitivas), pero también económicas, sociales, morales y espirituales. Tiene fundamento en los principios universales de dignidad, igualdad, equidad y justicia social, y en los principios particulares de no discriminación, interés superior, participación y desarrollo integral.

La CDN reafirma que algunos derechos ya establecidos de forma general en otros tratados internacionales, entre ellos fundamentalmente: la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos

Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se presentan de forma integral en éste instrumento, para garantizar estos derechos particulares de las niñas, niños y adolescentes.

Así también la CDN incorpora y reconfigura derechos reconocidos en otras declaraciones y ofrece un marco general de interpretación de una normativa precedente. Los párrafos cuarto y quinto del preámbulo de la CDN aluden al derecho del niño a la protección, atención y cuidados especiales, consagrado por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y por las Declaraciones de 1923 y 1959 sobre los Derechos del Niño.

Por ejemplo, la Declaración de 1959 dispone que el interés superior del niño debe ser: "la consideración fundamental" únicamente en cuanto a "la promulgación de leyes" destinadas a la protección y bienestar del niño. La CDN amplía el alcance de este principio que, a tenor del artículo 3. (1) debe inspirar no sólo a la legislación sino también a "todas las medidas concernientes... Otro ejemplo es el artículo 37 (b) de la Convención que dispone en su parte pertinente que "La detención, encarcelamiento y/o prisión de un niño se utilizará tan sólo como último recurso y por el período más breve que proceda". Antes de ser añadido a la CDN este principio o derecho sólo figuraba en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia o Reglas de Beijing.[1]

Si bien es innegable su trascendencia normativa, su valor social y político es de igual o mayor importancia. *"No son sólo razones de carácter estrictamente jurídicas las que explican la importancia de la Convención."*[2] *"La Convención representa un valioso avance en el reconocimiento de los derechos del niño, aunque su verdadero valor no puede ser reducido a sus aportes a la normativa internacional."*[3]

1 O´Donell, Daniel. **La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido**. Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia CONAMAJ, Escuela Judicial, UNICEF. Costa Rica (2001) Pág. 24.

2 García Méndez, Emilio. **Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral**. Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia (1994) Pág. 78.

3 O´Donell, Daniel. **La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido**. Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia CONAMAJ, Escuela Judicial, UNICEF, Costa Rica (2001) Pág. 27.

El reconocimiento de la protección integral en la CDN, constituye en primer lugar, una reestructuración del status de las niñas, niños y adolescentes de objetos de tutela, compasión o represión, a titulares o sujetos de derechos humanos, lo que significa también un cambio en la perspectiva, el enfoque de estudio y abordaje político y social; y en segundo lugar, una reconfiguración del rol de los Estados estableciendo obligaciones especiales y reforzadas para lograr dicha protección, en atención a las diferencias de las niñas, niños y adolescentes, mediante la adopción de medidas generales de aplicación.

Ambos aspectos configuran la doble naturaleza de la protección integral como un derecho humano, no sólo en cuanto otorga una facultad a las niñas, niños y adolescentes, sino que a un mismo tiempo incorpora un orden objetivo de deberes positivos por parte del mismo Estado.

Este posicionamiento de las niñas, niños y adolescentes como sujetos, los hace titulares de derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) así como de titulares de derechos subjetivos en las diversas relaciones jurídicas, dentro una protección que considera el reconocimiento de su autonomía progresiva conforme su edad y madurez.

Con la incorporación de la doctrina de protección integral, se considera al niño sujeto de derecho, lo que implica que se le reconocen derechos autónomos, con capacidad para ejercerlos por sí mismo, de acuerdo con la evolución y desarrollo de sus facultades.[4]

Si bien la protección integral del niño constituye toda una doctrina con principios básicos (no discriminación, interés superior, derecho de opinión y derecho a la vida, supervivencia y desarrollo), es a su vez un derecho humano autónomo que precisa ser entendido y delimitado.

4 Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. **Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos**. Págs. 117-137.

El contenido de los derechos de la niñez y adolescencia involucra una serie de posibilidades de actuación, un conjunto de facultades y libertades propias e inherentes que configuran y delimitan cada derecho.

Para delimitar el contenido de cualquier derecho deben tenerse presentes dos elementos: el identificar el ámbito de la realidad al que se alude y fijar lo que se entiende por éste; y el tratamiento jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho, fijando su contenido y el alcance que se da a su protección.[5]

En esa consideración debe señalarse que la protección integral como derecho de las niñas, niños y adolescentes, constituye un ámbito amplio constituido por diversas realidades. Es un derecho dotado de todas las características de los derechos humanos (universal e inherente, indisponible e irrenunciable). Es un derecho de la niña, niño o adolescente, (individual) y de un grupo de niñas, niños o adolescentes, o de todos ellos así considerados (colectivo). Su enfoque integral le relaciona con el disfrute pleno y efectivo de **todos los derechos** y con el **desarrollo holístico de la niña, niño o adolescente**.

En ese ámbito amplio del derecho a la protección integral, se encuentran todas las realidades vinculadas con la eficacia del derecho a la supervivencia, al desarrollo de su personalidad y al desarrollo y participación social; así también vinculadas a la eficacia de todos los derechos frente a situaciones de mayor vulnerabilidad o violencia. Es por ello que el derecho a la protección integral se compone de una protección social y una protección especial, que la Ley de Protección Integral de la Niñez y adolescencia en Guatemala, incorpora al ser aprobada con posterioridad a la aprobación de la CDN.

5 De Otto y Pardo, Ignacio. Citado por: Nogueira Alcalá, Humberto. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales.

2. El derecho a la protección integral de la niñez y adolescencia desde su dimensión objetiva

Desde una dimensión objetiva, la protección integral es entendida como un conjunto de obligaciones del Estado, la familia y la sociedad, frente a las niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos. *"El carácter objetivo de los derechos se desprende que la garantía de que su vigencia no puede limitarse a la posibilidad de ejercicio de pretensiones por parte de las personas, sino que debe ser también asumido por el Estado."*[6]

Al proteger los derechos y libertades, la CDN ha seguido en la mayoría de los casos la fórmula de señalar esa dimensión objetiva; es decir, el contenido de las obligaciones mayormente de los Estados. *"Al menos 11 artículos de la CDN son dedicados a diversos aspectos de la relación entre Estado, familia y niño, explicitando el papel de la familia en cuanto corresponsable con el Estado en la realización de algunos de los derechos del niño, trazando los límites de la autoridad paterna y materna frente a la autonomía y el bienestar del niño, y, finalmente, definiendo las responsabilidades del Estado en la tutela de esos límites."*[7]

Lo mismo ocurre con el Comité de los Derechos del Niño -CRC- (por sus siglas en inglés) cuyas Observaciones Generales en función de la interpretación del contenido de la CDN, desarrollan el contenido de las obligaciones de los Estados.

Haciendo una integración del corpus juris de derechos de la niñez y adolescencia, puede señalarse que la dimensión objetiva del derecho a la protección integral lo convierte en un deber y mandato

6 Nogueira Alcalá, Humberto. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. **Universidad Nacional Autónoma de México**. **Instituto de Investigaciones Jurídicas**. México. (2018) Pág. 84.

7 O´Donell, Daniel. **La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido**. Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia CONAMAJ, Escuela Judicial, UNICEF. Costa Rica (2001) Pág. 13.

concreto: ***en sentido positivo*** como deber de protegerlo y garantizarlo, ***y en sentido negativo***, como prohibición de afectarlo.

Esta dimensión se halla recogida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual señala:

"Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a ***respetar*** *los derechos y libertades reconocidos en ella* ***y a garantizar*** *su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción…"*

Al interpretar el contenido de dicho artículo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que corresponden al Estado obligaciones de respetar, proteger y garantizar dichos derechos:

"Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos." (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4).

"No basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre…" (Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205).

Respecto a la niñez y adolescencia, estas obligaciones constituyen deberes de desarrollar *"medidas apropiadas y eficaces"*, las cuales se encuentran previstas ***de forma específica*** en diversos enunciados de la CDN referidas a los derechos subjetivos de preservación familiar, protección contra la sus-

tracción internacional, asistencia a los padres en el desempeño de sus funciones parentales, protección contra la violencia, la prohibición de beneficios financieros por adopción, protección de los niños refugiados, derecho al máximo nivel de salud posible, seguridad social, educación, protección contra la explotación económica, explotación y abuso sexuales, entre otros; ***y de forma general*** en los artículo 3.2 y artículo 4, los cuales establecen:

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

"**4.** *Los Estados Parte adoptarán* ***todas las medidas*** *administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional."*

Los deberes del Estado respecto a la protección integral de la niñez y adolescencia se encuentran desarrollados también en otros instrumentos que conforman el corpus juris de protección, que establecen una serie de estándares internacionales o garantías mínimas.

Por ejemplo, la OG/5 del Comité de los Derechos del Niño -CRC- (por sus siglas en inglés), describe las medidas generales de aplicación del CDN. Estas medidas configuran una extensión amplia de la dimensión objetiva de los derechos de la niñez y adolescencia, es decir, el conjunto de deberes que deben cumplirse orientados por el interés superior, y que conciernen a todas las acciones y funciones del Estado, a los distintos órganos y a todos los sectores de la realidad social y política, en relación con las niñas, niños y adolescentes.

Otro ejemplo se puede identificar respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, la OG/5 del CRC, señala:

"**7.** *La segunda frase del artículo 4 refleja la aceptación realista de que la falta de recursos, financieros y de otra índole, puede entorpecer la plena aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales en algunos Estados; esto introduce la idea de la "realización progresiva" de tales derechos: los Estados tienen que poder demostrar que han adoptado medidas "hasta el máximo de los recursos de que dispongan" y, cuando sea necesario, que han solicitado la cooperación internacional."*

La CDN dentro de las medidas apropiadas y eficaces hace especial mención de las medidas *legislativas y administrativas*.

3. Las medidas legislativas

La adopción de medidas legislativas debe cumplir el deber del Estado de revisar su legislación interna y facilitar la aplicación de la CDN, mediante la creación leyes de desarrollo y la adecuación las materias de ley conforme el enfoque de protección integral.

Si bien la protección integral es un derecho de las niñas, niños y adolescentes, directamente aplicable y exigible tras la ratificación de la CDN por parte de los Estados, a fin de lograr su plena eficacia, deben adoptarse medidas legislativas cuando sea necesario.

Respecto a las medidas legislativas la OG/ 5 del Comité de los Derechos del Niño -CRC- (por sus siglas en inglés), señala:

"**18.** *El Comité considera que la revisión general de toda la legislación interna y las directrices administrativas conexas para garantizar el pleno cumplimiento de la Convención constituye una obligación…*

19. *Los Estados Parte tienen que hacer, por todos los medios adecuados, que las disposiciones de la Convención surtan efecto jurídico en el ordenamiento jurídico interno..."*

4. Las medidas administrativas y de otra índole

Comprenden una serie de elementos y mecanismos que pueden resumirse en la instauración de todo un *Sistema de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia*. Este sistema debe contemplar entre otros aspectos: unidades especializadas, la reunión de datos de gran alcance, la concienciación, la formación, la visibilidad de los niños en los presupuestos, la formulación, ejecución y evaluación de políticas, planes, estrategias, programas, servicios y acciones administrativas de protección, y fundamentalmente órganos de coordinación y supervisión.

La coordinación es uno de los elementos esenciales de las medidas administrativas, que involucra las diversas instituciones, poderes públicos y sociedad civil, los diversos sectores y disciplinas, así como los diferentes niveles de administración central, regional y local. Para logar dicha coordinación es necesario un ente responsable, considerando lo diverso del conjunto de actores involucrados en el Sistema de Protección, dicho ente responsable puede tratarse de un comité o una dependencia especial, si se le confiere autoridad de alto nivel.

Desde la Corte Suprema de Justicia y el Organismo Judicial se han establecido múltiples medidas administrativas necesarias para garantizar la atención especializada de niños, niñas y adolescentes y un ejemplo de ello es todo el andamiaje creado para garantizar el acceso a la justicia de la niñez y

adolescencia que requiere de protección especial, que aún necesita mayor impulso y alcance prioritariamente para los Juzgados de Paz de la República.

5. El sistema de protección integral de la niñez y adolescencia

Como hemos visto, el Estado se encuentra obligado a velar por la protección integral de la niñez y adolescencia, promoviendo la eficacia de sus derechos de acceso universal (protección social), así como su protección contra toda situación de violencia (protección especial).

La protección integral plantea una intervención del Estado que requiriere coordinaciones institucionales, interinstitucionales, intersectoriales a nivel horizontal y vertical, en las que se involucra también a organizaciones sociales, la familia y a los propios niños, niñas y adolescentes.

Dicha protección comprende la obligación de instaurar un Sistema de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el que se consideren las dimensiones o niveles de acción incluyendo los distintos actores, y esencialmente, se establezcan mecanismos y procesos de articulación y coordinación para una actuación oportuna y eficaz.

Si bien el término "*sistema*" no se menciona expresamente tampoco en la CDN, éste deriva del contexto de todas las medidas de apropiadas y eficaces previstas de forma general para la aplicación de la CDN.

Como Sistema de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia debe entenderse: *"El conjunto de órganos, entidades, mecanismos e instancias a nivel nacional, regional y local orientados a respetar,*

promover, proteger, restituir y restablecer los derechos de los niños y niñas y reparar el daño ante la vulneración de los mismos establecidos por las legislaciones nacionales de infancia."[8]

Los diversos actores del sistema deben realizar sus intervenciones de forma integral y complementaria con enfoque sistémico, enfoque multidisciplinario y enfoque holístico, con el fin de garantizar de modo efectivo todos los derechos de las niñas, niños y adolescentes considerando la interconexión entre los mismos. El sistema debe adoptar las medidas para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales. Debe considerarse la protección frente a riesgos o injerencias ilegítimas; la restitución de derechos; la reparación y rehabilitación; y, la justicia a través de la investigación, enjuiciamiento y sanción a los responsables de violaciones de derechos.[9]

Sobre los sistemas nacionales de protección de la infancia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), señala:

"El Comité de Derechos del Niño subraya que los Estados deben diseñar sus intervenciones de forma integral, coordinada y complementaria, con el fin de garantizar de modo efectivo todos los derechos de los niños... exige de los Estados que aseguren las condiciones necesarias para el efectivo ejercicio, disfrute y vigencia de todos los derechos, para todos los niños, y que las intervenciones no se limiten a ofrecer respuestas aisladas y desconectadas entre sí… El establecimiento en los Estados de la región de los Sistemas Nacionales de Promoción y Protección de Derechos del Niño responde a esas demandas de la CDN." [10]

8 Morlachetti, Alejandro. **Sistemas nacionales de protección integral de la infancia**. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Santiago de Chile. (2013) Pág.12.

9 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Garantía de derechos niñas, niños y adolescentes**. Washington, D.C., Párrafo 47. (2017). Pág. 33 y 34.

10 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Derecho del niño y la niña a la familia**. Washington, D.C., (2013). Pág. vi.

Respecto a la protección del niño contra la violencia, en la OG/13 el Comité de los Derechos del Niño -CRC- (por sus siglas en inglés), señala en reiteradas ocasiones el deber de establecer un sistema de protección especial contra la violencia:

"**39.** *"Todas las medidas... apropiadas". El término "apropiadas" se refiere a una amplia variedad de medidas que abarcan todos los sectores públicos y deben aplicarse y ser efectivas para prevenir y combatir toda forma de violencia… Hace falta un* ***sistema integrado, cohesivo, interdisciplinario y coordinado*** *que incorpore toda la gama de medidas indicadas en el artículo 19, párrafo 1, mediante toda la serie de intervenciones previstas en el párrafo 2."*

"Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda..." ***45. Gama de intervenciones. Un sistema holístico de protección*** *del niño requiere la prestación de medidas amplias e integradas en cada una de las etapas previstas en el párrafo 2 del artículo 19, teniendo en cuenta las tradiciones socioculturales y el sistema jurídico del Estado parte de que se trate."*

*"****57. Procedimientos eficaces****. Las medidas de protección mencionadas en los párrafos 1 y 2 del artículo 19 e integradas en* ***un enfoque sistemático*** *(véase el párrafo 71) exigen "procedimientos eficaces" que aseguren su aplicación, su calidad, su pertinencia, su accesibilidad, su impacto y su eficacia."*

La OG/13 del CRC señala que para la elaboración de un marco de coordinación en los párrafos del 68 al 72. En ellas se señala **el enfoque ecológico social** de la protección de la niñez y adolescencia, resaltando el papel central de la familia en las estrategias de cuidado y protección de los niños, por lo que, el fortalecimiento de la vida familiar, el apoyo a las familias y la asistencia a las familias en dificultad deben ser actividades prioritarias de protección.

La OG/13 del CRC párrafo 72, señala también la importancia de la coordinación eficaz a los **niveles central, regional y local**, entre los diferentes sectores y con la sociedad civil. Ello debe enlazarse con la OG/5 del CRC párrafos 40 y 41, que señalan la importancia de ajustar las medidas apropiadas para cumplir con las obligaciones para con todos los niños sometidos a su jurisdicción, estableciendo mecanismos de coordinación y vigilancia.

En la OG/24 del CRC, sobre los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, se dedican diversos apartados especialmente los párrafos del 105 al 110 para señalar la importancia de la estructuración de un sistema especializado que involucre una organización eficaz de la administración de justicia y de servicios especializados con la participación de organizaciones sociales.

Esta necesidad de sistema de protección, cuya coordinación y supervisión se encuentre a cargo de una **entidad responsable**, ha sido señalada en la OG/5 del CRC.

*"**27**. El Comité cree que la aplicación efectiva de la Convención exige una **coordinación** intersectorial visible para reconocer y realizar los derechos del niño en toda la administración pública, entre los diferentes niveles de la administración y entre la administración y la sociedad civil, incluidos especialmente los propios niños y jóvenes. Invariablemente, muchos departamentos gubernamentales diferentes y otros órganos gubernamentales o cuasi gubernamentales influyen en las vidas de los niños y en el goce de sus derechos. Hay pocos departamentos gubernamentales, si es que hay alguno, que no tengan efectos, directos o indirectos, en la vida de los niños. Es necesaria una **vigilancia** rigurosa de la aplicación, vigilancia que debería incorporarse al proceso de gobierno a todos los niveles, pero también una vigilancia independiente por parte de las instituciones nacionales de derechos humanos, las ONG y otras entidades."*

*"**39.... una dependencia especial, si se le confiere autoridad de alto nivel** (informar directamente, por ejemplo, al Primer Ministro, al Presidente o un comité del gabinete sobre las cuestiones relacio-*

nadas con la infancia), puede contribuir tanto a la consecución del objetivo general de hacer que los niños sean más visibles en el gobierno como a la coordinación para lograr que los derechos del niño se respeten en todo el gobierno y a todos los niveles del gobierno. Esa dependencia podría estar facultada para elaborar la estrategia general sobre la infancia y supervisar su aplicación, así como para coordinar la presentación de informes en virtud de la Convención."

La OG/13 del CRC, señala también; como parte de las medidas apropiadas de carácter administrativo que deben asumir los Estados; el establecer un ente coordinador de las estrategias y servicios de protección de las niñas, niños y adolescentes frente a la violencia:

*"**42.** Las medidas administrativas deben reflejar la obligación de los gobiernos de establecer las políticas, programas y sistemas de vigilancia y supervisión necesarios para proteger al niño de toda forma de violencia. Se trata, entre otras, de las siguientes: a) Al nivel de los gobiernos nacionales y locales: i) **Establecer un centro de enlace gubernamental** para coordinar estrategias y servicios de protección del niño".*

De acuerdo al CRC, en Guatemala uno de los principales obstáculos para lograr dicha atención lo constituye la falta de articulación de las instituciones, y recomienda al Estado que contemple la **posibilidad de instituir una autoridad de alto nivel** que actúe como secretaría de la niñez y la adolescencia a nivel ministerial para coordinar la aplicación de la Convención y sus Protocolos.[11]

En conclusión, un Sistema de protección integral debe contar con características específicas que como mínimo deben constituir: un sistema integrado, cohesivo, interdisciplinario y coordinado intersectorialmente, con una importante gama de intervenciones. Un sistema holístico de protección, con procedimientos eficaces, que cuenten con un enfoque sistemático, ecológico social, establecido en los niveles

11 Comité de los Derechos del Niño. **Observaciones finales sobre Guatemala**. 55 Período de Sesiones. (2010). Pág. 17 y 18.

central, regional y local que cuente con una entidad responsable que debe ser una dependencia especial, a la que se le confiere autoridad de alto nivel, para garantizar que preste vigilancia y control sobre la forma y condiciones en que se garantiza la protección integral de niños, niñas y adolescentes.

Guatemala cuenta con múltiples instituciones al servicio de la niñez y adolescencia, analizaremos también las responsabilidades asignadas a la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, previo es esencial analizar por separado los significados de la protección social y los de la protección especial.

6. La protección social y la protección especial de la niñez y adolescencia

La atención al contexto de violencia a través de mecanismos de *protección especial y aquellos de exclusión, mediante políticas y programas de protección social es lo que se denomina protección integral de la infancia.*[12]

La protección social se desarrolla a través de políticas y servicios dirigidos a generar condiciones sociales, económicas, culturales y de otra índole para la satisfacción de los derechos colectivos y difusos de todos los niños, niñas y adolescentes; mientras que ***la protección especial*** se dirige básicamente a la prevención, identificación, notificación, remisión, investigación, tratamiento y recuperación de las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia.

*"**La protección integral** compromete a que además de las acciones y políticas globales para asegurar el derecho a la supervivencia, al desarrollo personal y social, a la integridad y a la participación; se deba*

12 UNICEF Guatemala. **Construcción de un Sistema de Protección Integral**.

prestar particular empeño en la formación de la estructura de protección especial para las situaciones de mayor vulnerabilidad en que se encuentran grandes cantidades de niños, niñas y adolescentes." [13]

Existe un traslape entre la definición de protección social, que enfatiza la necesidad de prevenir y reducir las vulnerabilidades económicas y sociales, y la protección especial contra la violencia. Una gran cantidad de factores de riesgo que influye en la violencia contra la niñez y adolescencia, derivan de condiciones sociales, entre otras: la pobreza y desigualdad, crisis económicas, situaciones de desastres naturales, migración y desplazamiento. La protección social adecuadamente diseñada e implementada, puede contribuir a favorecer la creación de entornos de protectores, minimizar la vulnerabilidad de los niños frente a la violencia y fortalecer la capacidad de recuperación de los niños contribuyendo a los resultados de protección especial.

Respecto a esa relación, la CIDH ha señalado:

"(Existe) una relación compleja entre la inseguridad y la violencia, el desarrollo humano y los derechos humanos, la cual además se encuentra mediada por otros múltiples factores que complejizan el escenario… En toda la región, los niños, niñas y adolescentes son los más afectados por las situaciones referidas de pobreza, inequidad, exclusión social y ausencia de igualdad de oportunidades;… La falta de garantía efectiva a diversos derechos que tienen reconocidos los niños, niñas y adolescentes los sitúa en una condición de especial vulnerabilidad que, en contextos con presencia de grupos violentos y criminales, los expone a ser captados, utilizados, abusados y explotados por estos grupos."[14]

El Estudio sobre la Violencia contra los Niños del Secretario General de las Naciones Unidas concluye que:

13 Buaiz, Yuri Emilio. **La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones**.

14 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Violencia, niñez y crimen organizado**. Washington, D.C., (2015). Párrafos 52 y 54.

"Existe una fuerte relación entre pobreza, desigualdad, exclusión social y violencia contra los niños y niñas, (y entre ellos) en los entornos comunitarios, está clara la urgencia de que los Estados asuman su obligación de cumplir los derechos humanos, especialmente los derechos sociales, económicos y culturales, descuidados durante mucho tiempo."[15]

7. La protección social de la niñez y adolescencia

La protección social es definida por diversas agencias como un conjunto de políticas y programas destinados a prevenir o proteger a todas las personas contra pobreza, vulnerabilidad y exclusión social a lo largo de su vida, con un particular énfasis en grupos vulnerables. [16]

El nuevo marco de protección social de UNICEF reconoce que cada vez se conoce más la importancia de los sistemas de protección social y la claridad en torno a sus componentes. El enfoque de ciclos de vida, incluirá diferentes tipos de programas para abordar las diversas necesidades de los diferentes grupos de población, entre ellos las niñas, niños y adolescentes, pero también reconoce su conexión con los adultos en diferentes etapas de sus vidas.

La vulnerabilidad económica está con frecuencia entrelazada con vulnerabilidades sociales. Familias que viven en la pobreza también están socialmente excluidas, se enfrentan a mayores desventajas y requieren atención especial. Como tal, la protección social de la niñez y adolescencia, debe incluir un fuerte enfoque en las vulnerabilidades sociales y tratar de abordar los riesgos adicionales que enfrentan los niños que son social y económicamente vulnerables al mismo tiempo.

15 Pinheiro, Paulo Sérgio. **Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños y las Niñas**. Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños. (2006) Pág. 310.

16 UNICEF. **Marco de Protección Social Global de UNICEF**. (2019) Pág. 15.

8. La protección especial de la niñez y adolescencia

La protección especial es reconocida ampliamente en la CDN, como derecho a las niñas, niños y adolescentes, a ser protegidos contra toda forma de negligencia, abuso, maltrato, discriminación, violencia, explotación económica, explotación sexual, secuestro, trata, tortura, entre otros.

Respecto a los deberes que corresponden al Estado frente a ese derecho, la CDN señala en su artículo 19:

*"**1.** Los Estados Partes adoptarán **todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas** para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.*

***2.** Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, **procedimientos eficaces** para el establecimiento de **programas sociales** con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, **la intervención judicial**."*

El artículo 19 de la CDN va más allá de reconocer el derecho subjetivo a la protección y de señalar las formas de violencia, sino que establece amplios deberes del Estado de proteger a la niñez y adolescencia contra ellas. Estos deberes incluyen el desarrollo de una serie de medidas apropiadas y procedimientos eficaces en todos los sectores dirigidos a la prohibición, la prevención, la restitución de

derechos y a la recuperación física, psicológica, social, espiritual y moral; así como la persecución y sanción de los responsables de los actos de violencia.

La exigencia de la recuperación y reintegración social de las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia, como parte de las medidas apropiadas y procedimientos eficaces que debe adoptar el Estado, deriva de lo establecido en el artículo 39 de la CDN.

"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño."

Ello enlaza que la protección especial requiera la participación de instituciones que prestan programas y servicios de protección y de instituciones del sistema de justicia, implica un alto grado de especialización del recurso humano, requiere una atención diferenciada e intervención especializada y de altos niveles de coordinación en ámbitos de (protección administrativa y protección jurisdiccional).

La obligación de adoptar medidas apropiadas constituye un estándar por virtud del cual, se protege a la niñez y adolescencia, de forma apropiada a las circunstancias del tipo de violencia ejercida, de las amenazas o daños causados y de las características personales de la víctima. Se refieren al deber de adoptar respuestas adecuadas o idóneas para garantizar la protección frente a la violencia y para reparar el daño sufrido.[17]

La obligación de desarrollar procedimientos eficaces deriva del principio de efectividad de las normas, garantías, procedimientos y medidas destinadas a la protección de los derechos de los niños contenido

17 Cillero Bruñol, Miguel. **Derecho del niño a la protección frente a la violencia: estándares internacionales**. Pág. 8.

en el artículo 4 de la CDN, aplicado a la protección especial conforme el artículo 19 de la CDN. Dichos procedimientos deben asegurar la aplicación, calidad, pertinencia, accesibilidad, impacto y eficacia de las medidas apropiadas.

El estándar procedimientos eficaces permite configurar un sistema de ***programas sociales*** –encarnado en un determinado y complejo sistema institucional– como la medida institucional apropiada, que permite configurar el conjunto de prestaciones del Estado para garantizar que tanto a nivel individual como colectivo, se puedan proveer las medidas de protección apropiadas a las que tiene derecho el niño víctima de violencia.[18]

9. Los programas de protección especial

Constituyen parte de las medidas apropiadas que debe desarrollar el Estado contra la violencia para proteger a las niñas, niños y adolescentes contra a la violencia. Así lo señala la CDN en el artículo **19.2:**

*"**2.** Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de **proporcionar la asistencia necesaria** al niño y a quienes cuidan de él..."*

La OG/13 del CRC respecto al concepto de programas sociales, señala:

*"**43...b) Programas sociales** destinados a proporcionar asistencia al niño y a su familia y otros cuidadores para garantizar prácticas óptimas de crianza positiva, por ejemplo:*

18 Cillero Bruñol, Miguel. **Derecho del niño a la protección frente a la violencia: estándares internacionales**. Pág. 12.

i) Para los niños: guarderías, jardines de infancia y programas de cuidado del niño a la salida de la escuela; asociaciones y clubes infantiles y juveniles; asesoramiento a niños con problemas (por ejemplo de autolesión); servicio telefónico gratuito ininterrumpido de ayuda para los niños, a cargo de personal capacitado, y servicios de hogares de acogida sujetos a exámenes periódicos;

ii) Para las familias y otros cuidadores: grupos comunitarios de ayuda mutua para tratar problemas psicológicos y económicos (por ejemplo, grupos de orientación de los padres y grupos de microcrédito); programas de asistencia social que permitan a las familias mantener su nivel de vida, con inclusión de prestaciones directas para los niños de una determinada edad; asesoramiento a los cuidadores con problemas de empleo, vivienda o crianza de sus hijos; programas terapéuticos (incluidos los grupos de ayuda mutua) para ayudar a los cuidadores con problemas de violencia doméstica o de adicción al alcohol o las drogas, o con otras necesidades de salud mental."

La CDN señala también en su artículo 19.2 que dichos programas, además de prestar asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, deben comprender formas de ***prevención, identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos***. El contenido de esas medidas se desarrolla ampliamente en la citada OG/13.

En Guatemala, el Organismo Judicial forma parte del Sistema de Protección Especial y los servicios en la actualidad son brindados por medio de programas de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, la Procuraduría General de la Nación, el Consejo Nacional de Adopciones, así como de organizaciones no gubernamentales, fundaciones e iglesias y se encuentran bajo la rectoría de la Secretaría de Bienestar Social.

10. La rectoría de los programas de protección especial de la niñez y adolescencia

Estas funciones de coordinación conllevan el ejercicio de una rectoría en la organización, estandarización, asesoría, control, supervisión y evaluación en la prestación de los programas de protección especial. El ente rector debe actuar en posición garante de la protección especial, tanto de los programas que desarrolle directamente como indirectamente mediante organizaciones de la sociedad civil; en Guatemala a nivel general no está establecida; pero a nivel específico en materia de niñez migrante sí está contemplada y asignada a la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República.

La OG/13 del CRC en su párrafo 42 a) i), establece como parte de las medidas apropiadas de carácter administrativo que deben asumir los Estados al establecer su Sistema de Protección de la Niñez y Adolescencia, establecer un centro de enlace gubernamental como ente coordinador de las estrategias y servicios de protección. También ha señalado que el hecho de permitir que el sector privado preste servicios, dirija instituciones, etc. no reduce en modo alguno la obligación del Estado de garantizar el reconocimiento y la realización plenos de todos los derechos enunciados en la CDN a todos los niños sometidos a su jurisdicción.

Los artículos 259 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y 39 del Código de Migración, señalan:

*"**Artículo 259.** La Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia de la República, es la autoridad competente y responsable de llevar a cabo todas las acciones relativas al cumplimiento de las sanciones impuestas a los adolescentes y **de las medidas de protección**."*

*"**Artículo 39**... Las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, explotación y trata de personas, que incluya a niñez guatemalteca o migrantes de otras nacionalidades, gozarán de atención especializada y diferenciada a través de los programas, que estarán a cargo de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, **como ente rector de los servicios esenciales de protección especial de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos**."*

Las funciones de la Secretaría de Bienestar Social como rector de estos programas, deben desarrollarse de conformidad con su Reglamento Orgánico Interno, el cual fue aprobado mediante Acuerdo Gubernativo 101-2015 del Presidente de la República. Este señala:

*"**ARTÍCULO 4. FUNCIONES GENERALES:** En el marco de lo establecido por la ley y de conformidad con los planes y pactos de Gobierno, la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, tiene asignadas las funciones siguientes:... e) Planificar, organizar, dirigir y controlar planes, programas, y proyectos dirigidos a la niñez y a la adolescencia."*

*"**ARTÍCULO 5. FUNCIONES ESPECÍFICAS:** Para el cumplimiento de las funciones generales contenidas en este Reglamento, la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, tiene asignadas las funciones específicas siguientes...k) Acreditar y supervisar entidades privadas que presten servicios de cuidado infantil diario."*

*"**ARTÍCULO 6. PROGRAMAS Y SERVICIOS.** La Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, en el marco de la doctrina de protección integral y especial, de acuerdo a la disponibilidad de sus recursos humanos y financieros desarrollará los programas y servicios necesarios para su funcionamiento."*

*"**ARTÍCULO 15. SUBSECRETARIO DE PROTECCIÓN Y ACOGIMIENTO A LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.** El Subsecretario de Protección y Acogimiento a la Niñez y Adolescencia, es la responsable*

de planificar, organizar, aprobar, dirigir, supervisar y evaluar los programas y acciones que brinden alternativas de acogimiento familiar temporal, protección y abrigo residencial y no residencial a las niñas, niños o adolescentes que por orden de autoridad judicial competente son separados de su familia o que no cuentan con ella.

Asimismo, desarrolla programas especializados y servicios integrales dirigidos a la niñez y adolescencia en situación de protección especial, que les permita fortalecer sus potenciales para el disfrute de una vida digna, a través de las Direcciones a su cargo."

11. La protección especial de la niñez y adolescencia en los procedimientos administrativos y las acciones administrativas de protección

Procedimientos administrativos de protección

En los procedimientos administrativos de protección de la niñez y adolescencia, las resoluciones pueden tener como fin la protección de derechos amenazados o violados, mediante la obtención de medidas administrativas de protección, o bien la emisión declaraciones administrativas que confieren un entono o circunstancia de protección, pueden ser iniciados de oficio o por petición de los interesados o de terceros.

Los procedimientos administrativos que se relacionen con niñas, niños y adolescentes, deben ajustarse con el fin de garantizar todos los derechos procesales, esencialmente el derecho de participar como sujeto de derechos y el derecho a ser escuchado.

La existencia de un procedimiento administrativo específico para la protección de derechos de las niñas, niños y adolescentes contra la violencia, obedece a la necesidad y obligación estatal de contar con un mecanismo expedito para resguardar y restituir los derechos.

La OG/12 del CRC, sobre los procedimientos administrativos de protección, señala:

*"**66.** Es más probable que un niño participe en un procedimiento administrativo que en uno judicial, porque los procedimientos administrativos son menos formales, más flexibles y relativamente fáciles de establecer mediante las leyes y normas. El procedimiento tiene que estar adaptado a los niños y ser accesible."*

En Guatemala, los procedimientos administrativos de protección serían por ejemplo: las solicitudes de la niñez migrante a gozar de las condiciones de refugio o asilo, las solicitudes para gozar de los programas sociales y de los programas de la seguridad social para la niñez y adolescencia, entre otras.

La OG/12 del CRC menciona también como ejemplos de procedimientos administrativos, los siguientes:

*"**67.** Como ejemplos de procedimientos administrativos que afectan a los niños pueden mencionarse los mecanismos para abordar cuestiones de disciplina en las escuelas (como suspensiones y expulsiones), las negativas a entregar certificados escolares y las cuestiones relativas al rendimiento, las medidas disciplinarias y las negativas a otorgar privilegios en los centros de detención de menores, las solicitudes de asilo de niños no acompañados y las solicitudes de licencias de conducir. En estos asuntos, el niño debe tener el derecho de ser escuchado y disfrutar de los demás derechos "en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".*

Los procedimientos administrativos que tienen como fin la protección de derechos amenazados o violados, se encuentran previstos en el Reglamento de la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia, contenido en el Acuerdo Gubernativo 56-2018 del Presidente de la República. Este contempla después de la recepción de la denuncia, la realización de las primeras diligencias para esclarecerla y de adoptar acciones urgentes; la intervención de una unidad denominada Área Interinstitucional, encargada de identificar la entidad competente para restituir el derecho, y en su caso no se cumpla con ello, de derivar a la protección judicial los casos.

*"**Artículo 37. Área de Atención Interinstitucional.** El área de Atención Interinstitucional es la encargada de atender la problemática del niño, niña o adolescente en concreto, mediante acciones realizadas por diversas entidades que pueden atender el riesgo o vulneración acaecido de igual o mejor manera que un proceso judicial, con el objetivo de restituir los derechos del beneficiario."*

Una de las obligaciones de los Estados para proteger a la niñez y adolescencia frente a la violencia, es la de desarrollar procedimientos eficaces de protección de sus derechos, los cuales precisan de una metodología que recoja los distintos enfoques especializados, esencialmente el enfoque de protección integral, enfoque holístico, enfoque ecológico social y enfoque sistémico, que se conoce como **Gestión de Casos**.

La gestión de casos constituye una metodología para organizar y llevar a cabo el trabajo de protección en casos particulares. Aborda las necesidades de la niña, niño o adolescente y de su familia, de modo adecuado, sistemático y en tiempo y forma, mediante el apoyo directo y/o referencias, de acuerdo con los objetivos de un proyecto o programa. La gestión de casos proporciona una estrategia en común para abordar las necesidades de niños/niñas y familias particulares y para asegurar la calidad, consistencia y coordinación de los servicios.[19]

19 Grupo de trabajo de protección de la infancia. **Directrices interinstitucionales para la gestión de casos y la protección de la infancia**. Pág.13.

Como puede deducirse, la gestión de casos implica la coordinación de programas y servicios dentro de un sistema de protección. Conlleva esencialmente prestar o proporcionar servicios adecuados e interrelación entre los distintos programas de protección y sectores del sistema.

La gestión del caso comprende una serie de pasos interrelacionados, flexibles para garantizar la eficacia de la respuesta y orientados por principios de protección. Estos pasos son: Identificación y registro, Evaluación, Planificación del caso, Puesta en práctica del plan del caso, Seguimiento y revisión, Cierre del caso.

Acciones administrativas de protección

Las acciones administrativas de protección de la niñez y adolescencia constituyen actos de la administración pública, que no suponen un procedimiento administrativo para la emisión de una resolución. Estos constituyen la ejecución de las funciones propias de los órganos administrativos o en la prestación de servicios públicos que conllevan objetivos de protección de la niñez y adolescencia, por lo cual, deben siempre adoptarse atendiendo su interés superior.

Así puede hablarse de la protección de la niñez y adolescencia en los diversos sectores de la administración pública, entre ellos: educación, salud materna e infantil, seguridad alimentaria y nutrición, turismo, inserción laboral y empleabilidad de adolescentes. Estos actos de administración cumplen primordialmente los fines de protección social.

Los actos de administración se encuentran relacionados también a la protección especial de la niñez y adolescencia contra la violencia. Estos consisten en el desarrollo de las funciones propias de los órganos administrativos o de justicia, de acuerdo a los enfoques especializados de atención, asistencia y apoyo adecuados según la edad, nivel de madurez y necesidades individuales especiales de las niñas, niños y adolescentes víctimas.

12. La justicia especializada para la protección especial de la niñez y adolescencia

La intervención de una justicia especializada para la niñez y adolescencia, constituye un derecho a la protección frente a la violencia; y un deber del Estado, de desarrollar las medidas adecuadas que requieren intervención judicial, desarrollando y adaptando los procedimientos a las condiciones especiales de vulnerabilidad de las niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de violencia.

La CDN no tiene una norma única que disponga de forma general, el conjunto de garantías y protección especial en los procedimientos judiciales, que gozan las niñas, niños y adolescentes. La CDN y sus normas complementarias, las Observaciones Generales del CRC, y todo el corpus juris de protección, desarrollan estándares en esta materia. Entre dichos instrumentos pueden mencionarse, especialmente, las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, adoptadas por el ECOSOC.

Sobre la protección judicial de la niñez y adolescencia, la OG/13 del CRC, señala:

*"**55.** La intervención judicial puede consistir en:*

***a)** Respuestas diferenciadas y mediadas, como entrevistas colectivas con los familiares, mecanismos alternativos de solución de controversias, procedimientos de justicia restaurativa y acuerdos que prevean la entrega del niño al cuidado de un pariente o allegado (estos procedimientos deben respetar los derechos humanos, estar sujetos a una rendición de cuentas y estar a cargo de facilitadores capacitados);*

*b) Una intervención del tribunal de menores o de familia que dé pie a la adopción de una **medida específica de protección** del niño;*

*c) **Procedimientos penales**, que deben aplicarse estrictamente para poner fin a la impunidad generalizada de que gozan, de jure o de facto, los autores de actos de violencia, en particular cuando se trata de agentes estatales;*

d) Actuaciones disciplinarias o administrativas contra profesionales por negligencia o comportamiento impropio en la tramitación de casos en que hay sospechas de maltrato infantil (actuaciones internas cuando se trate de corporaciones profesionales por incumplimiento de los códigos deontológicos o las normas de atención del niño, o actuaciones externas);

*e) Órdenes judiciales de **indemnización y rehabilitación** para niños víctimas de actos de violencia en sus diferentes formas."*

13. El diseño de la institucionalidad: La obligación de organizar el aparato estatal para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes

La Convención sobre los Derechos del Niño orienta y limita a los Estados partes y le impone deberes que suponen la creación de las condiciones jurídicas, institucionales, sociales y económicas para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en ella. Cuando los Estados ratifican la Convención asumen el deber de asegurar la efectividad de los derechos allí reconocidos con todos los medios a su alcance[20]. Por ello, no sólo deben abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos

20 Artículo 4 de la convención de los derechos del niño.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

individuales sino que tienen, además, el deber inexcusable de realizar prestaciones positivas, de manera que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio. La adopción de medidas positivas implica que se garanticen en forma activa el acceso a los derechos, en particular la educación, la salud y la protección social para todos los niños, niñas y adolescentes.

Para brindar atención y la protección adecuada de los derechos de la niñez se requiere de la creación y el mantenimiento **de una institucionalidad específica y especializada para velar por la promoción y protección de los derechos de la niñez**[21].

En ese marco, los compromisos asumidos por los Estados en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, establecen obligaciones de adopción de medidas legislativas y políticas que son necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos y garantizar la protección integral de niños, niñas y adolescentes.[22] Se establece la obligación de crear un Sistema Nacional de Protección, para proteger mejor los derechos de la niñez.

Como parte de las obligaciones dimanantes de los artículos 1.1. y 19 de la CADH que reconocen los derechos de la niñez, el Estado debe crear y adaptar toda su Institucionalidad y el aparato estatal para estar en condiciones de poder proteger, respetar y garantizar adecuadamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Este andamiaje institucional representa la dimensión institucional del SNP.

Para la CIDH La protección adecuada de los derechos de la niñez requiere de la creación y el mantenimiento de una institucionalidad específica y especializada para velar por la promoción y protección de los derechos de la niñez. Es deseable que la norma de creación de la institucionalidad de niñez tenga el más alto nivel jerárquico, preferentemente con rango de ley, como un Código de Niñez o una Ley Es-

21 CIDH. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección. OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/1730 noviembre 2017 párr.101.

22 Comité de Derechos del Niño, Observación General No 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño Art. 18)

pecial de niñez. Ello en consideración a las ventajas de una mayor jerarquía normativa del instrumento de su creación en términos de la posibilidad de su sostenibilidad y estabilidad en el tiempo de esa institucionalidad, a mayor rango normativo más posibilidades de permanencia, mientras que si se trata de resoluciones administrativas éstas son fácilmente modificables lo cual implica un mayor riesgo para la continuidad de la institucionalidad. El rango jerárquico también refleja la voluntad y el compromiso político en materia de derechos de la niñez.

El SNP debe incluir previsiones relativas a las medidas de protección, de defensa y exigibilidad, y de restitución de derechos, en casos de violación de los mismos, a través de órganos administrativos de protección de derechos, juzgados especializados de niñez y defensorías especializadas.

En el marco del "sub-sistema nacional de protección de la niñez frente a la violencia, abuso, negligencia o explotación, estas medidas pueden ser:

a) medidas de protección de carácter excepcional (como la separación de un niño de su familia por motivos de protección);

b) medidas de exigibilidad y defensa judicial de derechos (en el marco de un proceso judicial) y

c) medidas de restitución de derechos (programas de atención a niños, niñas y adolescentes víctimas), todas ellas articuladas dentro del SNP.

Por ello, tanto la CIDH como el Comité de los Derechos del Niño señalan que la articulación entre Sistema Nacional de Protección con el sistema de justicia es de vital importancia para identificar, abordar

y superar las barreras que impiden garantizar efectivamente el derecho a la justicia para los niños, niñas y adolescentes[23].

a. Órganos o mecanismos de deliberación, concertación y formulación de las políticas y programas de protección.

En lo relativo a los órganos o mecanismos de deliberación, concertación y formulación de las políticas y programas, la ley debería prever la creación de estos, así como su composición multisectorial o inter-ministerial y establecer los sectores que como mínimo deben ser parte y participar de estos órganos, en los distintos niveles. Asimismo, la ley debe prever la participación de organizaciones de la sociedad civil especializadas en derechos de la niñez en estos órganos, que en Guatemala de acuerdo con el artículo 85 y 81 de la Ley de Protección integral de la Niñez y Adolescencia corresponde a la Comisión Nacional de la Niñez y Adolescencia.

Según la CIDH a nivel legislativo debería crear un órgano a cargo de la formulación y adopción de las políticas, que tienen entre sus principales funciones la concertación y aprobación de una Política Pública Nacional integral para la Niñez, la formulación de los planes, programas y estrategias de acción de ámbito nacional derivados de esta Política Nacional, así como la redacción de propuestas de leyes que conciernen a la niñez a ser presentadas ante el legislativo. Estos órganos también son responsables por el monitoreo de la implementación de la Política Nacional para la Niñez, y su evaluación.

En Guatemala, la formulación de las políticas de protección integral corresponde a nivel nacional a la Comisión Nacional de la Niñez Y Adolescencia y, a nivel municipal a las Comisiones Municipales de la Niñez y la Adolescencia, respectivamente, para garantizar a los niños, niñas y adolescentes el pleno goce de sus derechos y libertades.

23 CIDH. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección-2017. párr.200

La Comisión Nacional de la Niñez y de la Adolescencia está integrada de conformidad con el artículo 86 de la Ley de Protección integral de la Niñez y Adolescencia:

a) Por el Estado: un representante de cada una de las áreas de educación, salud, trabajo y previsión social, gobernación, cultura, bienestar social, finanzas y de la Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia o la dependencia que tenga a su cargo la planificación en el Organismo Ejecutivo; un representante del Congreso de la República; un representante del Organismo Judicial.

b) Por las organizaciones no gubernamentales destinadas al desarrollo de la niñez y la adolescencia, once representantes de: organizaciones de derechos humanos de la niñez y la adolescencia, religiosa, indígenas, juveniles, educativas y de salud. La nominación de los representantes de las organizaciones no gubernamentales se realiza de acuerdo al procedimiento propio de cada grupo.

Los miembros de la Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia actúan ad honorem y ocupan sus cargos por períodos de dos años, a partir de la fecha de toma de posesión. Elegirán entre sus miembros a su Junta Directiva, por un período de un año que será coordinada por la Secretaría de Bienestar Social[24].

Desafortunadamente, se observa que en Guatemala no existe todavía un sistema nacional de protección articulado, por las debilidades de la Comisión Nacional de Niñez y Adolescencia, ya que se crea dentro de la organización de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República. Además, hace falta coordinación entre las instituciones que brindan asistencia y el sector justicia, para garantizar el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes y para asegurar que tengan acceso a una atención integral, integrada y adecuada a su condición de niño, niña o adolescente y de víctimas de violaciones a sus derechos.

24 Artículo 86 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y adolescencia

b. Institucionalidad implementadora de las políticas y de atención directa de casos

En Guatemala, la implementación de las Políticas Públicas de niñez y adolescencia queda a cargo del sistema de consejos de desarrollo urbano y rural y los ministerios y dependencias del Estado, los cuales deben incorporarlas en sus políticas de desarrollo, velar por su cumplimiento y adoptar las acciones pertinentes que lleven a la mayor eficiencia dicha protección, de conformidad con el artículo 88 de la Ley de Protección integral de la Niñez y Adolescencia.

La LPINA establece la creación de la secretaria ejecutiva de la Comisión Nacional de Niñez y Adolescencia, para dar seguimiento a sus atribuciones, las cuales se definen en su reglamento. Sin embargo, hasta la presente fecha este mecanismo ha sido poco operativo por la falta de presupuesto, la dependencia administrativa de la Secretaría de Bienestar Social de la República, y porque por mucho tiempo no se formularon las políticas públicas para que pudieran ser llevadas a la práctica, las cuales se han realizado recientemente y en la actualidad se cuenta con la Política Nacional de Protección Integral para la Niñez y Adolescencia 2018-2032, que está en proceso de implementación.

c. Órgano o ente coordinador o rector de protección especial en materia de niñez migrante de conformidad con el Art. 39 del Código de Migración

En el Código de Migración se reconocen una serie de derechos especiales para los migrantes, pero también incluye a las niñas, niños y adolescentes guatemaltecos, particularmente a las personas víctimas de trata de personas y para los niños, niñas y adolescentes migrantes.

Es importante resaltar que el artículo 39 del Código de Migración reconoce a la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República como la institución rectora de los servicios de protección

especial de todas las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia, guatemaltecas y extranjeras en territorio guatemalteco.

Estos derechos incluyen, según el artículo 38 del Código de Migración, además de los regulados en el artículo 11 de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto Número 9-2009 del Congreso de la República, los siguientes:

a) Acceder a los recursos de asistencia disponibles. En el caso de niños, niñas y adolescentes, se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales que implican la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad.

b) A no ser sometidos a careos.

c) A que las medidas de protección de derechos aplicables no impliquen la privación de su libertad.

d) A prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado.

e) Además, la ley reconoce el derecho a un hogar de protección y abrigo.

Para proporcionar la atención especializada a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual y trata de personas migrantes, se ha creado el Consejo de Atención y Protección, el cual se encuentra a cargo de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, como ente rector de los servicios esenciales de protección especial de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos[25].

25 Artículo 39 del Código de Migración. Decreto 44-2016

En materia de niñez y adolescencia en contexto migratorio, la Secretaría de Bienestar social coordina sus acciones a través del Consejo de Atención y Protección, el cual está integrado por las instituciones del Estado que prestan servicios y programas especializados de protección a los niños, niñas y adolescentes migrantes.

Los hogares de protección y abrigo y los programas especializados en atención integral para personas migrantes víctimas adultas de violencia sexual, explotación y trata de personas, están a cargo de la Secretaría de Violencia Sexual, Explotación y Trata[26].

Los servicios de asistencia se encuentran a cargo del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, así como del Ministerio de Desarrollo Social, conforme sus competencias. Estos servicios atenderán en coordinación con la Subdirección de Atención y Protección de Derechos Fundamentales de los Migrantes y las demás entidades del Estado, conforme las políticas y legislación vigente.

d. Estructuras participativas de niñas, niños y adolescentes

Para la CIDH es importante que la sociedad civil pueda aportar de manera activa en la generación e implementación de políticas públicas dirigidas a la niñez y adolescencia, así como de monitorear y evaluar las políticas del Estado. Para que la participación activa de la sociedad civil pueda darse, se requiere del fomento por parte del Estado de mecanismos para su participación[27].

La participación de la sociedad civil debe generarse de manera voluntaria, independiente y autónoma, reconociendo a estas organizaciones como interlocutores válidos.

26 Artículo 39 del Código de Migración

27 CIDH Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección- 2017.

En el caso de Guatemala, se ha establecido en el artículo 86 b), de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia la participación de las organizaciones no gubernamentales destinadas al desarrollo de la niñez y la adolescencia. Para el efecto se contempla la incorporación de once representantes de: organizaciones de derechos humanos de la niñez y la adolescencia, religiosa, indígenas, juveniles, educativas y de salud en la Comisión Nacional de la Niñez y Adolescencia.

En conclusión, la legitimidad de las decisiones sobre las políticas públicas en materia de derechos de la niñez y adolescencia solo tiene realmente fundamento, si en la misma se garantiza la participación efectiva de estos en los procesos de planificación, ejecución y supervisión de las decisiones que los afectan. Esto es una exigencia derivada de los artículos 3 y 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que garantizan que los niños, niñas y adolescentes participen en las decisiones públicas que los afectan.

Para la CIDH, "la experiencia demuestra que escuchar a los niños, niñas y adolescentes contribuye a una mejor comprensión de sus diversas realidades y de las circunstancias que les rodean, puede ayudar a evidenciar problemáticas ocultas o sobre las que se tiene poca información, y sus propuestas y opiniones contribuyen a adaptar las intervenciones de modo que sean más pertinentes. El SNP debe no solamente integrar la participación en sus estructuras y procesos (como los consejos consultivos de niñez y adolescencia), sino que a la vez debe promover la participación como un derecho de los niños, niñas y adolescentes en los diferentes ámbitos en los que se desarrollan, contribuyendo así a avanzar en el reconocimiento de este derecho en la familia y en la sociedad"[28].

28 CIDH Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección- 2017. Parr.152 y 153,

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Lecturas Obligatorias

CIDH. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección- 2017

Pág. 54 a 85.

http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantiaderechos.pdf

Material de apoyo:

Observación General No.5

Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño

https://www.oacnudh.org.gt/estandares/docs/Organos/Nino/Generales/OGnino5.pdf

14. El sistema de protección de los derechos de la niñez a nivel local

En Guatemala, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia confiere a los municipios competencias en un importante número de cuestiones que inciden en la realización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En este punto, el artículo 81 establece que la definición de políticas de protección integral a nivel municipal está a cargo de la Comisión Nacional y las Comisiones Municipales de la Niñez y la Adolescencia, para garantizar a los niños, niñas y adolescentes el pleno goce de sus derechos y libertades.

El artículo 35 del Código Municipal establece que corresponde al Gobierno Municipal (el consejo municipal) la discusión, aprobación, ejecución de las políticas municipales de la niñez y juventud. Este se complementa con la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural que dispone que para la elaboración de las políticas públicas se debe dar participación a los consejos de desarrollo urbano y rural, a las municipalidades y a las organizaciones de la sociedad civil locales.

Esto implica que en cada municipio debe crearse una Comisión Municipal de la Niñez. Desafortunadamente, la LPINA no indica con claridad la forma en que debe integrarse esta Comisión, lo cual ha hecho que la institucionalidad no se haya creado uniformemente y no esté suficientemente fortalecida para garantizar los derechos de la niñez y especialmente, sistemas de protección a nivel local.

En todo caso, las Comisiones Municipales de la Niñez y Adolescencia deben crear 4 políticas públicas a nivel municipal:

a) Políticas sociales básicas: es el conjunto de acciones formuladas por el Estado y la sociedad, para garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes, el pleno goce de sus derechos.

b) Políticas de asistencia social: es el conjunto de acciones formuladas por el Estado y la sociedad, para garantizar a los niños, niñas y adolescentes, en situaciones extremas de pobreza o en estado de emergencia, el derecho a un nivel de vida adecuado, a través de programas de apoyo y asistencia a la familia.

c) Políticas de protección especial: es el conjunto de acciones formuladas por el Estado y la sociedad, para garantizar a los niños, niñas y adolescentes amenazados o violados en sus derechos su recuperación física, psicológica y moral.

d) Políticas de garantía: es el conjunto de acciones formuladas por el Estado y la sociedad, para garantizar a los niños, niñas y adolescentes sujetos a procedimientos judiciales o administrativos, las garantías procesales mínimas.

De modo general, en lo que respecta a la institucionalidad, en el nivel municipal la CIDH indica que debería preverse la existencia de: un órgano deliberativo que determina la política municipal de niñez y monitorea su cumplimiento; y la institucionalidad o servicios responsables por la ejecución de las políticas, por la atención directa a los niños, niñas y adolescentes y a sus familias, y la gestión de casos.

Además, los órganos municipales a cargo de la política de la niñez tienen la importante misión de discutir, diseñar, aprobar, monitorear y evaluar la Política Municipal para la Niñez, la cual debería formularse tomando en consideración la Política Nacional sobre este tema. La formulación de la Política Municipal para la Niñez permite adaptar las prioridades y las estrategias de la Política Nacional de acuerdo con la realidad y a la situación específica de cada municipio, pero sin perderse de vista que

deben contribuir, guiarse y enmarcarse en la Política Nacional para la Niñez y la consecución de sus objetivos, resultados y metas.

Finalmente, la CIDH hace énfasis en que los servicios municipales de atención directa deben tener carácter permanente y gratuito, y asegurar que los niños, niñas, adolescentes y sus familias accedan a atención especializada en materia de sus derechos en sus comunidades. Son servicios que cumplen funciones de promoción, protección y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a nivel municipal. Tienen carácter administrativo, y no jurisdiccional, aunque pueden remitir casos a los tribunales y articular intervenciones con ellos en función de las acciones de protección que tengan que adelantar (por ejemplo la adopción de una medida de protección excepcional que implique la separación del niño de su familia).

La composición de estos servicios municipales se prevé sea multidisciplinaria, con un equipo de profesionales de diferentes especialidades, para llevar a cabo su tarea. Usualmente la ley identifica a profesionales del derecho, la psicología, el trabajo social y otras disciplinas para integrar estos servicios, además del personal de apoyo administrativo.

Las municipalidades deben garantizar la efectiva accesibilidad, disponibilidad, adaptabilidad y calidad de los servicios y programas a nivel local, acercando los servicios y su gestión a las familias, los niños y sus comunidades. Los servicios deben además ser culturalmente pertinentes, ofrecidos en las diversas lenguas que se hablen en el país, y ser accesibles físicamente en términos de su ubicación y en relación a la remoción de barreras arquitectónicas. También deben ser adaptados para los niños, niñas y adolescentes de diferentes edades, sin discriminación. El acceso debe ser fácil y seguro para todas las personas. Estos servicios deben regirse por normas de calidad, guiarse por protocolos y procedimientos claros, y tener una cobertura adecuada[29].

29 CIDH. HACIA LAS GARANTIAS. Parr.164 a 166.

Lecturas Obligatorias

Observación general 13 del Comité de Derechos del niño

https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.doc

Material de apoyo:

Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe Alejandro Morlachetti

https://repositorio.cepal.org/bits-tream/handle/11362/4040/S2012958_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

15. El sub-sistema de protección frente a la violencia, abuso, explotación y negligencia

El conjunto de políticas, programas y servicios que se engloban bajo los denominados sub-sistemas de protección frente a la violencia deben integrarse por completo dentro del SNP, y alerta sobre los desafíos de una visión excesivamente centrada sobre estos sub-sistemas sin tomar en consideración la integralidad que debe tener un SNP. Una mirada restrictiva del SNP que se centre fundamentalmente en el sub-sistema de protección frente a la violencia presenta importantes desafíos incluso para enfrentar y prevenir la misma violencia, puesto que para ello es crucial articular acciones holísticas, multisectoriales y multifacéticas que respondan a fenómenos complejos.

Desafortunadamente estos programas presentan deficiencias pues intervienen a posterior, cuando ya se ha cometido la violación y no se ocupan de las causas que origina el problema, lo que provoca debilidad en la prevención. La CIDH recomienda un enfoque holístico y hacer mayor énfasis en los programas preventivos, para disminuir la incidencia de casos.

De cualquier forma, el Estado debe estar adecuadamente preparado para atender los casos de violencia contra la niñez y adolescencia, descuido, negligencia y sobre todo, los abusos físicos y sexuales. La CIDH también ha manifestado la importancia de vincular las intervenciones con las políticas sociales de protección a la familia y de desarrollo social, y ha alertado que persisten en la región visiones y respuestas del Estado más propias del modelo tutelar y asistencialista con un fuerte componente de institucionalización y separación del niño, niña o adolescente de su familia. Al respecto la CIDH ha recomendado la necesidad que se adopte una aproximación integral desde un robusto SNP basado en una visión holística y multisectorial de las problemáticas que afectan a la niñez.

Por eso la CIDH indica que los Estados deben establecer los mecanismos para ofrecer una protección adecuada e idónea a los niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo o que han sido víctimas de violencia, abuso, explotación o negligencia. En función de las circunstancias, estas medidas de protección pueden incluso tener un carácter excepcional y suponer la separación temporal o permanente del niño o la niña de su familia por motivos de protección.

La CIDH ha señalado la importancia de ofrecer respuestas especializadas a las diversas situaciones de desprotección que afectan a los niños, niñas y adolescentes, que consideren y sean respetuosas de sus derechos, promuevan la efectiva vigencia de sus derechos, y aborden las causas socio-económicas y de carácter estructural que subyacen a las situaciones de desprotección a través de políticas y servicios sociales. En la medida de lo posible, y de acuerdo con la LPINA, se debería evitar judicializar los problemas sociales subyacentes a la situación de vulneración de derechos cuando estos problemas puedan ser abordados de modo más eficiente y adecuado a partir de políticas sociales de protección y apoyo a la familia, en particular cuando el telón de fondo de muchas de las medidas de protección es la pobreza, la exclusión social, y sus consecuencias en las familias[30].

A su vez, la CIDH ha enfatizado que debe imperar el principio de legalidad en lo relativo a la regulación del procedimiento en el marco del cual se adopten decisiones que afecten los derechos del niño. Tal y como han indicado la Corte y la Comisión, los procedimientos, ya sean de naturaleza judicial o administrativa, que tengan por objetivo la definición de derechos, deberán estar regulados por ley, además de garantizar los derechos procesales y las garantías reconocidos por la Convención Americana[31].

30 CIDH, informe El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidados alternativos. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas, párrs. 231 y 232.

31 CIDH, informe El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidados alternativos. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas, párrs. 231 y 232. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, párrs. 94, 103 y 107, y, Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234. párrs. 116 a 119. Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrafo 105; Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrs. 69 a 71.

En adición, cualquier actuación que afecte al niño debe basarse en la evaluación de los profesionales de los equipos multidisciplinarios, hallarse motivada conforme a la ley de forma objetiva, suficiente y de acuerdo al interés superior del niño, y quedar sujeta a verificaciones sobre su idoneidad y legitimidad a través de un seguimiento por parte de los equipos de expertos[32].

Es función del juez ser garante de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y asegurar la coordinación adecuada entre los diversos servicios y programas de las instituciones, para que brinden atención con la calidad que exige el artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, **en el marco de los procedimientos que se sigan que les afecten y establecer mecanismos para evaluar su interés superior**.

Esto involucra el trabajo de los equipos del sistema de atención integral de los juzgados especializados. El juez, debe asegurar que los equipos coordinen adecuadamente que se brinde la asistencia apropiada a los niños, niñas y adolescentes, organizando la protección y coordinando con otras instancias, como los equipos psicológicos del Ministerio Público, Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia y el Instituto Nacional de la víctima.

Entre las instituciones que pueden brindar asistencia especializada a los niños, niñas y adolescentes se encuentra el Instituto Nacional de la Víctima, que ha sido creado específicamente para brindar asistencia y atención a las víctimas del delito, para lograr la reparación digna a la cual tienen derecho. (Artículo 1).

32 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, párr.113. En el mismo sentido la directriz 57 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños establece que: "[l]a toma de decisiones sobre un acogimiento alternativo que responda al interés superior del niño debería formar parte de un procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo adecuado y reconocido, con garantías jurídicas, incluida, cuando corresponda, la asistencia letrada del niño en cualquier proceso judicial

Lecturas Obligatorias

Observación general 13 del Comité de Derechos del niño

https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.doc

16. El sistema de justicia y su relación con el sistema de servicios de protección especial de la niñez

El derecho al acceso a la justicia para las víctimas de violaciones a sus derechos humanos se encuentra reconocido en los principales instrumentos internacionales de derechos, entre ellos en la Convención y en la Declaración Americanas. Este es un derecho reconocido a todas las personas, y por consiguiente también a los niños, niñas y adolescentes. El Estado tiene el deber de garantizar el acceso a una justicia efectiva a los niños, niñas y adolescentes derivado de los artículos 8 y 25 de la CADH, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la CADH, debiendo adoptar todas aquellas medidas adecuadas, tomando en especial consideración las particulares condiciones de los niños, niñas y adolescentes y el deber de protección especial hacia ellos y ellas en atención al artículo 19 de la CADH, para garantizar efectivamente el acceso a la justicia.

Adicionalmente, la edad y el proceso de crecimiento y desarrollo de los niños y las niñas, y su dependencia de los adultos para el ejercicio de sus derechos en función de su edad y madurez, supone que el Estado deba adoptar garantías especiales para asegurar el acceso a la justicia para este grupo.

Los niños, niñas y adolescentes enfrentan desafíos y barreras particulares debido a su condición que pueden suponer obstáculos que en la práctica impidan el efectivo acceso a la justicia, dejando las violaciones contra sus derechos impunes y afectando su derecho a obtener una reparación adecuada.

Respecto del derecho al acceso a la justicia y a la posibilidad de invocar los derechos ante los tribunales, el Comité de los Derechos del Niño ha indicado que:

> Para que los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones. Esta exigencia está implícita en la Convención, y se hace referencia a ella sistemáticamente en los otros seis principales instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. La situación especial y dependiente de los niños les crea dificultades reales cuando los niños quieren interponer recursos por la violación de sus derechos. Por consiguiente, los Estados deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños. Ello debería incluir el suministro de información adaptada a las necesidades del niño, el asesoramiento, la promoción, incluido el apoyo a la autopromoción, y el acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole necesaria. Cuando se comprueba que se han violado los derechos, debería existir una reparación apropiada, incluyendo una indemnización, y, cuando sea necesario, la adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración, según lo dispuesto en el artículo 39 de la Convención de los Derechos del Niño[33].

CIDH considera necesario que el SNP y el sector justicia articulen conjuntamente una estrategia para garantizar el acceso efectivo de los niños, niñas y adolescentes a la justicia.

33 Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 5 “Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, párr. 24.

Entre las acciones que la CIDH considera necesario revisar se encuentran:

- asegurar que los niños, niñas y adolescentes tengan acceso a información sobre sus derechos, incluido su derecho al acceso a la justicia, y sobre dónde acudir para interponer una denuncia o demanda.

- establecer mecanismos de denuncia accesibles y seguros, eliminando las formalidades u otras limitaciones y/o exigencias que restrinjan injustificadamente la capacidad de los niños, niñas y adolescentes de acceder a la justicia.

- otorgar competencias amplias y claras a los servicios de atención directa del SNP que existen a nivel local para examinar las denuncias formuladas por niños, niñas o adolescentes que acuden a esos servicios, y proveerles orientación jurídica, y apoyarlos en el acceso al sistema judicial.

- asegurar el acceso a asesoría y representación jurídica gratuita y de calidad a los niños, niñas o adolescentes y

- garantizar la existencia de juzgados especializados de niñez.

En el marco de los procedimientos judiciales debe asegurarse que se proteja la privacidad y el bienestar de los niños víctimas y testigos en todas las etapas del proceso de justicia penal. Los niños, niñas y adolescentes no deben sufrir revictimización como resultado de su participar en procesos penales, por ejemplo, limitando el número de entrevistas o utilizando grabaciones de video, acción que ya realiza el Organismo Judicial por medio de la implementación de juzgados específicos, como el Juzgado de pri-

mera Instancia Penal de turno de 24 horas con competencia específica para conocer delitos cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes y la participación de Modelos de Atención Integral.

La CIDH considera importante elaborar protocolos para la obtención de pruebas y para su valoración, que sean respetuosos y tomen en consideración el interés superior del niño, por ejemplo, adaptando los medios de obtención y valoración del testimonio de un niño pequeño o los protocolos para la obtención de pruebas cuando se trata de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual (en articulación con el sector salud).

Lecturas Obligatorias

Observación general 13 del Comité de Derechos del niño

https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.doc

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Unidad III

La protección social y el establecimiento de pisos mínimos de protección y la protección especial

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia Sverige

unicef GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Unidad III

La protección social y el establecimiento de pisos mínimos de protección y la protección especial

1. La garantía de los derechos económicos sociales y culturales

El cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en materia de derechos de la niñez conlleva invertir los recursos necesarios para la realización de los mismos.

Cuando los instrumentos internacionales se refieren a la obligación de “adoptar todas las medidas necesarias” para la garantía de los derechos (artículos 1.1 y 2 de la CADH y artículo 4 de la CDN) se refieren también a las medidas de carácter económico para financiar las acciones necesarias para asegurar el respeto, la protección, y la garantía de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que en Guatemala se recoge en el artículo 8 de la Ley de Protección integral de la Niñez y Adolescencia al establecer en el inciso d) del referido artículo: “Asignación específico de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la niñez y adolescencia. Dentro de los derechos más importantes que deben resaltarse están los siguientes:

a. Derecho a la familia

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce a la familia como el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia, además de reconocer el derecho que los niños tienen de vivir con su familia. Específicamente, la Convención Americana en su artículo 17.1 establece que "[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado", pronunciándose en términos similares el artículo VI de la Declaración Americana, al señalar que "[t]oda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella".

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño realiza un reconocimiento similar al indicar en su preámbulo a la familia como el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños. Adicionalmente, la CDN declara en diversas de sus disposiciones el derecho del niño a vivir con sus padres y a ser cuidado por ellos, así como el deber de los Estados de apoyar a la familia para que esta pueda cumplir cabalmente con sus funciones[1].

El reconocimiento del derecho a la familia y a desarrollar una vida familiar libre de injerencias ilegítimas se encuentra también reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos en los artículos 15 del Protocolo de San Salvador[2], 16.3 de la Declaración Universal[3], 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[4], y en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales[5].

1 En particular los artículos 3.2, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 18, 20, 21 y 27 de la CDN.

2 El artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" establece el Derecho a la Constitución y Protección de la Familia: "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado, quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. (…) 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar (…)"

3 Artículo 16.3: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado."

4 Artículo 23.1: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado

5 Artículo 10.1: "1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. (…)".

En ese marco, las medidas de protección que se adoptan a favor de las niñas, niños o adolescentes víctimas de delitos deben tener como **elemento central el preservar la vida familiar**, en la mayor medida posible. Si se adopta la decisión de separar a niños, niñas y adolescentes de sus padres, como medio para protegerlos de agresiones futuras o hacer cesar la violencia, el juez debe considerar como primera opción, el buscar un recurso familiar idóneo. La institucionalización o el internamiento en centros privados o públicos de albergue o cuidado, debe ser el último recurso y previo agotamiento de otras opciones disponibles.

Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que:

> [E]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia[6]. (…) el niño debe permanecer en su núcleo familiar, **salvo que existan razones determinantes**, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal[7].

Según la Corte para que la injerencia sea acorde con los parámetros de la Convención Americana, la separación procede solo en **circunstancias excepcionales**, cuando existan **razones determinantes** para ello, y en función del **interés superior del niño**. Además, para dar adecuada satisfacción al ar-

6 y Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 157

7 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, punto resolutivo 5 y párrafo 77.

tículo 11.2 de la Convención y V de la Declaración relativos a la prohibición de injerencias ilegítimas o arbitrarias en la vida familiar, la determinación de la concurrencia de las circunstancias que justifiquen la adopción de estas medidas de cuidado alternativo debe realizarse por parte de la autoridad competente de conformidad con la ley y con los procedimientos aplicables, con estricto respeto a las garantías del debido proceso, y debe estar sujeta a revisión judicial[8].

Sobre esta base la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido principios sobre la aplicación de medidas de protección que impliquen separación de la vida familiar:

- legalidad
- necesidad
- excepcionalidad
- temporalidad
- jurisdiccionalidad.

Estos principios han sido establecidos también en el ámbito del sistema universal de derechos humanos, en particular por la CDN artículo 9:

> 1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de **revisión judicial**, las autoridades competentes determinen, **de conformidad con la ley** y los procedimientos aplicables, que tal **separación es necesaria** en el **interés superior del niño**. Tal determinación puede ser

8 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 113. Ver, CIDH. Informe No. 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010, párr. 110; Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242. 116 y 117.

necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. (…)

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (…)

En el mismo sentido, ***las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños***, en su directriz 14, señalan lo siguiente en relación a las medidas de protección que impliquen la separación del niño de sus progenitores o de su familia:

la separación del niño de su propia familia debería considerarse como **medida de último recurso** y, en lo posible, **ser temporal** y por **el menor tiempo posible**. Las decisiones relativas a la remoción de la guarda han de **revisarse periódicamente**, y el regreso del niño a la guarda y cuidado de sus padres, una vez que se hayan resuelto o hayan desaparecido las causas que originaron la separación, debería **responder al interés superior del niño** […].

En conclusión, las medidas especiales de protección que impliquen la ubicación del niño bajo cuidados alternativos han **de estar orientadas**, desde su diseño, determinación, aplicación y revisión, **a la restitución de derechos**, primordialmente al restablecimiento de la vida familiar **y a la superación de los motivos que originaron** la adopción de la medida de separación. Lo anterior siempre y cuando la reintegración del niño a su familia de origen no fuera contraria a los intereses del niño. En consecuencia, la medida debe estar sujeta a una revisión periódica con el objetivo de hacer seguimiento a las condiciones del niño y su bienestar, así como para permitir la adecuada intervención sobre las circuns-

tancias que posibiliten la reintegración del niño a su familia de origen y a la guarda de sus progenitores, tan pronto como sea posible[9].

b. Derecho a la salud física y mental

De conformidad con el artículo 6 de la CDN todo niño tiene derecho a crecer en un ambiente de armonía y a un estándar de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

El derecho del niño a vivir una vida libre de violencia es parte de su derecho al desarrollo integral garantizado en el artículo 6.

El Estado, la familia y la sociedad tienen que garantizar a los niños y niñas las condiciones adecuadas para que puedan desarrollar sus potencialidades y puedan desarrollar su proyecto de vida. La violencia contra la niñez coarta el proyecto de vida del niño, y por lo tanto le impide su desarrollo integral. La violencia contra la niñez, afecta numerosas áreas de desarrollo del niño, por lo cual resulta imprescindible proteger al niño frente a la violencia.

Las decisiones que se adopten con relación a su protección o custodia, deben tomar como factor primordial, cuál será la repercusión en el desarrollo de su proyecto de vida[10]. En el caso de un niño que haya sido sometido a violencia, o en cada medida judicial que se adopte, debe garantizarse que este disfrute de un desarrollo saludable: no puede tolerarse que la medida adoptada por el sistema judicial sea más perjudicial que la violencia inicial.

9 COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. El derecho del niño y niña a la familia. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas. (2013). Párr.72.

10 Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Observación General No. 14. Disponible en: http: //www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf, p.99.

La función primordial y esencial del juez es garantizar la totalidad de los derechos del niño, en todo momento, asegurando su bienestar como factor fundamental. Las decisiones judiciales de prevención, protección o imposición de medidas tienen que impactar de manera positiva en el proyecto de vida del niño.

Un análisis pormenorizado de la protección del derecho a la salud para los niños, se encuentra en la Observación General No.15 Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud.

c. Derecho a una vida libre de violencia

El artículo 19 de la CDN garantiza al niño el derecho a la *Protección frente a todas las formas de violencia*, estableciendo que todo niño tiene derecho a la vida y la supervivencia y a que se le proteja contra toda forma de sufrimiento, abuso o descuido, incluidos el abuso o el descuido físico, psicológico, mental y emocional. También contra toda forma de explotación, incluido el abuso sexual.

Este deber de protección especial, impone obligaciones reforzadas al juez penal para que su intervención sea inmediata, oportuna y efectiva para protegerlo frente a la violencia. En ese marco, el juez penal tiene que adoptar las medidas necesarias para hacer cesar la violación a los derechos del niño (sin perjuicio de remitir el proceso a un juez especializado de protección).

Con el objeto de explicar el contenido y alcance de este derecho el Comité de Derechos del Niño formuló la Observación General Número 13 Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia[11].

11 Comité de los derechos del Niño. Observación General No 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. CRC/c/CIGC/13 de 18 de abril de 2011.

En ese marco, debe aplicar las normas del artículo 116 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Pero, además, puede dictar cualquier medida de protección contemplada en el artículo 112 de Ley PINA, que se considere urgente y apropiada para salvaguardar al niño, niña o adolescente de la violencia sufrida.

El niño o niña que ha sufrido violencia tiene que ser tratado con dignidad, con respeto a su integridad personal y sobre todo como un sujeto de derechos. Ser sujeto de derechos da lugar al reconocimiento de su capacidad racional y de su autonomía progresiva, dejando de ser un mero objeto de tutela[12]. No puede ser objetivado en la protección, sino es un titular de derechos, que debe ser consultado y tomado en cuenta en todos los aspectos relativos a las medidas que se adopten con relación a su caso.

Las Directrices sobre Justicia en Asuntos Concernientes a Niños y niñas Víctimas y Testigos de Naciones Unidas establece el derecho a la participación[13]: "Todo niño o niña tiene derecho a expresar libremente sus criterios, opiniones y creencias sobre cualquier asunto y en sus propias palabras; a contribuir, especialmente en las decisiones que afecten su vida, incluyendo aquellas que se tomen dentro de cualquier proceso judicial y que esos puntos de vista sean tomados en cuenta".

El niño, niña o adolescente que ha sufrido violencia debe ser tratado con dignidad, no puede ser objeto de discriminación, malos tratos, ofensas por los agentes estatales encargados de su protección, y naturalmente, por los jueces. Tampoco puede ser menoscabado en otros derechos, su protección debe ser integral, abarcando siempre todos sus derechos.

Es un sujeto de derechos, lo que significa también que las autoridades no pueden culpabilizar al niño por su situación, estigmatizarlo o discriminarlo. En todo momento deben buscar su protección adecuada, dándole participación en las decisiones judiciales y administrativas que se adopten y buscando siempre su interés superior.

12 Comité de Derechos del Niño. Observación General 13. Párr.3

13 Directrices sobre Justicia directriz 8.d.

Para ello, el juez debe utilizar el concepto de **capacidad evolutiva**, el cual es esencial para el equilibrio entre reconocer que los niños son agentes activos en sus propias vidas, con derecho a ser oídos, respetados y a que se les garantice la autonomía en el ejercicio de los derechos, teniendo también derecho a la protección en función de su relativa inmadurez y juventud. Ofrece el marco para garantizar el adecuado respeto por el organismo de los niños, sin exponerlos prematuramente a las plenas responsabilidades normalmente asociadas a la edad adulta, y tiene en cuenta las necesidades, la edad, el género, la discapacidad y el nivel de madurez del niño[14].

d. Derecho a la alimentación

La Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados partes de respetar, proteger y realizar el derecho a la alimentación y a la nutrición en los artículos 24 y 27.

Concretamente, en virtud del artículo 24, los Estados partes:

"reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud", que se detalla en el artículo y en la Observación General Nº 15[15] y se considera que abarca el derecho a la alimentación y a la nutrición.

Según este artículo, la Convención reconoce que el derecho a la alimentación y a la nutrición en relación con el derecho a la salud va más allá de la provisión de alimentos nutritivos, y exige que se ofrezcan la información nutricional, la educación y el apoyo necesarios para las personas responsables del cuidado y bienestar de la infancia, en particular las madres y padres. En este contexto, la Convención establece que, además de "combatir la enfermedad y la desnutrición mediante el suministro de alimen-

14 Gerison Lansdown, *The Evolving Capacities of the Child, Innocenti Insight* Series No. 11 (Florencia, Centro Internacional para el Desarrollo del Niño de UNICEF, 2005), págs. 3 y 4.

15 Observación General No.15:Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud

tos nutritivos adecuados"[16] los Estados partes también deberán tomar medidas para "asegurar una atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada para las madres" y "asegurar que todos los sectores de la sociedad, en particular padres y niños, conozcan los principios básicos de salud y nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, etc."[17]

En su artículo 27.3, la Convención continúa vinculando el derecho a la alimentación y a la nutrición con las medidas de protección social, declarando que los Estados deben tomar medidas "para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño [o la niña] a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionar asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición...".

Además de los artículos 24 y 27, que reconocen más explícitamente el derecho a la alimentación y la nutrición, hay otros artículos en la Convención que implícitamente abordan este derecho humano. Por ejemplo, el artículo 2 sobre la no discriminación, el artículo 3 sobre las acciones de las instituciones públicas o privadas encargadas de la atención o protección de los niños y niñas, el artículo 4 sobre cómo la Convención debería comprometerse con el contenido sustantivo de los derechos económicos, sociales y culturales, el artículo 6 sobre el derecho a la vida, y el artículo 17 sobre la protección del niño y la niña contra la información y el material perjudicial para su bienestar, entre otros, se refieren a otros derechos que son inseparables de la comprensión holística del derecho a la alimentación y a la nutrición.

Además, la Observación General Nº 15 del Comité, sobre el derecho a la salud extiende la interpretación que la Convención hace sobre el derecho de los niños y las niñas a la alimentación, al citar explícitamente la Observación General Nº 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) en su definición de "alimentos inocuos, nutricionalmente adecuados y culturalmente apropiados" y, en este contexto, también subraya que "la lactancia natural exclusiva debe protegerse y

16 Observación General No.15:Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud.

17 Observación General No.15:Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud.

promoverse durante los primeros 6 meses de vida". La Observación General Nº 15 también reconoce la importancia de los programas de alimentación escolar, los efectos nocivos de la exposición de los niños y las niñas a la "comida rápida" y la epidemia de obesidad resultante, la necesidad de limitar la exposición de los niños y las niñas a anuncios de alimentos energéticos con bajo contenido en micronutrientes y el impacto ambiental de las actividades empresariales sobre el derecho de los niños y las niñas a la alimentación.

La Observación General No. 16 profundiza en este último punto al tratar sobre el impacto del sector empresarial en los niños y las niñas. Es por tanto una herramienta poderosa a la hora de garantizar que los Estados protejan a los niños y las niñas de los impactos negativos generados por aquellas actividades comerciales que afectan a los recursos naturales necesarios para producir alimentos, o por las actividades de las empresas transnacionales en el área de la producción industrial y la comercialización de alimentos que puedan menoscabar el disfrute de su derecho humano a la alimentación y a la nutrición.

Asimismo, la Observación General Nº 3 sobre VIH/SIDA y derechos de la niñez aborda el riesgo de desnutrición relacionado con el cuidado de niños y niñas con VIH/SIDA, mientras que la Observación General Nº 5 sobre derechos de los y las adolescentes trata el matrimonio precoz y el embarazo como factores importantes para la salud.

La Observación General No. 7, sobre implementación de los derechos de la niñez durante la primera infancia, aboga por la promoción y la protección de la lactancia materna para la nutrición infantil.

La Observación General Nº 11 sobre los derechos de los niños y niñas indígenas también resulta especialmente importante para el derecho a la alimentación y a la nutrición, ya que reconoce la importancia cultural de los territorios tradicionales y la calidad del medio ambiente como intrínsecamente relacionadas con el derecho del niño a la vida y la supervivencia.

e. Derecho a la educación

La Convención Sobre los Derechos del Niño establece el derecho a la educación en el Artículo 28

1 ► Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

A ► Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;

B ► Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

C ► Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;

D ► Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

E ► Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2 ► Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la Convención.

3 ► Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

En la perspectiva de los Derechos Humanos la educación es uno de los principales derechos de la persona humana porque tiene la doble calidad de derecho-objeto y derecho-medio. La educación permite a la persona ganar la conciencia sobre la titularidad de sus derechos humanos. Es importante tomar nota sobre los propósitos de la educación según la jurisprudencia del Comité de Derechos del Niño:

> "(es) más que una escolarización oficial y engloba un amplio espectro de experiencias vitales y procesos de aprendizaje que permiten al niño (y a toda persona), ya sea de manera individual o colectiva, desarrollar su personalidad, dotes y aptitudes y llevar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad."[18]

Los Estados deben considerar el derecho a la educación desde la perspectiva del desarrollo de la persona y no en la dinámica de los procesos del mercado. Por ello, el artículo 28 establece las finalidades del derecho a la educación:

A ► Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

B ► Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

18 Observación General N° 1, Propósitos de la Educación, Comité de los Derechos del Niño, Párrafo 1 del artículo 29 (2001).

C ► Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

D ► Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

E ► Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

De acuerdo a la normativa constitucional, los habitantes tienen el derecho y la obligación de recibir la educación inicial, preprimaria, primaria y básica, de manera gratuita[19]. Sin embargo, los datos de las encuestas revelan que el nivel de cobertura primaria no alcanza al 73% de la población y el nivel de educación básica, es del 44%.

Guatemala es un país que invierte menos del 3 por ciento del Producto Interno Bruto (PIB) en educación. El promedio regional es el 5 y el ideal es el 7 por ciento. Por ello, hay una violación sistemática del derecho a la educación en Guatemala.

f. Derecho a la recreación

El Artículo 31 de la Convención Sobre los Derechos del Niño reconoce:

1 ► Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

19 Artículo 74.- Educación obligatoria

iepades Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

2 ► Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural activa, inculcarle el respeto de los derechos humanos elementales y desarrollar su respeto por los valores culturales y nacionales propios y de civilizaciones distintas a la suya.

Niños pertenecientes a minorías o poblaciones indígenas. Es derecho de los niños que pertenecen a minorías o a poblaciones indígenas tener su propia vida cultural, practicar su propia religión y emplear su propio idioma.

Esparcimiento, juego y actividades culturales. El niño tiene derecho al esparcimiento, al juego y a participar en las actividades artísticas y culturales, y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

La LPINA también dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protegidos por el Estado, la familia y la sociedad a fin que tengan acceso a la educación, el deporte, la cultura y la recreación propia a su edad, en beneficio de su salud física y mental[20].

Como se observa, la recreación es reconocida como un derecho fundamental para los niños, las niñas y los adolescentes, precisamente por la importancia que tiene para su desarrollo físico y psicológico; pero también, porque por medio de los espacios lúdicos se puede proteger los demás derechos.

El juego es importante en la niñez para el desarrollo de su capacidad de explorar y, al interactuar al interactuar con otros, aprender a ser sociables. Además, los padres pueden enseñar valores, principios, habilidades, a saber ganar o perder y a sobreponerse ante cualquier circunstancia; incluso permite que los miembros de la familia se conozcan e integren mejor.

20 Artículo 51 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

La observación general No. 17 del Comité de los Derechos del Niño establece las directrices en la forma en que los Estados deben garantizar el derecho al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes.

Como todo derecho, debe ser plenamente garantizado por el Estado; su vulneración da lugar a una reparación integral.

g. Derecho a ser protegido frente a todas las formas de explotación y violencia

El Artículo 32 de la Convención dispone:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

La Ley PINA, por su parte, dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra la explotación económica, el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso para su salud física y mental o que impida su acceso a la educación[21].

21 Artículo 51 de la Ley de Protección Integral de la niñez y adolescencia

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Lecturas Obligatorias

CIDH, informe El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidados alternativos. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas, OEA/Ser.L/V/ II. Doc. 54/13, 17 octubre 2013.

Pág. 29 a 66.

https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf

Material de apoyo:

Comité Derechos del Niño Observación General No.17: Sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes.

http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5F0vFw58qKy0NsTuVUlOzAukKtb44OEtL5G5etAmvs6AwUE1aKL%2FeLXNzf5T64E7NlzR6137848REb2YcW3r1ykP3%2F

Comité de derechos del Niño. Observación General No.15: Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud.

http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5F0vHCls1B9k1r3x0aA7FYrehlsj%2FQwiEONVKEf8BnpvEXSl7WLpnaEMlpupYgu9Jcq5Jnl6KhXRgZtqhSh9BZY9KH

Comité DESC Observación General Nº 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12).

https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-14-derecho-al-disfrute-del-mas-alto-nivel-posible-salud-articulo-12

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

2. Obligaciones jurídicas en lo relativo a los aspectos económicos

El Estado debe asignar recursos presupuestarios para garantizar la instalación y el funcionamiento anual de la institucionalidad y las estructuras operativas del SNP, así como para garantizar la implementación de la legislación, las políticas, los programas, y servicios destinados a la niñez.

La Convención Sobre los Derechos del Niño claramente establece la prioridad que debe otorgarse a la asignación de recursos públicos para atender los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Estos principios deben considerarse en todas las fases y decisiones del proceso presupuestario, las que afecten a los niños, niñas y adolescentes.

Esta obligación, contenida en el artículo 3 de la CDN, es crucial cuando los Estados sopesan prioridades concurrentes de asignación y gasto presupuestarios. Los Estados han de ser capaces de demostrar que han tenido en cuenta el interés superior del niño en la toma de decisiones sobre presupuestos, y también este principio frente a otras consideraciones[22].

Esta obligación de proveer recursos suficientes para la protección de los derechos del niño ha sido recogida por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en la Observación General No. 19, "sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)"[23]. Esta propugna por una mejor y mayor inversión en los derechos del niño, puesto que los derechos de los niños no serán efectivos "si no se movilizan recursos financieros suficientes, y si estos no se asignan y se utilizan de manera responsable, eficaz, eficiente, equitativa, participativa, transparente y sostenible"[24], previéndose la inversión necesaria tanto para el funcionamiento de la institucionalidad como para la implementación de la Política Nacional para la Niñez.

22 CIDH Hacia la garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Op.cit. parr.237.

23 CRC/C/GC/19, de 21 de julio 2016; la resolución 28/19 del Consejo de Derechos Humanos

24 Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General No. 19, "sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)", párr. 11.

Por su parte, el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que precedió a la resolución, titulado “Avance hacia una mejor inversión en los derechos del niño” (A/HRC/28/33). Ambos documentos abordan la función de las políticas nacionales, la movilización de recursos, la transparencia, la rendición de cuentas, la participación, la asignación y el gasto, además de los sistemas de protección de la infancia, la cooperación internación y el seguimiento de las inversiones en la infancia; y la resolución 67/218 de la Asamblea General sobre la promoción de la transparencia, la participación y la rendición de cuentas en el ámbito de las políticas fiscales, que pone de relieve la necesidad de mejorar la calidad, la eficiencia y la eficacia de las políticas fiscales y alienta a los Estados Miembros a que intensifiquen los esfuerzos por mejorar la transparencia, la participación y la rendición de cuentas en el ámbito de las políticas fiscales.

Principios de presupuestación pública para fomentar los derechos del niño.

Como ya se dijo en párrafos anteriores, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado que los derechos de los niños solo pueden ser efectivos si se movilizan recursos financieros suficientes, y si estos no se asignan y se utilizan de manera responsable, eficaz, eficiente, equitativa, participativa, transparente y sostenible”, previéndose la inversión necesaria tanto para el funcionamiento de la institucionalidad como para la implementación de la Política Nacional para la Niñez[25].

En Guatemala, el artículo 84 de la Ley de Protección integral de la Niñez y Adolescencia establece que la formulación, ejecución y control de las políticas de protección integral a favor de niños, niñas y adolescentes debe fundarse en los principios específicos que señala y que son muy coincidentes con los que para ese efecto ha señalado el Comité de los Derechos del Niño.

En ese marco, a continuación se establecen los principios que deben adoptarse por el Estado para fomentar los derechos del niño.

25 Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General No. 19, “sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)”, párr.11.

A ► Participación

El Estado debe facilitar entornos propicios para la **participación significativa de los interesados en el proceso presupuestario**, incluida la sociedad civil y los propios niños, niñas y adolescentes. La participación debe asegurarse durante todo el ciclo presupuestario (planificación, aprobación, ejecución, seguimiento y evaluación), y para ello debe promover la creación de mecanismos y espacios permanentes, como los consejos consultivos de niñez y adolescencia, así como otros medios, como consultas, audiencias, foros, y debates de carácter amplio e inclusivo, además de utilizar las nuevas tecnologías.

B ► Efectividad y eficiencia

Dar efectividad a los derechos del niño significa que el Estado tiene la obligación de movilizar, asignar y gastar recursos públicos atendiendo a sus obligaciones de aplicación de la CDN, en todos los niveles y estructuras de los poderes ejecutivos, legislativo y judicial.[26] Las medidas a considerar, a la luz de los principios establecidos en la CDN, son tanto aquellas relativas a la recaudación de ingresos públicos; a la asignación de partidas presupuestarias; y aquellas relativas al gasto y a su eficacia.

En virtud del interés superior del niño, deberán asignarse el máximo de los recursos disponibles para la realización de los derechos reconocidos en la CDN, que en su artículo 2, exige que estos principios se conjuguen con el principio de igualdad y no discriminación en el ejercicio de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. La CDN claramente establece la prioridad que debe otorgarse a la asignación de recursos públicos destinados a atender los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Estos principios deben considerarse en todas las fases del proceso presupuestario y en todas las decisiones presupuestarias que afecten a los niños, niñas y adolescentes.

Además, es necesario asegurar que la recaudación y la transferencia de recursos se realice a tiempo para garantizar que puedan efectivamente ser gastados; asimismo, asegurar que existe la capacidad

26 Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General No. 19, "sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)", párr. 27.

de gasto. Estos aspectos son especialmente sensibles en los niveles locales y en los municipios con mayores retos de recaudación y de gasto, y que son receptores de fondos y de transferencias del nivel central para poder implementar todas sus políticas, programas y servicios.

C ► Equidad

La obligación contenida en el artículo 3 de la CDN es crucial cuando los Estados sopesan prioridades concurrentes de asignación y gasto presupuestarios. Los Estados han de ser capaces de demostrar que se ha tenido en cuenta el interés superior del niño en la toma de decisiones sobre presupuestos, y también cómo se ha tenido en cuenta ese principio frente a otras consideraciones.[27]

El Comité de los Derechos del Niño ha expresado que "gastar fondos de manera equitativa no siempre implica utilizar la misma cantidad de dinero en cada niño, sino tomar decisiones de gasto que contribuyan a lograr una igualdad sustantiva entre los niños. Los recursos han de destinarse de manera justa para favorecer la igualdad."

D ► Transparencia

La transparencia presupuestaria es un principio fundamental para la buena gestión de los asuntos públicos y la lucha contra la corrupción, y es un requisito básico para una participación significativa de la sociedad civil y de los niños, niñas y adolescentes. La transparencia implica garantizar que se publique oportunamente información de fácil consulta, completa, y en un lenguaje comprensible y adaptado, en relación con la planificación, la aprobación, la ejecución y el seguimiento de los presupuestos, a nivel nacional, sub-nacional y local.

En tal virtud, el Estado tiene la obligación de mostrar cómo y hasta qué punto las medidas asociadas a los presupuestos públicos que decide adoptar contribuyen a mejorar la situación de la niñez.

27 Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General No. 19, "sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)", párrs. 45 y 46.

El Estado tiene la obligación de establecer mecanismos públicos de rendición de cuentas transparentes que permitan a la sociedad civil, incluidos los niños, niñas y adolescentes, supervisar los resultados del gasto público.

En este punto, el Estado debe disponer de información precisa de la cantidad de recursos que se han destinado a los niños, niñas y adolescentes anualmente, y tenerla además desagregada, como mínimo, por la cantidad que se han invertido en los niños, niñas y adolescentes de cada una de las diversas zonas geográficas del país, por edades, género, etnicidad, y por diversas condiciones de vulnerabilidad previamente identificadas en el diagnóstico situacional que sirve de base a la elaboración de la Política Nacional para la Niñez (como discapacidad, cuidados parentales, migrantes, en situación de calle, NNA LGBT, otros).

La información debe mostrar el nivel de inversión destinada específicamente a estos grupos de niños, niñas y adolescentes, tomando en consideración los compromisos asumidos por el Estado al fijar los objetivos, resultados y metas en la Política Nacional para la Niñez vigente al momento de adoptarse el presupuesto.

E ► Sostenibilidad

El Estado debe considerar la sostenibilidad de la inversión financiera en los derechos de la niñez para evitar retrocesos en los niveles de cumplimiento de los derechos y mantener los niveles de bienestar y satisfacción de los mismos entre todos los niños, niñas y adolescentes bajo la jurisdicción del Estado.[28]

28 Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General No. 19, "sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)", párr. 63

Lecturas Obligatorias

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en la Observación General No. 19, "sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño" (art. 4).

http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5F0vHXnExBBGbM8arvsXxpbQtF6dSo74NsspuR7EGhuDf8wX17%2FIxwwGeOxcmaTzOkgUAjNC%2BN6MW5UV3RxsrevK9X

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

3. Incorporación efectiva de los derechos del niño en los presupuestos públicos

Para garantizar que los niños sean debidamente tomados en consideración en los presupuestos públicos, es necesario:

a. Planificación

Que existan espacios específicos de discusión donde puedan participar no solo las organizaciones de la niñez, sino los propios niños, con el objetivo de asegurar el derecho a la opinión y tomar en consideración su interés superior. Debe recordarse que un elemento central del interés superior del niño, niña o adolescente es considerar su opinión en todos los asuntos que le conciernen.

De esa cuenta, en el proceso de elaboración la Secretaría de Planificación Económica, y cada uno de los ministerios y entidades descentralizadas, así como los gobiernos locales, deben garantizar espacios de diálogo e interacción con los niños para la elaboración de los presupuestos correspondientes, en donde se ubiquen con precisión los fondos que van a ser asignados a los programas de niñez y adolescencia.

Para la CIDH deben incluirse consultas con niños, niñas y adolescentes, sus familias y cuidadores, y con las personas que trabajan directamente con ellos y ellas o en favor de sus derechos, para conocer mejor cómo les han afectado las medidas de carácter presupuestario. Los resultados de estas consultas y de las evaluaciones indicadas, deben tenerse en cuenta en las subsiguientes decisiones presupuestarias, justificando expresamente el modo cómo se están tomando en cuenta esas opiniones, resultados y evaluaciones en las subsiguientes decisiones presupuestarias.[29]

29 CIDH. Hacia la garantía de los derechos…op.cit. párr..247

b. Aprobación

La Constitución Política de la República asigna al Congreso la aprobación del presupuesto general de ingresos y egresos de la nación. Derivado de los principios de participación, interés superior y derecho de opinión en la etapa de aprobación, el Congreso, por medio de sus comisiones parlamentarias, incluyendo la Comisión de la Niñez, debe establecer los mecanismos apropiados para escuchar a los niños, niñas y adolescentes al momento de las discusiones parlamentarios del presupuesto.

Para satisfacer el deber de respetar y garantizar los derechos de la niñez, los diputados deben justificar que los montos económicos asignados a la niñez, realmente alcanzarán los resultados previstos. Es decir tienen la obligación de explicar cómo y hasta qué punto las medidas asociadas a los presupuestos públicos que decide adoptar contribuyen a mejorar la situación de la niñez.

c. Ejecución

Es necesario que el presupuesto aprobado sea supervisado para que sea ejecutado de manera oportuna y eficaz, en los programas y servicios que benefician a la niñez. En este punto, se debe analizar la ejecución en relación, entre otros, al nivel de cumplimiento de cada derecho y a la disponibilidad, calidad, accesibilidad y distribución equitativa de los servicios destinados a la niñez. Para ello deberá demostrar los resultados concretos alcanzados en materia de derechos con esa determinada inversión de recursos.

d. Seguimiento

El Estado tiene, además, la obligación de establecer mecanismos públicos de rendición de cuentas transparentes que permitan a la sociedad civil, incluidos los niños, niñas y adolescentes, supervisar los resultados del gasto público.

Lecturas Obligatorias

CIDH Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección.

Pág. 95 a 113.

http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantiaderechos.pdf

4. Principio de progresividad y no regresividad

A pesar de la distinción que se suele trazar entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos, es importante recordar que los derechos humanos son interdependientes e indivisibles, y que se debe proceder con cautela al distinguir entre estas dos categorías de derechos. Ambos sistemas de derechos humanos, el interamericano y el universal, defienden que no existen categorías jerárquicas de derechos y han afirmado la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales. La efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales con frecuencia repercutirá en la capacidad de los niños para ejercer plenamente sus derechos políticos y civiles, y viceversa.

La obligación del Estado de asignar fondos para la realización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se vincula, también, con los conceptos de la asignación hasta el "máximo de los recursos disponibles" y de la "realización progresiva" de los derechos económicos, sociales y culturales. Lo anterior, en particular es relevante en lo concerniente al cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales[30], por considerarse que los Estados no disponen de forma inmediata, de los recursos necesarios para garantizar plenamente todos estos derechos para la totalidad de los niños, niñas y adolescentes, sino que el Estado requiere hacer esfuerzos sostenidos en el tiempo para poder lograr esa meta.

En general, La completa realización de estos derechos, no puede darse rápidamente y por ello se requiere de un proceso durante el cual cada país, tomando en cuenta su grado de desarrollo, avance de modo decidido y sostenido, con distintos tiempos, hacia ese logro. Estos principios invalidan las medidas regresivas, salvo casos extremos justificables, y descalifican la inacción.

El sistema interamericano y el sistema universal de derechos humanos se han pronunciado en relación a los alcances y el contenido de la obligación de "cumplir de forma progresiva" con los derechos económicos, sociales y culturales, junto con la obligación de carácter inmediato de "adoptar medidas", y con el deber correlativo de "no regresividad" en la garantía de estos derechos. Ambos sistemas entienden que, aunque la plena realización de estos derechos debe ser cumplida de forma progresiva, **pasos hacia esta meta deben ser tomados sin dilaciones y deben ser deliberados, concretos, constantes, y orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción** de los mismos. El carácter progresivo de la obligación de realización de los derechos económicos, sociales y culturales exige, como mínimo, que la vigencia y acceso a los mismos no se reduzca con el transcurso del tiempo, y se deriva una prohibición *prima facie* de adoptar medidas que sean deliberadamente regresivas ("prohibición de regresividad" o "prohibición de retroceso").

30 Protocolo de San Salvador

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el "pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado (artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles"[31].

La CIDH ha establecido que "el carácter progresivo del deber de realización de algunos de estos derechos, según lo reconocen las propias normas citadas, no implica que [el Estado Miembro] pueda demorar la toma de todas aquellas medidas que sean necesarias para hacerlos efectivos. Por el contrario, [el Estado Miembro] tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los derechos contenidos en dichas normas. Bajo ningún motivo, el carácter progresivo de los derechos significa que [el Estado Miembro] puede diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para su completa realización" [32].

31 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 81, ver también párr. 64

32 CIDH. Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V.II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, Cap. III, párr. 6. Ver también, CIDH. El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, párrs. 29 a 58.

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Unidad IV

Corpus iuris de la niñez

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia Sverige

unicef GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Unidad IV

Corpus Iuris de la Niñez

1. El corpus iuris de la niñez: El niño, niña o adolescente como sujeto de derechos especiales.

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del niño, forma parte de un conjunto de normas vinculadas -o corpus iuris- de protección de los derechos del niño, que debe ser considerado al interpretar el significado del Artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Artículo VII de la Declaración Americana, los cuales garantizan el derecho del niño a medidas de protección, cuidado y ayuda especiales que por su condición de sujeto en desarrollo, requieren por parte del Estado e indirectamente por parte de la sociedad[1].

Esta obligación dimana de las condiciones especiales en que se encuentran los niños, niñas o adolescentes. Al aspecto, el Comité de los Derechos del Niño ha enfatizado que los niños, niñas y adolescentes están en una etapa vital de gran importancia por el proceso de evolución de sus capacidades y desarrollo progresivo físico, psicológico, emocional, mental, moral, cognitivo y social[2].

1 CIDH, *Derecho de la niña y niño a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, párr. 32, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 54/13, 17 octubre 2013. 5.

2 Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 septiembre 2006, y Observación General No. 20, Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, 6 diciembre 2016.

La CIDH reconoce que durante las diversas etapas de la infancia y posteriormente en la adolescencia, los niños, niñas y adolescentes desarrollan progresivamente su autonomía personal, social y jurídica, que se da en consonancia con su crecimiento y el desarrollo de sus facultades. La infancia y la adolescencia son etapas vitales en la existencia de la persona de trascendental importancia y que tienen valor en sí mismas y no deben ser consideradas jurídica y socialmente como un simple tránsito hacia la edad adulta.

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos que deben ser reconocidos, respetados, protegidos y garantizados. Hoy los niños, niñas y adolescentes no son considerados ni menores, ni incapaces, ni carentes, sino son personas totales, seres humanos completos y con dignidad, poseedores de facultades y potencialidades a desarrollar y titulares de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que les deben ser reconocidos por el solo hecho de existir.

Derivada de esta fase de transición, los niños, niñas y adolescentes gozan de los mismos derechos que los adultos, pero son titulares de derechos especiales que se requieren por su posición de vulnerabilidad y para alcanzar su desarrollo. Esta diferencia entre adultos y niños, niñas y adolescentes es lo que hace que sean titulares de derechos especiales, que son necesarios para proteger su desarrollo integral.

A criterio de la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que es la norma más importante del Sistema Interamericano referida a los derechos de la infancia, dispone que:

> *"...todo niño tiene derecho a las medidas de protección que sus condiciones de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado."*

Sobre este punto,

La Corte llama la atención que un significativo número de las violaciones alegadas tienen como presuntas víctimas a niños, quienes, al igual que los adultos, "poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos […] y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado". Así lo establece, por lo demás, el artículo 19 de la Convención Americana que dispone que "[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". Esta disposición debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial[3].

De esa cuenta, la Corte al analizar y decidir sobre las violaciones alegadas respecto de niños, niñas o adolescentes, de otros derechos de la Convención Americana, ha establecido que

> a la luz de las obligaciones adicionales que el artículo 19 de la misma impone al Estado. Para fijar el contenido y alcances de este artículo, tomará en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que la Corte debe respetar.[4]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, ha explicado la idea de la existencia de un corpus iuris de los Derechos Humanos de la infancia y la adolescencia[5]:

3 Corte IDH Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2 de septiembre de 2004 Serie C No. 112. Parr.147.

4 Corte IDH Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2 de septiembre de 2004 Serie C No. 112. Parr.148.

5 CORTE IDH, Caso de los niño s de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

"Para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por ***referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema****. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los Derechos Humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el Artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia".*[6]

Efectivamente, el Artículo 29 de la CADH de derechos humanos establece el principio de progresividad o *pro homine* en la interpretación de los Derechos Humanos. Esto significa que la evolución de los Derechos Humanos no es estática, sino profundamente dinámica, ya que los Derechos Humanos tienen una evolución constante, en donde se garantizan nuevas dimensiones y se protegen nuevos derechos. Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

"la interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales[7]."

Derivado de esta evolución, los tratados internacionales no pueden ser una camisa de fuerza que impida el reconocimiento y protección de nuevos Derechos, de ahí que se establezca en el Artículo 29 de la CADH: que nada de lo dispuesto en un tratado pueda impedir que se apliquen aquellas normas que concedan mayores derechos o garantías a una persona. La interpretación debe hacerse, en con-

6 CIDH, Informe N° 41/99, Caso 11.491, Menores detenidos contra Honduras, de 10 de marzo de 1999, párrafo 72.

7 Corte IDH, *Caso de los niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 193

secuencia, conforme a la doctrina del Derecho plus: se aplica siempre la norma que concede mayores Derechos.

Como se analizará al abordar el tema de bloque de constitucionalidad, la Corte de Constitucionalidad ha asentado esta interpretación, a partir de los Artículos 44, 46 y 149 de la Constitución Política de la República, que imponen al juez hacer uso de los tratados e instrumentos internacionales con preeminencia al Derecho interno, en la protección de los Derechos Humanos.

La interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que forman parte de las normas aplicables, los instrumentos internacionales que protegen a los niños, niñas y adolescentes, creando el concepto de corpus iuris. Estos instrumentos internacionales incluyen entre otros:

- Los tratados internacionales del sistema universal en materia de niñez.
- Los tratados del sistema interamericana de derechos humanos en materia de la niñez
- Los principios y declaraciones de la comunidad internacional en materia de niñez
- Las decisiones jurisprudenciales emanadas de los órganos de protección de los derechos de la niñez.
- Las observaciones generales y recomendaciones de los órganos de protección de los derechos de la niñez.

En conclusión, en la aplicación del sistema de protección de Derechos Humanos se utiliza el concepto de corpus que se refiere al conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los Derechos Humanos de las niñas, niños y adolescentes[8].

De esa cuenta, el corpus iuris de la niñez se encuentra integrado, primordialmente por la Convención Sobre los Derechos del Niño[9], pero complementado con otros instrumentos internacionales, los cuales tienen fuerza vinculante para los jueces y deben ser aplicados para lograr la más completa y efectiva protección de los Derechos del niño.

Lecturas Obligatorias

Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas / [Preparado por la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. p.; cm. (OAS. documentos oficiales; OEA/Ser.L) Pág.9 a 24

8 CIDH, *Caso de los niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 192 a 194, y CIDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 57.

9 Aprobada por el decreto 27-90 del Congreso de la República el 10 de mayo de 1990.

Material de apoyo:

Sentencia Corte IDH, *Caso de los niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63

https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C. 351.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf

2. Normas que integran el corpus iuris de los niños y niñas víctimas de delitos

a. Artículo 19 de la CADH

Al hacer un análisis del artículo 19 de la CADH, la Corte ha señalado en el caso VRP y VPC vs Nicaragua[10] que

> "teniendo en cuenta que la persona titular de derechos y presunta víctima principal en este caso tenía menos de 18 años de edad al momento de los hechos, la Corte considera útil

10 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO V.R.P., V.P.C. Y OTROS VS. NICARAGUA SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr..41 al 43.

y apropiado recurrir a la Convención sobre los Derechos del Niño que contiene diversas disposiciones específicas y más desarrolladas en torno a la participación, acceso a la justicia y rehabilitación de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos. Tales disposiciones pueden ilustrar sobre el contenido y alcance de las medidas de protección especial que deben ser precisadas en el caso examinado a la luz del artículo 19 de la Convención.

La Corte considera la aplicabilidad de dicho instrumento al presente caso en los términos indicados, Nicaragua es parte de ese tratado internacional y ha reconocido, las reglas allí establecidas como fuente de derecho. Pero, además, es necesario recordar, como ya ha sido resaltado en reiteradas oportunidades, que la Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado internacional que posee mayor vocación de universalidad, lo cual "pone de manifiesto un amplio consenso internacional (Opinio iuris comunis) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia."[11]

En suma, este Tribunal ha establecido en reiterada jurisprudencia que, tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño, así como otros instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados que sirven como guía de interpretación[12], forman parte de un comprensivo corpus juris internacional de protección de niñas, niños y adolescentes. Este debe servir para fijar el contenido y alcance de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana, en relación con los demás derechos contenidos en dicho instrumento, cuando el sujeto titular de derechos es una persona menor de 18 años de edad[13].

11 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 29, y Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 57

12 Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 60

13 Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194, y Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, nota al pie 115.

Para interpretar el significado, contenido y alcances de los Derechos de los niños en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte y la CIDH señalan además del Artículo 19 de la Convención Americana, el VII de la Declaración Americana y 16 del Pacto de San Salvador, - los cuales garantizan el Derecho de los niños a medidas de protección especiales por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

Convención Americana De Derechos Humanos: Artículo 19

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[14]:

Artículo VII:

"Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a la protección, cuidados y ayuda especiales, debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 16. Derecho de la Niñez:

"Todo niño y niña sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que sus condiciones de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño y niña tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño y niña de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño y niña tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo."[15]

14 Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948

15 "Protocolo de San Salvador", adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General

Tratados complementarios:

- Convención Interamericana para la Prevención y Sanción de la Tortura

- Convención de Belem Do Pará o Convención para la prevención, eliminación y sanción de todas las formas de violencia contra la mujer.

En el ámbito de las competencias de control y supervisión del Estado, también resultan de trascendencia:

- La doctrina dimanante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- Los mecanismos de supervisión de Naciones Unidas como el Relator de la Niñez de la CIDH.

- Mecanismo Especial de Supervisión de Cumplimiento de la Convención de Belem Do Pará.

La jurisprudencia principal se analizará en otro apartado en esta unidad.

b. Convención Sobre los Derechos del Niño

El principal instrumento internacional sobre los derechos de la niñez y adolescentes, es la Convención Sobre los Derechos del Niño , el cual es uno de los tratados de derechos humanos con mayor número

de adhesiones a nivel de la comunidad internacional, lo que a criterio de la CIDH significa que es el tratado internacional que posee mayor vocación de universalidad, lo cual "pone de manifiesto un amplio consenso internacional (opinió iuris comunis) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia." [16]

Desde 1989, en que se aprobó el tratado, todos los países signatarios han realizado cambios importantes en su legislación y prácticas, derivado del principio de garantía, en donde los Estados tienen que adoptar todas las medidas en el ámbito de su jurisdicción interna para proteger de manera efectiva los derechos de las niñas, niños y adolescentes de tal forma, que, si un Estado no adecúa su marco normativo o sus prácticas administrativas y judiciales a los estándares internacionales en materia de los derechos de la niñez, genera responsabilidad por la violación a un derecho humano.

En el caso de Guatemala esta adecuación normativa fue efectuada a través de la aprobación de la Ley de Protección Integral de La Niñez Y Adolescencia, que es la legislación ordinaria que desarrolla los principios y garantías contemplados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y tiene su fundamento en el Artículo 2 de la Convención Sobre los Derechos Del Niño (CDN).

Los derechos de la niñez han supuesto una transformación en la manera de concebir los Derechos de los niños. Tal transformación ha significado pasar de una concepción de los "menores" como objetos de tutela y protección segregada, a considerar los niños, niñas, adolescentes y jóvenes como sujetos plenos de derechos, lo que se conoce como la Doctrina de la Protección Integral.

Hablar del modelo de la Doctrina de Protección Integral tiene como presupuesto indispensable la consideración del niño como persona, como sujeto de derechos, lo que tiene dos repercusiones:

16 Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 60

- Respetarle al niño y adolescente las mismas garantías que son respetadas a los adultos.

- Respetarle al adolescente sus diferencias con los adultos, lo que justifica la creación de medidas especiales de protección.

Y, en el caso de la infracción a la ley penal, de un modelo penal diferenciado, regido por principios orientados al interés superior, tal y como está regulado en el Artículo 3 de la CDN.

La Convención sobre los Derechos del Niño marca el advenimiento de un nuevo período caracterizado, entre otras cosas, por la separación entre los problemas de naturaleza social y aquellos conflictos específicos de las leyes penales y por la responsabilidad del adolescente de los actos que realiza.

La Convención sobre los Derechos del Niño se complementa con tres protocolos:

- **Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados**

- **Protocolo facultativo sobre la venta de niños, prostitución infantil y explotación sexual**

- **Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.**

Adicionalmente, existen otros instrumentos internacionales del sistema universal que integran los Derechos del niño, niña y adolescente y forman parte del corpus juris de la niñez.

Tratados, Convenios y Protocolos:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[17]

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

A nivel de protección

Directrices de las Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidados de los Niños (2009).

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos' resolución 2005/20 del Consejo Económico y social.

Declaraciones en materia de Adolescentes en Conflicto con la Ley penal

- Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing).

- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)

- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

17 En particular, en los Artículos 23 y 24

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio).

- Directrices para la cooperación y la asistencia técnica en la esfera de la prevención de la delincuencia urbana.

c. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niños

Para la efectiva vigilancia del ejercicio de los Derechos del niño, la Convención sobre los Derechos del Niño crea el **Comité de los Derechos del Niño**, órgano conformado por expertos independientes para supervisar la aplicación de la CDN por sus Estados Parte y, también, de los protocolos facultativos.

Este órgano tiene facultades de interpretación fidedigna del tratado, lo cual publica por medio de observaciones generales, para coadyuvar al Estado al cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO	
Observación General Nº 1 (2001)	Párrafo 1 Del Artículo 29: Propósitos de la educación.
Observación General Nº 2 (2002)	El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño.

Observación General Nº 3 (2003)	El VIH/Sida y los derechos del niño.
Observación General Nº 4 (2003)	La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño.
Observación General Nº 5 (2003)	Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. (Artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).
Observación General Nº 6 (2005)	Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.
Observación General Nº 7 (2005)	Realización de los derechos del niño en la primera infancia.
Observación General Nº 8 (2006)	El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes.

Observación General Nº 9 (2006)	Los derechos de los niños con discapacidad.
Observación General No.10 (2007) **Sustituida por la Observación General No. 24 (2019).**	Los derechos del niño en la justicia de menores.
Observación General Nº 11 (2009)	Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención.
Observación General Nº 12 (2009)	El derecho del niño a ser escuchado.
Observación General Nº 13 (2011)	Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Observación General No.14 (2013)	Sobre el Derecho del niño a que su superior interés sea consideración primordial
Observación General No. 15 (2013)	Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud.
Observación General No. 16 (2013)	Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño.
Observación General No. 17 (2013)	Sobre el Derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes.
Observación General No. 18 Y Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (adoptadas de manera conjunta. (2014)	Sobre las prácticas noscivas.

Observación General No. 19 de 21 de julio 2016	Sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)", CRC/C/GC/19
Observación General No. 20 (2016)	Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia.
Observación General No. 21 (2017)	Sobre los niños de la calle.
Observación General Conjunta No. 22 (2017) del Comité de loa Derechos del Niño y núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.	Sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional.

Observación General Conjunta No. 23 (2017) del Comité de loa Derechos del Niño y núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.	Sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.
Observación General N.º 24 (2019)	Sobre los derechos del niño en el sistema de justicia penal
Observación General No 25 (2021)	Sobre los derechos del niño en relación con el entorno digital.

d. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos del niño

De conformidad con los artículos 63 y 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos, las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son plenamente vinculantes para los Estados y deben ser cumplidas de buena fe.

Además, la Corte de constitucionalidad ha reconocido que por virtud del artículo 44, 46 y 149 de la Constitución Política de la República, las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos forman parte del Bloque de Constitucionalidad, aun y cuando no hayan sido emitidas contra el Estado de Guatemala.

En el caso de los derechos de la niñez, existen importantes sentencias que se han dictado:

- Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

- Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala sentencia de 9 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas).

- Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.

- Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Lecturas Obligatorias

Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe, 2019: de noviembre de 2019 / OEA/Ser.L/V/II)

Pág. 9 a 13.

http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf

Material de apoyo:

Corte IDH Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. párr. 60

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9758.pdf?view=1

Caso Maria Isabel Veliz Franco vs. Guatemala.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf

Caso V.R.P y V.P.C vs. Nicaragua

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

ORGANISMO JUDICIAL
GUATEMALA, C.A.

Sistema Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Módulo II de la Currícula de Especialización en Materia de Niñez y Adolescencia en Protección y Justicia Penal Juvenil

Guatemala, abril 2021

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia
Sverige

unicef
GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

SECRETARÍA DE PROTECCIÓN PARA LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Y JUSTICIA PENAL JUVENIL

Módulo II

"Malla Curricular de Especialización en Niñez y Adolescencia"

"SISTEMA DE JUSTICIA ESPECIALIZADO CON ENFOQUE INCLUYENTE"

Módulo II-B

a) Competencia general del proceso formativo:

El juez o jueza, mediante el análisis y aplicación de los conocimientos adquiridos para el abordaje, estudio y resolución de los casos conforme su competencia, emite resoluciones apegadas a la doctrina de protección integral en las que realiza un adecuado control de convencionalidad, privilegiando siempre medidas de protección diferentes a la institucionalización, y medidas de coerción o sanciones no privativas de libertad.

b) Competencias específicas del Módulo II-B:

El juez o jueza reconoce la importancia del abordaje diferenciado y especializado en la justicia especializada en niñez y adolescencia.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

ORGANISMO JUDICIAL
GUATEMALA, C.A.

Sistema Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Unidad V

Control de convencionalidad del corpus iuris de la niñez

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia
Sverige

unicef
GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Unidad V

Control de Convencionalidad del Corpus Iuris de la Niñez

El control de convencionalidad es definido como un tipo de control paradigmático de protección a los derechos humanos, conmina a todas las autoridades judiciales y administrativas a que, en su actividad jurisdiccional, se determinen conforme a las reglas de su competencia, la conformidad de las normas y los actos internos respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para introducir el tema, es importante recordar y previamente presentar el control de constitucionalidad. Recordemos que Guatemala cuenta, en materia de control constitucional, con un sistema mixto, es decir, una fusión del **sistema americano o difuso** y del **sistema austríaco o concentrado**. De conformidad con el artículo 268 de la Constitución de la República de Guatemala, la Corte de Constitucionalidad se implementa a partir de 1986, fecha de inicio de vigencia de la Constitución de 1985 (actual). Se le define como un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional, conoce en única instancia del reclamo de inconstitucionalidad general de ley, y utiliza el sistema concentrado. Para atender la inconstitucionalidad de ley en caso concreto, se utiliza el sistema difuso, pues en esos, la Corte de Constitucionalidad conoce en alzada (sistema de doble instancia), y la primera instancia está encomendada al resto de tribunales de jurisdicción ordinaria, constituidos en tribunales constitucionales. En estos casos la garantía, se ejerce a través de la vía incidental o accesoria, cuyo objetivo es lograr un efecto declarativo (preexistencia de la inconstitucionalidad), entre partes y de naturaleza ex tunc (locución latina que significa “efectos desde entonces”).

La Corte de Constitucionalidad en Guatemala ha expresado que el principio de la supremacía constitucional implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra la Constitución Política, la

cual es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del estado de derecho. Ello encuentra asidero legal en las disposiciones establecidas en los artículos 44, 175 y 204 del texto constitucional, en los que se indica: “Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.” “Artículo 175. Jerarquía constitucional. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure”. “Artículo 204. Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.”

Lo que más se destaca del enunciado anterior y de los artículos citados, es la consecuencia positiva y desarrollo trascendental en la forma de concebir a los derechos humanos en Guatemala. Recodamos que, luego de terminar la Segunda Guerra Mundial, se produjo el inicio de un proceso de internacionalización de respeto y de protección a los Derechos Humanos. De este proceso surge el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual encuentra su fundamento en el consenso universal y/o regional de los Estados. Su fin último es la protección universal de los derechos de los seres humanos. Los objetivos de este nuevo sistema de protección y de reconocimiento a los derechos exigió también la implantación de instancias internacionales (entes externos a los Estados) dotados de mecanismos procesales eficaces para controlar, supervisar, garantizar y asegurar el efectivo cumplimiento de las disposiciones convencionales. Éstas, para el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, son: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la primera con sede en Washington y la segunda con sede en Costa Rica.

Finalmente, lo anterior permite visualizar la presencia de una protección dual de los derechos humanos, solo que cada uno es aplicado a estructuras jurídicas distintas (el control de constitucionalidad para el orden jurídico interno y el control de convencionalidad para el orden internacional). Esto permite sugerir que los jueces guatemaltecos están conminados en su actividad jurisdiccional, según las reglas de su competencia, a compatibilizar y conformar las normas y actos internos, ya no sólo respecto de la Constitución Política de la República de Guatemala (control de constitucionalidad), sino también respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales que en materia de derechos humanos que el Estado de Guatemala ha ratificado (control de convencionalidad).

La comprensión del control de convencionalidad es de suma importancia para entender la obligatoriedad que tiene el Estado guatemalteco mediante su aparato gubernamental, de hacer una interpretación conforme de sus actos y normas internas, en relación a los tratados y convenios internacionales que son parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Estas obligaciones internacionales, bajo ningún motivo, pueden considerarse como violatorias a la soberanía interna del Estado; en virtud que el mismo, al momento de ratificar, aceptar o aprobar soberanamente el o los tratados o convenciones internacionales en cualquier materia, se ha comprometido a cumplir a cabalidad con sus disposiciones.

En concreto, puede señalarse que este control exige, en la actualidad, no solo a los jueces guatemaltecos sino en general a todos los jueces latinoamericanos y a todos aquellos de países suscriptores de la Convención Americana, a llevar a cabo en el ejercicio de sus funciones ex officio una interpretación de la normativa interna conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a efectos de hacer viables los derechos reconocidos en el plano supranacional. Para lograr este análisis, el o la jueza deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha

hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al respecto. Importante es resaltar aquí como se pronuncia la Corte sobre lo que es el Control de Convencionalidad.

En el Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala, la Corte Interamericana de Derechos Humanos llevó a cabo el control de convencionalidad entre el Pacto de San José y el Código Penal de Guatemala, y consideró que el Código Penal infringía los postulados de dicho Pacto, por lo que dispuso que el Estado de Guatemala debía modificar la norma punitiva que permite la pena de muerte en determinadas circunstancias, y que mientras no cumpliere con tal mandato jurisdiccional "El Estado deberá abstenerse de dictar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio y secuestro (…)[1]".

1. El principio de control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus efectos

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. La doctrina ha denominado a este control difuso "*control de convencionalidad*."[2]

El control de convencionalidad se realiza por parte de todo el Poder Judicial entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1 Corte IDH, Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Sentencia 15 de septiembre de 2005 (Fondos, Reparaciones y Costas). Serie C.133, párr.44.

2 Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile Sentencia 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C.154, párr.124.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la última interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana[3].

El control de convencionalidad, aun cuando no está expresamente establecido en el texto de la Convención, puede ser entendido como una "medida de otro carácter" necesaria para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención (artículo 2), por medio de la remoción de aquellos obstáculos legales que impiden garantizar el efecto útil de la Convención (principio de *effet utile*), lo que en última instancia permite garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1), el cumplimiento de la obligación de cumplir los tratados de buena fe (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), y el cumplimiento de la obligación de no invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

a . Control ex oficio

Cabe agregar que el control de convencionalidad se precisa en dos aspectos:

"**Procede *de oficio*** sin necesidad de que las partes lo soliciten y **debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes**, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia"[4].

De esa cuenta, todos los jueces nacionales "deben" ejercer un control difuso de convencionalidad. Existe una asimilación del concepto de supremacía constitucional, como instrumento procesal que obliga a los jueces a aplicar la norma constitucional frente a la norma ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la jerarquía normativa de la Constitución, a las "garantías

3 Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile. op.cit.Párr.125.

4 Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile. op.cit.Párr.125

convencionales" como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los Derechos Humanos previstos en los pactos internacionales cuando las normas internas o actuaciones de los Estados violan, limitan o restringen un derecho contemplado en la Convención, por lo que de alguna manera se configura también una "supremacía convencional".

En este sentido, el "control difuso de convencionalidad" convierte al juez nacional en guardián de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de sus protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH, que interpreta dicha normatividad[5].

Esto implica que el juez debe aplicarlo ex oficio, en cada caso concreto que conoce y sin necesidad de invocación de parte.

b . Control difuso

El juez no puede aplicar una ley o norma legislativa que esté en contravención de la Convención o su interpretación a través de la jurisprudencia.

Tal y como se estableció desde el *Caso Almonacid*, una vez que el Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces, como parte del aparato estatal, están "obligados a velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin".[6]

5 Corte IDH, Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot. Parr.24.

6 Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. op. cit., párrafo 124

Por eso la actividad de los jueces – y en general de todos los funcionarios públicos- supone que en cada decisión o actividad procesal que realicen deben tomar en consideración a la Convención Americana y los derechos que esta protege, como el elemento central al momento de adoptarla, y motivar sus resoluciones para garantizar el efecto útil de los derechos consagrados en la misma. Además, el control de convencionalidad se extiende al corpus iuris interamericano el cual incluye, como mínimo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, otros tratados del Sistema Interamericano, y la jurisprudencia de la Corte IDH. Esto genera un efecto teleológico en la resolución, dado que el juez tiene que verificar que su decisión tendrá efectos positivos en la protección de los derechos humanos.

Requiere también que las autoridades nacionales se *abstengan* de aplicar una norma nacional que no pueda ser interpretada de conformidad con el *corpus iuris*, para evitar la responsabilidad internacional del Estado.

c . El control de convencionalidad se realiza sobre todas las normas del sistema jurídico nacional: el Caso Boyce y Otros

La doctrina del control de convencionalidad establece que las autoridades están obligadas a velar porque "los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin", por lo que deben ejercer un control de convencionalidad "entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana"[7]. Y, en general, sobre cualquier disposición que constituya una norma jurídica general independientemente del órgano que la emita lo que incluye las decisiones de tribunales nacionales que son obligatorias como precedentes.

De esta manera, los conceptos "ley" y "norma jurídica" deben ser entendidos de forma amplia, tal y como el derecho internacional entiende esos mismos conceptos. En consecuencia, el control de con-

7 Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. op. cit., párrafo 124

vencionalidad también deberá ser ejercido sobre normas constitucionales, tal como la Corte IDH lo estableció en el sentido establecido en el Caso Boyce y en el Caso Radilla.

Las decisiones judiciales emitidas en aplicación de una norma contraria a la Convención generan responsabilidad internacional del Estado. Esto puede implicar incluso en casos de la propia Constitución, como lo declaró la Corte IDH en la Opinión Consultiva 0C-14/94 sobre la Responsabilidad internacionalidad por la emisión de leyes.

El Caso Boyce y Otros Vs. Barbados[8] implicó la responsabilidad del Estado de Barbados por violación al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación a los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25 de dicho instrumento, provocada por la naturaleza obligatoria de la pena de muerte impuesta contra Lennox Ricardo Boyce y otras tres personas.

Esto tiene su asiento en el carácter vinculante y obligatorio, que tienen las sentencias de la CIDH. De conformidad con los Artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el fallo de la Corte IDH será "definitivo" e "inapelable" y los Estados Parte en La Convención se comprometen a "cumplir la decisión" en todo caso en que sean partes. Estos dispositivos convencionales constituyen el fundamento principal, en el marco del Pacto de San José, para otorgar a las sentencias del Tribunal Interamericano su carácter "firme" y "con eficacia vinculante" en sus términos, por lo que no procede ninguna medida de impugnación y, en consecuencia, no pueden ser revisadas en el ámbito nacional por ninguna autoridad.

La "eficacia vinculante" de las sentencias se corrobora, además, con el Artículo 68.2 del propio Pacto de San José, al señalar que la indemnización compensatoria "podrá ejecutarse en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado". Y también del Artículo 65, in fine, de la misma Convención, que señala la posibilidad de la Corte IDH de someter a

8 Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. op. cit., párrafo 75.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

la consideración de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, dentro de su informe anual, las recomendaciones pertinentes cuando "un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos".

Es decir, en todo caso existe la obligación de los Estados de cumplir con el fallo internacional de manera directa, pronta, íntegra y efectiva, siendo la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos la que establece garantías para lograr su cumplimiento; en primer término, la posibilidad de que la CIDH supervise dicho cumplimiento derivada de su facultad jurisdiccional y, eventualmente, prevé la posibilidad del propio Tribunal Interamericano para someter a una instancia política el incumplimiento, sin que ella signifique que la Corte IDH deje de conocer de la supervisión.

Este control de convencionalidad se realizó claramente en el caso Villagrán Morales y otros contra Guatemala, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó la legislación guatemalteca con relación a los Derechos del niño vigente hasta el año 2000 y específicamente, al cumplimiento del Artículo 19 de la CADH. En este caso, la CIDH evaluó si la legislación guatemalteca vigente, al momento de los hechos (Código de Menores), cumplía con los estándares internacionales en materia de Derechos de la Niñez.

Al hacer el análisis de dicha normativa, la Corte IDH se basó, entre otros, en el peritaje del experto Emilio García Méndez, quien indicó que:

> “El Código (del Menor) expresa la llamada “doctrina de la situación irregular”, que no distingue entre una niña y un niño víctima de la omisión de las políticas sociales que cae fuera de los circuitos institucionales, la escuela, por ejemplo, y el niño y niña sujeto activo de la violencia, con lo cual a ambos se los puede hacer objeto de las mismas medidas en las mismas instituciones. De esta manera, la policía, al aplicar la ley, está cumpliendo estrictamente con un mandato del Código, por un lado, y por el otro, violando flagrantemente

tanto la Convención como la propia Constitución. El Código es una ley profundamente criminalizadora de la pobreza, porque luego de la detención viene la "declaración del estado de abandono", que es un proceso por el cual se cortan jurídicamente los vínculos entre la familia biológica del niño. Al no establecer una diferencia entre la familia que realmente expulsa al niño y niña y la que no puede mantenerlo, es técnicamente posible quitarle a una familia un niño y niña por la mera falta o carencia de recursos materiales".

Al resolver, en la sentencia de Reparaciones, la Corte Interamericana señaló que el Artículo 2 de la Convención dispone que el Estado está en la obligación de adoptar "las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos" los Derechos en ella reconocidos… ésta es una obligación que el Estado debe cumplir por el mero hecho de haber ratificado dicho instrumento legal. Así, esta Corte consideró que Guatemala debe implementar en su Derecho interno, de acuerdo con el citado Artículo 2 de la Convención, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias con el objeto de adecuar la normativa guatemalteca al Artículo 19 de la Convención, para prevenir que se den en el futuro hechos como los examinados.

En cumplimiento de dicha decisión, el Estado procedió a emitir la Ley de Protección de la Niñez y Adolescencia, que es una norma que da cumplimiento a dicha sentencia.

d . El Control de convencionalidad y el deber de interpretar las normas nacionales de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH: Caso Radilla Pacheco

El Caso Radilla Pacheco Vs. México[9] *es particularmente relevante en el desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad, pues la Corte enfatizó que la obligación a cargo de los jueces de realizar control de convencionalidad incluye, no sólo el deber de no aplicar las normas contrarias a las disposiciones de la Convención, sino también de interpretar las normas nacionales de conformidad con la Convención y los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte. Este criterio significó una importante adición a la doctrina en relación a lo originalmente establecido en el Caso Almonacid, pues la Corte notó que la interpretación y aplicación de una norma nacional puede generar la violación a los derechos humanos, aun cuando la norma nacional puede no ser contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por este motivo, las autoridades deben velar porque sus interpretaciones del derecho nacional no vulneren los derechos humanos, y el control de convencionalidad es un medio para alcanzar este objetivo.*

e . El deber de todas las autoridades nacionales de realizar control de convencionalidad: Caso Cabrera García y Montiel flores

La obligación de realizar un control de convencionalidad se extiende a todas las autoridades estatales, quienes en el ámbito de sus respectivas competencias deberán velar por el efecto útil de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es importante señalar que desde el *Caso Cabrera García*[10], pero de manera más clara en la *Resolución de Cumplimiento de Sentencia del Caso Gelman*, la Corte IDH estableció que la obligación de ejercer un control de convencionalidad no sólo está dirigida al Poder

9 Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr.. 340.

10 Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrafo 59.

Judicial, sino que “todas las autoridades estatales, tienen la obligación de ejercer, ex officio, un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana.”[11]

Lecturas Obligatorias

CEJA. Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: La Doctrina del Control de Convencionalidad

Centro de Estudios de Justicia de las Américas
Septiembre 2014
Pag. 43 a 51

https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35638.pdf/

Material de apoyo:

Conferencia Miguel Carbonell

Curso básico sobre Control de Convencionalidad

https://www.youtube.com/watch?v=WEfR6APPCHI

11 Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013., párrafo 66.

2. Implicaciones del control de convencionalidad del corpus juris de la niñez

El objeto de la obligación de ejercer control de convencionalidad se puede clasificar en cuatro conductas, las cuales son exigibles a los jueces nacionales y en general a todas las autoridades estatales:

- Realizar una "interpretación conforme" entre las leyes nacionales y los estándares interamericanos de protección a los derechos humanos de la niñez y adolescencia

- Inaplicar la norma que no pueda ser interpretada de conformidad con los mencionados estándares interamericanos;

- Actuar de manera positiva y suplir las deficiencias de la legislación penal nacional para evitar impunidad en casos de graves violaciones a derechos humanos de la niñez y adolescencia;

- Utilizar el control de convencionalidad como una técnica que permita el debido cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH en aquellos casos donde el Estado, al que la autoridad pertenece, haya sido condenado.

a . Interpretación conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Requiere que el intérprete de la ley se acoja a los parámetros convencionales, y en consecuencia que deseche aquellas interpretaciones anti convencionales o que sean de menor efectividad en el goce y protección del derecho o libertad respectivos.

En palabras del Profesor Nestor Sagués: “si una cláusula de una constitución nacional (o una norma subconstitucional) permite por ejemplo dos o tres interpretaciones, el operador deberá preferir la que coincida, y no la que se oponga, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”[12]

Desde el Caso Atala, los jueces nacionales, en virtud de la doctrina del control de convencionalidad, tienen la obligación de interpretar las leyes nacionales de conformidad con la Convención y la jurisprudencia de la Corte para garantizar su efecto útil, aún cuando esas leyes no sean per se incompatibles con los mencionados instrumentos normativos[13].

b . Inaplicación de normas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La segunda implicación directa de la doctrina del control de convencionalidad es que las autoridades nacionales inapliquen las leyes que sean anti convencionales. Sin duda esta fue la primera obligación que fue definida en relación a la doctrina en el Caso Almonacid y en otros casos que involucraron la aplicación de leyes que eran manifiestamente incompatibles con el artículo 2 de la Convención y que eran nulas ab initio[14].

Sin embargo, desde la decisión en el Caso de los Trabajadores Cesados, quedó claro que los jueces -y todas las autoridades- deben ejercer el control de convencionalidad no sólo en casos que traten de leyes nacionales manifiestamente incompatibles con la Convención o que son nulas ab initio, pero también en aquellas normas que “sólo” son incompatibles con la Convención. En consecuencia, aun

12 Sagués, Nestor Pedro, Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad, Estudios Constitucionales, Año 8, No. 1, 2010, p. 130.

13 Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. op cit., párrafos 280 a 284

14 Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.

cuando una norma sea válida en el derecho interno, si es incompatible con la Convención, la autoridad debe garantizar que no surta efectos.[15]

c . Aplicación directa de la CADH ante vacíos legales

Las autoridades deben actuar de manera positiva para llenar los vacíos legales que permiten la impunidad a aquellos responsables de graves violaciones a los derechos humanos. Este aspecto del control de convencionalidad -poco explorado- se relaciona directamente con la obligación de los Estados de tipificar el delito de desaparición forzada de personas como un delito autónomo, lo cual es una obligación derivada del artículo III de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (CIDFP).[16] En caso que el Estado incumpla en la tipificación de este delito en los términos de la CIDFP, las autoridades deben velar por el efecto útil de este tratado y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por medio del ejercicio del control de convencionalidad y "utilizar aquellos recursos penales a su disposición que guarden relación con la protección de los derechos fundamentales que se pueden ver afectados en tales casos".[17] En consecuencia, no es suficiente que los responsables de este delito sean sancionados de conformidad con la normativa penal existente relativa al plagio o secuestro, tortura y homicidio, sino que es necesario que directamente sancionen a los responsables por el delito de desaparición forzada[18].

Relacionado con lo anterior, en los casos de investigaciones penales por masacres, los jueces nacionales deben realizar un control de convencionalidad de forma tal que remuevan todos los obstáculos de *jure* y *de facto* que no permitan "iniciar, continuar, impulsar y reabrir las investigaciones que sean

15 Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. op. cit., párrafos 311 y 312

16 Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, en vigor desde el 28 de marzo de 1996, Artículo III.

17 Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. op. cit., párrafo 182; cfr. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. op. cit., párrafos 198 a 202.

18 Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. op. cit., párrafo 181.

necesarios para determinar, y en su caso, sancionar a todos los responsables de las violaciones de los derechos humanos."[19]

De esta forma, la doctrina del control de convencionalidad refuerza la obligación de las autoridades estatales de tomar una actitud pro víctima que permita impulsar investigaciones *ex officio* de forma efectiva en cumplimiento de los deberes derivados del artículo 1.1, lo que puede implicar la inaplicación de leyes que perpetuarían la impunidad de aquellos responsables de una masacre.

d . Cumplimiento de sentencias de la corte IDH

Finalmente, se encuentra la obligación de las autoridades de dar cumplimiento a las sentencias de la Corte Interamericana en cualquier caso en donde el Estado al que pertenezca la autoridad haya sido parte de una controversia. Esta faceta del control de convencionalidad fue mencionada por primera vez en la *Resolución de cumplimiento en el Caso Gelman Vs. Uruguay* (2013), donde la Corte estableció que la doctrina "posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales".[20] De esta forma el control de convencionalidad fortalece el deber de las autoridades nacionales de "cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes", en términos del artículo 68.1 de la Convención. Una de las consecuencias de esta aproximación es que es posible afirmar que el deber de las autoridades de realizar control de convencionalidad es mayor en aquellos casos donde la Corte IDH haya declarado ya la inconvencionalidad de una norma nacional, en ejercicio de su jurisdicción contenciosa o consultiva.

19 Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas., párrafos 257 a 262.

20 Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia., op. cit., párrafo 73.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Unidad VI

La doctrina del bloque de constitucionalidad

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia Sverige

unicef GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Unidad VI

La doctrina del Bloque de constitucionalidad

1. Concepto de la doctrina de Bloque de constitucionalidad

Para evitar eventuales atentados o arbitrariedades en contra de las normas contenidas en la Constitución, se establece un control que garantiza su respeto y supremacía mediante la inaplicación y/o expulsión de todas aquellas normas jurídicas contrarias a sus disposiciones. Esto es, la aplicación de la justicia constitucional mediante la fiscalización difusa o bien concentrada de la constitucionalidad de las leyes. Este sistema de justicia, en su variante difusa encuentra sus raíces en el constitucionalismo norteamericano, específicamente, en el paradigmático caso Marbury vs. Madison, en el cual el juez John Marshall afirmó y proclamó el carácter jurídico y supremo que debe tener toda Constitución. A su vez, esta sentencia sirvió también de fundamento para el modelo de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, que fue concebido por el maestro Hans Kelsen en la segunda década del siglo XX. Este último sistema de justicia constitucional entierra sus raíces en el continente europeo. Sin embargo, a pesar de los modelos de justicia constitucional que existían, se constató durante la primera mitad del siglo pasado una serie de grandes violaciones a los derechos humanos como en ningún otro momento de la historia. Esta violación sistemática tuvo como principal actor al poder estatal.

Nuestro sistema jurídico se basa en el principio de bloque de constitucionalidad, tal y como ha sido interpretado por la Corte de Constitucionalidad. De tal manera, que los tratados internacionales en materia de derechos humanos se incorporan al ordenamiento jurídico guatemalteco con carácter preeminente al derecho interno, lo cual significa que tienen rango constitucional y jerárquicamente superior a cualquier disposición de rango legal.

La doctrina del Bloque de Constitucionalidad establece que los tratados internacionales forman parte plena de la Constitución y deben ser respetados y garantizados por el Estado[1]. De esta manera cabe afirmar que todos los tratados/convenciones sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado, prevalecen en el ordenamiento interno y todas las normas nacionales deben ajustarse a ellos.

1 Corte de Constitucionalidad Sentencia de 17 de julio de 2012.Expediente 1822-2011.

Para la Corte de Constitucionalidad, el bloque de constitucionalidad **se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal**. La conceptualización del "*bloc de constitutionalité*" surgió en Francia, gracias a la intervención consultiva del Consejo Constitucional francés en la década de los setenta y la labor investigativa doctrinal acerca de la justicia constitucional desarrollada, especialmente, por el profesor Luis Favoreau, así como la carencia de reconocimiento expreso de derechos fundamentales en la Constitución que les rige desde mil novecientos cincuenta y ocho (1958); con esas opiniones, se integró al bloque de constitucionalidad la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de mil setecientos ochenta y nueve (1789) y el Preámbulo de la Constitución francesa, de mil novecientos cuarenta y seis (1946)[2].

Esta misma doctrina se extendió a varios países con el fin de contribuir a formalizar y consolidar los Estados Constitucionales de Derecho surgidos después de la Segunda Guerra Mundial. Diversos autores concuerdan con el concepto doctrinal del bloque de constitucionalidad, al señalar que este es un conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de este, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal.

Su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país.[3]

Esta doctrina parte de los tres artículos principales de la Constitución que señalamos anteriormente; siendo esencial el analizar de forma específica:

- **Artículo 44**: Derechos inherentes a la persona humana.
- **Artículo 46**: Preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.
- **Artículo 149**: Obligación de respetar las normas principios y prácticas internacionales.

El artículo 44 establece directamente que los derechos reconocidos por la constitución **son inherentes al ser humano, y que por lo tanto, no excluyen otros que puedan ser tutelados por el Estado**. De esta manera, la

2 Corte de Constitucionalidad Sentencia de 17 de julio de 2012.Expediente 1822-2011.

3 Corte de Constitucionalidad Sentencia de 17 de julio de 2012.Expediente 1822-2011.

Constitución sigue una doctrina específica de amplia tradición que reconoce que los derechos son inherentes a la persona humana, y por ello no están taxativamente enumerados, (numerus clausus); sino son abiertos, ya que el derecho es evolutivo, y que la progresividad en la protección de los derechos humanos va ir incorporando nuevos derechos que van a ser más tutelares.

Así lo expresó la Corte de Constitucionalidad:

> ...esta Corte parte del principio hermenéutico de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe determinarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto. En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el Derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto…por vía…del **primer párrafo del artículo 44 constitucional**...[4]

En segundo lugar, **en el artículo 46 establece la preeminencia del derecho internacional** en materia de derechos humanos, esto como complemento del propio artículo 44, debido a que la comunidad internacional ha sido promotora de mayores grados de protección al ser humano. De esta manera, los derechos que se van desarrollando, como parte de la evolución jurídica internacional, deben ser respetados por el Estado y se incorporan plenamente a su ordenamiento jurídico.

En este sentido, la Corte de Constitucionalidad ha indicado que:

> En cuanto a las obligaciones internacionales del Estado, se mantiene el criterio vertido en el precedente jurisprudencial de que Guatemala reconoce la validez del derecho internacional sustentado en el ius cogens, que por su carácter universal contiene reglas imperativas admitidas como fundamentales de la civilización. Lo anterior implica también el compromiso que tiene el Estado de Guatemala de observar y respetar lo dispuesto en dichos tratados, máxime cuando el asunto sobre el cual versaren fuere materia de derechos humanos. Según el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".[5]

4 Gaceta No. 18, expediente No. 280-90, página No. 99, sentencia: 19-10-90.

5 Gaceta No. 18, expediente No. 280-90, página No. 99, sentencia: 19-10-90.

> En ese orden de ideas, se considera apropiado, previamente a analizar lo relacionado con …la Convención y su aplicabilidad al caso objeto de estudio, puntualizar que la interpretación que debe hacerse de dicha norma ha de hacerse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuírsele a los términos expresados por el tratado en su contexto. Ello es importante, pues en esta sentencia debe quedar establecido que en el proceso de emisión de leyes …el **Organismo Legislativo debió observar lo dispuesto en el tratado internacional precitado**, ya que una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir la Convención, constituye una violación de ésta, y si esa violación afecta derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado e igualmente genera tal responsabilidad el cumplimiento por parte de funcionarios de ese Estado de la ley manifiestamente violatoria de la Convención….[6]

En conclusión, la doctrina de Bloque de Constitucionalidad puede definirse como como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquéllas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano.

El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquel son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos[7].

Por ello, a partir del bloque de constitucionalidad es necesario aplicar los tratados internacionales al momento de resolver asuntos relativos al derecho de la niñez, garantizando plenamente que en la interpretación se aplique el corpus iuris de la niñez y la interpretación que han dado los órganos del sistema universal y regional de derechos humanos.

6 Gaceta No. 60, expediente No. 872-00, página No. 362, sentencia: 28-06-01.

7 Corte de Constitucionalidad Sentencia de 17 de julio de 2012.Expediente 1822-2011.

Así lo ha declarado la Corte de Constitucionalidad:

> la Corte, para cumplir exactamente con sus funciones tutelares de la dignidad humana y los enunciados jurídicos nacionales o de la convencionalidad de los derechos humanos, ha declarado inconstitucionales algunas normas específicas[8], cuando contravienen la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[9]

Lecturas Obligatorias

Oviedo, J. EL bloque de constitucionalidad en Guatemala. Su aplicación en las resoluciones judiciales emitidas por los órganos jurisdiccionales. 2015.

Pág.47 a 52.

http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesiseortiz/2015/07/12/Oviedo-Jose.pdf

Material de apoyo:

Sentencia 1822-2011 del 11 de julio de 2012

http://jpgramajo.weebly.com/uploads/8/7/0/3/87035886/recopilacion_jurisprudencial_bloque_constitucionalidad_control_convencionalidad.pdf

8 Expediente 461-2014 Sentencia de 7 de marzo de 2014

9 Ver las sentencias de abolición de la pena de muerte: Expediente 5986-2016 Sentencia de 24 de octubre de dos mil diecisiete.

2. Aplicación de la doctrina del Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la CC

En la sentencia 1822- 2011, la Corte de Constitucionalidad dejó asentado el contenido y el alcance del bloque de constitucionalidad

> …para dar respuesta a la problemática acerca de la recepción en el orden interno de los tratados en materia de derechos humanos, otros ordenamientos han acudido a la figura del bloque de constitucionalidad, el que ha sido parte de anteriores pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad (verbigracia los expedientes 90-90, 159-97, 3004-2007, 3878-2007, auto de 4 de octubre de 2009, expediente 3690-2009, 1940-2010 y 3086-2010, entre otros), aunque en ninguno de éstos se ha definido su contenido y alcances.
>
> Ello implica realizar el análisis confrontativo que requieren acciones de inconstitucionalidad como ésta, por el que se posibilite verificar si en el ejercicio de la función legislativa, existe conformidad en adecuación de tipos penales no sólo conforme a normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también con los estándares internacionales en materia de derechos humanos que impulsaron los compromisos estatales para la tipificación de la tortura, cuestión que ha sido consentida por la doctrina y la jurisprudencia constitucional extranjera por la figura del "bloque de constitucionalidad", institución que ha permitido realizar dicha integración de la Constitución material, pues de no advertirse lo anterior, la omisión relativa determinada implicaría, por sí sola, contravención de los artículos 44, 46 y 149 de la Constitución Política de la República.

Ha quedado claramente señalado que los estándares internacionales en materia de derechos humanos son plenamente aplicables por los jueces y deben complementar el análisis de la legislación nacional en la determinación de los derechos de la niñez con el corpus iuris de la niñez.

Esto quedo claramente establecido, en la sentencia de la CC, Expediente 1006-2014 del 26 de noviembre de 2015

> En la sentencia dictada el seis de agosto de dos mil trece dentro del expediente 143-2013, esta Corte explicó que la sentencia 1822-2011 varió el criterio anterior de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos no eran parámetro de constitucionalidad y, por ende, es factible formular planteamientos de inconstitucionalidad que se apoyen en el señalamiento que una disposición legal, reglamentaria o de carácter general confronta lo dispuesto en los instrumentos que conforman ese bloque de constitucionalidad.

En el fallo de veintidós de noviembre de dos mil trece emitido en el expediente 1094-2013, la Corte afirmó que, por vía del bloque de constitucionalidad, es dable esgrimir lo preceptuado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos como parámetro para establecer la legitimidad constitucional de una disposición infraconstitucional.

En el expediente 3340-2013, cuyo fallo fue emitido el dieciocho de diciembre de dos mil catorce, este Tribunal indicó que, dada la figura del bloque de constitucionalidad, es de obligada observancia lo preceptuado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, **por estar sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta obligatoria la observancia de las sentencias emitidas por esa Corte, aunque en estas no figure el Estado de Guatemala como parte, ya que en ellas se establece la forma de interpretar el contenido de las normas de la Convención y su alcance**.

En orden al derecho a la identificación y la identidad de los niños, se determina que, además de las normas constitucionales invocadas, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables son: la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por el Decreto 27-90 del Congreso de la República), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos –PIDCP– (aprobado por el Decreto 9-92 del Congreso de la República), la Convención Americana ya incorporada (según sentencia 3340-2013) y Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (aprobado por el Decreto 49-82 del Congreso de la República) . Esa inclusión se realiza por remisión del artículo 46 y, consecuentemente, por el carácter de *ius cogens* que tienen las normas de estos instrumentos que, como tal, asumen categoría de compromisos internacionales adquiridos por el Estado (artículo 149 constitucional). Lo que involucra además del control de constitucionalidad, en el caso concreto, verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en normas internacionales en materia de Derechos del Niño.

Lecturas Obligatorias

Recopilación jurisprudencial
Bloque de constitucionalidad y Control de convencionalidad

http://jpgramajo.weebly.com/uploads/8/7/0/3/87035886/recopilacion_jurisprudencial_bloque_constitucionalidad_control_convencionalidad.pdf

Material de apoyo:

Sentencia 2295-2013 de 3 de abril de 2014

Sentencia 1006-2014 de 26 de noviembre de 2015

http://jpgramajo.weebly.com/uploads/8/7/0/3/87035886/recopilacion_jurisprudencial_bloque_constitucionalidad_control_convencionalidad.pdf

3. Control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad

La Corte de Constitucionalidad ha reconocido el control de convencionalidad como parte del Bloque de Constitucionalidad. Indica que:

> […] Inicialmente, esta Corte parte de que la realización **del control de convencionalidad entre normas de derecho interno y las de un instrumento normativo internacional, es un control que debe realizar *ex officio* todo juez dentro de sus respectivas competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes**. La viabilidad de realización de este tipo de control ya ha sido determinada, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios de sus fallos, citándose, a manera ejemplificativa, los casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* [sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, No.154, § 124], *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* [sentencia sobre excepciones preliminares, fondo y reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 158, § 128] y *La Cantuta vs. Perú* [sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162, § 173]. En ese sentido, en el primero de los casos citados (Almonacid Arellano y otros vs. Chile) el tribunal interamericano precisó que: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como

la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin" [Loc. Cit. § 124][10].

La obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como parte del bloque de constitucionalidad, ha quedado registrado también en la sentencia Expediente 2295-2013 de 3 de abril de 2014.

> …la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal –autoridad reprochada– llevó a cabo el estudio sobre el fallo de segunda instancia, en concordancia con el submotivo de procedencia invocado, a efecto de determinar si concurría la falta de aplicación de las normas invocadas –artículos 25 numeral 4), 101 numeral 4) y 107 numeral 1) del Código Penal– y, realizado el análisis correspondiente, concluyó en la inexistencia de los vicios denunciados, pues, según su criterio lógico valorativo, de conformidad con los hechos acreditados ante el tribunal sentenciador, por una parte, los delitos que se les imputaron no podían ser objeto de extinción de responsabilidad penal por prescripción, porque versaban acerca de acciones que constituyeron graves violaciones a derechos humanos, que también infringieron disposiciones de derecho internacional humanitario, lo que encontraba sustento en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de observancia obligatoria, como parte del bloque de constitucionalidad y de los compromisos adquiridos por el Estado de Guatemala a nivel internacional, pues de conformidad con esa normativa los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno que impidan el juzgamiento de hechos de esa naturaleza.

Igualmente, la Corte de Constitucionalidad ha invocado sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para fundamentar el control de convencionalidad en la protección al derecho a la libertad de expresión:

> …este tribunal no podría soslayar que al analizarse disposiciones normativas como la impugnada por el Procurador de los Derechos Humanos, debe realizarse, además, un adecuado control de convencionalidad de aquella disposición, pues por regularse en estas situaciones que restringen el derecho de acceso a la información pública, debe determinarse si aquella regulación guarda coherencia con el respeto al derecho internacional de los Derechos Humanos. Esta labor de control ya fue realizada por esta Corte –solo que respecto de una resolución judicial— en la sentencia de veintitrés de agosto de dos mil once (Expediente 2151-2011), y en congruencia con ella, se afirma que al realizar esta labor de control de normativa jurídica de derecho interno guatemalteco, deben tenerse en cuenta instrumentos internacionales que tengan relación con dicha normativa, y la exégesis que respecto de

10 Expediente 2151-2011, de fecha 23 de agosto de 2011.

estos últimos ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido, el control de convencionalidad de la normativa impugnada debe realizarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en función de lo que respecto de este último puntualizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de diecinueve de septiembre de dos mil seis (Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, párrafo 86), cuando en dicho fallo se indicó que "el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentren bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas[11].

En la sentencia Expediente 3821-2014, de fecha 13 de julio de 2015, la Corte de Constitucionalidad indica que:

…cuando se trata de actuaciones judiciales, el amparo se circunscribe a intervenir ante la amenaza o lesión a los derechos que la Constitución, el bloque de constitucionalidad o el resto del orden jurídico reconocen y garantizan.

En lo que atañe a la tutela judicial efectiva, es menester señalar que configura en sí misma un derecho fundamental, a la vez que una garantía para el resto de derechos, pues es mediante la eficaz intervención de los jueces (cualquiera que sea su competencia o jerarquía) que se afianza su protección; así, el control en amparo ha de verificar que la intervención de los tribunales de justicia, incluida la resolución que dirima la controversia entre partes, provea tutela en los términos constitucionales exigidos. Claro está que la función del Tribunal de Amparo no lo autoriza a cuestionar o refutar el criterio de fondo que configura la decisión material que el juez, en ejercicio de la función constitucionalmente conferida, emita para decidir el asunto litigioso; en cambio, la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva exige corroborar que los distintos elementos en éste contenidos no se vean afectados arbitrariamente.

De esa cuenta, como también lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva demanda garantizar el acceso a los tribunales de justicia para instar las acciones respectivas, la observancia del debido proceso en el trámite correspondiente y la solución de la controversia mediante la emisión de una resolución fundada en Derecho, lo que incluye la exigencia de motivación; de igual forma, el derecho asegura la posibilidad de recurrir las decisiones judiciales por

11 Expediente 3334-, Sentencia de 14 de febrero de 2012

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

las vías y en las condiciones que el sistema jurídico prevé, así como la efectividad del fallo que en definitiva dirima la controversia.

En cuanto a la exigencia de una resolución fundada en Derecho, sin autorizar la ulterior discusión del conflicto material, la tutela en amparo demanda corroborar que el juez ordinario sujete su resolución al sistema de fuentes formales que la Constitución define, lo que incluye observar la supremacía constitucional, el contenido y alcances del bloque de constitucionalidad, el control de convencionalidad, la jurisprudencia existente y, de ser el caso, la jerarquía normativa, entre otros elementos. Solo cumpliendo lo antes señalado se provee tutela de acuerdo a las exigencias constitucionales.

También la Corte de Constitucionalidad ha señalado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos es plenamente vinculante para el juez al momento de resolver:

En materia penal, el enfoque de género se ha dividido en dos grandes bloques, el primero en el que la mujer actúa como transgresora de la ley, y en el segundo -que es el que interesa para el caso- en el que la mujer es víctima de agresiones que derivan de esas diferencias de género.

En aplicación de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", señala en su preámbulo que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades, y que es obligación de los Estados parte, condenar todas las formas de violencia contra la mujer y adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia.

Debido al compromiso adquirido, el Estado de Guatemala adoptó la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, en la que se incorporó a la legislación ordinaria estándares internacionales como el ya señalado.

Se refleja en aplicación de tales convenciones y obligaciones de los Estados partes, la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado en los casos: De la Cruz Flórez versus Perú; Penal Miguel Castro Castro versus Perú; Loaiza Tamayo versus Perú; Maritza Urrutia versus Guatemala; Tiu Tojin versus Guatemala; Campo Algodonero versus México; Caballero Delgado y Santana versus Colombia, entre otros, en los que se ha protegido a la mujer por ser víctima de violencia que la situaba en relaciones de poder, aplicando la perspectiva de género.

Así, la Corte Interamericana citada, refleja una interpretación del Derecho acorde con un enfoque finalista, que provoca positivización de las normas internacionales en su objeto y fin de otorgar esa protección de la cual estuvo marginada la mujer durante siglos pero a la que hoy se le reconoce como sujeto jurídico femenino, con capacidad jurídica para exigir del Estado o de terceros el respeto en términos de igualdad y de diferencia por la razón de ser mujer. El ejercicio de interpretación teleológica se observa en aquellos casos en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos identifica el valor que la Convención Belém do Pará protege objetivamente que no es otro que el respeto a la diferencia por razones de género[12].

En el caso del *control de convencionalidad* que debe hacerse en las resoluciones judiciales en las que puedan verse afectados derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes, la Corte de Constitucionalidad ha explicado que,

> es la realización de dicho control lo que evidencia una correcta observancia de lo regulado en los artículos 44 y 46 de la Constitución, y lo que impone que preceptos normativos tales como los contenidos en los artículos 167, 168, 219, 253, 256, 260, 262 y 278 del Código Civil tengan que interpretarse a la luz de los fines que se pretenden alcanzar con lo regulado en los artículos 3.1, 3.2, 4, 8.1 y 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por ser este instrumento convencional internacional, norma de superior jerarquía que el Código Civil. En ese sentido, la intelección realizada en la forma precedentemente dicha, permite concluir que la obligaciones que a los padres se imponen de acuerdo con las normas del Código precedentemente citado, incluyendo aquella a que alude el artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, tienen como contrapartida el preservar el goce de los derechos que a los menores se les reconoce en el artículo 27 del citado instrumento internacional y el evitar que contra los menores pueda incurrirse en la realización de alguna de las conductas perniciosas a que se refiere el artículo 19.1 del convenio en mención[13].

Según Gregorio Badeni, el principio de la supremacía de la Constitución se sintetiza en los siguientes puntos:

> 1) la Constitución es una ley superior y fundamental; 2) un acto legislativo es ley si está de acuerdo con la Constitución; 3) si un acto legislativo está en conflicto con la Constitución, no es ley porque carece de validez jurídica; 4) los jueces solamente pueden aplicar aquellos actos que están de acuerdo a la Constitución, y; 5) los jueces deben abstenerse de aplicar los actos legislativos que no reúnan las condiciones para ser calificados como leyes.

12 Expediente 1240-2012 Sentencia de 30 de octubre de 2012.

13 Expediente 2151-2011 Sentencia 23 de agosto de 2011

Ciertamente, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad poseen ciertas similitudes. Por ejemplo, ambas tienen el objetivo de velar por el respeto y eficacia de los derechos humanos reconocidos en el ámbito interno (el caso de control constitucional) como en el ámbito externo (el caso del control convencional). Además, éste último es complementario al control de constitucionalidad que ejercitan los jueces nacionales. A pesar de ello, es posible encontrar notas características que las diferencien una de otra. A continuación se identifican ciertos caracteres propios de cada control.

Control de Constitucionalidad	Control de Convencionalidad
Este control protege y salvaguarda a la normativa constitucional, contra toda aquella norma que viole, tergiverse, restrinja o disminuya los derechos humanos reconocidos en la Constitución.	Este control protege y salvaguarda la normativa supranacional, contra todo aquel acto o norma estatal que haga o pretende hacer inútiles los efectos de la Convención ADH.
La aplicación del control de constitucionalidad es a instancia de parte. Así lo señala el artículo 6 se la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad al indicar que "todo proceso relativo a la justicia constitucional, sólo la iniciación del trámite es rogada"	La aplicación del control de convencionalidad es ex officio por parte los jueces y otra cualquier autoridad pública. Así lo ha obligado la Corte IDH en varios fallos. Por ejemplo, el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia 24-11-2006. Apartado 128.
Este compatibiliza y conforma una norma con jurídica con la Constitución.	Este compatibiliza y conforma un acto o norma nacional con el corpus iuris del Sistema IDH a efecto de hacerlo útil.
Los procedimientos del control de constitucionalidad surgen de la normativa nacional, que para el caso de Guatemala, es la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, decreto número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.	Los procedimientos empleados para ejercitar el control convencional surgen de la Convención ADH y de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.
Las decisiones tomadas en ejercicio del control de constitucionalidad pueden ser revisadas subsidiariamente por la Corte IDH, a fin de observar que no se hayan violentado los derechos reconocidos en el corpus juris del Sistema IDH.	Las decisiones tomadas por la Corte IDH en sus sentencias son irreversibles e inapelables. Además, son de obligación general para todos los Estados partes del Sistema IDH.

Lecturas Obligatorias

Recopilación jurisprudencial

Bloque de constitucionalidad y Control de convencionalidad

http://jpgramajo.weebly.com/uploads/8/7/0/3/87035886/recopilacion_jurisprudencial_bloque_constitucionalidad_control_convencionalidad.pdf

Material de apoyo:

Expediente 5986-2016

Caso de abolición de pena de muerte

http://www.integridad.org.gt/wp-content/uploads/2017/10/CORTE-DE-CONST.-EXP.-5986-2016.pdf

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Unidad VII

Los principios de la doctrina de la protección integral

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia Sverige

unicef GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Unidad VII

Los principios de la doctrina de la protección integral

1. El niño como sujeto de derechos y la autonomía progresiva

Todo niño, niña o adolescente tiene que ser tratado con dignidad, con respeto a su integridad personal y sobre todo como un sujeto de derechos. Ser sujeto de derechos da lugar al reconocimiento de su capacidad racional y de su autonomía progresiva, dejando de ser un mero objeto de tutela[1]. No puede ser objetivado en la protección, sino es un titular de derechos, que debe ser consultado y tomado en cuenta en todos los aspectos relativos a las medidas que se adopten con relación a su caso.

El deber de protección hacia la niñez con carácter especial, adaptado y reforzado, reconocido en los artículos 19 de la CADH y VII de la DADH, y en la CDN, se fundamenta en el reconocimiento de las condiciones especiales del niño quien, debido a su desarrollo progresivo en todas sus facetas personales - a nivel físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social -, depende de los adultos para el efectivo acceso y disfrute de todos sus derechos, así como para el ejercicio de las acciones jurídicas tendientes a exigir los mismos.

Sin embargo, esta dependencia de los adultos y su intensidad, se ve modificada de acuerdo con la evolución de las capacidades del niño y grado de madurez. Así, en el período correspondiente a los primeros años de vida del niño, cuando la dependencia de los adultos es mayor para la realización de sus derechos, la vinculación del derecho a la familia con los derechos a la vida, el desarrollo y la integridad personal del niño, es particularmente importante. Mientras que, conforme el niño y la niña crecen y desarrollan sus habilidades y capacidades, esta dependencia de los adultos para el ejercicio y goce de sus derechos se atenúa[2].

1 Comité de Derechos del Niño. Observación General 13. Párr.3.

2 CIDH Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección el 30 de noviembre de 2017. Párr.114.

El artículo 5 de la CDN dispone que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo en virtud de la evolución de sus facultades y que a padres, familia y demás responsables les corresponde impartir orientación y dirección apropiada para que la niña y el niño ejerza esos derechos.

Este principio se fundamenta en que el niño y la niña tienen derecho a desarrollar progresivamente el ejercicio autónomo de sus derechos, superando el argumento tradicional que indica que los padres tienen poderes sobre los niños debido a que estos carecen de capacidad y autonomía.

En ese marco, las Directrices sobre Justicia en Asuntos Concernientes a Niños y Niñas Víctimas y Testigos de Naciones Unidas establece el derecho a la participación[3]: "Todo niño o niña tiene derecho a expresar libremente sus criterios, opiniones y creencias sobre cualquier asunto y en sus propias palabras; a contribuir, especialmente en las decisiones que afecten su vida, incluyendo aquellas que se tomen dentro de cualquier proceso judicial y que esos puntos de vista sean tomados en cuenta".

Lecturas Obligatorias

CIDH. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección 2017. Pag.113 a 163

http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantia-derechos.pdf

2. El principio de igualdad y no discriminación

Del principio de sujeto de derecho surge que debe ser tratado con dignidad, no puede ser objeto de discriminación, malos tratos, ofensas por los agentes estatales encargados de su protección, y naturalmente, por los jueces. Tampoco puede ser menoscabado en otros derechos, su protección debe ser integral, abarcando siempre todos sus derechos.

3 Directrices sobre Justicia directriz 8.d.

Las autoridades no pueden estigmatizarlo o discriminarlo, por ninguna situación con respecto a él o sus padres. En todo momento deben buscar su protección adecuada, dándole participación en las decisiones judiciales y administrativas que se adopten y buscando siempre su interés superior.

Para ello, el juez debe utilizar el concepto de capacidad evolutiva, el cual es esencial para el equilibrio entre reconocer que los niños son agentes activos en sus propias vidas, con derecho a ser oídos, respetados y a que se les garantice la autonomía en el ejercicio de los derechos, teniendo también derecho a la protección en función de su relativa inmadurez y juventud. Ofrece el marco para garantizar el adecuado respeto de los niños, sin exponerlos prematuramente a las plenas responsabilidades normalmente asociadas a la edad adulta, y tiene en cuenta las necesidades, la edad, el género, la discapacidad y el nivel de madurez del niño[4].

Al analizar el derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte IDH ha indicado en el caso Atala Riffo:[5]

> **79**. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.
>
> **80**. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

4 Gerison Lansdown, The Evolving Capacities of the Child, Innocenti Insight Series No. 11 (Florencia, Centro Internacional para el Desarrollo del Niño de UNICEF, 2005), págs. 3 y 4.

5 Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254.

82. La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley". Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana.

Además, la Corte IDH entiende que el principio de no discriminación se extiende a sus padres:

151. (…) [L]a Corte resalta que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha aclarado en su Observación General No. 7 que los niños y las niñas pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son objeto sus padres, por ejemplo si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales. [6]

Lecturas Obligatorias

Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012.

https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

6 Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254.parr.151.

3. Interés Superior del Niño

El Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala:

> 1: En todas las medidas concernientes a los niños las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atendrá será el interés superior del niño.
>
> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que "el interés superior del niño es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya observancia permitirá al niño el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades; y que,
>
> la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención [Americana] cuando el caso se refiera a menores de edad.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha concluido que este principio es un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. "El objetivo del concepto del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico (es decir, físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social) del niño"[7] .

El Comité concluyó, que el interés superior del niño es un concepto triple, en la medida que es[8]:

1. Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida;

2. Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño; y

7 Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Observación General No. 14.

8 Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Observación General No. 14.

3. Una norma de procedimiento: el proceso de decisión que afectó a un niño, niña o adolescente deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en la vida del niño o de los niños interesados.

Al analizar la aplicación de este principio, por los juzgados y tribunales nacionales, se pudo observar que es conocido por la casi totalidad de jueces. Sin embargo, no siempre es aplicado o se desconocen los tres criterios de aplicación porque, en general, se adoptan decisiones sin haber hecho una ponderación adecuada de los efectos que tendrá sobre la vida ulterior del niño, niña o adolescente.[9]

En este sentido, la Corte IDH ha declarado que:

> **199**. (…) que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (…). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos.
>
> **208**. La Corte constata que la Corte Suprema de Justicia no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal observa que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño (…). Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R.

9 Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254,

Procedimiento para evaluar el interés superior del niño

El Comité de Derechos del Niño, en la Observación Nr.14, ha señalado que a fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado.

La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad los vínculos indisolubles entre el artículo 3, párrafo 1, y el artículo 12. (Derecho a la Opinión) de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3, párrafo 1, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida[10].

Por lo tanto, la aplicación del principio de interés superior del niño en un caso concreto, lleva dos fases: evaluar y determinar la decisión que afecta un niño. Este proceso debe llevarse observando las siguientes salvaguardias según la Corte de Constitucionalidad[11]:

- Determinar los derechos e intereses en juego.
- Determinar la situación fáctica con relación a su bienestar.
- Escuchar la opinión del niño por procedimientos técnicamente apropiados según su edad y madurez.
- Valorar las repercusiones de la decisión en la vida del niño.

10 Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 14 (2013) del sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 35. Observación General Nº 5 (2003) sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 99.

11 Sentencia del 17 de agosto de 2000. Expediente 368-2000; Sentencias de 8 de noviembre de 1999, expedientes 1042-97, 49-99 y 866-98.

Motivación del juez al determinar el interés superior: evaluación del impacto en los derechos del niño

Al momento de resolver y plasmar la decisión, el juez debe explicar la evaluación del impacto en los derechos del niño. Esta evaluación tiene que prever las repercusiones en el disfrute de sus derechos y debe contemplar la forma para dar seguimiento y evaluar periódicamente el impacto de las medidas del niño. Finalmente, en la motivación, el juez a fin de demostrar que ha respetado el derecho superior del niño, debe emitir una decisión motivada, justificada y explicada.

Motivada: Debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes en la evaluación de su interés superior, los contenidos de los elementos en ese caso concreto y la manera que se han ponderado para determinarlo.

Justificada: Si la opinión difiere de la expresada por el niño, deberá exponer con claridad por qué se ha tomado en discrepancia con este.

Explicada: Se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los cuales tuvieron más peso en el caso particular; y, además, por qué las consideraciones del niño no eran suficientemente importantes para imponerse a otras consideraciones.

Lecturas Obligatorias

Comité de los derechos del Niño. Observación General No. 14. El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc#:~:text=Todos%20los%20Estados%20partes%20deben,hacer%20plenamente%20efectivas%20este%20derecho.

Material de apoyo:

CC Expediente 2932-2017 sentencia 20 de febrero 2018.

Sentencia del 17 de agosto de 2000. Expediente 368-2000;

Sentencias de 8 de noviembre de 1999, expedientes 1042-97, 49-99 y 866-98.

Caso Ramírez Escobar vs. Guatemala

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf

4. El derecho a la opinión y participación

El artículo 12, de la Convención sobre los Derechos del Niño, estipula lo siguiente:

*"**1.** 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 afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*

***2.** Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."*

El Comité de los Derechos del Niño claramente ha establecido en su Observación General Nr.12, sobre el artículo 12, que "**16.** El niño, sin embargo, tiene derecho a no ejercer ese derecho. Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. Los Estados partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior."

En esa misma Observación General, el Comité de los Derechos del niño señala en el párrafo **22** que: "El niño tiene el "derecho de expresar su opinión libremente". **Libremente** significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. **Libremente** significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. **Libremente** es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva "propia" del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás".

Además, el Comité de los Derechos del Niño hace "hincapié en que el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos. El proceso de **escuchar** a un niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en el niño"[12].

Por ello la declaración de todo niño dentro del proceso judicial debe cumplir tres requisitos[13]:

Ambiente apropiado:

- Debe ser un ambiente amigable con los niños;
- Privacidad y confidencialidad:
- Generar un clima de confianza, empatía y seguridad para el niño;
- Desformalizado y especialmente adaptado; y,
- Debe privilegiarse el Uso de Cámara Gesell o circuito cerrado.[14]

Profesionales especializados

Las personas que realicen las entrevistas (incluyendo declaraciones en juicio de los niños) tienen que ser profesionales de la psicología infantil, que hayan sido entrenados para tratar con víctimas y entrevistar a niños.

12 Observación General sobre el derecho a la Opinión. Artículo de la Convención de los Derechos del Niño.

13 Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

14 En el Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350 se hace aplicación de lo dispuesto en las Directrices sobre justicia en asuntos concernientes a niños y niñas, víctimas o testigos.

Técnicas apropiadas

- Debe evitarse el interrogatorio directo de fiscales, defensores o jueces.
- Utilizar técnicas apropiadas.
- Juguetes anatómicamente correctos u otras formas apropiadas a la edad de la víctima.

- Evitar confrontación visual con el agresor
- No presionar o coaccionar al niño a declarar
- Reducir el tiempo que el menor pase en el tribunal
- Hacer que el horario y permanencia sean compatibles con la vida privada y las necesidades del niño
- Garantizar que se efectúe una sola vez: PRUEBA ANTICIPADA
- Que sea grabada en audio y video para evitar nuevas comparecencias

El uso de la prueba anticipada es obligado en estos casos y se debe evitar la reiteración de declaraciones, lo cual daría lugar a traumatizar al niño al someterlo a revivir la experiencia trágica del delito. Por otro lado, el niño o niña debe iniciar su recuperación psicológica lo más pronto posible. El someterlo a narrar la experiencia una vez que ha logrado recuperarse psicológicamente podría tener efectos devastadores en su vida o impedir su recuperación psicológica.

Por esta razón, el juez debe ordenar el anticipo de prueba de la entrevista del niño con base en los principios de interés superior (artículo 3), desarrollo integral de la vida futura (artículo 6) y la obligación sobre toda forma de violencia (artículo 19) de la CDN.

La Directriz **31** sobre los Asuntos Concernientes a la Justicia de Niños y Niñas Víctimas y Testigo de Delitos establece que, para evitar sufrimientos innecesarios a los niños durante el procedimiento se deben

> ***d)*** *Utilizar procedimientos idóneos para los niños, incluidas salas de entrevistas concebidas para ellos, servicios interdisciplinarios para niños víctimas de delitos integrados en un mismo lugar, salas*

de audiencia modificadas teniendo en cuenta a los niños testigos, recesos durante el testimonio de un niño, audiencias programadas a horas apropiadas para la edad y madurez del niño, un sistema apropiado de notificación para que el niño sólo comparezca ante el tribunal cuando sea necesario, y otras medidas que faciliten el testimonio del niño.

Lecturas Obligatorias

Observación General 12. El derecho del niño a ser escuchado.

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf

Material de apoyo:

Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

5. El derecho a la vida y al máximo desarrollo

Todo niño tiene derecho a crecer en un ambiente de armonía y a un estándar de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. El derecho del niño a vivir una vida libre de violencia es parte de su derecho al desarrollo integral garantizado en el mencionado artículo.

El estado, la familia y la sociedad tienen que garantizar a los niños y niñas las condiciones adecuadas para que puedan desarrollar sus potencialidades y puedan desarrollar su proyecto de vida. La violencia contra la niñez coarta el proyecto de vida del niño y, por lo tanto, le impide su desarrollo integral. La violencia contra la niñez afecta numerosas áreas de desarrollo del niño, por lo cual resulta imprescindible proteger al niño frente a la violencia.

Las decisiones que se adopten con relación a su protección o custodia deben tomar como factor primordial, cuál será la repercusión en el desarrollo de su proyecto de vida[15]. En el caso de un niño que haya sido sometido a violencia, o en cada medida judicial que se adopte, debe garantizarse que este disfrute de un desarrollo saludable: no puede tolerarse que la medida adoptada por el sistema judicial sea más perjudicial que la violencia inicial.

La función primordial y esencial del juez es garantizar la totalidad de los derechos del niño, en todo momento, asegurando su bienestar como factor fundamental. Las decisiones judiciales de prevención, protección o imposición de medidas tienen que impactar de manera positiva en el proyecto de vida del niño.

15 Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Observación General No. 14. Disponible en: http: //www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf, p.99.

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Unidad VIII

Sistema de justicia especializado con enfoque incluyente

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia Sverige

unicef GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Unidad VIII

Sistema de justicia especializado con enfoque incluyente

1. La noción de integralidad de derechos

La Corte Suprema de Justicia reconoce que es indispensable la existencia de un sistema de justicia con enfoque incluyente, por ello su planificación estratégica incluye ejes específicos dirigidos a la atención de las personas en condiciones de vulnerabilidad, diseñando estrategias de intervención como acciones afirmativas que permitan promover y alcanzar la igualdad real de las personas. Ejemplo de estos avances son la creación de unidades administrativas que den seguimiento e impulsen los temas de justicia especializada como la de niñez y adolescencia, la de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer y la de trata de personas, así mismo ha dispuesto poner especial atención a condiciones estructurales que limitan el acceso a la justicia, y por ello ha elaborado, aprobado e instruido la implementación de políticas institucionales que incluyan planes estratégicos para modificar las situaciones y obstáculos del acceso de la población a la justicia; tales como la política de pueblos indígenas, de personas con discapacidad, la política para la atención de personas adultos mayores, la política de protección a la niñez y adolescencia, la de género, la política de reparación digna y transformadora, entre otras, instrumentos que se encuentran al servicio del personal interno y de la población usuaria en general. Estos avances incluyen la asignación de presupuestos específicos adicionales que requieren de la voluntad política para su otorgamiento, así como el conocimiento para reconocer la responsabilidad del Estado de responder a las legítimas demandas de la población que se enmarcan dentro de sus derechos humanos.

La construcción social de lo que se denomina derechos humanos y su reconocimiento a nivel internacional y nacional, ha conllevado la lucha por la eliminación de regímenes autoritarios donde son negados los derechos en igualdad de condiciones.

El reconocimiento de los derechos humanos en los instrumentos internacionales posee una etapa evolutiva, en la cual paulatinamente se reconocen y tutelan derechos específicos para poblaciones vulnerables, como la niñez, las mujeres, pueblos indígenas, así como el hecho de que todos los derechos deben ser respetados al mismo tiempo, no existiendo jerarquía entre ellos, lo cual les da el carácter de ser integrales.

La normativa nacional ha reconocido y aceptado que los derechos humanos son universales, porque están basados en la dignidad de todo ser humano, con independencia de la raza, el color, el sexo, el origen étnico o social, la religión, el idioma, la nacionalidad, la edad, la identidad de género, la orientación sexual, la discapacidad, o cualquier otra característica distintiva. Puesto que son aceptados por todos los Estados y pueblos, se aplican de forma igual e indiscriminada a todas las personas y son los mismos para todas las personas en todos los lugares.

Es por ello que los gobiernos y otros titulares de deberes tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos, que constituyen la base legal para la reivindicación de derechos y la demanda de reparación en caso de incumplimiento.

Partiendo de esta noción, claramente sabemos que los derechos humanos tienen las características de universalidad, de ser **indivisibles e interdependientes**, inalienables, así como de generalidad, imprescriptibilidad, intransferibilidad y permanencia.

Es precisamente en su característica de indivisibilidad y su interdependencia que haremos énfasis, y cómo el juez o jueza siempre debe tener presente una noción de integralidad de derechos humanos, sobre todo cuando se busca la protección integral de niños, niñas o adolescentes.

Dado que cada derecho humano trae consigo otros derechos y depende de ellos, la violación de un derecho afecta al ejercicio de otros. Por ejemplo, el derecho a la vida presupone el respeto del derecho a los alimentos y a un nivel de vida adecuado. El derecho a la igualdad presupone un trato sin discriminaciones para hombres o para mujeres, eliminando estereotipos. Negar el derecho a la educación básica puede influir en el acceso de una persona a la justicia y su participación en la vida pública. La promoción y protección de los derechos económicos y sociales supone la libertad de expresión, de reunión y de asociación. En consecuencia, los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales son complementarios e igualmente indispensables para la dignidad e integridad de toda persona. Además, el respeto de todos los derechos es un requisito fundamental para la paz y el desarrollo sostenible.

La comunidad internacional afirmó el concepto integral de los derechos humanos en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, y a partir de entonces es reconocida su integralidad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la indivisibilidad de los derechos humanos está presente en el instrumento relativo a los Derechos Económicos Sociales y Culturales. En tal sentido la Comisión ha señalado que:

> *el preámbulo del Protocolo de San Salvador[1] reconoce en forma expresa ...la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.*

Además, ya en módulos anteriores se ha mencionado las consideraciones e interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al considerar el derecho a la vida en un sentido amplio, en donde vincula derechos individuales con derechos económicos sociales y culturales, al establecer en el Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala que:

> *el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna.*

Finalmente, el derecho a la protección integral implica la protección de todos los derechos del niño o la niña, sean del tipo que sean, de los que gozan por ser seres humanos, así como de sus derechos específicos por su condición de personas en pleno desarrollo.

El juez o jueza siempre debe tener presente que la violación de un derecho humano, definitivamente atenta contra los demás. Establecer la forma en que el derecho en cuestión afecta o atenta contra otros derechos, es una de sus obligaciones, para poder dictar la mejor medida de protección.

1 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2. La protección como un continuum y la interrelación de derechos

La CIDH ha explicado que el objetivo de la protección de los niños, niñas y adolescentes y de sus derechos debe entenderse en un sentido amplio y como un continuum; debe comprenderse no sólo como la protección frente a las vulneraciones a los derechos, sino también como las estrategias de prevención para evitar que esas violaciones sucedan, además de considerar la interrelación entre los derechos[2].

Las necesidades de protección varían en función del ciclo vital en el que se encuentra el niño, es decir su edad y su nivel de desarrollo biológico, psicológico, emocional, social y cognitivo, y de su entorno familiar y social[3].

Esto implica adaptar las intervenciones en función de las necesidades de protección que van asociadas con el ciclo vital y el desarrollo progresivo de sus capacidades y su autonomía. Tal y como se ha referido, los niños y las niñas a edades más tempranas son totalmente dependientes de los adultos para su supervivencia, bienestar, desarrollo y cuidados básicos; esta situación evoluciona y se modifica conforme los niños y las niñas van creciendo, asumiendo un mayor nivel de autonomía conforme llegan a la adolescencia[4].

El enfoque basado en la protección como un continuum es la visión más acorde con la protección que demanda la CDN. Esta visión busca garantizar el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, tal y como lo exige el artículo 6 de la CDN, atendiendo a las características propias de cada etapa del ciclo de vida, a la vez que integra una mirada longitudinal sobre la vida y sus etapas. Esta mirada considera las diferentes fases de desarrollo del niño y la niña, y sus necesidades de protección y los riesgos en cada una de ellas como aspectos interrelacionados y vinculados.

Incorporar el enfoque de la protección como un continuum, permite comprender cómo las primeras experiencias de vida de un niño y niña pueden influir a lo largo de su vida y en su futuro, con incidencia en la salud, la educación, su desarrollo, y el resto de derechos. Este enfoque parte de considerar que un determinado factor en la vida del niño o la niña afecta negativamente el goce de un determinado derecho en el presente y restringe otros en etapas posteriores de su vida; o por el contrario, un determinado factor promueve el goce de un determinado derecho en el presente y propicia el goce de otros en el futuro.

2 CIDH. Hacía la garantía de los derechos de niñas y niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección. Pag.141.

3 Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40 periodo de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006, y Observación General No. 20, Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia

4 CIDH. Hacía la garantía de los derechos de niñas y niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección. Pag.141

Existen evidencias que las vulneraciones a los derechos de la niñez y las diversas formas de violencia contra ellos usualmente guardan vinculación y se superponen, teniendo como consecuencia una victimización sucesiva de los niños más expuestos a estas vulnerabilidades[5] de allí la necesidad de una aproximación a la protección como un continuum.

Es importante considerar la protección del niño de modo integral y como un continuum, y no como episodios aislados de intervenciones de protección para proteger un determinado derecho o frente a una determinada circunstancia, por un determinado sector o institución[6].

Lecturas Obligatorias

CIDH. Hacía la garantía de los derechos de niñas y niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección. Pág.141 a 163

http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantiaderechos.pdf

Material de apoyo:

Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40 periodo de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/ Rev.1, 20 de septiembre de 2006.

http://ww2.oj.gob.gt/cursos/COMPILACION3/docs/Organos/Nino/Generales/OGnino7.pdf

5 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 20, Sobre la efectividad de lo derechos del niño durante la adolescencia, párrs. 2 y 3. CIDH, Informe sobre Violencia, niñez y crimen organizado, párrs. 128 a 132.

6 CIDH. Hacía la garantía de los derechos de niñas y niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección. Pag.141

3. Elementos para la protección

a. Enfoque de derechos

Un Sistema Nacional de Protección Integrado de la Niñez debe dar cumplimiento a la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos, garantizando desde todas las instituciones estatales el reconocimiento y ejercicio pleno de los derechos del niño, niña o adolescente, permitiendo de esta manera, el acceso a su desarrollo integral y garantizando al máximo su bienestar.

Las intervenciones deben considerar las diversas condiciones de vulnerabilidad que pueden afectar a las niñas, niños y adolescentes. Por su edad, género, estado físico o mental, por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, que inciden en los factores de riesgo y que les dificultan ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante el sistema de justicia.

Sobre esta base, las instituciones estatales deben adoptar las metodologías apropiadas para atender las necesidades específicas de los grupos de la niñez, en función de su edad, género, pertenencia étnica, condiciones o características especiales.

En el caso de los hechos delictivos contra la niñez, se debe priorizar la atención de las víctimas que puedan sufrir consecuencias de mayor gravedad. La intervención directa con víctimas, debe dirigirse a un tratamiento adecuado a todas las consecuencias producidas por la victimización.

La atención a la víctima, la investigación y la persecución penal deben ser entendidas desde una perspectiva integral y con enfoque interseccional de derechos, que requiere un abordaje conjunto y articulado por parte de los jueces, fiscales y profesionales de distintas disciplinas. El niño, niña o adolescente que ha sufrido un delito presenta daños en su integridad física, psicológica, emocional, patrimonial y social, que deben ser objeto de una intervención planificada e integral, a partir de diagnósticos de necesidades y que deben culminar en la plena restitución y reparación del proyecto de vida de la víctima. El trabajo debe ser realizado en equipo, para lo cual deberán integrarse mesas de trabajo de seguimiento de casos por parte de equipos de atención.

La respuesta a las necesidades de la víctima debe ser integral, a través de la articulación de un sistema que permita abordar las distintas necesidades de la niñez y adolescencia víctima, para la asistencia y atención integral de carácter médico, psicológico, social y jurídico.

El Organismo Judicial desde los juzgados de niñez y adolescencia promueve este tipo de servicios con la integración de estas disciplinas, para que el abordaje a la víctima sea integral. Cada juez cuenta con un equipo técnico integrado por profesionales de las disciplinas de psicología, trabajo social y pedagogía, con el apoyo de niñeras que atienden y cuidan a las niñas y niños durante su estancia en los juzgados; con intérpretes de diferentes idiomas para garantizar los derechos integrales; que requieren de la formación especializada, libres de visiones estereotipadas y discriminatorias por concepciones personales, religiosas, culturalmente condicionadas como el machismo, que limiten o restrinjan los derechos de respuesta integral que deben recibir niños, niñas y adolescentes. Esto permite que las decisiones que tome el juez o jueza cuenten con las recomendaciones de los especialistas.

Además, se deben diseñar metodologías apropiadas de intervención para brindar una atención de calidad, e integrar mesas de trabajo con las instituciones prestadoras de servicios, con el objetivo de definir la atención, el seguimiento de la atención y el abordaje integral de todas las necesidades se realicen de manera holística de asistencia y recuperación del niño, niña o adolescente, utilizando un enfoque transdisciplinario. La experiencia práctica señala que aun teniendo los insumos, las y los profesionales no interactúan para cada caso, Además, deben establecerse mecanismos de supervisión que verifiquen la adecuada derivación y resultados de la intervención.

El Estado debe atender y reparar a los niños, niñas y adolescentes afectados por la violación a derechos que generalmente constituyen delitos, con participación activa de la familia, la comunidad y el Estado. Para ello, el Estado construirá mecanismos de interacción y diálogo permanente con las autoridades y organizaciones nacionales, locales y comunitarias que están vinculadas a la asistencia a niños, niñas y adolescentes víctimas.

Estas acciones de asistencia, investigación, persecución penal o protección serán efectuadas de oficio, en forma oportuna y buscando asegurar la tutela efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pero es importante que pueda haber seguimiento de los resultados que se obtengan para garantizar que no regresen los niños, niñas y adolescentes al sistema de protección especial.

Los planes, programas y acciones de atención victimológica deben ser sometidos a una evaluación permanente, sistemática y planificada en cada una de las etapas de implementación, con el propósito de obtener la información necesaria para orientar las decisiones según los resultados.

El proceso de evaluación permanente permitirá el mejoramiento e innovación continua, a través de la elaboración de propuestas que perfeccionen la materia, en la incorporación de experiencias exitosas y en la implementación de nuevas metodologías y modelos de intervención, así como de mecanismos de coordinación y evaluación cada vez más eficaces.

En conclusión, la visión holística de los niños, las familias y las comunidades es un sello distintivo del enfoque sistémico de la protección de la niñez, implica que se necesite un continuo de servicios en el marco del SNP que se adapten a la diversidad de necesidades de los niños, niñas y adolescentes a lo largo del tiempo, considerando a sus familias, comunidades y entorno social. La Política Nacional para la Niñez en la formulación de sus objetivos, y especialmente en el diseño de las estrategias de intervención, deben poner especial énfasis a lo referido sobre la protección como un continuum y la interrelación entre todos los derechos.

b. Perspectiva de género

La perspectiva de género se fundamenta en una teoría y metodología que evidencia las desigualdades entre hombres y mujeres, y en el presente caso debemos referirnos también a las desigualdades entre niñas y niños, con la finalidad de tomar medidas de carácter afirmativo para la protección de las niñas víctimas de delitos por su condición de mujeres, en el marco de las relaciones desiguales de poder existentes en la sociedad entre hombres y mujeres.

La desigualdad entre hombres y mujeres no es un hecho natural, sino histórico, que da inicio con la distribución del trabajo, muy vinculado a la asignación de las mujeres al cuidado, crianza y educación de niños en las distintas culturas, que han inclusive asignado una personalidad atribuida a cada uno de los sexos, se relaciona con el énfasis que se le asigna en determinadas culturas, así, por ejemplo, el carácter del adolescente (ya sea agresivo, pacífico, introvertido, etc.) puede estar definido y ser característico en función del entorno donde se ha criado.

El concepto: [7]GÉNERO se hace referencia a la construcción cultural que hace una sociedad a partir de las diferencias biológicas. Es decir, a las características personales, actitudes, sentimientos, valores, responsabilidades, oportunidades, conductas y tareas que diferencian a mujeres y hombres a través de un proceso de construcción social. Hay que tener en cuenta que el género influye en las expectativas de las personas regulando su vida diaria, la economía, la política, el mercado de trabajo, entre otras. A diferencia del “sexo”, el género es modificable y cambiable, señalando que los conceptos de sexo y género no significan lo mismo, el concepto sexo servirá al hablar de diferencias biológicas y el género para referirnos a las estructuras sociales, culturales o psicológicas que se imponen a las diferencias biológicas. El sexo es determinado biológicamente, mientras que el género es construido históricamente.

7 Módulo 1 A, Aspectos fundamentales de la teoría y perspectiva de género, aplicada al sistema de Justicia, programa Justicia y Seguridad, Reducción de la impunidad, Escuela de Estudios Judiciales, Organismo Judicial, 2014. Página 11.

Enfoque de género: Está referido a la forma de observar la realidad con base en las variables “Sexo” y “género” y sus manifestaciones en un contexto geográfico, étnico e histórico determinado. Permite visualizar y reconocer la existencia de relaciones de jerarquía y desigualdad entre las mujeres y los hombres, expresadas en opresión, injusticia, subordinación, discriminación, mayoritariamente hacia las mujeres.

Es importante señalar que al no poder reconocer éstas categorías se puede actuar con discriminación. A continuación, se enuncian situaciones concretas que se presentan a diario en la justicia, en las cuales se pueden identificar éstas desigualdades:

1 ► El cuido y descuido de los niños, niñas y adolescentes imputable únicamente a la madre.

2 ► La orden de restitución de los derechos de un niño con la inscripción de su nacimiento, únicamente con los apellidos de la madre, nunca del padre.

3 ► La necesidad de las mujeres de iniciar procesos judiciales para obligar al reconocimiento del padre, si ésta no está casada.

4 ► La responsabilidad de las mujeres de cuidar, proteger y sostener económicamente el desarrollo de un hijo, si es madre soltera, si desea apoyo debe acudir en reclamo de pensión alimenticia, a cargo y con costa para las mujeres.

5 ► Sentencias de declaratoria violadoras de derechos humanos, por negligencia, sin incluir a los padres ausentes que generalmente son la causa originaria del proceso de protección.

6 ► La responsabilidad que se aduce únicamente a la madre ante las acciones realizadas por sus hijos, particularmente con relaciones sexuales tempranas, el embarazo de adolescentes, el consumo de sustancias adictivas, la comisión de hechos delictivos, la incorporación a pandillas, entre otros.

7 ► La utilización de los niños como instrumentos de coacción por parte de hombres en contra de mujeres, para someter sus conductas a sus deseos, mediante procesos de protección.

8 ► El reclamo que se realiza a las mujeres de la obligación de ser honestas.

9 ► El reclamo que se puede hacer a las niñas de tener que adoptar conductas de acuerdo con la condición de mujer en relación a actividades de trabajo o estudio, y apoyo a las familias y al cuidado de sus hermanos.

10 ► La responsabilidad que se le da a las mujeres frente a relaciones de pareja con persona diferente al padre y no hacer el mismo reclamo al padre frente a la relación de pareja con otra mujer.

11 ► Cuando frente a la separación de los padres se niega a los hombres el derecho de relacionarse con sus hijos e hijas, así como cuando se elige a la madre como recurso idóneo sin contar con estudios e informes que lo confirmen.

Con los ejemplos anteriores podemos reconocer que el enfoque de género es una construcción social, que debe ser identificada por todo aquel que participa en las respuestas que desde el sistema de justicia se brinden a niños, niñas y adolescentes.

La Corte de Constitucionalidad en Guatemala ha señalado que[8]:

> "La perspectiva de género supone la existencia de una desigualdad en la distribución de poder entre varones y mujeres que atraviesa todas las clases sociales, a partir de esta perspectiva se sostiene que a pesar de las diferencias de género sexual deben otorgarse iguales oportunidades a los hombres y mujeres dentro de la sociedad independientemente de su sexo biológico y de sus características propias, ya que los roles culturales que determinan estereotipos se confunden con propiedades naturales de un sexo determinado. La perspectiva de género pretende desnaturalizar, desde el punto de vista teórico y desde las intervenciones sociales, el carácter jerárquico atribuido a la relación entre los géneros y mostrar que los modelos de hombre o de mujer, son construcciones sociales que establecen formas de interrelación y especifican lo que cada persona, debe y puede hacer, de acuerdo al lugar que la sociedad atribuye a su género. Lo que se pone en cuestionamiento con la perspectiva de género es la presunta desigualdad de oportunidades entre los sujetos de una sociedad."
>
> "En la perspectiva de género se opta por una concepción epistemológica que se aproxima a la realidad, es una búsqueda de equidad que sólo será posible si los derechos fundamentales se ponderan en igualdad de condiciones para los ciudadanos."
>
> "En aplicación de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", señala en su preámbulo que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a

8 Corte de Constitucionalidad expediente 1240-2012 Sentencia de treinta de octubre de dos mil doce

iepades Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades, y que es obligación de los Estados parte, condenar todas las formas de violencia contra la mujer y adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia.

Debido al compromiso adquirido, el Estado de Guatemala adoptó la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, en la que se incorporó a la legislación ordinaria estándares internacionales como el ya señalado"[9].

Por ello, es indispensable que, al momento de emitir una decisión judicial, el juez haga uso del concepto de corpus iuris para hacer el análisis de las responsabilidades estatales, en particular con relación a la obligación del artículo 19 de la CADH, de protección especial de la niñez.

Cuando la decisión pueda afectar a una niña, el juez además deberá complementar su análisis, con los tratados internacionales que protegen la discriminación y violencia contra la mujer.

En el Caso María Isabel Veliz Franco contra Guatemala la Corte IDH declaró:De conformidad con las características del caso sub examine, debe señalarse que, **en relación con niñas**, los derechos y obligaciones antedichos deben observarse en el marco del acatamiento del artículo 19 de la Convención Americana y, siendo pertinente, atendiendo a lo dispuesto en la Convención de Belém do Pará.

De lo anterior se colige que, conforme el marco normativo expuesto, en relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere especial intensidad en relación con niñas. Esto es así debido a que la vulnerabilidad consustancial a la niñez[10] puede verse enmarcada y potenciada debido a la condición de ser mujer. En ese sentido, debe advertirse que las niñas son, como se ha aseverado, "particularmente vulnerables a la violencia". La especial intensidad mencionada se traduce en el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia.

Por lo tanto, el abordaje que debe hacerse en una atención integral a la niña debe ser diferenciada y especializada, con base a las necesidades específicas de las personas y libre de estereotipos sexistas. En ese sentido, el personal de las instituciones que atienden niñez víctima debe garantizar y respetar los derechos

9 Corte de Constitucionalidad Expediente 1240-2012 Sentencia de treinta de octubre de dos mil doce

10 María Isabel Veliz Franco, de 15 años al momento de su desaparición y muerte, es considerada niña, en tanto no surge de los argumentos o pruebas remitidos al Tribunal que una norma interna dispusiera una edad distinta.

humanos de las niñas, atendiendo a su situación, condición y posición dentro de la estructura social y asegurando su acceso a las oportunidades que le permitan su desarrollo pleno.

En ese marco, un SNP basado en derechos debe considerar necesariamente los principios de igualdad y no discriminación y cómo éstos son aplicables a asuntos de género. Este enfoque apunta a identificar y modificar el conjunto de estereotipos, creencias, prácticas, normas y valores sociales que se construyen a partir de la diferencia sexual y de los roles de género, los cuales han sido empleados de forma histórica para discriminar en contra de las mujeres. La consideración de este enfoque es fundamental para que puedan tomarse medidas para superar las desigualdades y la discriminación estructural, basadas en el género y en el sexo, y moverse hacia una igualdad más real entre todos los niños, niñas y adolescentes[11].

Además, al tratarse de niñas, la Corte ha señalado la aplicación de la Convención de Belem Do Pará:

108. Este Tribunal recuerda, como lo señala la Convención de Belém do Pará, que la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es "una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres", que "trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases[12]".

Para hacer frente a la discriminación contra la mujer, la CIDH insta a los Estados a aplicar el enfoque de género al diseñar una estrategia

- Promoviendo masculinidades positivas
- Erradicando los valores culturales machistas y
- Fomentando el reconocimiento que muchos de los malos tratos que sufren los niños y los adolescentes varones también tienen una dimensión de género.13

Este enfoque debe contemplar acciones enfocadas a modificar el modo en que se relacionan los niños, niñas y adolescentes entre ellos y ellas, así como a sensibilizar a los padres, educadores, cuidadores y a la sociedad en general sobre esta temática.

11 CIDH, Violencia contra personas LGBTI, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, doc. 36, de 12 de noviembre de 2015.

12 Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 225. Parr.184

13 CIDH Violencia, niñez y crimen organizado, párr. 129

c. Perspectiva intercultural

Guatemala es un país multiétnico, multilingüe y pluricultural, condiciones que es preciso considerar con medidas idóneas para atender a los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a estos pueblos, en su propio idioma y respetando sus costumbres, prácticas y cosmovisión, en el marco de sus derechos humanos contenidos en los estándares internacionales y la Constitución Política de la República de Guatemala.

El pluralismo cultural y la presencia en una misma sociedad de grupos con diferentes códigos culturales no siempre han sido reconocidos, originalmente eran invisibles como las mujeres, a partir de la conquista y colonización española el Estado guatemalteco se forjó con instituciones impuestas desde España, reafirmando el poder de los conquistadores y colonizadores de los criollos y los mestizos. De esa cuenta los pueblos indígenas fueron expropiados de sus tierras, se les impuso la religión católica, se les forzó a trabajar en beneficio de los extraños, a pagar tributos a la Corona Española y se les privo de los beneficios y recursos gozados por el grupo dominante.

La perspectiva intercultural supone un respeto por las diferencias, reconoce y respeta el derecho a la diversidad y fomenta la interacción entre culturas de una forma equitativa, donde se concibe que ningún grupo cultural se encuentre por encima del otro, y reconoce y valora los aportes de todos ellos en la sociedad. El enfoque intercultural alude al reconocimiento de la diversidad cultural, otorgando legitimidad a las representaciones, concepciones y prácticas culturalmente distintas, y promueve el conocimiento y el respeto mutuo entre culturas.

En ese marco, en el caso Rosendo Cantú VS. México se declaró:

> **184.** Como lo ha establecido en otras ocasiones este Tribunal, y conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, "es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres". Además, el Tribunal ha señalado que "los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto".
>
> **185.** La Corte consideró probado que la señora Rosendo Cantú no contó con un intérprete provisto por el Estado cuando requirió atención médica, ni cuando presentó su denuncia inicial, ni

tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia. Para poder poner en conocimiento de las autoridades el delito que la había afectado y acceder a información debió recurrir a su esposo que hablaba español (...). La imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Rosendo Cantú, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia. Con base en lo anterior, la Corte considera que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación el artículo 1.1 del mismo instrumento[14].

En su Observación General No. 11 el Comité de los Derechos del Niño ha establecido los derechos de los niños pertenecientes a los pueblos indígenas, para un adecuado enfoque de la protección de sus derechos.

Desde el Organismo Judicial y la Corte Suprema de Justicia se han implementado acciones para que esos derechos establecidos en abstracto puedan ser materializados en concreto frente a la atención de personas que conforman la diversidad cultural y particularmente a los niños y niñas, por ello se han instaurado condiciones que permitan constituirse en acciones afirmativas como lo es el establecimiento de una Secretaría de Pueblos Indígenas, ente administrativo que tiene la responsabilizar de impulsar el conocimiento, la especialización, el reconocimiento de las culturas, la promoción del respeto, el impulso de políticas institucionales que permitan reconocer el respeto de éstos derechos por todo el Organismo judicial.

Cabe incluir aquí la experiencia de un niño que fue rescatado por la Procuraduría General de la Nación, entrevistado y considerado con discapacidad para hablar, por lo cual fue presentado para que se le brindara protección, no encontraron recurso familiar idóneo y requirieron al juez que ordenara protección en un hogar del Estado, el o la psicóloga que entrevista al niño requirió un intérprete de señas, el niño tampoco comprendió absolutamente nada de lo que realizaba el intérprete, pero no atendió el lenguaje corporal y otras manifestaciones de conducta del niño para que pudiera ser trasladado al juez con una interpretación adecuada. En fin, un año más tarde, se realizó una audiencia de revisión de la medida y casualmente en el área lúdica se encontraba un niño que hablaba el idioma kaqchikel, al escucharlo, el niño no dejó de hablar. El niño era monolingüe, no se hace necesario que enuncie todas las violaciones a sus derechos de que fue objeto por parte del Estado.

14 Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 225. Parr. 184.

d. Niños y adolescentes con discapacidad

Los niños, niñas y adolescentes con discapacidad son sujetos de derechos y merecen una atención ajustada de acuerdo con las necesidades de apoyo a partir de sus diferencias, limitaciones en las actividades y restricciones y obstáculos en la participación.

El enfoque diferencial es dinámico y flexible para adaptarse a las necesidades y características de la población, de conformidad a la condición o tipo de discapacidad que presente, sea discapacidad auditiva, visual, motriz o mental.

Al momento de atender a víctimas con discapacidad, los jueces deben adoptar el enfoque de garantía de los derechos de las personas con discapacidad, atendiendo a las normas nacionales e internacionales en la materia.

En particular aplicar la Observación General No. 9 que establece los derechos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad. El Comité de los Derechos del Niño dispone que los Estados Partes en sus esfuerzos por impedir y eliminar todas las formas de discriminación contra los niños con discapacidad deben adoptar las siguientes medidas:

a) Incluir explícitamente la discapacidad como motivo prohibido de discriminación en sus resoluciones o actuaciones judiciales y adoptar disposiciones jurídicas especiales contrarias a la discriminación.

b) Prever recursos eficaces en caso de violaciones de los derechos de los niños con discapacidad, y garantizar que esos recursos sean fácilmente accesibles a los niños con discapacidad y a sus padres y/o a otras personas que se ocupan del niño.

c) Organizar campañas de concienciación y de educación dirigidas al público en general y a grupos concretos de profesionales con el fin de impedir y eliminar la discriminación de hecho de los niños con discapacidad.

e. El enfoque interseccional de abordaje

La interseccionalidad consiste en la acumulación de diferentes formas de desigualdad y discriminación en algunos de los niños, niñas y adolescentes, como el caso de las niñas indígenas que sufren doble o triple discriminación por ser mujeres, por ser pobres y por ser indígenas; a esto podría sumarse la condición de

monolingüismo, la condición etaria, la condición de discapacidad, otros. Circunstancias que deben tomarse en cuenta en el caso de atención a víctimas cuya problemática se incrementa al sufrir vejámenes que afectan el disfrute y goce de sus derechos.

Deben fijarse objetivos concretos y metas en la Política Nacional para la Niñez que permitan medir avances y poder rendir cuentas a la sociedad sobre las acciones y los resultados obtenidos en este campo. Esta información debe ser de acceso público, y en diversas lenguas, como las lenguas indígenas y de otras minorías lingüísticas. Los servicios que presta el SNP deben ser adaptados para respetar las diferencias culturales, lingüísticas, de cosmovisiones, creencias e ideologías, además de facilitar y favorecer el acceso de todos los grupos.

Lecturas Obligatorias

CIDH. Hacía la garantía de los derechos de niñas y niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección. Pág.141 a 163

http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantiaderechos.pdf

Comité de los derechos del niño Observación General No. 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño.

https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.GC.C.11_sp.doc#:~:text=Esta%20observaci%C3%B3n%20general%20tiene%20por%20finalidad%20analizar%20las%20dificultades%20espec%C3%ADficas,derechos%20de%20los%20ni%C3%B1os%20ind%C3%ADgenas.

Material de apoyo:

Observación General No. 20, sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia.

https://www.alianzaporlaninez.org.co/observacion-general-no-20-2016-sobre-la-efectividad-de-los-derechos-del-nino-durante-la-adolescencia/

Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 225.

https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_225_esp.pdf

3. La protección de la familia como elemento destacado de la protección de los derechos de la niñez

La Convención Americana en el artículo 17 y la Convención sobre los Derechos del Niño, reconocen a la familia como el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia atribuyendo a la familia un papel preponderante en la garantía del cuidado, bienestar y protección de los niños, niñas y adolescentes por ser el espacio natural para su crecimiento y desarrollo, particularmente en sus primeras etapas de vida[15].

El derecho a la familia reconocido en el artículo 17.1 CADH se relaciona estrechamente con la efectiva vigencia de los derechos del niño consagrados en los artículos 3.2, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 16, 18, 20, 21 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño y, por tanto, con el artículo 19 de la CADH, debido al lugar que ocupa la familia en la vida del niño y su rol de protección, cuidado

15 artículos 3.2, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 16, 18, 20, 21 y 27 de la Convención de los Derechos del niño

y crianza. La Corte y la Comisión han señalado que "en principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños (...). Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar"[16].

En este punto, debe recordarse que la Convención sobre los Derechos del Niño estipula en los artículos 18.2 y 27 de la CDN:

Artículo 18.2 CDN: "a los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños";

Artículo 27 CDN:

1 ► Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2 ► A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3 ► Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

En la misma lógica se pronuncian varias de las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño que han abordado temáticas conectadas con la relevancia de los cuidados de la familia y el deber de apoyo de parte del Estado.

- Observación General No. 5, Medidas Generales de aplicación de los derechos del niño[17]

16 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 66. Ver también, CIDH, Informe sobre el Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas, párrs. 42 y 53

17 Observación General No. 5, Medidas Generales de aplicación de los derechos del niño 5 párrafo 1

- Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia[18].

Adicionalmente, el Comité de los Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos emitió la Observación General 17, Derechos del Niño (Art. 24). [19]

En el ámbito del sistema universal el Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas también ha vinculado expresamente la protección de la que es merecedora la familia reconocida en el artículo 23.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, con el cumplimiento del deber de protección de los niños por su especial condición, reconocido en el artículo 24.1 del mismo Pacto Comité de los Derechos Humanos.[20]

a. Derecho a la preservación familiar artículo 9 convención sobre los derechos del niño

Es un derecho del niño vivir con su padre y su madre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para el interés superior del propio niño. Es derecho del niño mantener contacto directo con ambos, si está separado de uno de ellos o de los dos. Corresponde al Estado responsabilizarse de este aspecto, en el caso de que la separación haya sido producida por acción del mismo.

Al respecto el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

1 ► Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

18 CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párr. 13.

19 Comité de los Derechos Humanos. 07/04/1989, CCPR/C/35, párrs. 2, 3 y 6

20 , Comité de derechos Humanos Observación General No. 17, Artículo 24 - Derechos del niño, 35º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (1989). Y Observación General No. 19, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (1990).

2 ► En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3 ► Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4 ► Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas. La violencia en el seno familiar es uno de los factores habituales de desprotección de los niños, niñas y adolescentes y puede ocasionar la separación de los niños y niñas de sus familias, para ser ubicados en acogimiento alternativo o, como ocurre todavía con frecuencia en la práctica, para ser institucionalizados, con los riesgos para otros muchos derechos que la institucionalización implica para los niños, niñas y adolescentes.

No existe duda, que en ciertas circunstancias la separación del niño, niña o adolescente sea la medida aconsejable de conformidad con el interés superior de este. Sin embargo, esta es una medida excepcional y de último recurso. La CIDH ha definido las obligaciones de los Estados en materia de prevención de la violencia en el hogar y de protección de los niños, niñas y adolescentes, en base a los artículos 1.1 y 2 de la CADH en conexión con los artículos 17 y 19 del mismo instrumento, lo cual conlleva la responsabilidad de articular políticas, programas y servicios destinados a las familias en el marco de los Sistema Nacional de Protección, en articulación especialmente con los servicios de salud y educación, que apoyen a las familias en la crianza positiva y sin violencia, cuidado y bienestar de los hijos e hijas.[21]

En ese marco, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas, de carácter normativo, administrativo, económicas y de otra índole, que prioricen el fortalecimiento de la familia como elemento principal de protección y

21 CIDH, Informe sobre el Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas, párrs. 42 y 53

cuidado del niño, y para reducir los factores de riesgo[22]. El Estado se halla obligado a favorecer, de la manera más amplia posible, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar como medida de protección del niño[23]. De lo anterior se infiere la necesidad que el Estado cuente con un SNP que incluya políticas, programas y servicios de apoyo, fortalecimiento y asistencia familiar, que tengan en cuenta el rol de las familias como ámbito natural en el cual se desarrollan los niños y donde se les proporciona el cuidado y la protección necesaria para su desarrollo integral y armonioso, además de articular mecanismos de detección temprana de situaciones de violencia, abuso y negligencia.

b. Directrices de cuidado alternativo

Para determinar la oportunidad y los elementos de la separación del niño, niña o adolescente, la Asamblea General de Naciones Unidas ha aprobado las Directrices de Cuidado Alternativo, documento que es vinculante para los jueces al emitir resoluciones que tengan relación con la protección de las víctimas en casos en que las agresiones provengan del entorno familiar.

Igualmente, la CIDH ha emitido el informe sobre el derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas, interpretando estas Directrices y abogando por la preservación de la vida familiar hasta el máximo grado posible.

En ese marco, las medidas que supongan una afectación del derecho a la familia, deben respetar los principios de

- Necesidad
- Excepcionalidad y
- Temporalidad.

22 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, párrs. 53, 71, 72, 73 y 76. En igual sentido, Comité de los Derechos Humanos Observación General 17, Derechos del Niño (Art. 24), 07/04/1989, CCPR/C/35, párrs. 2, 3 y 6. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párr. 645.

23 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC- 17/02, párr. 66; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 125; y Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 157. CIDH, Informe No. 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010, párr. 105.

Estas medidas especiales de protección tienen una naturaleza temporal y deben estar destinadas a la preservación y restitución de los derechos del niño, incluido el derecho a la familia.

El objetivo de preservación, restitución de derechos y el interés superior del niño, deben guiar la regulación de las diversas modalidades de medidas especiales de protección, así como su contenido, aplicación y revisión.

Por consiguiente, las medidas especiales de protección deben estar orientadas a proporcionar la protección, seguridad y bienestar que el niño necesite, a la vez que deben buscar, desde el primer momento, el restablecimiento de todos sus derechos, incluido el derecho a la familia y a la vida familiar, además de promover la superación de las circunstancias familiares que hayan originado la adopción de la medida especial de protección.

La determinación y la aplicación de la medida especial de protección que mejor responda al interés superior del niño debe realizarse tomando en consideración de forma individualizada las circunstancias y condiciones que envuelven al niño y a su familia, así como la afectación que estas tienen en su bienestar y sus derechos.[24] Por ello, el análisis de estas circunstancias y de las necesidades de protección del niño deben contar con la intervención de profesionales con la formación y la experiencia adecuada para poder identificar los aspectos que generan en cada caso la desprotección para el niño, las necesidades de apoyo que de ello se derivan para la familia y el niño, y el curso de acción que responda del mejor modo al interés y los derechos del niño.

De los principios de **necesidad, excepcionalidad y temporalidad**, así como del objetivo de **restablecimiento de los derechos del niño**, se deriva la obligación de **revisión periódica** de las medidas especiales de protección. La revisión periódica de la medida temporal de protección tiene como finalidad determinar si la medida cumple con su objetivo, y por tanto, si responde al interés superior del niño. Adicionalmente, la supervisión periódica debe contribuir a que la aplicación de la medida permita la pronta reintegración del niño a su familia, siempre que fuera acorde con su interés superior[25].

24 CIDH , Informe sobre el Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas. Op.cit. parr. 144

25 CIDH , Informe sobre el Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas. 145.

Lecturas Obligatorias

CIDH, Informe sobre el Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las América.
Pág. 24 a 61.
https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf

Material de apoyo:

Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños Aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas.
http://www.cna.gob.gt/Documentos/Directrices.pdf

Observación General No. 17, Artículo 24 - Derechos del niño, 35º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (1989).
https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1402.pdf

Observación General No. 19, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (1990).
https://www.oacnudh.org.gt/estandares/docs/Organos/Humanos/Generales/OGCDH19.pdf

4. Niñez en contexto migratorio

Las niñas y los niños se movilizan internacionalmente por muy variadas razones: en busca de oportunidades, ya sea por consideraciones económicas o educacionales; con fines de reunificación familiar, a fin de reagruparse con familiares que ya migraron; por cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida; por afectaciones derivadas del crimen organizado, desastres naturales, abuso familiar o extrema pobreza; para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil; para huir de su país, ya sea por temor fundado a ser perseguidos por determinados motivos o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Si bien las niñas y los niños generalmente se trasladan junto a sus padres, miembros de la familia ampliada u otros adultos, en la actualidad un número creciente y significativo migra en forma independiente y sin compañía.

La migración internacional es un fenómeno complejo que puede involucrar a dos o más Estados, entre países de origen, de tránsito y de destino, tanto de migrantes como de solicitantes de asilo y refugiados. Guatemala es un país que es origen de migración pero también de tránsito y de destino.

Las causas y características del traslado que emprenden niñas y niños por aire, mar o tierra hacia países distintos a los de su nacionalidad o residencia habitual, pueden abarcar tanto personas que requieren de una protección internacional, como otras que se movilizan en busca de mejores oportunidades por motivos de índole diversa, los cuales pueden alterarse en el propio transcurso del proceso migratorio. Esto hace que las necesidades y requerimientos de protección puedan variar ampliamente.

Para definir esta protección especial, la Corte Interamericana ha emitido una Opinión consultiva en la cual explica el alcance y contenido de las obligaciones internacionales con relación a los niños, niñas y adolescentes migrantes, que es la Opinión Consultiva OC-21/14 Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

La Corte ha reconocido que, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 22.7 como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXVII, han cristalizado el derecho subjetivo de todas las personas, incluidas las niñas y los niños, a buscar y recibir asilo.

A través de una interpretación armónica de la normativa interna e internacional que informa de forma convergente y complementaria el contenido del derecho previsto en los artículos 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración y tomando en cuenta las pautas específicas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana, la Corte declara que el derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia.

En este Opinión Consultiva, la Corte indica que por **protección internacional** se entiende aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva.

Si bien la protección internacional del Estado de acogida se encuentra ligada inicialmente a la condición o estatuto de refugiado, las diversas fuentes del derecho internacional -y en particular del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario-, revelan que esta noción abarca también otro tipo de marcos normativos de protección. De este modo, la expresión protección internacional comprende:

a) La protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas;

b) La protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena;

c) La protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y

d) La protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia.

Bajo este panorama, la Corte ha establecido en su jurisprudencia el hecho que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio

y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana[26].

En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Además, los Estados deben respetar las obligaciones internacionales conexas resultantes de los instrumentos internacionales del derecho humanitario y del derecho de los refugiados.

Obligaciones generales y principios rectores de la protección a niños, niñas y adolescentes en contexto migratorio

La Corte aludió a tres disposiciones de la Convención Americana que inspiran a todo el desarrollo de la Opinión Consultiva.

La primera, es lo dispuesto en el artículo 1.1 de aquella en cuanto establece el deber estatal de respeto y garantía de los derechos humanos respecto de "toda persona que esté sujeta a [la] jurisdicción" del Estado de que se trate, es decir, que se encuentre en su territorio o que de cualquier forma sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control, en este caso, al intentar ingresar al mismo, y ello sin discriminación alguna por cualquier motivo de los estipulados en la citada norma. Ello importa, entonces, que no reviste relevancia alguna el motivo, causa o razón por la que la persona se encuentre en el territorio del Estado a los efectos de la obligación de este de respetarle y hacer que se le respeten sus derechos humanos. En particular, no tiene significancia alguna, a este respecto, si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no a lo dispuesto en la legislación estatal.

La segunda norma convencional que merece ser invocada a modo introductorio, es el artículo 2 de la Convención, que prescribe que cada Estado Parte debe adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de effet utile).

La tercera disposición que, en términos generales, inspira a esta Opinión Consultiva es el artículo 19 de la Convención, que al igual que el artículo VII de la Declaración, se refiere a la obligación de adoptar medidas de protección a favor de toda niña o niño en virtud de su condición de tal, la cual irradia sus efectos en la

26 Opinión consultiva OC-21/14 derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional

interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiera a menores de edad. Teniendo presente, a estos efectos, que es niña o niño toda persona menor de 18 años de edad, la Corte afirmó que, al diseñar, adoptar e implementar sus políticas migratorias relativas a personas menores de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos.

Cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral:

- Principio de no discriminación
- Principio del interés superior de la niña o del niño
- Principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y
- Principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.

Por su parte, el Código de Migración de Guatemala establece ciertos derechos especiales

Artículo 1. Derecho a migrar. El Estado de Guatemala reconoce el derecho de toda persona a emigrar o inmigrar, por lo cual el migrante puede entrar, permanecer, transitar, salir y retornar al territorio nacional conforme la legislación nacional.

Artículo 2. Acceso a dependencias del Estado. El Estado garantiza a toda persona que se encuentre en el territorio nacional, en plena igualdad de condiciones, acceder a los servicios públicos de seguridad, salud, educación, trabajo, vivienda y todos aquellos que sean necesarios para el desarrollo de sus vidas, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la República, el presente Código y otras normas aplicables. Los extranjeros podrán acceder a las dependencias del Estado para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley. Ningún funcionario público puede negarles la asistencia y atención por el hecho de no ser guatemaltecos.

Artículo 3. Derecho a la nacionalidad guatemalteca. Se reconoce el derecho de las personas extranjeras a obtener la nacionalidad guatemalteca. Para ello deberá observar la Ley de Nacionalidad vigente.

Artículo 4. Derecho a la familia. Se reconoce el derecho de las personas extranjeras a establecerse en el país con sus familias, o bien con el ánimo de formarla o reunificarla dentro del territorio nacional, conforme a lo estipulado en la Constitución Política de la República, el presente Código y otras normas aplicables.

Artículo 5. Derecho a la propiedad e inversión. Cualquier persona extranjera, salvo las limitaciones establecidas en la Constitución Política de la República y otras leyes, tiene derecho a obtener propiedades en el territorio nacional, así como de invertir en las empresas, comercios o entidades lícitas, de conformidad con la legislación nacional.

Artículo 6. Derecho al trabajo. Toda persona extranjera tiene derecho al trabajo conforme lo establece este Código, la legislación nacional vigente y el derecho internacional.

Artículo 7. Derecho a la educación. Toda persona extranjera tiene derecho a la educación dentro del sistema educativo nacional y el sistema de educación superior, conforme las disposiciones de este Código y las disposiciones legislativas específicas en educación.

Artículo 8. Derechos inherentes a la persona. Los derechos y garantías que otorgan las leyes del país y los convenios y tratados internacionales ratificados por Guatemala, aunque no figuren de forma expresa en el presente Código, se consideran incorporados.

Artículo 9. No discriminación. Las personas migrantes deben ser tratadas igualitariamente y no podrán ser discriminadas por motivos de sexo, orientación sexual, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier característica personal.

Artículo 10. Derecho de protección del Estado. El Estado de Guatemala, sin discriminación alguna, tiene la obligación de proteger la integridad personal, la vida y la libertad de toda persona nacional y extranjera que se encuentre en territorio nacional. Las instituciones del Estado no deberán exigir documentos de identificación o cualquier otro requisito, para brindar la protección requerida por una persona extranjera. En todo caso, se deberán utilizar los medios necesarios y disponibles para darle una atención inmediata. Las personas tienen el derecho de decidir libremente donde establecerse dentro del territorio nacional.

Artículo 15. Familia. Las personas migrantes y sus familias tienen derecho a permanecer juntas en todo momento. Si por razones administrativas y de manera estrictamente excepcional, deben ser separadas, esto deberá ser únicamente por el tiempo que dure la gestión, debiendo informar a la familia el lugar donde se encontrará, la gestión que debe realizarse y la autoridad que ha requerido y por la cual se le separará temporalmente. En el caso de niños, niñas y adolescentes, podrán ser separados de su familia, también de manera estrictamente excepcional y exclusivamente en razón de su interés superior. Los miembros de la familia tienen derecho a presentar recursos de exhibición personal ante autoridad competente, por lo cual siempre se les deberá facilitar el acceso. El funcionario que no cumpla con lo previsto en este artículo, será sancionado conforme la legislación penal del país.

En los casos en donde el niño, niña o adolescente no tenga familia se establece una obligación de garantía reforzada.

Artículo 11. Derecho de los niños, niñas o adolescentes migrantes no acompañados o separados de sus familias.

Los niños, niñas y adolescentes migrantes de otras nacionalidades no acompañados o separados de sus familias, niñas y adolescentes embarazadas o con hijos, parejas casadas de menores de edad con o sin hijos que se encuentren en el territorio nacional tienen derecho a ser atendidos en programas especializados y diferenciados ambulatorios o abrigados en casas especiales que sean dispuestas o autorizadas por el Estado para el efecto, conforme los principios específicos que se definen en el presente Código.

Las autoridades competentes deben contemplar una respuesta diferenciada de protección hacia los niños y niñas refugiados, en especial aquellos no acompañados o que han sido separados de sus padres o tutores, con el propósito de atender adecuadamente sus necesidades de protección y asistencia específicas. En ningún supuesto podrá rechazarse el ingreso en frontera a niños, niñas o adolescentes no acompañados o separados de su familia.

No se puede deportar a los niños, niñas o adolescentes de no ser en su interés superior.

Las diligencias y procedimientos específicos se realizarán de acuerdo al presente Código y su reglamento. Se entiende por niños, niñas o adolescentes no acompañados o separados de su familia, aquellos que no se encuentran bajo el cuidado y protección de su padre, madre o de un adulto, que de acuerdo a la ley o costumbre sea su cuidador habitual, aunque estén siendo acompañados por otras personas.

En el caso de niñez que ha sido víctima de trata el artículo 38 dispone:

Artículo 38. Derechos. Son derechos de las personas migrantes víctimas de trata de personas, además de los regulados en el artículo 11 de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto Número 9-2009 del Congreso de la República, los siguientes:

a) Acceder a los recursos de asistencia disponibles. En el caso de niños, niñas y adolescentes, se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales que implican la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad.

b) A no ser sometidos a careos.

c) A que las medidas de protección de derechos aplicables no impliquen la privación de su libertad.

d) A prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado. Los derechos enunciados en este artículo son integrales, irrenunciables e indivisibles

Lecturas Obligatorias

Corte Interamericana De Derechos Humanos Opinión Consultiva Oc-21/14 Derechos Y Garantías De Niñas Y Niños En El Contexto De La Migración y/o En Necesidad De Protección Internacional.

https://www.acnur.org/es-es/5b6ca2644.pdf

Se entiende que todos los derechos establecidos en el Código de Migración son para todas las personas, incluidas niñas, niños y adolescentes; pero se hace necesario un análisis de puntos específicos en materia de niñez y adolescencia, especialmente porque regula procedimientos especializados.

A. Derecho a la protección de la vida familiar: La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, afirma desde el Preámbulo uno de sus principios fundamentales:

> *"… que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión…".*

Este principio plantea de manera inequívoca que el grupo familiar es el ámbito de cuidado más propicio para el crecimiento: a través de la nutrición, los cuidados tempranos y la entrega afectiva, el niño desarrolla sentimientos de seguridad, estabilidad y pertenencia, centrales para construir su identidad como sujeto. Asimismo, la convivencia familiar es el primer espacio de autoafirmación en la interacción social. (RELAF-UNICEF, 2014, p. 9)

> *"En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños (…). Y el Estado se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar". En ese sentido, "[e]l reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos."* (CIDH, 2002, p. 66)

En esa línea el Código de Migración establece en primer lugar, que todas las personas que se encuentren en territorio nacional se les garantizara el acceso a servicios públicos (Art. 2 CdM), obviamente esto incluye a las familias, pero además el artículo 4 del mismo cuerpo legal plasma el reconocimiento del derecho de las personas extranjeras a establecerse en el país con sus familias, o bien con el ánimo de formarla o reunificarla. Es decir que una de las obligaciones del Estado de Guatemala va enfocada en la protección de la familia y en favorecer su establecimiento o reunificación.

El articulo 4 anteriormente descrito se complementa con el artículo 15 del Código de Migración que establece que las personas migrantes y sus familias tienen derecho a permanecer juntas en todo momento. En el caso de las niñas, niños y adolescentes, únicamente pueden ser separadas de su familia de manera estrictamente excepcional y exclusivamente en razón de su interés superior.

La importancia de que el Código de Migración establezca que la decisión de separar a las niñas, niños y adolescentes de sus familias debe ser excepcional y exclusivamente después de una evaluación y determinación de su interés superior, responsabiliza al funcionario o funcionaria que toma la decisión a que la misma no constituya una injerencia arbitraria en el derecho a la vida familiar, al respecto el Comité de los Derechos del Nino en su **Observación General No. 23**, indica:

> *"… su preocupación por los casos en que los niños están separados de sus padres y son objeto de cuidados alternativos en sistemas de protección de la infancia cuando no hay ningún problema de abuso ni abandono por parte de los progenitores. La pobreza financiera y material, o las condiciones directa y exclusivamente atribuibles a dicha pobreza, nunca deben ser la única justificación para retirar a un niño del cuidado de los padres, para someterlo a cuidados alternativos o para prevenir su reinserción social. A este respecto, los Estados deben prestar asistencia apropiada a los padres y los tutores para que puedan cumplir sus responsabilidades de criar al niño, entre otros medios proporcionando prestaciones sociales y subsidios para la infancia y otros servicios de apoyo social independientemente de la situación migratoria de los padres o del niño."* (CMW-CRC4/23, 2017, p. 30)

Es decir que los artículos 4 y 15 del Código de Migración, obligan al Estado de Guatemala, a:

a) apoyar a las familias para que permanezcan unidas, y

b) apoyar los procesos de reunificación familiar, obligando a realizar un proceso de evaluación y determinación del interés superior del niño previo a la toma de decisiones, al respecto:

> *"**27…** Los Estados deben cumplir con sus obligaciones jurídicas internacionales en cuanto al mantenimiento de la unidad familiar, incluidos los hermanos, y prevenir la separación, que debe ser objeto de atención primordial, de conformidad con las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños. La protección del derecho a tener un entorno familiar suele exigir a los Estados que no solo se abstengan de tomar medidas que puedan provocar una separación de la familia u otra injerencia arbitraria en el derecho a la vida familiar, sino que intervengan de manera positiva para mantener la unidad de la familia, incluida la reunión de familiares separados…"* (CMW-CRC4/23, 2017, p. 27)

Es importante mencionar que, en el caso de las familias, los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados con independencia de sus padres y sus circunstancias particulares deben incluirse en el examen de los casos de la familia. En esos procedimientos deben llevarse a cabo evaluaciones específicas del interés superior y se deben tener en cuenta las razones concretas de la niña o niño para migrar. (CMW-CRC3/22, 2017, p. 37). Las evaluaciones del interés superior en el caso guatemalteco corresponden a PGN, SBS y SOSEP, este último en los casos de grupos familiares retornados a Guatemala.

B. Principios para la protección de la niñez y adolescencia en el contexto migratorio.

Diversos instrumentos internacionales establecen los estándares internacionales para la atención y protección de las niñas, niños y adolescentes en el contexto migratorio, en este apartado se analizaran más concretamente, y en particular aquellos para la evaluación de su interés superior y en los procedimientos de determinación de este interés superior, y que se ven reflejados en el nuevo Código de Migración tanto en el proceso de niñez y adolescencia que se encuentra en Guatemala fuera de su país de nacionalidad (tránsito), como el retorno de niñez y adolescencia guatemalteca migrante; para el efecto se contrastarán con los establecidos en la Observación General 23 del Comité sobre los Derechos del Niño, párrafos 17 y 18 enfocados en las garantías procesales:

1 ► Acceder al territorio, cualquiera que sea la documentación que posean o de la que carezcan, y ser remitidos a las autoridades encargadas de evaluar las necesidades de protección de sus derechos, sin merma de las garantías procesales;

En relación a este estándar el Código de Migración en su artículo 11 establece:

> *"…En ningún supuesto podrá rechazarse el ingreso en frontera a niños, niñas o adolescentes no acompañados o separados de su familia.*
>
> *No se puede deportar a los niños, niñas o adolescentes de no ser en su interés superior…"*

Lo regulado implica que el Instituto Guatemalteco de Migración deberá generar los lineamientos respectivos para que las autoridades en los puntos fronterizos tengan en cuenta este tema y las rutas a desarrollar.

Además, el mismo artículo prohíbe el retorno inmediato de niñez y adolescencia en territorio guatemalteco fuera de su país de nacionalidad (transito), ya que requiere previamente que se evalúe y determine su interés

superior, este artículo va estrechamente vinculado con el artículo 173 del Código de Migración que establece que se decidirá sobre el retorno en los casos en que la niña, niño o adolescentes no corra riesgo de ser menoscabado en sus derechos fundamentales.

2 ► Ser notificados de la existencia de un procedimiento y de la decisión adoptada en el contexto de los procedimientos de inmigración y asilo, sus implicaciones y las posibilidades de recurso;

El artículo 17 del Código de Migración establece que: *"Toda persona extranjera o guatemalteca retornada tiene derecho a recibir la información necesaria sobre su situación, las gestiones que deben de desarrollarse y toda aquella que tenga relación con su estatus o su persona."* Esto incluye también a las niñas, niños y adolescentes.

Esta obligación de las instituciones del Estado se complementa con el Artículo 170 numeral 12 del Código de Migración que indica:

> *"…De cara a la expresión informada de tales deseos y opiniones, es imperativo que se les brinde toda la información de sus derechos, servicios existentes, en especial medio de comunicación, el procedimiento para solicitar las condiciones de refugiado o asilo, la localización de la familia y la situación en el país origen. En lo que concierne a la tutela, custodia, alojamiento y representación legal, debe tenerse también en cuenta las opiniones del niño, niña o adolescente. La información antes mencionada se proporcionará en forma que sea acorde con la madures y el nivel de comprensión…"*

En ese sentido las instituciones que intervienen en el proceso migratorio deben proporcionar a las niñas, niños y adolescentes toda la información pertinente, entre otras cosas, sobre sus derechos, los servicios disponibles, los medios de comunicación, los mecanismos de denuncia, los procesos de inmigración y asilo y sus resultados. La información debe proporcionarse en el propio idioma del niño en tiempo oportuno, de una manera adaptada a él y apropiada a su edad, para que se haga oír su voz y que su opinión se tenga debidamente en cuenta en los procedimientos. (CMW-CRC3/22, 2017, p. 35)

3 ► Ser oídos y participar en todas las fases de los procedimientos y disponer de la asistencia gratuita de un traductor o intérprete;

El estándar internacional indica que corresponde al Estado implementar las medidas apropiadas para promover y facilitar plenamente la participación de los niños, niñas y adolescentes, entre otras cosas brindándoles la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento administrativo o judicial relacionado con su caso o el

de sus familias, incluida toda decisión sobre la atención, el alojamiento o la situación de residencia. Los niños deben ser escuchados con independencia de sus padres y sus circunstancias particulares deben incluirse en el examen de los casos de la familia. En esos procedimientos deben llevarse a cabo evaluaciones específicas del interés superior y se deben tener en cuenta las razones concretas del niño para migrar. (CMW-CRC3/22, 2017, p. 37)

Las niñas y niños deber tener acceso a un intérprete o traductor gratuito para que su participación en el proceso esté garantizada. La asistencia de un traductor o intérprete se considera una garantía procesal mínima y esencial para que se cumpla el derecho de la niña o del niño a ser oído y para que su interés superior sea una consideración primordial. De lo contrario, la participación efectiva de la niña o del niño en el procedimiento se tornaría ilusoria. (CIDH/OC/21-14, 2014, p. 124).

El Código de Migración plantea en el artículo 180, el derecho de los solicitantes de asilo a contar con un intérprete o traductor en todas las fases del proceso, esta garantía se complementa y amplia con los estándares internacionales antes analizados, de conformidad con los artículos 56 y 58 del Código de Migración que indica que el derecho migratorio se encuentra reconocido además de las normas nacionales, con los instrumentos internacionales, y que dichas normas se interpretarán en favor de los derechos de las personas migrantes.

4 ► Tener acceso efectivo a la comunicación con funcionarios consulares y recibir asistencia consular, así como protección consular de sus derechos adaptada a las necesidades de la infancia;

El Derecho a la Comunicación y Asistencia Consular que tienen las niñas y niños, requiere generar mecanismos de especialización de los funcionarios consulares, que permitan atender con enfoque de derechos a las niñas y niños en los países de destino y tránsito; esto implica una transformación de la cultura institucional que tradicionalmente ha centrado la función consular en los tramites de documentación y registro (visión con una fuerte carga administrativa) a una nueva intervención donde los funcionarios consulares cuenten con herramientas que les permitan identificar las acciones de protección.

> *"**128.** Debido a la especial vulnerabilidad de las niñas o niños que se encuentran fuera de su país de origen y, en especial, de aquellos no acompañados o separados, el acceso a la comunicación y asistencia consular se convierte en un derecho que cobra una especial relevancia y que debe ser garantizado y tratado de manera prioritaria por todos los Estados, en especial por las implicancias que puede tener en el proceso de recabar información y documentación en el país de origen, así como para velar por que la repatriación voluntaria únicamente sea dispuesta si así lo recomienda el resultado de un procedimiento de determinación del interés superior de la niña*

o del niño, de conformidad con las debidas garantías, y una vez que se haya verificado que la misma puede realizarse en condiciones seguras, de modo tal que la niña o niño recibirá atención y cuidado a su regreso". (CIDH/OC/21-14, 2014, p. 128)

En los casos de niños y niñas guatemaltecas en el extranjero el Código de Migración toma en cuenta estos estándares internaciones y los incorpora en su artículo 174, que establece que:

"…Los consulados, son las autoridades responsables de ejercitar las acciones necesarias para atender y proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes guatemaltecos en el extranjero…"

En los casos del retorno de niñas y niños guatemaltecos, la comunicación directa de los cónsules o sus equipos psicosociales con las instituciones del Estado de Guatemala a cargo de la protección especial de la niñez y adolescencia, permite el seguimiento y apoyo al retorno. Es así que el artículo 175 in fine del Código de Migración establece:

"…Con la información compartida por los cónsules o equipos psicosociales, a la autoridad en Guatemala deberá prever la adopción de medidas particulares de protección, adecuadas a la situación de vulnerabilidad en que puede encontrarse la niña, niño y adolescente migrante no acompañado..."

Es así que el Código de Migración, genera acciones importantes de los funcionarios consulares y prevé la coordinación con el Consejo de Atención y Protección, que es el espacio institucional en Guatemala para el procedimiento y servicios de protección social y especial en el retorno.

Con relación a la niñez y adolescencia que se encuentra en Guatemala fuera de su país de nacionalidad (tránsito), la comunicación consular es un elemento importante del debido proceso (Art. 170, 7. CdM).

De conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares , de *"… prestar ayuda y asistencia al nacional del Estado que envía…"*; este estándar se convierte en esencial, especialmente si es leído a la luz de la Convención sobre los Derechos del Nino (1989), ya que imponen la obligación de velar por los intereses de la niña o del niño, en el sentido de que las decisiones administrativas o judiciales que se adopten en el país de tránsito o destino hayan evaluado y tomado en consideración su interés superior. (CIDH/OC/21-14, 2014, p. 127)

En esa misma línea el Comité sobre los Derechos del Nino expone que uno de los elementos para la evaluación del interés superior de las niñas y niños en el contexto migratorio:

> *"**e)** Tener acceso efectivo a la comunicación con funcionarios consulares y recibir asistencia consular, así como protección consular de sus derechos adaptada a las necesidades de la infancia;"* (CMW-CRC4/23, 2017, p. 17 e)

5 ► Contar con un funcionario o juez especializado que se ocupe del procedimiento de inmigración y poder realizar en persona cualquier entrevista con profesionales formados en cómo comunicarse con niños;

5.1 ► Proceso de niñas, niños y adolescentes que se encuentran fuera de su país de nacionalidad (tránsito)

En esa línea el Código de Migración establece que en el caso de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en Guatemala fuera de su país de nacionalidad, es decir quienes están en tránsito o destino en Guatemala, las decisiones serán adoptadas conforme "el procedimiento administrativo que se desarrollara en el reglamento respectivo" es decir la decisión queda a cargo de una institución no jurisdiccional. (Artículo 173 CdM). Esto genera un reto importante, la visión debe ser dirigida como se ha mencionado hacia una protección integral y no con una visión únicamente de control migratorio.

> *"**18.** Los Comités reconocen las repercusiones negativas que tiene en el bienestar de los niños el hecho de estar en una situación migratoria insegura y precaria. Por consiguiente, recomiendan que los Estados garanticen la existencia de procedimientos claros y accesibles para determinar la situación de los niños a fin de que puedan regularizarla por diversos motivos (como la duración de la residencia)."* (CMW-CRC4/23, 2017, p. 18)

La Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia: Como se ha expuesto anteriormente, es la institución responsable de los servicios esenciales de protección especial para la niñez y adolescencia (Art. 39 CdM), quien tiene a su cargo la evaluación inicial y determinación del interés superior de las niñas, niños y adolescentes migrantes extranjeros, esto con el objetivo de identificar la necesidad de solicitantes de asilo, protección internacional o reunificación familiar.

Los servicios deben ir enfocados a la no detención, priorizando medidas de reunificación familiar, acogimiento temporal y otras formas de alojamiento de carácter abierto, dejando el abrigo residencial como excepcional y por el menor tiempo posible. (Artículo 173 CdM.)

> *"Todo niño, en todo momento, tiene un derecho fundamental a la libertad y a no ser detenido como inmigrante. El Comité sobre los Derechos del Niño ha afirmado que la detención de cualquier niño por la situación de residencia de sus padres constituye una violación de los derechos del niño y una contravención del principio del interés superior de este. Desde ese punto vista, ambos Comités han afirmado reiteradamente que nunca debe detenerse a niños por razones relacionadas con su situación migratoria o la de sus padres y que los Estados deben cesar o erradicar de manera rápida y completa la detención de niños como inmigrantes. La detención de cualquier tipo de niño como inmigrante debería estar prohibida por la ley y esta prohibición debería aplicarse plenamente en la práctica.*
>
> *Los Comités entienden que la detención por razones de inmigración es cualquier situación en la que un niño se ve privado de libertad por motivos relacionados con su situación migratoria o la de sus padres, independientemente del nombre o la razón dada por la medida de privación de libertad del niño, o del nombre de la instalación o el lugar en el que el niño esté privado de libertad. Los Comités entienden que las "razones relacionadas con la situación migratoria" se refieren al estatuto migratorio o de residencia de una persona, o a su ausencia, tenga que ver o no con su entrada o estancia irregulares, de manera compatible con la orientación impartida anteriormente por los Comités."* (CMW-CRC4/23, 2017, pp. 5-6)

En esta línea, también corresponde a la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia liderar la creación e implementación de programas y servicios a nivel comunitario/ vecinal con el objeto de acoger a las familias extranjeras y niñas, niños y adolescentes no acompañados en las comunidades, apoyándolos en su proceso de integración y facilitar el conocimiento y el acceso de los servicios y recursos comunitarios a los recién llegados, que incluyan el acompañamiento al acceso a la educación a las niñas, niños y adolescentes, servicios de salud, entre otros, esto principalmente a aquellos niños, niñas y adolescentes solicitantes de asilo o de estatus extraordinario migratorio. Esto incluye desarrollar las competencias culturales y para la equidad en los proveedores de servicios públicos, especialmente en aquellos que están destinados a la atención de población migrante y refugiada. (Colegio-Oficial-de-Psicologos-de-Madrid, 2016)

Procuraduría General de la Nación a través de la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia: Uno de los estándares internacionales importantes es que las niñas, niños y adolescentes en el contexto migratorio cuenten con asistencia letrada gratuita, es decir abogados que tengan la representación técnica en los procesos, así como el de contar con un tutor, principalmente en los casos de niñez y adolescencia no acompañada o separada de su familia.

En Guatemala estas dos funciones (asistencia letrada y tutor) recaen en una misma institución, la Procuraduría General de la Nación, a través de su Procuraduría de la Niñez y Adolescencia, quienes deben actuar en todo proceso administrativo y judicial como abogados de las niñas, niños y adolescentes y en el caso de la niñez no acompañada o donde exista conflicto de interés como "tutores".

En ese sentido la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece en su artículo 108 que la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia tiene entre sus mandatos:

*"**a)** Representar legalmente a aquellos niños, niñas y adolescentes que carecieren de ella."*

También el artículo 1, numeral 2 del Decreto Número 512 del Congreso de la República de Guatemala establece la función de:

"…Representar provisionalmente a los ausentes, menores e incapaces, mientras éstos no tengan personero legítimo conforme el Código Civil y demás leyes;…"

Al integrar los artículos anteriores con lo estipulado en el artículo 170 numeral 7 del Código de Migración, que estipula:

"Legalidad y Debido Proceso. Toda Decisión que se tome sobre el estatus de los niños, niñas y adolescentes, en especial los no acompañados y separados, debe ser en pleno respeto del derecho de defensa y debido proceso."

Se puede concluir que corresponde a la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia, la obligación de garantizar a toda niña o niño involucrado en un proceso migratorio la asistencia jurídica de representación legal.

Este tipo de asistencia jurídica debe estar especializada, tanto en los derechos que asisten al migrante, como en atención específica en relación con la edad, de forma tal que permita garantizar un efectivo acceso a la justicia a la niña o niño migrante y velar por que su interés superior sea una consideración primordial en toda decisión que lo afecte. (CIDH/OC/21-14, 2014, pp. 131-132)

El derecho de asistencia letrada o asistencia jurídica que brinda la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia corresponde tanto a la niñez acompañada como no acompañada, y su participación es en todas las fases del proceso migratorio, incluidos el estatus extraordinario migratorio que incluye la Permanencia de Atención Especial (Art. 83 CdM) y Permanencia por Razón Humanitaria (Art. 85 CdM), así como la solicitud de asilo, de conformidad con el artículo 180 del Código de Migración,

"Se reconoce el derecho de las personas solicitantes de contar con la debida asistencia letrada…"

Por aparte la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia tienen el papel de representación en los casos de niñas, niños y adolescentes no acompañados y separados de su familia, así como de los acompañados, principalmente cuando existe conflicto de intereses entre el niño, niña o adolescente y su representante, de conformidad con los estándares internacionales asume el carácter de tutor.

*"**36.** Los Estados partes deben designar a un representante legal cualificado para todos los niños, incluidos los que están bajo cuidado parental, y un tutor capacitado para los niños no acompañados y separados, tan pronto como sea posible a su llegada, a título gratuito."* (CMW-CRC3/22, 2017, p. 36)

El nombramiento de un tutor competente lo antes posible constituye una garantía procesal importantísima en aras de garantizar el interés superior. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha estimado necesario recalcar que los procesos administrativos o judiciales, que involucren a niñas o niños no acompañados o separados de sus familias, no podrán ser iniciados hasta que no haya sido nombrado un tutor. Específicamente, a fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, el acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, así como defender sus intereses y asegurar su bienestar. (CIDH/OC/21-14, 2014, p. 132)

"...El tutor deberá conocer suficientemente los intereses y situación de la niña o niño, y estar autorizado a asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención de la niña o niño y a buscar una solución duradera.

***134.** Deberá, además, poseer los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia con el fin de garantizar que se vele por el interés superior de la niña o del niño. Por otra parte, el tutor debe funcionar como un vínculo entre la niña o el niño y los organismos pertinentes con el fin de asegurar que las necesidades de la niña o niño en materia jurídica, social, educativa, sanitaria, psicológica y material sean satisfechas."* (CIDH/OC/21-14, 2014, pp. 133-134)

Instituto Guatemalteco de Migración: En el tema de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en Guatemala fuera de su país de nacionalidad, es decir quienes están en tránsito o destino en Guatemala, el Instituto Guatemalteco de Migración intervendrá a través de sus distintas subdirecciones, así:

Corresponde a la **Subdirección de Atención y Protección de Derechos Fundamentales de los Migrantes**, las acciones necesarias para la asistencia y protección de las niñas, niños y adolescentes (Articulo 140, a.1,

CdM) para el efecto contara con una Unidad Especializada de Atención y Protección de la niñez migrante, quien dará seguimiento al proceso, esta unidad se integrará con equipos multidisciplinarios profesionales en atención, asistencia, protección y gestión de los derechos de la niñez y adolescencia, a dichos profesionales se les denominara Oficiales de Protección de la Infancia. La Unidad deberá guardar estrecha coordinación con la Procuraduría General de la Nación y las instituciones del Sistema Nacional de Protección de la Niñez y Adolescencia. (Art. 171 CdM)

Si las niñas, niños, adolescentes y sus familias solicitaran asilo o pudieran optar a otro estatus extraordinario migratorio informará al Director General del IGM con el objeto de otorgar la residencia temporal y hacer efectivo el derecho de no devolución. (Art. 173 CdM).

En estos casos también intervendrá la **Subdirección de Asuntos Jurídicos** quienes sugieren al Director General en relación a las solicitudes de asilo, refugio y en aquellas de estatus extraordinario migratorio. (Art. 141 b. CdM)

Es importante mencionar que el Código de Migración en el artículo 173 prevé una coordinación estrecha entre el IGM, SBS y PGN, y que cualquier decisión debe garantizar que se haya realizado el proceso de determinación del interés superior del niño, niña o adolescente. (Art. 170 1. CdM)

A la luz de esta coordinación estrecha, las decisiones que se tomen deben contar con las evaluaciones y determinaciones del interés superior del niño, así como responder a las garantías procesales, entre ellas contar con la intervención de la asistencia letrada gratuita (Procuraduría de la Niñez y Adolescencia). El estándar internacional indica que las evaluaciones del interés superior del niño, debe ser llevada a cabo por agentes independientes de las autoridades de migración de manera multidisciplinaria, incluida una participación significativa de las autoridades responsables de la protección y el bienestar del niño y otros agentes pertinentes, como los padres, los tutores y los representantes legales, así como el niño (CMW-CRC3/22, 2017, p. 32 c)). En el caso guatemalteco esto implicaría que las decisiones en el tema migratorio de niñas, niños y adolescentes se tomarán conjuntamente entre Instituto Guatemalteco de Migración, Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia y Procuraduría General de la Nación, correspondiendo la evaluación y determinación del interés superior del niño y niña a SBS y PGN.

Además las decisiones adoptadas en el marco de un proceso migratorio que involucre a niñas o niños deben estar debidamente motivadas, es decir, posean la exteriorización de la justificación razonada que permita llegar a una conclusión en cada uno de los casos, (CRC/C/GC/14, 2013, p. 97) ya sea en los procesos de solicitud de asilo o estatus extraordinario migratorio, o el retorno al país de origen, este último solo en los ca-

sos en que la niña, niño o adolescentes no corra riego de ser menoscabado en sus derechos fundamentales. (Art. 173 CdM)

> ***138.*** *En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado.*
>
> ***139.*** *En consonancia con lo anterior, y particularmente en el caso de niñas y niños, la resolución deberá dar cuenta motivadamente de la forma en que se tuvieron en cuenta las opiniones expresadas por la niña o niño, como también, la forma en que se ha evaluado su interés superior. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la íntima relación existente entre el interés superior de la niña o del niño y el derecho a ser oído, al afirmar que "no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior)] si no se respetan los componentes del artículo 12 [(derecho a participar y que su opinión sea tenida en cuenta)]" Del mismo modo, "el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida".* (CIDH/OC/21-14, 2014)

El papel de los juzgados de la niñez y adolescencia y de la justicia de paz en forma provisional, queda en el control de las medidas de cuidado (reunificación familiar en Guatemala, acogimiento familiar temporal, abrigo en residencia de puertas abiertas o abrigo residencial) según las establecidas en el artículo 173 del Código de Migración, no obstante este punto, es necesario que las juezas y jueces tomen en cuenta en sus decisiones los estándares anteriormente abordados y puedan verificar que las niñas, niños y adolescentes tienen conocimiento de sus derechos y procedimientos migratorios en Guatemala, principalmente que tienen derecho a solicitar protección internacional en Guatemala.

5.2 ▶ Proceso de niñas, niños y adolescentes guatemaltecos retornados:

Con relación a la niñez y adolescencia guatemalteca retornada, que como se ha visto principalmente provienen de México y Estados Unidos, el Código de Migración visualiza una intervención integral a través de un procedimiento desarrollado por el Consejo de Atención y Protección. (Art. 175 CdM)

Al dar una lectura integral al Código de Migración, se pueden desagregar las siguientes funciones institucionales:

Consejo de Atención y Protección que definirá los procedimientos respectivos para el proceso de recepción de niñez y adolescencia guatemalteca migrante, estos procedimientos deben establecer una participación de forma gradual de los Ministerios y Secretarías que lo conforman. El artículo 175 del Código de Migración también regula que el Estado promoverá programas orientados a la protección de la niñez y la familia, así como programas de protección social, lo cual coordinará con otras instituciones del Estado y de sociedad civil.

Esta intervención coordinada entre secretarías y ministerios de Estado es sumamente importante pues deja atrás una tradicional intervención que visualiza solo la protección como la judicialización de los casos, en donde participaban únicamente SBS, DGM, MINEX, SOSEP y PGN, y da un paso cualitativo hacia la protección integral (compuesta por la protección social y protección especial), que incluye la participación de otras instituciones como IGM, MINEDUC, MISPAS, MINTRAB, MINECO y PDH. (Art. 162 CdM).

Ministerio de Relaciones Exteriores: El Ministerio de Relaciones Exteriores a través del su servicio consular, es responsable de la protección y asistencia consular de las niñas, niños y adolescentes guatemaltecos migrantes fuera del territorio nacional (Artículo 5 Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y Artículo 174 del Código de Migración).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 21/14, indica, entre otras atribuciones de las redes consulares:

"Velar por que la repatriación voluntaria únicamente sea dispuesta si así lo recomienda el resultado de un procedimiento de determinación del interés superior de la niña o del niño, de conformidad con las debidas garantías, y una vez que se haya verificado que la misma puede realizarse en condiciones seguras, de modo tal que la niña o niño recibirá atención y cuidado a su regreso"

El Código de Migración en el segundo párrafo del artículo 174 establece:

"Los consulados, son las autoridades responsables de ejercitar las acciones necesarias para atender y proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes guatemaltecos en el extranjero."

En ese sentido el MINEX a través de su red consular; como institución que aborda directamente a niñas, niños y adolescentes; debe determinar que la protección de sus derechos sea primordial, y velar que sean protegidos mediante la plena aplicación de la normativa nacional e internacional, especialmente la Convención sobre los Derechos Niño y el Código de Migración.

Los cónsules podrán solicitar apoyo a los Oficiales de Protección de la Infancia de la Unidad Especializada de Atención y Protección de la niñez migrante del Instituto Guatemalteco de Migración o del Consejo Nacional para la Atención del Migrante de Guatemala. (Art. 174, CdM)

Consejo Nacional Para la Atención del Migrante de Guatemala CONAMIGUA: Le compete brindar apoyo a los consulados de Guatemala en el extranjero según el Código de Migración (Art. 174 CdM), así como participar en la Autoridad Migratoria Nacional (espacio político para el desarrollo y seguimiento de políticas públicas) Artículo 117 del Código de Migración, y en el Consejo de Atención y Protección (espacio de coordinación de servicios dirigidos a las personas migrantes) Articulo 162 Código de Migración. Hay que recordar que la Ley de CONAMIGUA, Decreto 46-2007 del Congreso de la República, no la visualiza como una institución prestadora de servicios directos sino como a cargo de la coordinación, supervisión y fiscalización de las acciones y actividades generadas por el Estado en favor de las personas migrantes.

El gran reto será cómo articular las funciones de CONAMIGUA con las estipuladas al Consejo de Atención y Protección.

Procuraduría de la Niñez y Adolescencia de la Procuraduría General de la Nación: Los Estados tienen la obligación de garantizar a toda niña, niño y adolescente, la asistencia jurídica a través del ofrecimiento de servicios estatales de representación legal, como se ha visto con anterioridad.

En Guatemala estas dos funciones (asistencia letrada y representación legal) recaen en una misma institución, la Procuraduría General de la Nación, a través de su Procuraduría de la Niñez y Adolescencia, quienes deben actuar en todo proceso administrativo y judicial como abogados de las niñas, niños y adolescentes y en el caso de la niñez no acompañada o donde exista conflicto de interés. (Art. 108 LPINA)

En el caso de niñez y adolescencia guatemalteca retornada la Procuraduría General de la Nación debe estar presente en todo el proceso, el cual incluye el seguimiento al proceso de reunificación familiar (proceso administrativo) Art. 175 CdM, o en aquellos casos que requiera su judicialización, esta judicialización únicamente cabrá en los casos en que luego de una evaluación y determinación del interés superior del niño se identifique una amenaza o violación a los derechos de la niña, niño o adolescentes que impida su reunificación familiar. (Art. 176 CdM).

"Cada Estado, a través de su Sistema de Protección de la Infancia, debe resguardar y garantizar un ámbito familiar para todo niño, niña y adolescente, sin ningún tipo de discriminación, aun cuando, por diversas cau-

sas, se encuentren separados de su familia de origen y sea necesaria una modalidad de cuidado alternativo transitorio o permanente." (RELAF-UNICEF, 2014, p. 9)

Instituto Guatemalteco de Migración: Compete a la Subdirección de Atención y Protección de Derechos Fundamentales de los Migrantes del Instituto Guatemalteco de Migración la recepción de la niñez y adolescencia en el contexto migratorio (Art. 175 CdM), recordando que dicha Unidad contará con equipos multidisciplinarios de profesionales denominados oficiales de protección de la infancia. Además el Instituto Guatemalteco de Migración le corresponde ser el portavoz que puede informar y dar detalles sobre el retorno de niños, niñas o adolescentes, quienes en ningún momento podrán ser exhibidos durante la recepción ante los medios de comunicación.

Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia: Como se ha expuesto anteriormente, es la institución responsable de los servicios esenciales de protección especial para la niñez y adolescencia (Art. 39 CdM), quien tiene a su cargo la evaluación inicial, y junto con la Procuraduría General de la Nación, la determinación del interés superior de las niñas, niños y adolescentes guatemaltecos retornados con el objeto de promover medidas particulares de protección. Para el efecto, la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia promoverá programas orientados a la protección de la niñez y la familia y en coordinación con el Consejo de Atención y Protección la generación de programas de protección social. Además tendrá a su cargo los alojamientos temporales para la niñez y adolescencia guatemalteca retornada. (Art. 174 CdM)

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Unidad IX

Pluralismo jurídico y la protección de la niñez y adolescencia

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia Sverige

unicef GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Unidad IX

Pluralismo jurídico y la protección de la niñez y adolescencia

1. Marco normativo de protección de los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a los pueblos indígenas

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en el artículo 2 Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. El artículo 44 establece que no excluye otros derechos humanos que aunque no figuren expresamente en ella, esto nos da un parámetro de la no exclusión de una atención idónea en cada caso concreto. En el artículo 66, contiene el principio de protección a grupos étnicos que conforman la sociedad guatemalteca, y el respeto a las formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización, el uso del traje indígena, idiomas.

Además de los artículos citados, cabe identificar los siguientes que se refieren a derechos de la niñez y adolescencia; y, el respeto a su identidad cultural.

- Artículo 20. Menores de edad;

- Artículo 50. Igualdad de los hijos;

- Artículo 51. Protección a menores y ancianos;

- Artículo 57. Derecho a la cultura;

- Artículo 58. Identidad cultural;

En términos generales las personas pertenecientes a pueblos indígenas gozan de un marco jurídico de protección especial en el derecho nacional e internacional. Esto ha sido reconocido, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual ha establecido que existe un corpus que protege a los pueblos indígenas:

> "Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado"[1].

1 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Párr. 51.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

En el caso de los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a pueblos indígenas se debe hacer un enfoque interseccional de derechos humanos, puesto que además de los derechos que le corresponden por ser miembros de los pueblos indígenas, se les debe añadir los derechos especiales por su condición de niños, niñas y adolescentes.

En ese contexto, primero se abordará el marco general de protección para los miembros de los pueblos indígenas, y posteriormente, se abordará los derechos específicos que le corresponden como niños indígenas.

En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. Esto ha sido dispuesto en los siguientes casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 83;

- Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 178;

- Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008, párr. 96;

- Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 264;

- Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014 párr. 167.

Se puede afirmar que existe un corpus iuris que protege a los pueblos indígenas en el derecho internacional y el cual está conformado según la Corte por dos instrumentos internacionales que tienen particular relevancia en el reconocimiento del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas:

- Convenio Nº 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales

- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Varios instrumentos internacionales de Unesco también desarrollan el contenido del derecho a la cultura y a la identidad cultural[2].El Comité de los Derechos del Niño incorpora la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial[3].

La Corte IDH considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio Nº 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los Pueblos indígenas a "asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven"[4].

2 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 215.

3 Observación General No.11 Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño

4 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 217.

Asi mismo, ha precisado que:

> "las malas condiciones de vida que padecen los miembros de una comunidad y el estado general de abandono en la que se encuentran generan sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de los miembros de dicha comunidad. Este es el caso de las víctimas sobrevivientes de las masacres que actualmente residen en la colonia Pacux.
>
> En consecuencia, la Corte considera que Guatemala violó el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 12.1 y 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de la comunidad de Río Negro que viven en Pacux[5]."

a. Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas

El Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de 1989, contiene disposiciones que promueven los derechos de los pueblos indígenas y pone de relieve específicamente los derechos de los niños indígenas[6].

El Convenio 169 reconoce básicamente como principales puntos:

Identificación de los pueblos indígenas y tribales

Los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la

5 Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012

6 Observación General No.11 Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño

conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, **conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas**[7].

La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio[8].

Adopción de Medidas especiales

Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

Esta acción deberá incluir medidas:

- Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

- Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

- Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

7 Artículo 1. B. del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales

8 Artículo 2 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales

Reconocimiento de la cultura y otras características específicas de los pueblos indígenas y tribales[9]

- Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

- Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

- Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo[10].

Reconocimiento de sus costumbres, derecho y autoridades (artículo 8)

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

9 Artículo 5 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales

10 Artículo 5 del Convenio 169 de la OIT

Pluralismo Jurídico en materia penal (artículo 9)

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Recursos efectivos para protección de los derechos. (artículo 12)

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

b. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Para el Comité de derechos del niño, esta Convención ha desempeñado una importante función en la lucha contra la situación de los niños indígenas en la defensa del derecho de estos a no ser discriminados.[11]

11 Observación General No.11 Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Los principales aspectos contemplados en esta Convención son:

1. En la Convención la expresión **"discriminación racial"** denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

2. Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos.

3. Ninguna de las cláusulas de la presente convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados Partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular.

4. Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos **raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos** y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial siempre que no conduzcan; como consecuencia; al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

c. Marco constitucional de los derechos de los pueblos indígenas

En el ámbito de la legislación interna, el Estado de Guatemala reconoce los derechos de los pueblos indígenas en el artículo 66 y 67 de la Constitución Política de la República.

En el artículo 66 de la Constitución, el Estado; además de reconocer el carácter multiétnico de la nación; asume tres obligaciones con implicaciones jurídicas y políticas. Las de **reconocer, respetar y promover**, las formas de vida de los diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya, sus costumbres, tradiciones, idioma, y las formas de organización social. El reconocimiento del derecho indígena forma parte de este cuerpo, pues es una de las expresiones culturales más importantes que hacen posible una organización social y alguna forma de orden, expresado en un sistema normativo y autoridades que lo administren.

Este artículo, junto con el 44 (Derechos inherentes a la persona humana), el 46 (Preeminencia del Derecho Internacional) y el 58 (Identidad cultural), forman parte de la base constitucional para el reconocimiento del derecho indígena, por lo demás este reconocimiento se ubica en la parte dogmática de la Constitución y en tal carácter forma parte de los principios filosóficos y políticos que enmarcan las instituciones y los ciudadanos y a partir de los cuales se construye todo el ordenamiento legal.

Al interpretar estas normas, la Corte de Constitucionalidad ha indicado:

> Que Guatemala es reconocida y caracterizada como un Estado unitario, multiétnico, pluricultural y multilingüe y que el referido Convenio 169 de la OIT, estaba destinado a servir como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impedían a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos para que, por lo menos, los disfrutaran en el mismo grado de igualdad que los demás integrantes de la

> sociedad, y que dicho Convenio constituía un instrumento jurídico internacional complementario, que venía a desarrollar las disposiciones de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la Constitución… lo cual tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional. Este instrumento es solo uno de varios que, sumados, evidencian el esfuerzo que se ha venido realizando para la protección de los pueblos indígenas[12].

Además, la Corte ha indicado que el Convenio 169 considerado en su integridad, propicia la participación en la planificación, discusión y toma de decisiones de los problemas que le conciernen a un pueblo indígena y reafirma y afianza los principios democráticos sobre los que se sustenta el Estado[13].

La Corte de Constitucionalidad también ha enfatizado que

> El convenio 169 de la OIT, por tratarse de un tratado internacional de derechos humanos forma parte de la Constitución material o bloque de constitucionalidad guatemalteca, que esta Corte ha identificado como el conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucional, comprendiendo tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de este, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la constitución formal, garantizando así la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y al mismo tiempo, consolidando la garantía de los derechos humanos en el país[14].

12 CC. Expediente 3217-2018 Sentencia de 15 de noviembre de 2011

13 Corte de Constitucionalidad. Expediente 3778-2007 Sentencia de 21 de diciembre de 2009

14 CC. Expediente 5995-2013. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

Lecturas Obligatorias

Padilla, G. Pluralismo jurídico y paz en Guatemala. Revista del Instituto Interamericano de derechos humanos
https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08062-8.pdf

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012.
https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Material de apoyo:

César Landa ¿Qué son los derechos de los pueblos indígenas?
https://www.youtube.com/watch?v=h9EKg9rYdjQ

Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008, párr. 96
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf

CC Expediente 3778-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009
CC. Expediente 5995-2013. Sentencia de 25 de noviembre de 2015

2. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño

El artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que, “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará al niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”. Es necesario aclarar que en Guatemala los niños y niñas indígenas no constituyen minoría, en muchas oportunidades y localidades constituyen la mayoría.

Además, el artículo 29 de la Convención establece que "la educación del niño deberá estar encaminada a [...] preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena."

El artículo 17 de la Convención también dispone expresamente que los Estados Partes "alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena".

Para el Comité de los derechos del niño las referencias expresas que se hacen a los niños indígenas en la Convención son un reconocimiento de que esos niños necesitan medidas especiales para el pleno disfrute de sus derechos[15].

El Comité ha observado que los niños indígenas afrontan considerables dificultades para ejercer sus derechos y ha formulado recomendaciones específicas a ese respecto. En contra de lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención, los niños indígenas continúan siendo objeto de graves discriminaciones en una serie de ámbitos, en particular:

Acceso a la atención de salud y a la educación y acceso a la justicia

La Observación General 11 destaca las medidas especiales que los Estados deberían adoptar para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los niños indígenas.

El Comité recuerda la estrecha relación existente entre el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En ambos artículos se afirma expresamente el derecho que tiene el niño, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio

15 Observación General No.11 Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño.

idioma. El derecho establecido es tanto individual como colectivo y constituye un importante reconocimiento de las tradiciones y los valores colectivos de las culturas indígenas.

El Comité observa que el ejercicio de los derechos culturales de los pueblos indígenas puede estar estrechamente relacionado con el disfrute del territorio tradicional y la utilización de sus recursos[16].

El Comité de los Derechos del Niño conviene con el Comité de Derechos Humanos en la necesidad de adoptar medidas positivas de protección, no sólo contra los actos que pueda realizar el propio Estado parte por mediación de sus autoridades legislativas, judiciales o administrativas, sino también contra los actos de otras personas que se encuentren en el Estado Parte.

En todo caso el Comité de los derechos del niño explica que las prácticas culturales a que se refiere el artículo 30 de la Convención han de ejercerse de conformidad con otras disposiciones de la Convención y no pueden justificarse en ningún caso si se considera que son perjudiciales para la dignidad, la salud o el desarrollo del niño[17].

Cuando existan prácticas perniciosas, como los matrimonios precoces y otras el Estado Parte debería colaborar con las comunidades indígenas para acabar con ellas.

En este punto, el Comité de los derechos del niño, en conjunto con la CEDAW ha elaborado la **Observación General 18**[18], que prohíbe expresamente estas prácticas nocivas y que, por lo tanto, se entiende que se encuentran prohibidas de forma absoluta, aun cuando sean prácticas reconocidas ancestralmente por los pueblos indígenas, en la medida que impiden el libre ejercicio de los derechos de la niña o adolescente a una vida libre de violencia.

16 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 23 sobre el artículo 27, CCPR/C/Rev.1/Add.5, 1994, Párrs. 3.2 y 7, y recomendaciones del Día de debate general del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos de los niños indígenas, 2003, párr. 4.

17 UNICEF, Innocenti Digest, Nº 11, "Asegurar los derechos de los niños indígenas", 2004, pág. 7.

18 Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta

Las prácticas nocivas son prácticas y formas de conducta persistentes que se fundamentan en la discriminación por razón de sexo, género y edad; entre otras cosas; además de formas múltiples o interrelacionadas de discriminación que a menudo conllevan violencia y causan sufrimientos o daños físicos o psíquicos. El daño que semejantes prácticas ocasionan a las víctimas sobrepasa las consecuencias físicas y mentales inmediatas y a menudo tiene el propósito o el efecto de menoscabar el reconocimiento, disfrute o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las mujeres y los niños. Asimismo, tales prácticas repercuten negativamente en su dignidad, su integridad y desarrollo a nivel físico, psicosocial y moral, su participación, su salud, su educación y su situación económica y social.

Para que se consideren nocivas, las prácticas deben ajustarse a los criterios siguientes:

a) Constituyen una negación de la dignidad o integridad de la persona y una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en las dos Convenciones;

b) Representan una discriminación contra las mujeres o los niños y son nocivas en la medida en que comportan consecuencias negativas para sus destinatarios como personas o como grupos, incluidos daños físicos, psicológicos, económicos y sociales o violencia y limitaciones a su capacidad para participar plenamente en la sociedad y desarrollar todo su potencial;

c) Son prácticas tradicionales, emergentes o reemergentes establecidas o mantenidas por unas normas sociales que perpetúan el predominio del sexo masculino y la desigualdad de mujeres y niños, por razón de sexo, género, edad y otros factores interrelacionados;

d) A las mujeres y los niños se las imponen familiares, miembros de la comunidad o la sociedad en general, con independencia de que la víctima preste, o pueda prestar, su consentimiento pleno, libre e informado.

Son consideradas prácticas nocivas para el Comité de los Derechos del Niño:

Mutilación genital femenina

19. La mutilación genital femenina, la circuncisión de la mujer o la ablación genital femenina es la práctica consistente en extirpar de forma parcial o total los órganos genitales femeninos externos o en causar otros daños a los órganos genitales de la mujer que no se realice por motivos médicos ni de salud[19].

Matrimonio infantil[20]

20. El matrimonio infantil, también denominado matrimonio a edad temprana, es cualquier matrimonio en el que al menos uno de los contrayentes sea menor de 18 años. La inmensa mayoría de los matrimonios infantiles, tanto de derecho como de hecho, afectan a las niñas, aunque a veces sus cónyuges también son menores de 18 años. El matrimonio infantil se considera una forma de matrimonio forzoso, ya que no se cuenta con el consentimiento pleno, libre e informado de una de las partes o de ninguna de ellas.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, sin embargo, hace referencia inequívoca a la cuestión del matrimonio infantil:

"El compromiso matrimonial y el matrimonio de un niño no tendrán efecto legal, y todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para ajustar una edad mínima para el matrimonio y para hacer la inscripción del matrimonio en un registro oficial obligatorio (CEDAW, artículo 16.2)"

19 Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta. Parr.19

20 El Decreto 8-2015 del Congreso de la República de Guatemala reafirma que la edad mínima para contraer matrimonio es a los 18 años de edad y reconoce que matrimonios a menor edad "…violan derechos fundamentales, principalmente de niñas y adolescentes, exponiéndolas a mayor vulnerabilidad tanto física, psicológicas y legales… reafirma que la edad mínima para contraer matrimonio es a los 18 años de edad y reconoce que matrimonios a menor edad "…violan derechos fundamentales, principalmente de niñas y adolescentes, exponiéndolas a mayor vulnerabilidad tanto física, psicológicas y legales…

Matrimonio forzoso

Los matrimonios forzosos son matrimonios en los que uno o ambos contrayentes no han expresado personalmente su consentimiento pleno y libre a la unión. Pueden manifestarse en diversas formas, entre ellas el matrimonio infantil, como se ha indicado anteriormente, los matrimonios de intercambio o compensación (a saber, baad y baadal), formas serviles de matrimonio y el levirato (obligación de una viuda de casarse con un familiar de su difunto marido). En algunos contextos, se puede producir un matrimonio forzoso cuando se permite a un violador eludir las sanciones penales casándose con la víctima, normalmente con el consentimiento de la familia de ella. Los matrimonios forzosos pueden tener lugar en el contexto de la migración a fin de asegurar que una niña se case dentro de la comunidad de origen de la familia o de proporcionar a miembros de la familia extensa u otras personas documentos para migrar a un determinado país de destino o vivir en él. Los grupos armados también están utilizando cada vez más los matrimonios forzosos durante los conflictos y, alternativamente, dichos matrimonios pueden ser un medio para que una niña escape de la pobreza posterior a un conflicto. El matrimonio forzoso se puede definir asimismo como aquel en que a uno de los cónyuges no se le permite poner fin a la unión o abandonarla. Los matrimonios forzosos a menudo provocan que las niñas carezcan de autonomía personal y económica e intenten huir, se inmolen o se suiciden para evitar o eludir el matrimonio.

Poligamia

25. La poligamia va en contra de la dignidad de las mujeres y las niñas, y vulnera sus derechos humanos y libertades, incluidas la igualdad y la protección en el seno de la familia.

Los Estados Parte en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer tienen obligaciones explícitas de desalentar y prohibir la poligamia porque es contraria a

la Convención. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer también afirma que la poligamia tiene graves consecuencias para el bienestar económico de las mujeres y de sus hijos[21].

Delitos cometidos por motivos de "honor"

29. Los delitos cometidos por motivos de "honor" son actos de violencia que se cometen de manera desproporcionada, aunque no exclusiva, contra niñas y mujeres porque los familiares consideran que un determinado comportamiento supuesto, subjetivo o real traerá la deshonra a la familia o la comunidad. Comportamientos de ese tipo son, por ejemplo, mantener relaciones sexuales antes de contraer matrimonio, negarse a aceptar un matrimonio arreglado, contraer matrimonio sin el consentimiento de los padres, cometer adulterio, pedir el divorcio, vestir de una manera que la comunidad considere inaceptable, trabajar fuera de casa o, en general, no ajustarse a los papeles estereotipados asignados a cada género. También pueden cometerse delitos por motivos de "honor" contra niñas y mujeres porque estas hayan sido víctimas de violencia sexual.

Por ejemplo, en Guatemala, el artículo 200 del Código Penal **disponía que el matrimonio del violador con su víctima** exoneraba de responsabilidad penal a aquel. Esta norma fue declarada inconstitucional.

> … en cuanto a que la norma impugnada equipara al acto sexual violento a aquellos atentatorios contra el honor, pues pareciera que debe comprenderse que una vez unido en matrimonio el victimario con su víctima desaparece el agravio que la comisión del delito pudo producir a ésta. Ello en deterioro de la condición de mujer de la víctima. Esta Corte estima que normas como la que ahora se analiza no pueden mantenerse vigentes pues a tenor de lo que establece el artículo 5 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los Estados parte -entre los que se encuentra Guatemala- deben tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales

21 Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta

de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que esté basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres[22].

Castigos corporales o ejercicio de violencia basada en el poder de disciplina de los padres

Finalmente, también se encuentran totalmente prohibidas y no pueden admitirse como una práctica cultural, los castigos corporales o cualquier forma de violencia contra los niños basada en la autoridad de los padres o el poder de disciplina sobre los hijos[23].

El Comité de los derechos del niño, en la **Observación General 13**[24], señala expresamente que toda forma de violencia contra los niños es inaceptable, por leve que sea. Así mismo, el Comité hace referencia a que la expresión "toda forma de perjuicio o abuso físico o mental" no deja espacio para ningún grado de violencia legalizada contra los niños.

En conclusión, si bien existe un reconocimiento y protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas a sus prácticas culturales y a su derecho, este derecho no es absoluto, de tal manera que cuando existan normas jurídicas o prácticas consuetudinarias que constituyan una práctica nociva para los derechos del niño, niña o adolescente, el juez debe aplicar el principio de interés superior declarando la invalidez de dichas prácticas.

22 CC. Expediente 2818-2005 Sentencia Inconstitucionalidad de carácter general de 17 de marzo de 2006.

23 Observación General No.8: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradante.

24 Recomendación general núm. 13 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

Lecturas Obligatorias

Observación General No.11 Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño

CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009

https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.GC.C.11_sp.doc

Material de apoyo:

Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Observación General núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9925.pdf

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Unidad X

Victimología de niñez y adolescencia

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia Sverige

unicef GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Unidad X

Victimología de Niñez y Adolescencia

1. Efectos de la victimización primaria en los niños, niñas y adolescentes

Las víctimas primarias son aquellas que sufren de manera directa los efectos de un hecho delictivo, pueden sufrir daños físicos, psicológicos, sociales y patrimoniales.

a. Daños Físicos

Un hecho delictivo violento generalmente conlleva lesiones físicas de gran trascendencia. Algunas de ellas pueden ser de carácter permanente como la pérdida de funciones fisiológicas, la esterilización, las mutilaciones o pérdidas de órganos, pérdida de la vista o de otras funciones vitales. La víctima puede quedar con cicatrices visibles en el rostro, deformaciones, otros.

El impacto de las lesiones físicas puede llevar un enorme deterioro de su vida futura, por ejemplo, la incapacidad para engendrar, la pérdida de capacidades laborales, otros. El daño físico puede también tener un impacto en las capacidades psicomotrices, como la pérdida del habla, de un sentido, o de movilidad.

Pero aún en los casos de delitos menos graves, la víctima puede sufrir padecimientos físicos como el insomnio, la pérdida de apetito, neuralgias. Estas secuelas, muchas veces de carácter psicosomático, pueden durar por un período prolongado de tiempo, o incluso ser permanentes si no reciben un tratamiento adecuado.

La atención de los daños físicos a las víctimas requiere de intervención médica inmediata en la mayoría de los casos. Sin embargo, algunas lesiones pueden no ser aparentes y solo pueden ser diagnosticadas tras cierto tiempo. Una mala asistencia médica puede llevar a agravar estos padecimientos o no detectarlos en un plazo más o menos inmediato.

La intervención médica a favor de la víctima de un delito no se limita en estos casos al aspecto meramente asistencial. El médico y el personal paramédico y auxiliar debe observar una serie de procedimientos jurídicos para preservar los vestigios de un hecho delictivo que posteriormente pueden ser utilizados como evidencia en un juicio[1].

Desde esta perspectiva, la intervención médica debe tener en cuenta las reglas que regulan la cadena de custodia de la evidencia. La víctima puede ser afectada irreversiblemente por malos procedimientos en cuanto a la preservación de evidencia[2]. Los médicos y personal auxiliar sanitario deben estar en capacidad de obtener y procesar adecuadamente la evidencia para ponerla a disposición de los fiscales del Ministerio Público.

1 Cfr. Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371.parr.275.

2 Esto ha sido reseñado en diversas sentencias de la Corte IDH en donde se indica que la preservación adecuada de las prendas de la víctima es fundamental en la investigación. Cfr: orte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307. Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.

En el caso de la violencia sexual, se pueden producir secuelas físicas como embarazos no deseados, enfermedades sexualmente transmisibles o daños en los órganos sexuales reproductivos que pueden ser permanentes.

No obstante, cuando un médico atiende una víctima su principal interés debe ser preservar la vida e integridad física. Esto es importante, porque se han registrado casos en el Servicio Médico Forense, en donde los médicos de hospitales nacionales han diferido su actuación hasta la llegada del INACIF. Los resultados en estos casos se constituyen en una doble victimización, pero, además, ponen en grave peligro la vida[3].

Por tanto, los médicos deben estar conscientes que el objetivo primario de toda intervención es siempre la protección integral de la víctima, de su vida e integridad personal. Ninguna diligencia judicial o investigativa puede subordinar la absoluta prioridad que debe tener la atención médica o paramédica de la víctima.

En todo caso, las lesiones físicas y psicológicas derivadas de un delito conllevan una grave afectación a la calidad de vida de la víctima de un delito. La misión del sistema de justicia, es lograr la restitución plena de todas las pérdidas que la víctima ha padecido como consecuencia del delito, es decir, lograr la rehabilitación y restablecimiento de la salud y en particular cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, así como la atención inmediata e integral, que implica atención a la salud física, emocional, medidas para la atención y prevención de los motivos que originaron el hecho de ser posible, la derivación a los centros de apoyo para la atención y restitución de sus derechos; así como la obligación de la certificación de lo conducente y la verificación que la investigación se cumpla y actúe en la función propia que se establece para el derecho penal que es la prevención general y la prevención especial,

3 En un curso de capacitación se presentó el caso de una paciente de violación que falleció porque los médicos no quisieron atenderla hasta que el médico forense del Ministerio Público la examinará. Transcurrieron 6 horas, hasta que la paciente falleció.

enviando el mensaje fuerte de que no hay tolerancia para la violencia en contra de niños, niñas y adolescentes.

b. Los daños psicológicos.

El hecho delictivo genera en la víctima graves consecuencias psicológicas, que dependen de la edad, la posición personal de la víctima, sus redes de apoyo, la situación económica y en general su vulnerabilidad.

Las víctimas de delitos experimentan niveles más altos de miedo, vulnerabilidad, ansiedad, pensamientos desagradables, perturbaciones fisiológicas, pérdida de confianza, dificultades para dormir y depresión[4].

En el ámbito psicológico, la victimización primaria conlleva generalmente 4 fases:

- La reacción inicial

  Puede incluir conmoción, miedo, indefensión, incredulidad y culpa. Estas reacciones están bien documentadas como una consecuencia natural de un crimen. Algunas de estas reacciones pueden ser recurrentes en etapas posteriores, por ejemplo, cuando se está declarando en el juicio o cuando se acude a un hospital para un tratamiento médico. Es en esta etapa donde pueden producirse con mayor frecuencia los actos de revictimización por parte de personal poco especializado, el cual al carecer de técnicas de primeros auxilios psicológicos no sabrá cómo reaccionar ante estas situaciones o lo hará de forma violenta.

4 LURIGIO, A. J., SKOGAN, W. G. y DAVIS, R. C. (1990). Victims of Crime. Problems, Policies, and Programs. London: Sage Pub. págs 58 a 60.

Frecuentemente, el personal poco especializado se mostrará indiferente al dolor, no adoptará técnicas de escucha pasiva adecuadas, otros[5].

- Periodo de desorganización

Tras la agresión inicial, la víctima puede manifestar a su vez efectos psicológicos como pensamientos obsesivos sobre el evento, pesadillas, depresión, culpa, miedo y pérdida de confianza y auto estima. Las respuestas conductuales derivan algunas veces en un abuso del alcohol u otras sustancias adictivas, fragmentación de las relaciones sociales, evitación de personas y a situaciones asociadas con el crimen y una renuncia a las relaciones sociales. Dependiendo si la víctima accede a una atención psicológica especializada o no, este período puede prolongarse o incluso perpetuarse y derivar en afectaciones permanentes a la salud psicológica.

- Periodo de reconstrucción y aceptación

El cual lleva a la normalización y ajuste. Las etapas iniciales de aceptación del hecho delictivo se caracterizan por el pensamiento retrospectivo, donde las víctimas anhelan regresar al estado anterior y retroceder el tiempo a etapas previas a sufrir el delito. Esta etapa crucial en la recuperación de las víctimas implica aceptar plenamente la realidad de lo que sucedió.

5 119 Ver Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277. En donde se analiza la falta de actuación para investigar la denuncia de desaparición de la niña María Isabel Veliz Franco y luego los comentarios degradantes en contra de la niña, por parte del personal encargado de la investigación.

- Reestructuración cognitiva

  En esta etapa las víctimas reinterpretan su experiencia para aminorar los efectos del crimen y buscan hallar una explicación de lo que les sucedió o evaluar el evento como algo que lleva hacia un crecimiento personal. Aquí es donde se produce la resiliencia, es decir, la capacidad de la víctima de procesar el evento traumático y superar sus secuelas, saliendo fortalecida del mismo.

Los límites entre estas diferentes etapas nunca son claras ni tajantes, y las divisiones intentan ser una ayuda para entender el proceso más que una descripción categórica. Igualmente, las víctimas no progresan fluidamente a través de estas etapas, sino pueden avanzar y retroceder en ellas cada cierto tiempo.

La extensión en la cual los individuos (víctimas, testigos, miembros de la familia, incluso la comunidad) pueden verse afectados por un crimen puede variar enormemente. En un extremo, algunas personas pueden no denotar efectos visibles, en tanto, en el otro extremo, ellos pueden quedar atrapados en una etapa y nunca moverse hacia adelante. En todo caso, una víctima puede verse atrapada por estos efectos y derivar en el síndrome de estrés postraumático.

Una víctima que no recibe adecuada atención puede desarrollar el síndrome de estrés postraumático o incluso un síndrome de estrés crónico agudo[6].

La falta de una atención psicológica adecuada puede derivar en trastornos o enfermedades psicológicas más graves:

6 PUCHOL ESPARZA D. Trastorno por estrés postraumático. Conceptualización, evaluación y tratamiento.Caracas.2003.

Ataques de pánico: las víctimas sufren de ellos cuando son expuestos a situaciones relacionadas con el evento traumático. Estos ataques incluyen sensaciones intensas de miedo y angustia acompañadas de síntomas como taquicardias, sudoración, náuseas, temblores, otros. Por ello, es común que las víctimas que acuden a juicio puedan sufrir de un ataque de pánico, derivado del retorno al evento traumático.

Depresión: Muchas personas sufren episodios depresivos posteriores, pérdida de interés, descenso de la autoestima e incluso en los casos de mayor gravedad ideaciones suicidas recurrentes. Estudios recientes muestran, por ejemplo, que aproximadamente el 50% de los hombres víctimas de violación durante la niñez y el 67% de las niñas[7], muestran ideas recurrentes de suicidio.

Ira y agresividad: Se tratan de reacciones comunes y, hasta cierto punto lógicas, entre las víctimas de un trauma. Sin embargo, cuando alcanzan límites desproporcionados interfiere de forma significativa con el funcionamiento diario del sujeto.

Abuso de drogas: Es frecuente el recurso a drogas como el alcohol para tratar de huir, esconder el dolor asociado. En ocasiones esta estrategia de huida aleja al sujeto de recibir la ayuda adecuada y no hace más que prolongar la situación de sufrimiento.

Conductas extremas de miedo / evitación: La huida/evitación de todo aquello relacionado con la situación traumática es un signo común en la mayoría de los casos. No obstante, en ocasiones este intenso miedo y evitación se generaliza a otras situaciones, en principio no directamente asociadas con la situación traumática lo que interfiere de forma muy significativa con el funcionamiento diario del sujeto.

7 Goméz, N La influencia del abuso sexual infantil en los casos de suicidio adolescente disponible en https://psicologiaymente.com/clinica/abuso-sexual-infantil-suicidio-adolescente

Estos y otros síntomas, en la mayoría de los casos, pueden disminuir de manera significativa cuando se le proporciona el tratamiento adecuado. Sin embargo, en ocasiones, y dada su gravedad, pueden requerir intervenciones adicionales específicas.

Como se observa, el trauma provocado por el delito sin una atención psicológica adecuada puede llegar a producir secuelas irreparables en la vida de una persona. El problema puede agravarse por una inadecuada intervención de los funcionarios del sistema penal, los cuales pueden exacerbar estas reacciones[8]. Las víctimas difícilmente compartirán su experiencia traumática, a menos que sean atendidos por personal que tenga la experiencia y capacidad para ganar la confianza de la víctima y que esta pueda confiar en que obtendrá una fuente de apoyo[9].

De ahí que una intervención inadecuada, conlleva efectos psicológicos devastadores.

c. Daños Patrimoniales

Un hecho delictivo conlleva un grave impacto patrimonial para la víctima. En primer lugar, se encuentran las pérdidas materiales directas. Especialmente, en los delitos contra el patrimonio, estas se materializan en la pérdida de la propiedad robada, hurtada o destruida. El valor material del bien puede ser en algunos casos invaluable, por el valor sentimental, su no fungibilidad, entre otros.

Otros daños patrimoniales pueden estar relacionadas con los tratamientos médicos y psicológicos necesarios para la curación de la víctima. En algunos casos, estos gastos pueden ser valorados pecuniariamente. Es posible, por ejemplo, valorar el monto de una operación quirúrgica para amputar una pierna. Sin embargo, el daño patrimonial no se limita a la operación, sino se extiende al sufrimiento

8 Esto fue tratado en la sentencia de la Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

9 Ibid.

mental y físico que supone vivir sin un miembro y la disminución en la calidad de vida que supone las limitaciones de movilidad.

A los daños materiales, se deben sumar en consecuencia los daños inmateriales, como el sufrimiento moral, la pérdida de calidad de vida, otros. Todos ellos difícilmente cuantificables patrimonialmente, pero que deben ser determinados en equidad por el juez[10].

La víctima también sufre el lucro cesante proveniente del hecho delictivo. Esto puede provenir del tiempo que la víctima ha tenido que abandonar sus actividades laborales o productivas, la pérdida de trabajo, la pérdida de oportunidades laborales o imposibilidad de dedicarse a las actividades que anteriormente podía desarrollar. Los costos por lucro cesante incluyen el interés legal sobre las cantidades dejadas de percibir.

En las pérdidas patrimoniales se computan también los gastos para obtener acceso a la justicia, el tiempo dedicado al litigio, pago de abogados, otros.

El impacto patrimonial del delito implica todas las pérdidas patrimoniales directas, como el valor de los bienes o propiedades causados por el autor. Pero también los gastos y costos necesarios para reponer o reemplazar los bienes afectados.

En algunos casos, la víctima debe adoptar medidas para proteger su seguridad, incluyendo el traslado hacia un lugar distinto de residencia.

10 Ver Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

Igualmente, deben considerarse como parte de los daños económicos, los derivados de la participación en el proceso de justicia, incluyendo los gastos de transporte para asistir audiencias, los honorarios profesionales, otros.

La calidad de vida de la familia se puede ver seriamente afectada. La pérdida de trabajo del padre o madre, puede llevar a que los hijos tengan que abandonar actividades escolares, tengan que trabajar o realizar actividades impropias a su edad[11].

Los daños patrimoniales deben calcularse conforme a la fórmula de restitutio in integrum. Es decir, la víctima tiene derecho a que todos los efectos del delito sean reparados de forma integral, de tal manera que la situación retorne al estado anterior del hecho delictivo.

Cuando no es posible lograr la restitutio in integrum, se precisará de una compensación económica que indemnice materialmente por el daño (por ejemplo, la compensación por amputación de un brazo, o la indemnización por fallecimiento de la víctima).

Sin embargo, la Corte IDH también ha hablado en su jurisprudencia más reciente sobre el enfoque transformador de las reparaciones, de tal manera que es necesario que las medidas decretadas por el juez puedan superar las vulnerabilidades originarias que provocaron la victimización.

> …las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este

11 Esto fue esencialmente analizado por la corte IDH en Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350. En donde el hecho que la niña tuviera que salir del país y perdiera sus oportunidades de estudio, fue valorado para otorgar una beca de estudio al momento de la indemnización

sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación.[12]

d. Daños sociales y familiares

Las secuelas sociales del delito son menos visibles e identificables. No obstante, no existe duda que toda víctima padece de una publicidad negativa por ejemplo de actos como incesto, en donde la víctima se encuentra ligada al padre.

La víctima sufre en muchas ocasiones de la estigmatización social generada por los medios de comunicación, por la publicidad de su caso y por las diversas versiones que de su caso pueden propagarse entre vecinos, amigos, familiares, otros. Debido al factor de racionalización, o del miedo a padecer una situación similar, las personas aíslan socialmente a la víctima. Evitan su contacto y generalmente la culpan de lo acontecido. Por ello, en la sentencia Atala Rifo vs. Chile la Corte consideró de la mayor importancia proteger a los niños y niñas de la estigmatización, decretando que en los expedientes judiciales no deben utilizarse sus nombres sino otras formas de identificación[13].

La familia puede verse afectada por el hecho delictivo[14]. El delito genera preocupación, ansiedad y tensión dentro del círculo familiar, lo cual agrava la situación de la víctima. Por tal motivo, la víctima puede perder los contactos sociales y las redes de apoyo que le permitirían trabajar en su recuperación. La situación social se confabula para agravar los problemas de la víctima y la hace ser más vulnerable a procesos de depresión y angustia.

12 Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

13 Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254. También Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

14 VELASQUEZ, S. Violencias cotidianas, violencia de género: Escuchar, comprender, ayudar. Paidós, Buenos Aires. 2003. pág.92.

En el caso de los niños, el delito puede incluir la sustracción de su entorno familiar. En este punto, la Corte IDH resolvió en un caso de adopciones ilegales, en donde los niños fueron separados violentamente de sus padres, como medida de reparación, que el Estado debe: i) adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para facilitar y contribuir a una restitución de los vínculos familiares entre Osmín Tobar Ramírez y sus padres, incluyendo brindar el tratamiento psicológico, psiquiátrico y apoyo terapéutico que requieran las víctimas y becas para el estudio de los idiomas inglés y español, así como deberá hacer un esfuerzo serio, multidisciplinario y de oficio por iniciar, propiciar y, en su caso, continuar una vinculación de Flor de María Ramírez y Osmín Tobar Ramírez con J.R[15].

La situación se puede agravar por la incomprensión de los empleadores, que pueden despedir a la víctima por el tiempo dejado de trabajar o por los permisos que esta solicita para acudir a los tribunales o a otras instancias a gestionar su caso.

La sociedad por lo tanto exhibe reacciones irracionales, de temor, incomprensión y de falta de solidaridad hacia la víctima. Se le excluye de la vida social y se le dificulta su plena reinserción.

El miedo de la víctima a ser identificada genera entonces una conspiración del silencio. Las víctimas de delitos, especialmente, de naturaleza sexual prefieren callar y no denunciar por temor a todas las represalias sociales que se derivan de los prejuicios sociales. Esta conspiración del silencio, se erige como un obstáculo más para que la víctima busque ayuda profesional y lo sumerge en un círculo perverso de aislamiento y desprotección.

Derivado de esta situación de estigmatización, la Corte IDH ha ordenado que en casos de víctimas mujeres o niños, niñas y adolescentes, las carpetas judiciales deben evitar usar el nombre de las víctimas y simplemente identificarlas por sus siglas u otra nomenclatura[16].

15 Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

16 Caso Atala Riffo vs. Chile. Y Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350. Parr

Lecturas Obligatorias

Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia

https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.doc

Material de apoyo:

Manual de justicia sobre el uso y aplicación de la declaración de principios básicos de justicia Para víctimas de delito y abuso de poder.

Capitulo I. pag.9 a 15

http://www.worldsocietyofvictimology.org/publications/Handbook%20on%20Justice%20Sp.pdf

2. El trauma diferenciado y las necesidades especiales de protección de niños, niñas y adolescentes frente a todas las formas de victimización secundaria

La victimización secundaria es entendida como las consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas, económicas que de forma negativa recibe una víctima directa al tener que enfrentar los sistemas de justicia y protección que no cuentan con las condiciones óptimas para la atención y para brindar la respuesta a sus necesidades, de forma oportuna.

a. El trauma diferenciado

En el caso de violencia contra la niñez, los estudios científicos muestran de manera concluyente que el castigo físico se asocia con consecuencias negativas de corto y largo plazo en el desarrollo de niñas, niños y adolescentes. En particular, la ciencia ha encontrado que la violencia continuada contra niños, niñas y adolescentes se asocia con los siguientes riesgos[17]:

- **Desarrollo cerebral atípico**, en particular en áreas de la corteza prefrontal, que es una estructura cerebral que se encarga del manejo cognitivo y de emociones y que, por lo tanto, es esencial para el comportamiento y éxito académico y social.

- **Menor desarrollo cognitivo**, lo que puede generar problemas académicos a largo plazo, dificultando el aprendizaje de las niñas y los niños.

17 Véase el estudio sobre la violencia contra los niños realizado por Paulo Sérgio Pinheiro, Experto independiente del Secretario General de las Naciones Unidas, Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas (Ginebra, 2006), págs. 61 a 66.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

- **Problemas de salud mental**, como depresión y ansiedad en la adolescencia y la adultez.

- **Menor autocontrol**, es decir, los niños y niñas castigados físicamente tienden a experimentar más dificultades para manejar sus emociones y tener un buen comportamiento.

- **Mayor agresividad**, que puede ser causada por las afectaciones cerebrales o, sencillamente, porque los niños y niñas son como esponjas que absorben todo lo que ven en su entorno. Por lo tanto, si ven violencia, materializada en el castigo físico, aprenderán a utilizar la violencia como medio para resolver los conflictos desde temprana edad.

Por su parte, la Corte IDH ha destacado que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico, que deja a la víctima "humillada física y emocionalmente", situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece con otras experiencias traumáticas[18]. En el caso de las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, este impacto podría verse severamente agravado, por lo que podrían sufrir un trauma emocional diferenciado de los adultos, y un impacto sumamente profundo, en particular cuando el agresor mantiene un vínculo de confianza y autoridad con la víctima, como un progenitor. En palabras del perito Stola, en casos en donde el padre es el que concreta la agresión sexual, se produce una afectación terriblemente grave en la psiquis de la víctima, "porque aquella persona que debería cuidar ha producido una profunda destrucción, no solo a la niña, sino además a todo el grupo, porque es una agresión que todo el grupo la vive como una agresión familiar"[19].

Por ello la Corte IDH y el Comité de los Derechos del Niño subrayan la importancia de la adopción de protocolos de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias negativas de las afectaciones

18 Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 311, y Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil, supra, párr. 255.

19 Declaración pericial rendida ante la Corte Interamericana por Enrique Oscar Stola en la audiencia pública celebrada el 16 y 17 de octubre de 2017.

de trauma emocional diferenciado que provoca en los niños el uso de la violencia sobre el bienestar biopsico-social de la víctima[20], el cual debe ser adoptado a partir de los siguientes instrumentos internacionales:

- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia

- Consejo Económico y Social, Resolución 2005/20, Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, UN Doc. E/2005/INF/2/Add.1, 22 de julio de 2005, directriz 23, y

- UNODC, Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal, 2013, directriz 11.c)

- Las medidas de protección mencionadas en los párrafos 1 y 2 del artículo 19 e integradas en un enfoque sistemático exigen "procedimientos eficaces" que aseguren su aplicación, su calidad, su pertinencia, su accesibilidad, su impacto y su eficacia. Estos procedimientos deberían asegurar la Coordinación intersectorial, con arreglo a protocolos y memorandos de entendimiento, según sea necesario[21].

20 Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350. Parr.163.

21 Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Parr.59.a.

b. Necesidades especiales de protección contra todas las formas de victimización secundaria

Los operadores del sistema de justicia, pueden causar daños adicionales a la victimización primaria que pueden ser irreparables. La niñez y adolescencia traumatizada por su experiencia, lo que menos necesita es una persona que la trate con desconfianza, la culpabilice por lo que hizo o le recrimine por su actitud. Por ello, la atención de la víctima requiere de un enfoque interdisciplinario, diseñado apropiadamente para dar un apoyo integral al niño, niña y adolescente[22].

El desconocimiento de los jueces y fiscales sobre los aspectos principales de las secuelas psicológicas pueden causar un alejamiento de la víctima del sistema penal, incidir en la disminución de las tasas de denuncia y en última instancia, a dañar de forma más grave a la víctima. Esto lo denomina la Corte Interamericana de Derechos Humanos violencia institucional.

Algunas de las formas que puede adquirir esta violencia institucional fueron analizadas en el Caso VRP y VPC vs. Nicaragua y se enuncian a continuación a efecto de reconocer tales debilidades:

El examen médico forense al que fue sometida la niña V.R.P.

La Corte estimó que el sometimiento de la niña a revisiones ginecológicas de forma reiterada no atendió al objetivo de minimizar el trauma derivado de una violación sexual, sino que lo fortaleció. La Corte consideró que, en las circunstancias de este caso, no fue justificada la necesidad de realizar un examen médico ginecológico. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte subrayó, además, una serie de omisiones y falencias en la realización del primer examen médico forense que resultan incompatibles con los requerimientos de una debida diligencia estricta:

22 Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

i) no consta que se brindara a la niña ni a la madre información sobre en qué consistirían dichos exámenes o cuál sería la práctica médica;

ii) no se brindó la oportunidad de elegir el sexo del especialista forense;

iii) no fue comprobado que el médico forense asignado fuera un profesional especialmente capacitado en atender a víctimas menores de edad, específicamente de corta edad, o que fuera un especialista en ginecología con entrenamiento para este tipo de exámenes en casos de abuso y violación sexual;

iv) a pesar de la presencia de una médica psiquiatra, no es claro en qué consistió el actuar de la misma y, concretamente, el acompañamiento brindado a V.R.P. en relación con esta diligencia;

v) el examen no fue realizado en una sala ginecológica, sino, según declaró V.P.C., en un lugar parecido a "la morgue de un hospital, porque había planchas de aluminio […] y era un lugar donde entraban y salían muchas personas", y

vi) se constató la presencia de una cantidad excesiva de personal de salud.

La Corte concluyó que el médico legista no llevó a cabo la evaluación médica de forma adecuada con el trato debido a una niña víctima de violación sexual, reactualizando su situación traumática, en vez de protegerla y brindarle mecanismos de contención que la hagan sentirse segura, entendida y escuchada en el desarrollo de la diligencia para evitar su revictimización. Aún más, para la Corte, la utilización de fuerza para proceder al examen ante la negativa de la víctima claramente constituyó un acto de violencia institucional de índole sexual, constituyendo un trato cruel, inhumano y degradante.

La declaración testimonial de V.R.P.

La Corte notó que V.R.P. fue citada al despacho judicial a declarar como si fuera una adulta, la entrevista no se llevó a cabo en un ambiente especialmente acondicionado para este fin y por una profesional específicamente capacitada para interrogar, interactuar y conducir un intercambio con la niña.

Participación de niña en inspección ocular y reconstrucción de los hechos

La Corte consideró que era especialmente grave que las autoridades judiciales hayan permitido la realización de una inspección ocular y reconstrucción de los hechos con la participación de V.R.P., quien contaba en ese momento con nueve años. Mediante su participación, V.R.P. revivió experiencias sumamente dolorosas y traumáticas, tuvo que narrar nuevamente los hechos, a pesar de que ya lo había hecho ante la jueza en su declaración testimonial, e incluso tuvo que experimentar nuevamente el hecho de colocarse en la posición en la que recordó encontrarse luego de despertar con posterioridad al abuso al que fue sometida, momento que fue fotografiado.

Negativa a valorar la opinión de V.R.P.

Adicionalmente, V.R.P. manifestó que comunicó su negativa de participar en la reconstrucción de los hechos a la psiquiatra que la acompañaba, quien a su vez lo puso en conocimiento de la jueza, la cual decidió continuar con la diligencia, e incluso manifestó que, de no realizarse, el padre de la niña tendría que salir de prisión. La Corte IDH consideró que la diligencia, además de revictimizante, no consideró como relevante que la niña, con su nivel de madurez y de acuerdo a su grado de desarrollo y entendimiento de los hechos, podía consentir u opinar respecto a su deseo de participar en la misma. Por consiguiente, la Corte concluyó que la participación de V.R.P. fue concebida únicamente en términos de objeto de prueba y no como titular de derechos, cuyas opiniones debían ser tomadas en cuenta.

Falta de atención integral

La Corte sostuvo que el Estado no brindó acompañamiento y atención integral a la niña V.R.P. durante la sustanciación del proceso ni con posterioridad, para lograr su recuperación, reintegración y rehabilitación.

Por todo lo anterior, la Corte determinó la violación de los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la vida privada y familiar, y a la protección judicial, tanto por acción como por omisión, en los términos de los artículos 5.1, 8.1, 11.2 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma, así como por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 7.b) de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de V.R.P. y V.P.C

La Corte estimó que en el caso, el Estado de Nicaragua se convirtió en un segundo agresor, al cometer distintos actos revictimizantes que, tomando en cuenta la definición de violencia contra la mujer adoptada en la Convención de Belém do Pará, constituyeron violencia institucional. En efecto, la Convención de Belém do Pará ha establecido parámetros para identificar cuándo un acto constituye violencia y define en su artículo 1° que "debe entenderse por violencia contra la mujer, cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". Asimismo, dicho instrumento resalta que dicha violencia incluye la que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra[23].

En consecuencia, la CORTE IDH determina que los actos revictimizantes llevados a cabo por funcionarios estatales en perjuicio de V.R.P. constituyeron violencia institucional y deben calificarse, teniendo en cuenta la entidad del sufrimiento provocado, como un trato cruel, inhumano

23 Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350. Párr.297.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

y degradante en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma.[24]

Además, la Corte advirtió que, en el presente caso, la conducta estatal a raíz de la violación sexual sufrida por la niña V.R.P., la revictimización, la violencia institucional provocada por las autoridades intervinientes, las denuncias interpuestas por funcionarios y servidores públicos, provocaron una afectación psíquica y emocional de envergadura en la señora V.P.C. y sus hijos. Por lo anterior, la Corte declaró al Estado responsable por la violación del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de V.R.P.

Múltiples son los ejemplos de victimización secundaria, que en ocasiones puede ser más grave que las secuelas del delito originalmente causado, dentro de las malas prácticas y que constituyen victimización secundaria se encuentran los tiempos de respuesta, no solo en practicar audiencias con debida diligencia, si no en plazos razonables y enmarcados dentro de la ley o las normas reglamentarias, también la espera prolongada en los centros de justicia y con mayor intensidad cuando éstos no han sido adecuados y cuentan con condiciones para la atención de niños y niñas, la forma de brindar información y participación a niños y niñas dentro de los procesos, la falta de sensibilización de los empleados y funcionarios judiciales en los que olvidan que la importancia de la justicia es para atender a quién la reclama, transformándose la situación e importancia a quién imparte justicia, a sus tiempos, a su cansancio, a sus necesidades y de particular importancia es la responsabilidad de resolver con conocimiento, en ésta materia no existe posibilidad de equivocaciones, porque las consecuencias pueden ser graves y de gran trascendencia.

24 Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350. Párr.297

Es responsabilidad del Estado implementar las condiciones para que todos los funcionarios alcancen a tener las competencias y herramientas necesarias que eviten tales consecuencias en la atención o por lo menos que las disminuyan al máximo.

En la actualidad se mide este efecto por lo menos en los juzgados especializados que cuentan con todo tipo de herramientas con una Encuesta de Satisfacción de calidad de servicios prestados, que se realiza de forma anual, para corregir las debilidades encontradas y denunciadas, para promover los cambios oportunos y también para impactar en las evaluaciones de desempeño.

Lecturas Obligatorias

Caso VPR y VPC vs. Nicaragua

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

Material de apoyo:

Declaración de perito Stola, J. en Caso VPR y VPC vs. Nicaragua
Disponible en https://vimeo.com/240914194

Paulo Sérgio Pinheiro, Experto independiente del Secretario General de las Naciones Unidas, Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas (Ginebra, 2006), págs. 61 a 66.

https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/document_files/world_report_on_violence_against_children_sp.pdf

3. Medidas positivas de protección especial

Sin perjuicio de los estándares establecidos en casos de violencia y violación sexual contra mujeres adultas, los Estados deben adoptar en el marco del acatamiento del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o "la Convención") medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual.

En el marco del presente caso V.R.P. y V.P.C vs. Nicaragua la CORTE IDH indicó que las violaciones a derechos en perjuicio de una niña, no solo con base en los instrumentos internacionales de violencia contra la mujer, sino que también debe examinarlos "a la luz del corpus juris internacional de protección

de los niños y las niñas", el cual debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y en el caso particular, de la obligación estatal reforzada de debida diligencia [25].

Asimismo, la Corte IDH considera que en todos los casos de atención de violencia contra la niñez es necesario hacer aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es:

- Principio de no discriminación
- Principio del interés superior de la niña, niño y adolescente
- Principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y
- Principio de respeto a la opinión de la niña, niño y adolescente en todo procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resultaba pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual.

La Corte IDH subrayó que la actuación estatal deberá estar encaminada a la protección reforzada de los derechos de niñas, niños y adolescentes, a través de la actuación multidisciplinaria y coordinada de las agencias estatales de protección y apoyo psicosocial, investigación y juzgamiento, entre ellas el Ministerio Público, las autoridades judiciales, los profesionales de salud, los servicios sociales y legales, la policía nacional, entre otros, desde que el Estado conozca la violación de sus derechos y de forma

25 Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350. Párr.297

ininterrumpida, hasta que esos servicios dejen de ser necesarios, a fin de evitar que su participación en el proceso penal les cause nuevos perjuicios y traumas adicionales, revictimizándolos.

La Corte IDH determinó en el caso VRP Y VPC v. Nicaragua que la debida diligencia reforzada implica la adopción de medidas especiales y el desarrollo de un proceso adaptado a las niñas, niños y adolescentes con miras a evitar su revictimización, y desarrolló, entre otros, los siguientes criterios:

i. Derecho a la información relativa al procedimiento, así como los servicios de asistencia jurídica, de salud y demás medidas de protección disponibles;

ii. Asistencia letrada, gratuita y proporcionada por el Estado, de un abogado especializado en niñez y adolescencia, con facultades de constituirse en calidad de parte procesal, oponerse a medidas judiciales, interponer recursos y realizar todo otro acto procesal tendiente a defender sus derechos en el proceso;

iii. Derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, que conlleva un criterio reforzado de celeridad;

iv. Derecho de la niña, niño o adolescente víctima a participar en el proceso penal, en función de su edad y madurez, y siempre que no implique un perjuicio en su bienestar biopsicosocial. Para ello, deben realizarse las diligencias estrictamente necesarias y evitarse la presencia e interacción de las niñas, niños y adolescentes con su agresor;

v. Generar las condiciones adecuadas para que las niñas, niños y adolescentes puedan participar de forma efectiva en el proceso penal mediante las protecciones especiales y el acompañamiento especializado;

vi. La entrevista deberá llevarse a cabo por un psicólogo especializado o un profesional de disciplinas afines debidamente capacitado en la toma de este tipo de declaraciones de niñas, niños y adolescentes. La Corte resaltó como una buena práctica, el uso de dispositivos especiales como la Cámara de Gesell o Circuitos cerrados de televisión (CCTV) que habilitan a las autoridades y las partes a seguir el desarrollo de la declaración de la niña, niño o adolescente desde el exterior, a fin de minimizar cualquier efecto revictimizante;

vii. Las salas de entrevistas otorgarán un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, que les brinde privacidad y confianza;

viii. El personal del servicio de justicia que intervenga deberá estar capacitado en la temática, y

ix. Deberá brindarse asistencia inmediata y profesional, tanto médica como psicológica y/o psiquiátrica, a cargo de un profesional específicamente capacitado en la atención de víctimas de este tipo de delitos y con perspectiva de género.

En cuanto al examen físico, la Corte sostuvo que las autoridades deberán evitar en la medida de lo posible que sean sometidos a más de una evaluación física, ya que podría ser revictimizante.

El examen médico en estos casos debe ser realizado por un profesional con amplio conocimiento y experiencia en casos de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes, quien buscará minimizar y evitar causarles un trauma adicional o revictimizarlos.

Es recomendable que la víctima, o de corresponder su representante legal, pueda elegir el sexo del profesional y que el examen esté a cargo de un profesional de salud especialista en ginecología infanto-juvenil, con formación específica para realizar los exámenes médicos forenses en casos de abuso y violación sexual.

Asimismo, el examen médico deberá llevarse a cabo luego del consentimiento informado de la víctima o de su representante legal, según su grado de madurez, tomando en cuenta el derecho de la niña, niño o adolescente a ser oído, en un lugar adecuado, y se respetará su derecho a la intimidad y privacidad, Caso Maria Isabel Veliz Franco

Lecturas Obligatorias

Caso Maria Isabel Veliz Franco

https://www.mp.gob.gt/wp-content/uploads/2015/01/Sentencia-Caso-V%c3%a9liz-Franco-2.pdf

Caso VPR y VPC vs. Nicaragua

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

4. El derecho de participación del niño y niña víctima en el proceso de justicia

A fin de asegurar efectivamente el derecho a ser oído, los Estados deben garantizar que el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña, niño o adolescente y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado en la materia, de modo que aquél se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado. Las niñas, niños y adolescentes deberán ser tratados

a lo largo del proceso penal con tacto y sensibilidad. Se buscará explicarle la razón y utilidad de las diligencias a llevarse a cabo o la naturaleza de los peritajes a los cuales se le someterá, siempre con base en su edad, grado de madurez y desarrollo, y conforme a su derecho a la información.

Además, autoridades estatales deberán tomar en cuenta las opiniones de las víctimas, respetando en todo momento su intimidad y la confidencialidad de la información, de ser el caso, evitando en todo momento la participación de estos en una cantidad excesiva de intervenciones o su exposición al público, adoptando las medidas que sean necesarias para evitar su sufrimiento durante el proceso y causarle ulteriores daños. La exigencia de personal capacitado, incluyendo autoridades fiscales, judiciales, administrativas, personal de salud, entre otras, significará además que dicho personal se comunicará con las niñas, niños y adolescentes en un lenguaje adecuado y terminología conforme a su edad, que permitirán que relaten los hechos ocurridos o sus vivencias de la manera que elijan, sin la utilización de un lenguaje ofensivo, discriminatorio o estigmatizante.

En esta línea, la Corte IDH estima que, de considerarse pertinente la declaración de la niña, niño o adolescente víctima del delito, la entrevista deberá llevarse a cabo por un psicólogo especializado o un profesional de disciplinas afines debidamente capacitado en la toma de este tipo de declaraciones. Dicho profesional le permitirá a la niña, niño o adolescente expresarse de la manera que elija y de forma adaptada a sus requerimientos, no pudiendo ser interrogada en forma directa por el tribunal o las partes. La entrevista buscará obtener información precisa, confiable y completa de lo ocurrido a través del relato de la víctima. Para ello, las salas de entrevistas otorgarán un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado (que les brinde privacidad y confianza) .

Asimismo, deberá procurarse que las niñas, niños y adolescentes no sean interrogados en más ocasiones que las estrictamente necesarias, atendiendo a su interés superior, para evitar la revictimización o un impacto traumático.

Lecturas Obligatorias

Comité de los Derechos del NNA

Directrices sobre asuntos de justicia de niños y niñas víctimas o testigos

http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20compilaciones/Compilacion%20NNA/expedientes/02_14.pdf

ORGANISMO JUDICIAL
GUATEMALA, C.A.

Sistema Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Módulo II de la Currícula de Especialización en Materia de Niñez y Adolescencia en Protección y Justicia Penal Juvenil

Guatemala, abril 2021

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia
Sverige

unicef
GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

SECRETARÍA DE PROTECCIÓN PARA LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Y JUSTICIA PENAL JUVENIL

Módulo II

"Malla Curricular de Especialización en Niñez y Adolescencia"

"SISTEMA DE JUSTICIA ESPECIALIZADO CON ENFOQUE INCLUYENTE"

Módulo II-C

a) Competencia general del proceso formativo:

El juez o jueza, mediante el análisis y aplicación de los conocimientos adquiridos para el abordaje, estudio y resolución de los casos conforme su competencia:

- Emite resoluciones apegadas a la doctrina de protección integral, en las que realiza un adecuado control de convencionalidad, controla adecuadamente el cumplimiento de las garantías procesales del procedimiento de niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, privilegia siempre medidas de protección diferentes a la institucionalización y medidas de coerción o sanciones no privativas de libertad.
- Utiliza procedimientos especiales de protección en beneficio de la niñez y adolescencia, principalmente aquella que ha sido separada de su familia, tomando en cuenta los dictámenes u opiniones del equipo técnico-multidisciplinario.
- Aplica la justicia restaurativa del procedimiento de adolescentes en conflicto con la ley penal.

b) Competencia específica del Módulo II -C:

El juez o jueza:

- Reconoce la importancia de su rol en la protección de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, así como del control de la ejecución de la medida de adolescentes en conflicto con la Ley Penal.
- Fortalece sus conocimientos en victimología en niñez y adolescencia y justicia restaurativa del procedimiento de adolescentes en conflicto con la ley penal.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Unidad XI

Derecho a atención médica, psicológica y social

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia Sverige

unicef GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Unidad XI

Derecho a atención médica, psicológica y social

1. El derecho a la salud, seguridad y asistencia social:

La Constitución Política de la República de Guatemala establece a partir del artículo 93 estos derechos y reconoce que el derecho a la salud es un derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna. Señala también este apartado que es obligación del Estado velar por la salud y asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará a través de sus instituciones; no sólo de la Secretaría de Bienestar Social de la República sino de todas las que realicen estas funciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social.

También reconoce que la salud de los habitantes es un bien público y que debe velar porque la alimentación y nutrición de la población reúna los requisitos mínimos de salud. Las instituciones especializadas del Estado deberán coordinar sus acciones entre sí con los organismos internacionales dedicados a la salud, para lograr un sistema alimentario nacional efectivo.

En el artículo 28 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se establece que queda asegurada la atención médica al niño, niña y adolescente a través del sistema de salud pública del país, garantizando el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para promoción, protección y recuperación de la salud. Los niños, niñas y adolescentes que sufran deficiencia diagnosticada recibirán atención médica especializada.

De conformidad con la Organización Mundial de la Salud (también conocido como el OMS) define: La salud como: “un estado de bienestar físico, mental, y social y no simplemente la ausencia de enfermedad o debilidad”.

Con base en estas consideraciones, debe reconocerse el derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes, como un derecho humano prioritario, ya que constituye un elemento esencial de la sobrevivencia, se hace indispensable la observancia y frente a la amenaza o vulneración de éste derecho es esencial reconocer la obligación de restitución del mismo, como responsables de la garantía reforzada de protección los jueces de paz o de instancia tienen la responsabilidad de conocer y promover la aplicación de éste derecho, a continuación encontraremos fundamentos que pueden sustentarse a la luz de la normativa nacional, del control de constitucionalidad y control de convencionalidad para materializar estos derechos.

2. El derecho a la asistencia psicológica y médica

En virtud del impacto severo en las vidas de los niños, niñas y adolescentes, el sistema de justicia y la asistencia eficaz forman parte de las obligaciones de debida diligencia reforzada de atención, debiendo abordar adecuadamente el tratamiento de niñas, niños y adolescentes una vez conocidos los hechos[1]. Como testificó el experto Stola ante la Corte IDH, los casos de abusos sexuales pueden tener consecuencias a largo plazo en el desarrollo del niño, niña o adolescente, en el aspecto psicológico, en las relaciones con los cuidadores, los hermanos y compañeros, en su capacidad para aprender, otros. Los abusos pueden destruir la niñez del menor y a menudo tienen un efecto de incapacitación en su vida como adulto, especialmente en los casos de incesto paterno filial.

En este punto la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en el artículo 39 que:

> Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de **todo niño víctima** de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

1 CORTE IDH Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350. Párr.165.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Este derecho reforzado se desarrolla en la Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos en donde se indica en el capítulo III, una serie de derechos que comprenden la asistencia eficaz:

22. Los niños víctimas y testigos de delitos y, cuando proceda, sus familiares, deberán tener acceso a la asistencia de profesionales a los que se habrá impartido la capacitación. Esto podrá incluir servicios de asistencia y apoyo como servicios financieros, jurídicos, de orientación, de salud, sociales y educativos, de recuperación física y psicológica y demás servicios necesarios para la reinserción del niño. Toda asistencia de esta índole deberá atender las necesidades del niño y permitirle participar de manera efectiva en todas las etapas del proceso de justicia.

23. Al prestar asistencia a niños víctimas y testigos de delitos, los profesionales deberán hacer todo lo posible por coordinar los servicios de apoyo a fin de evitar que los niños participen en un número excesivo de intervenciones.

24. Los niños víctimas y testigos de delitos deberán recibir asistencia del personal de apoyo, por ejemplo, especialistas en niños víctimas y testigos de delitos, a partir del informe inicial y de forma ininterrumpida hasta que esos servicios dejen de ser necesarios.

25. Los profesionales deberán adoptar y aplicar medidas para que a los niños les resulte más fácil prestar testimonio o declarar a fin de mejorar la comunicación y comprensión en las etapas previas al juicio y durante este. Entre esas medidas podrán figurar las siguientes:

a) Que especialistas en niños víctimas y testigos de delitos atiendan a las necesidades especiales del niño;

b) Que personal de apoyo, incluidos especialistas y los familiares apropiados, acompañen al niño mientras presta testimonio;

c) Si procede, que se nombre a un tutor que proteja los intereses jurídicos del niño.

A nivel de legislación nacional, el Código Procesal Penal dispone en el artículo 117 inciso b, el agraviado, aun cuando no se haya constituido como querellante adhesivo de conformidad con el presente Código, tiene derecho a:

a . Ser informado sobre los derechos que le asisten en el procedimiento penal.

b . Recibir asistencia médica, psico-social, o cualquier otra que tenga por objeto reducir las secuelas del hecho delictivo.

En esa misma línea el artículo 39 del Código de Migración, en su segundo párrafo indica que la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia se constituye en el ente rector de los servicios esenciales de protección especial de la niñez y adolescencia, y estará a cargo de brindar atención especializada y diferenciada a través de los programas y servicios.

En el mismo sentido, la Ley Orgánica del Instituto para la Atención y Asistencia a la Víctima indica que en su artículo 4. h. A que se les preste atención psicológica y médica de urgencia, así como orientación social cuando la requieran. Dicha atención debe estar a cargo de profesionales de su mismo sexo. De ser necesario, se deberá gestionar su traslado para la atención médica adecuada, sin menoscabo de la investigación criminal que se requiera.

Los operadores de justicia, especialmente los jueces también deben tomar en consideración que los sufrimientos emocionales de la víctima, pueden hacerla fácilmente desistir de continuar el proceso, asistir a diligencias y sobre todo declarar durante el proceso. La víctima requiere de apoyo psicosocial para poder enfrentar el proceso, de allí la necesidad de contar con una red de derivación que pueda mantener un contacto fluido con la víctima y le pueda ayudar a resolver las posibles dificultades que enfrenta.

El trato de calidad implica también el establecer lugares apropiados para poder presentar una denuncia. Es preciso que la víctima goce de un espacio de privacidad, que le confiera un sentido de seguridad, que le permita expresarse libremente, sin temor a ser escuchada o confrontada por terceras personas.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso Atenco[2] indica que en una investigación penal por violencia sexual es necesario que:

2 Corte interamericana de derechos humanos caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México sentencia de 28 de noviembre de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) párr.. 272.

"**iii)** se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación;

iv) al tomar conocimiento de actos de violencia contra la mujer, es necesario que se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo, y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea. Dicho examen deberá ser realizado de conformidad con protocolos dirigidos específicamente a documentar evidencias en casos de violencia de género[3].

Las personas responsables de atención a las víctimas están igualmente obligadas a procurar las medidas para garantizar la protección inmediata de las víctimas, tales como interponer o presentar medidas cautelares a su favor, asegurar alojamiento en refugios seguros, apoyar con el traslado de otros familiares (especialmente, niños y niñas) cuando estos puedan constituir una preocupación para la víctima.

El Consejo de Europa en su recomendación sobre el trato a las víctimas establece que "En todas las fases del procedimiento, el interrogatorio de la víctima debería hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad. En la medida de lo posible y en los casos apropiados, los niños y los enfermos o minusválidos mentales deberían ser interrogados en presencia de sus padres o del tutor o de cualquier persona cualificada para asistirles".

En el caso de mujeres abusadas sexualmente, se debe establecer como norma la presencia de una acompañante mujer durante la entrevista y los exámenes médicos. Esto no sólo fortalece a las vícti-

3 Al respecto, la Corte ha especificado que los informes correspondientes deben incluir, como mínimo: a) las circunstancias de la entrevista: el nombre del sujeto y el nombre y la filiación de todas las personas presentes en el examen; la fecha y hora exactas; la ubicación, carácter y domicilio de la institución (incluida la habitación, cuando sea necesario) donde se realizó el examen (por ejemplo, centro de detención, clínica, casa, etc.); circunstancias particulares en el momento del examen (por ejemplo, la naturaleza de cualquier restricción de que haya sido objeto la persona a su llegada o durante el examen, la presencia de fuerzas de seguridad durante el examen, la conducta de las personas que hayan acompañado al preso, posibles amenazas proferidas contra el examinador, etc.); y cualquier otro factor que el médico considere pertinente; b) los hechos expuestos: exposición detallada de los hechos relatados por el sujeto durante la entrevista, incluidos los presuntos métodos de tortura o malos tratos, el momento en que se produjeron los actos de tortura o malos tratos y cualquier síntoma físico o psicológico que afirme padecer el sujeto; c) examen físico y psicológico: descripción de todas las observaciones físicas y psicológicas del examen clínico, incluidas las pruebas de diagnóstico correspondientes y, cuando sea posible, fotografías en color de todas las lesiones; d) opinión: una interpretación de la relación probable entre los síntomas físicos y psicológicos y las posibles torturas o malos tratos. Recomendación de un tratamiento médico y psicológico o de nuevos exámenes, y e) autoría: el informe deberá ir firmado y en él se identificará claramente a las personas que hayan llevado a cabo el examen. Cfr. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 251.

mas, sino es una garantía adicional para que reciba un trato digno, y no sea sometida a humillaciones o actos de acoso sexual que le revictimicen. Considerando para ello:

a) La designación de representantes legales para los niños, por el tribunal, con el mandato especial para representar los intereses de los niños víctimas de delitos;

b) Que los testimonios dados por los niños, por ejemplo, se den a través de un investigador especial, quien posteriormente traslade el testimonio ante la Corte[4].

Lecturas Obligatorias

UNODOC. Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas. (Pág. 49 a 59)

https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Handbook_for_Proffesionals_and_Policymakers_Spanish.pdf

Material de apoyo:

OMS. Responder a los niños, niñas y adolescentes que han sufrido abusos sexuales: directrices clínicas de la OMS.

https://iris.paho.org/handle/10665.2/52043

4 Cfr: Caso VPR y VPC Vs. Nicaragua.

3. El derecho a la protección y seguridad

Las necesidades de las víctimas en un proceso penal no se agotan en un tratamiento acorde a su dignidad. El proceso penal puede significar para la víctima una instancia en la que se pongan en riesgo su integridad física, psíquica o su intimidad. Así, como lo destaca el Handbook on Justice for Victimas de Naciones Unidas: "El sospechoso, u otros actuando a nombre del sospechoso, pueden buscar intimidar a la víctima en orden a impedir que él o ella busquen justicia, o pueden acosar a la víctima como represalia por haber reportado la materia ante las autoridades."

Al respecto se analizará este punto desde dos perspectivas, la primera se refiere al riesgo que el niño, niña o adolescente puede resultar afectada en su integridad física o psíquica por su participación en el proceso penal e impone al sistema la obligación de adoptar resguardos especiales en su favor. En este contexto, el derecho a favor de las víctimas desarrollado en el ámbito internacional se vincula a la obligación del Estado de proveer mecanismos que aseguren la protección de su integridad física, psíquica y del derecho a mantener su intimidad.

a . La protección de la seguridad del niño, niña o adolescente

El principio 6 (d) de la Declaración dispone que:

6 Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia.

Este derecho, supone para su efectivo resguardo, que tanto las autoridades judiciales como los fiscales del Ministerio Público u otras encargadas de manera específica a cargo de la protección de derechos de las víctimas de delitos dispongan de herramientas legales y programas destinados a la protección de los testigos.

En el caso de los niños, niñas y adolescentes, las Directrices[5] han abordado obligaciones adicionales, derivadas del deber especial de protección reforzada con respecto a la seguridad, en los siguientes términos:

> **32.** Cuando la seguridad de un niño víctima o testigo de un delito pueda estar en peligro, deberán adoptarse las medidas apropiadas para exigir que se comunique ese riesgo a las autoridades competentes y para proteger al niño de ese riesgo antes y después del proceso de justicia y durante él.
>
> **33.** Se deberá exigir a los profesionales que estén en contacto con los niños que, cuando sospechen que un niño víctima o testigo de un delito ha sufrido, sufre o probablemente sufra daños, así lo comuniquen a las autoridades competentes.
>
> **34.** Los profesionales deberán estar capacitados para reconocer y prevenir la intimidación, las amenazas y los daños a los niños víctimas y testigos de delitos.
>
> Cuando esos niños puedan ser objeto de intimidación, amenazas o daños, se deberán adoptar las medidas apropiadas para garantizar su seguridad. Esas medidas pueden consistir en:
>
> **a)** Evitar el contacto directo entre los niños víctimas y testigos de delitos y los presuntos autores de los delitos durante el proceso de justicia;
>
> **b)** Utilizar interdictos judiciales respaldados por un sistema de registro;
>
> **c)** Ordenar la prisión preventiva del acusado e imponer condiciones de libertad bajo fianza que veden todo contacto;
>
> **d)** Someter al acusado a arresto domiciliario;
>
> **e)** Brindar a los niños víctimas y testigos de delitos, siempre que sea posible y apropiado, protección policial o de otros organismos pertinentes y adoptar medidas para que no se revele su paradero.

5 Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos, op.cit.91

Existe en consecuencia una obligación de los funcionarios del sistema de justicia, de detectar las condiciones de riesgo del entorno de niños, niñas y adolescentes víctima y adoptar las acciones necesarias para salvaguardar su protección y seguridad. Dichas acciones deben ser efectuadas de manera inmediata, ya sea para que instituciones del Estado le dispensen esa seguridad[6].

Por su parte, la Corte IDH ha indicado, que "la adopción de tales medidas [...] corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que [el niño o la niña] pertenece"[7]. Además, la Corte ha "reiterado que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a derechos humanos son niñas y niños", quienes en razón de su nivel de desarrollo y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado". En ese sentido, "han de ceñirse al criterio del interés superior del niño las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos"[8].

Por otra parte, el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, instituye deberes estatales para "prevenir, sancionar y erradicar [la] violencia contra la mujer que especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana, tales como los establecidos en los artículos 4, 5 y 7. Estos deberes reforzados, adquieren particular intensidad en el caso de las niñas, como ha sido señalado en la sentencia de María Isabel Veliz Franco vs. Guatemala[9].

En virtud de lo anterior, el juez puede adoptar todas las medidas especiales de seguridad y protección orientadas a la preservación y restitución de derechos, basadas en el principio del interés superior del niño desde el inicio del caso.

En igual sentido, la legislación nacional dispone en el artículo 117 inciso f. del Código Procesal Penal, a recibir protección cuando su integridad física corra peligro, como consecuencia de la persecución penal en contra del sindicado.

6 Artículo 41 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

7 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 62, y Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, supra, párr. 141.

8 Ibid.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Veliz Franco Y Otros Vs. Guatemala sentencia de 19 de mayo de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Párr. 213.

Obligación que se refuerza en la Ley Orgánica del Instituto para la Asistencia y Atención de la Víctima del Delito, artículo 4. “c. A estar razonablemente protegidas durante todo el desarrollo del proceso penal, evitando que se les exponga innecesariamente para preservar su vida, integridad física y estabilidad psicológica”.

El artículo 15 de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, mandata la comunicación inmediata del Ministerio Público al Juzgado de la Niñez y Adolescencia para el inicio del proceso de protección; pero lo que esto indica, es que el niño, niña o adolescente debe ser abordado inmediatamente por servicios de atención psicosocial, desde el inicio del proceso, este papel corresponde coordinarlo a la institución rectora de los servicios de protección especial, que de conformidad con el artículo 39 del Código de Migración, es la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, dicho proceso debe ser desconcentrado a través de las sedes departamentales.

Las medidas de protección adoptadas al interior del propio proceso penal (por ejemplo en varios países las medidas cautelares personales son admitidas con el fin de proteger a la víctima) o fuera del proceso (sistemas de vigilancia policial, cambio de domicilio, otros). Lo relevante para los efectos del cumplimiento del derecho es que frente a potenciales atentados que pongan en riesgo la integridad física, psíquica o la intimidad de niños, niñas y adolescentes el sistema disponga de herramientas concretas para evitar dicho efecto.

En la legislación nacional se ha adoptado la Ley de Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal[10]. Está ley ha creado una institucionalidad específica para proteger a los funcionarios del Ministerio Público, testigos, peritos, querellantes adhesivos, consultores y “otras personas” que estén expuestas a riesgos por su intervención en el proceso penal[11].

En cuanto a los programas de seguridad, la ley contempla cuatro planes principales:

a) Protección del beneficiario con personal de seguridad, lo que puede incluir la residencia o lugar de trabajo;

b) Cambio de lugar de residencia, lo cual incluye los gastos de transporte, vivienda y subsistencia;

10 Decreto 90-76 del Congreso de la República.

11 Artículo 2 del Decreto 90-76 del Congreso de la República

c) Cambio de identidad del beneficiario;

d) Aquellos que el Consejo estime convenientes.

La Oficina de Protección es el órgano ejecutivo de la ley, y a través del cual se materializan los programas. Está a cargo de un director que es designado por el Presidente de la República, a partir de una terna de candidatos presentada por el Consejo Directivo.

Para poder acceder a los beneficios del programa se requiere una evaluación previa de la Oficina, en la cual se califica entre otros aspectos, la relevancia del delito, el valor de la información a suministrar, el riesgo a que está expuesto el solicitante, la posibilidad de obtener la información por otros medios[12].

Como se observa, la ley sigue una orientación esencialmente burocrática, en donde se privilegia básicamente la actuación policial. Además, la ley está básicamente centrada en el interés del Estado en la persecución penal, es decir, en las necesidades del órgano investigador de obtener información, más que en una genuina voluntad de proteger la vida e integridad física de las víctimas.

La ley no ha tomado en consideración que la gran mayoría de las víctimas no provienen de los casos de mayor resonancia, y que en porcentajes muy significativos de estos existen demandas de protección al sistema (vgr. casos de violencia familiar o de abuso sexual). La ley tiene, por consiguiente, una gran deuda con la "víctima común y corriente", a la cual le niega algún tipo de respuesta frente a demandas de protección.

Pese a estas deficiencias, la ley puede ser contemplada como un importante hito en la consagración de los derechos de las víctimas (aun cuando la ley no las mencione expresamente). No obstante, su funcionamiento hasta ahora ha sido irregular, debido principalmente a la falta de recursos económicos y a una concepción poco diversificada de programas de protección, y en los cuales no se involucra a la comunidad. No se quiere pretender con ello exponer a miembros o personas particulares a riesgo de cuidar a una persona protegida, sin embargo, existen situaciones en donde instituciones o personas de la comunidad pueden brindar refugios temporales o albergues.

12 Artículo 11 del Decreto 90-76 del Congreso de la República

Es necesario en todo caso crear diversos tipos de programas basados en los distintos tipos de víctimas y sus necesidades, y desarrollar nuevos mecanismos y metodologías para el control y cumplimiento de las medidas de protección.

b . Medidas de protección en el marco del proceso penal

Una de las primeras medidas de protección es cuando el juez debe decidir sobre decretar o no prisión preventiva o adoptar medidas de coerción dentro del proceso. Decretar la prisión preventiva, estaría claramente justificada con base en el artículo 262 del Código Procesal Penal, por el peligro de que el acusado pueda intimidar u hostigar a la víctima. Esta es una medida claramente recomendable en el caso de los niños, niñas y adolescentes por su condición de vulnerabilidad[13].

En todo caso, si el juez considera que en el caso concreto no es necesario ordenar prisión preventiva, deberá asegurar la protección de la víctima restringiendo la libertad del agresor y la imposibilidad de movilizarse. Uno de los elementos centrales debe ser asegurar que el agresor sea expulsado del hogar, cuando se trate de parejas agresores o de un progenitor o persona que vive con la víctima.

Además, en estos casos, el juez debe considerar imperativo decretar las medidas sustitutivas que se encuentran en el artículo 264 del Código Procesal Penal:

1 ► El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.

4 ► La prohibición de salir, sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.

5 ► La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.

6 ► La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.

13 UNODC. Manual sobre Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos. Op. cit.pág.56.

Se considera aconsejable que el juez combine estas medidas, imponiendo la prohibición expresa que el agresor no se acerque al hogar o residencia de la víctima. Además, para asegurar que se cumpla esta disposición, el juez o tribunal está facultado para ordenar "…las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento, y además podrá auxiliarse de cualquiera de los medios de control telemático, si a su juicio, las circunstancias del caso lo ameritan."[14].

Para el adecuado cumplimiento de estas medidas, el juez debe ordenar la correspondiente protección policial para la víctima, la cual incluso puede implicar la custodia residencial del agresor o la protección directa de la Policía Nacional Civil en el hogar de la víctima.

Otras medidas acordadas en la legislación procesal penal para proteger la seguridad de las víctimas o testigos es mantener bajo reserva la identidad de su nombre. En este punto, el artículo 217 del Código Procesal Penal dispone que "Si el testigo expresare que su negativa obedece a temores por su seguridad personal o que su vida corre peligro en virtud de amenazas, coacciones o intimidaciones de que hubiere sido o fuere objeto, así se hará constar. En tales casos, se podrá acudir al procedimiento previsto en los artículos 210 y 317, o brindarle al testigo protección policial a fin de asegurar la recepción de su testimonio." (Adicionado por el Artículo 17 del Decreto 32-96 del Congreso de la República.)

El juez o el fiscal que conozca del caso también podrá decretar el carácter reservado o confidencial de los datos personales del niño, niña o adolescente, así como lo expresado por el testigo respecto a los temores por su seguridad y todo lo referente a las amenazas e intimidaciones, a fin que se aprecien en su oportunidad, o en su defecto, ordenar que se inicie la persecución penal correspondiente. (Artículo 217 CPP).

La persecución penal por las amenazas contra el niño, niña o adolescente víctima o testigo es la forma más idónea de garantizar su protección. Además, es un deber del juez ordenar que se inicie dicha investigación tan pronto como tenga conocimiento de estos hechos y asegurar que sea efectiva.

Además, el juez penal puede disponer de todas las medidas contempladas en el artículo 112 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, pues lo importante es que se evite una nueva agresión por parte del sindicado.

14 Reformad el segundo párrafo del artículo 264 del Código Procesal Penal. Ley de Implementación del Control Telemático en el Proceso Penal (Aunque como se señala infra, esta Ley no se ha implementado.

Artículo 112. Medidas.

Los juzgados de la niñez y la adolescencia podrán determinar, entre otras, las siguientes medidas:

a) Amonestación verbal o escrita al responsable de la violación o amenaza del derecho humano del niño, niña o adolescente.

b) Declaración de responsabilidad a los padres, tutores o responsables.

c) Remisión de la familia a programas oficiales o comunitarios de auxilio, orientación, apoyo y seguimiento temporal.

d) Ordenar la matrícula de niños, niñas y adolescentes, en establecimientos oficiales de enseñanza y observar su asistencia y aprovechamiento escolar.

e) Ordenar tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internamiento en hospital o tratamiento ambulatorio.

f) Ordenar a los padres, tutores o responsables, su inclusión en programas oficiales o comunitarios de auxilio, que impliquen orientación, tratamiento y rehabilitación a cualquier desviación de conducta, problemas de alcoholismo o drogadicción.

g) Colocación provisional del niño, niña o adolescente en familia sustituta.

h) Abrigo temporal del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada, conforme las circunstancias particulares del caso.

i) En caso de delito o falta cometido por adulto o adolescente, certificar lo conducente a un juzgado correspondiente.

Igualmente, en el marco de la protección especial, el juez puede hacer uso de las medidas de seguridad estipuladas en la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.

En todo caso, es importante establecer que lo central es garantizar que no se produzca una victimización secundaria del niño, niña o adolescente. Pero lo más importante es que el juez penal tiene que

asegurar que no se produzcan nuevas agresiones, estableciendo todas las medidas apropiadas que sean necesarias.

Bajo estas consideraciones, el juez penal goza de amplias facultades para disponer de medidas que sean idóneas y efectivas, pues como se colige de lo dispuesto en el artículo 112 LPINA, las medidas tienen un carácter numerus apertus. Discrecionalidad que también viene conferida por el propio artículo 19 de la CADH, el cual ha determinado la posibilidad de adoptar medidas adecuadas para proteger al niño, niña o adolescente de acuerdo a las circunstancias concretas del caso y las necesidades especiales de protección del niño.

c . Medidas de protección de la niñez y adolescencia.

Las medidas de protección para la niñez y adolescencia responden a garantizar:

- Hacer cesar los actos de violencia o vulneración de derechos en contra de las niñas, niños y adolescentes, mediante restricción de derechos a los probables agresores.

- Prevenir la reiteración de actos de violencia o vulneración de derechos.

- Permitir el acceso a servicios de soporte de apoyo a las niñas, niños, adolescentes víctimas de violencia y sus familias, generando condiciones mínimas que permitan su desarrollo integral.

En esa línea se contemplan en primer lugar las **medidas cautelares** que tienen como objetivo hacer cesar la violencia en contra de la niña, niño o adolescente o la vulneración de derechos, en este sentido la medida debe dictarse inmediatamente después de que ha sido presentado el caso por la Procuraduría General de la Nación, debiendo orientarse a garantizar el interés superior del niño. Las medidas cautelares, cómo ya se indicó son las contempladas en el Artículo 112, 114, 115 de la LPINA u otras que el juez o jueza considere, las medidas pueden adoptarse en forma separada o conjunta y ser sustituidas en cualquier momento (Art. 110 LPINA).

Es importante indicar que, al dictar una medida cautelar, se debe designar a una autoridad o responsable del cumplimiento de la misma, así como el plazo, lo que permite garantizar su cumplimiento.

Cuando las medidas cautelares estén enfocadas en el cuidado del niño, niña o adolescente, no hay que olvidar que debe también cumplirse con lo establecido por las Directrices de Cuidado Alternativo de Naciones Unidas (2009), priorizando que el niño se mantenga bajo el cuidado de su familia biológica, indicando los servicios y programas de apoyo a la familia que permitan el trabajo con la familia y apoyar al fortalecimiento de las competencias parentales. Si la violencia, es en el ámbito familiar, se hará necesario el retiro del agresor antes que generar la separación del niño de su medio familiar y comunitario.

Si la situación no permite en ese momento que el niño, niña o adolescente permanezca con su familia, se procederá a la separación priorizando a la familia extensa o ampliada, de no ser posible será necesaria la ubicación de un acogimiento familiar temporal o familia sustituta, y cómo medida de último recurso la institucionalización. Es importante tomar en cuenta que la separación del niño de su familia es una medida transitoria y por el menor tiempo posible, previéndose desde el inicio los mecanismos para la reintegración familiar, es decir visualizar el trabajo con el niño y con la familia para favorecer la modificación de las causas que provocaron la separación y su pronta reunificación.

No hay que olvidar que el artículo 116 j), de la LPINA, que forma parte de las Garantías Procesales, establece que las juezas y jueces son los únicos que pueden autorizar la separación familiar, previa investigación de los antecedentes, es decir los jueces no pueden emitir esta resolución sin elementos de convicción preliminar presentada por la Procuraduría General de la Nación. Además nunca debe proceder la separación justificando falta o carencia de recursos materiales de los padres, madres o la familia (Art. 21 LPINA), en estos casos debe proceder mecanismos de protección social, esto incluye a la niñez y adolescencia con discapacidad.

Además de las medidas de cuidado o Modalidades de Acogimiento Temporal indicadas anteriormente, se deben de decretar paralelamente, especialmente en los casos de niñez y adolescencia víctima de violencia, la derivación a servicios de atención psicosocial, que permita generar un plan de caso individual por cada niña, niño o adolescente, su derivación y seguimiento a su implementación, que busque la restitución de los derechos.

Es importante tener en cuenta que, si el niño, niña o adolescentes ha sido víctima de violencia, se deberá comunicar al Ministerio Público inmediatamente (Art. 112, i).

Las medidas cautelares, entre ellas las medidas de cuidado, constituyen, como se ha indicado medidas temporales, pero además existen las **medidas de protección definitivas**, que tienen por objeto la restitución de derechos; para generar las medidas definitivas debe existir investigación preliminar bajo la gestión de casos, que permita a través de un plan de caso de la niña, niño o adolescente, la derivación a distintos servicios o programas, este plan debe ser elaborado por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia en coordinación con la Procuraduría General de la Nación, y presentado ante juez o jueza, es importante fijar el plazo de la medida, así como el mecanismo de supervisión para la revisión de la medida.

Lecturas Obligatorias

UNODC. Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas (Pág.91 a 97)

https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Handbook_for_Proffesionals_and_Policymakers_Spanish.pdf

Material de apoyo:

Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta, prostitución y pornografía infantil.

https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/opsccrc.aspx

3. El derecho a la protección de la intimidad de niños, niñas y adolescentes

a. Derecho a la intimidad en los tratados internacionales

Diversos instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen al niño, niña y adolescente el derecho a la intimidad y la protección frente a las injerencias arbitrarias en la vida privada.

Así, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

1 ► Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2 ► Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Por su parte, la Convención Americana de derechos Humanos en su artículo 11 dispone que;

1 ► Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2 ► Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3 ► Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Al analizar este artículo la Corte IDH en el caso Atala Rifo vs. Chile declaró que el artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.

El Tribunal ha precisado, respecto al artículo 11 de la Convención Americana, que, si bien esa norma se titula "Protección de la Honra y de la Dignidad", su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada. La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás.

El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que este va más allá del derecho a la privacidad. Según el Tribunal Europeo, el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social. Además, el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional.

b. Deberes de los jueces para proteger el derecho reforzado a la intimidad de niños, niñas y adolescentes

Como se ha reiterado, los niños, niñas y adolescentes tienen los mismos derechos que los adultos, más los especiales de acuerdo a su condición de vulnerabilidad. En este punto, la protección a los niños, niñas y adolescentes a la vida privada e intimidad es más intensa y proviene, en general del artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Para desarrollar más la protección al derecho a la intimidad y las injerencias en su vida privada con relación a los niños, niñas y adolescentes víctimas de graves delitos, el protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía dispone en su artículo 8.1.

Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el presente protocolo y, en particular, deberán:

e) Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas.

Así pues, existe una gran preocupación por proteger la intimidad del niño, niña o adolescente que ha sido objeto de abusos sexuales u otras formas de discriminación, pues la revelación de información sobre un niño, niña o adolescente puede tener efectos dramáticos para su futuro.

Derivada de la preocupación de no poner en riesgo al niño, niña o adolescente de estigmatizaciones y de los efectos devastadores de la publicidad, existen deberes reforzados de mantener en privado toda la información de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de abuso sexual u otros delitos graves.

En ese marco, las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, consagran el capítulo X específico para preservar la intimidad del niño, niña o adolescente y evitar la estigmatización.

El derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas en las Directrices establece:

26. Deberá protegerse la intimidad de los niños víctimas y testigos de delitos como asunto de suma importancia.

27. Deberá protegerse toda la información relativa a la participación del niño en el proceso de justicia. Esto se puede lograr manteniendo la confidencialidad y restringiendo la divulgación de información que permita identificar a un niño que es víctima o testigo de un delito en el proceso de justicia.

28. Deberán tomarse medidas para proteger al niño de una aparición excesiva en público, por ejemplo, excluyendo al público y a los medios de información de la sala de audiencia mientras el niño presta testimonio, si así lo permite el derecho interno.

Lecturas Obligatorias

UNODC. Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas. (Pág.51 a 62)

https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Handbook_for_Proffesionals_and_Policymakers_Spanish.pdf

4. Limitaciones al principio de publicidad en los casos de los niños y niñas víctimas de delitos y obligaciones del juez

En ese marco, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia determina obligaciones para proteger la intimidad en diversos artículos: en el Artículo 116 inciso h) **La discreción y reserva de las actuaciones.**

Las obligaciones del juez a restringir la publicidad del proceso son fundamentalmente dos:

En todas las diligencias en donde participen niños, niñas o adolescentes deberán hacerse a puerta cerrada, aplicándose lo dispuesto en el artículo 356 inciso 1 y 5 del Código Procesal Penal.

En segundo lugar, todas las actuaciones en donde intervengan niños, niñas y adolescentes son confidenciales y se debe mantener bajo reserva su identidad.

Sobre este punto, la Corte IDH estableció en el caso Atala Rifo vs. Chile se reserva la identidad de las tres hijas de la señora Atala Riffo, a quienes se identificará con las letras “M., V. y R.” con el objeto de proteger el derecho a la intimidad y vida familiar. Asimismo, la Corte procedió a mantener en reserva

todas las declaraciones ante fedatario público remitidas por las partes y “relativas a la situación familiar” de la señora Atala y las niñas M., V. y R.

Además, la Corte entiende que reserva de identidad de las niñas forma parte de la necesidad de proteger el interés superior de las niñas y su derecho a la intimidad[15].

Por tal motivo, es un derecho del niño, niña o adolescente que los jueces mantengan la reserva de su identidad en todo momento. Para ello, deberán utilizar abreviaturas u otros sistemas en las resoluciones, actas y autos en sustitución de sus nombres.

Igualmente, durante las audiencias las y los jueces deben abstenerse de utilizar los nombres de los niños, niñas o adolescentes, utilizando los mecanismos para preservar su reserva de identidad.

En conclusión: La revelación de información sobre un niño víctima de un delito, especialmente en los medios de comunicación, puede tener efectos dramáticos para el niño. En primer lugar, puede poner en peligro la seguridad del niño. También es posible que le cause una intensa sensación de vergüenza y humillación, o que le desanime a contar lo sucedido e incluso puede infligirle graves daños emocionales. La revelación de información sobre un niño víctima o testigo puede crear tensión en las relaciones del niño con la familia, los compañeros y la comunidad, particularmente en casos de abusos sexuales.

Esto puede causar un estigma profundo en la vida del niño, niña o adolescente, que impacte en su desarrollo futuro.

En virtud de lo anterior, las autoridades judiciales son responsables de garantizar la confidencialidad de la información relativa a la identidad y el paradero del niño, niña o adolescente y haciendo un debido control de convencionalidad, deberá adoptar las siguientes medidas:

i) Mantendrá todos los documentos que revelen el nombre o cualquier otra información relativa a un niño en un lugar seguro al que no tenga acceso ninguna persona sin razón para conocer su contenido;

ii) Utilizará abreviaturas, iniciales o códigos para no revelar el nombre y la identidad de la víctima y se asegurará que la información en ellos contenida que afecten a un niño únicamente sea entregada a

15 Corte IDH Caso Atala Riffo vs. Chile. CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILES SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2012 (FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. Parr.69.

personas que, debido a su participación en el procedimiento, tengan algún motivo para conocer dicha información.

iii) Archivar bajo llave todos los documentos que deban ser archivados en el tribunal, que revelen el nombre o cualquier información del niño, niña o adolescente.

Es importante tener en cuenta que el principio de confidencialidad y publicidad está enmarcada en personas ajenas al proceso en donde interviene un niño, niña o adolescentes, principalmente víctimas de violencia. Esta restricción no aplica a personal de las instituciones o dependencias que por imperativo legal deben intervenir en las distintas etapas del proceso, o por ser las instituciones prestadoras de programas y servicios.

Lecturas Obligatorias

UNODC. Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas. (Pág.51 a 62)

https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Handbook_for_Proffesionals_and_Policymakers_Spanish.pdf

5. Medidas judiciales de protección: la declaración en anticipo de prueba

En el caso de niños, niñas y adolescentes es imperativo, como una medida de protección y seguridad, tomar su declaración mediante anticipo de prueba, por su condición de vulnerabilidad.

Asimismo, conforme el artículo 210 del Código Procesal Penal se faculta al juez para que la víctima pueda ser examinada en su residencia o en el lugar donde se encuentre, para que no tenga que acudir al tribunal. Obviamente, en el caso de los niños, niñas y adolescentes la forma en que se recibe su declaración está dotada de garantías adicionales como el uso de Cámara Gesell, circuito cerrado de televisión o videoconferencia, como ha indicado la Corte IDH[16]. Circunstancia que se ve complementada con lo dispuesto en el artículo 218 bis del Código Procesal Penal que permite la declaración "mediante videoconferencia u otro medio audiovisual".

En las Directrices se establecen las reglas que los profesionales deberán aplicar durante el anticipo de prueba:

a) **Limitar el número de entrevistas:** deberán aplicarse procedimientos especiales para obtener pruebas de los niños víctimas y testigos de delitos a fin de reducir el número de entrevistas, declaraciones, vistas y, concretamente, todo contacto innecesario con el proceso de justicia, por ejemplo, utilizando grabaciones de video;

b) **Velar porque los niños víctimas y testigos de delitos no sean interrogados por el presunto autor del delito, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico y respetando debidamente los derechos de la defensa:** de ser necesario, los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser entrevistados e interrogados en el edificio del tribunal sin que los vea el presunto autor del delito y se les deberán proporcionar en el tribunal salas de espera separadas y salas para entrevistas privadas;

16 Esto será analizado en el apartado siguiente, pero siempre es importante el estándar establecido en el por la Corte IDH en el Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, en donde además hace obligatorio el uso de las Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos

c) **Asegurar que los niños víctimas y testigos de delitos sean interrogados de forma adaptada a ellos,** así como permitir la supervisión por parte de magistrados, facilitar el testimonio del niño y reducir la posibilidad de que este sea objeto de intimidación, por ejemplo, utilizando medios de ayuda para prestar testimonio o nombrando a expertos en psicología.

En desarrollo de las disposiciones constitucionales y legales que protegen a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, la Corte Suprema de Justicia ha emitido una serie de disposiciones legales para reglamentar la toma de declaraciones de estos en procesos penales, con el objetivo fundamental de evitar la victimización secundaria.

a. Circular Número 01-2009 Corte Suprema de Justicia

Por medio de esta circular, la Cámara Penal de Corte Suprema de Justicia regula el uso de la Cámara Gesell en Guatemala. Si bien se determina que la Cámara Gesell no es de uso exclusivo para niños, sí prioriza su utilización en los casos que estos sean las víctimas.

La circular establece en el numeral 1, que la Cámara Gesell será utilizada para diligenciar entrevistas a víctimas de delitos sexuales, violencia intrafamiliar o análogos, dentro del proceso judicial, ya sea como prueba anticipada, en la fase preparatoria, o en el juicio.

Asimismo, explica la estructura y uso de los ambientes en el numeral 4, indicando que se divide en tres espacios, siendo estos:

a) Un espacio para la entrevista de niños y niñas hasta la edad de 7 años, quienes pueden utilizar juegos educativos;

b) Un ambiente para el grupo de niños, niñas hasta la edad de 12 años; y

c) Un área para entrevistar a adolescentes y mujeres.

b. Acuerdo Número 16-2013 de la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia, a través del Acuerdo Número 16-2013, emite el Instructivo para el Uso y Funcionamiento de la Cámara Gesell, Circuito Cerrado y otras Herramientas para recibir las

Declaraciones de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas y/o Testigos. Su objeto es normar la toma de declaración de niños, niñas y adolescentes utilizando mecanismos tecnológicos apropiados para evitar la victimización secundaria[17].

El Acuerdo busca establecer una entrevista única, para evitar múltiples declaraciones, y deja plasmado que en las consiguientes etapas procesales, se utilizará la grabación de video y audio para escuchar la declaración, sin que ello menoscabe el derecho de participación y ampliación de declaración que tienen las víctimas[18]. Para el efecto, el artículo 5, establece que el Juez autorizará la recepción de la declaración de la niña, niño y adolescente víctima y/o testigo como anticipo de prueba…" con la finalidad de garantizar los principios de no revictimización y el interés superior del niño.

Asimismo, para la protección de los niños, niñas y adolescentes víctimas, se establece que el Organismo Judicial "nombrará el personal técnico y profesional idóneo, que tendrá a su cargo facilitar el desarrollo de la declaración y/o entrevista en las salas de Cámaras Gesell, circuito cerrado, videoconferencias u otras herramientas como la establece el referido Protocolo"[19].

Finalmente, se encomienda al personal encargado de la administración en los edificios del Organismo Judicial donde se encuentren las Cámaras Gesell o circuito cerrado, las funciones administrativas relativas al control de la agenda y calendarización de audiencias, correcto uso de los equipos y el registro, archivo y remisión de los audios y grabaciones a donde corresponda.

El Centro de Informática y Telecomunicaciones (CIT) del Organismo Judicial es el responsable de brindar mantenimiento periódico y garantizar el buen funcionamiento del equipo electrónico e informático, así como capacitar al personal que utilice los equipos.

c. Protocolo para recibir declaraciones de niñas, niños y adolescentes (nna) víctimas y/o testigos.

El acuerdo 16-2013, al mismo tiempo aprueba el protocolo para recibir las declaraciones de niños, niñas y adolescentes víctimas y/o testigos de delitos. Este se concibe como una guía que orienta cómo

17 Artículo 2º del Acuerdo 16-2013
18 Artículo 4o del Acuerdo 16-2013
19 Artículo 6º del Acuerdo 16-2013

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

realizar la recepción de declaraciones de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos en los diferentes procesos, con la finalidad de respetar sus derechos humanos y evitar la victimización secundaria.

El protocolo reconoce los principios que deben observarse, como respeto a los derechos humanos, no revictimización, interés superior del niño, derecho de opinión, tutelaridad e interpretación extensiva a favor de la niñez, protección integral, no discriminación, respeto a la identidad cultural y la confidencialidad.

Define las herramientas a utilizar en la declaración de niños niñas y adolescentes, específicamente la Cámara Gesell, circuito cerrado, videoconferencia, biombos y cualquier otro.

El protocolo está concebido para los procesos en donde se reciba la declaración de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos, ya sea en el proceso de protección integral de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos y en el proceso penal, tanto en calidad de anticipo de prueba como durante el debate. Asimismo, es aplicable a los procesos de adolescentes en conflicto con la ley penal, cuando las víctimas sean niños, niñas o adolescentes.

El protocolo establece la figura del ***facilitador*** de la declaración, que es una persona especializada para tratar con niños, niñas y adolescentes. La entrevista es efectuada a través del facilitador quien debe modular las preguntas a la edad y condiciones, contexto cultural del niño. El facilitador debe ser de preferencia un psicólogo especializado, pero también puede auxiliarse de un trabajador social o cualquier otro profesional similar, en defecto del psicólogo. El rol del facilitador consiste en ***propiciar un relato libre a la víctima***; quien previo a iniciar con la entrevista, debe explicar el objeto de la diligencia, y seguidamente facilitar las preguntas realizadas por los sujetos procesales, utilizando un lenguaje adecuado al nivel del entrevistado. A su vez establece que la víctima debe ser abordada en su mismo idioma.

El juez es el encargado del control de la diligencia, debe moderar las preguntas con la finalidad de evitar que sean revictimizantes. Por ello es obligación de los jueces que las preguntas dirigidas a niños, niñas o adolescentes respeten su dignidad como víctima o testigo.

La declaración queda contenida en un archivo digital de audio o video, y se levanta acta sucinta de la audiencia, la cual es firmada por el juez y los presentes.

En cuanto al apoyo interinstitucional establece que los jueces competentes, pueden trasladarse para el uso de la Cámara Gesell instalada en otras instituciones, cuando la misma no se encuentre disponible en el Organismo Judicial.

En particular, ha sido de utilidad las Cámaras Gesell del Ministerio Público, que son utilizadas por los jueces contralores en aquellos lugares donde no existen recursos propios.

d. Lineamientos para la realización de la entrevista única a niños, niñas y adolescentes en los órganos jurisdiccionales -Aspectos psicológicos-

Mediante Acta 43-2019 de fecha 9 de octubre del 2019, la Corte Suprema de Justicia, aprueba:

- Guía de Buenas Prácticas para recibir la declaración de niñas, niños y adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual u otros delitos para la protección efectiva de sus derechos en el proceso penal; y

- Los Lineamientos para la realización de la entrevista única a niños, niñas y adolescentes en los órganos jurisdiccionales.

Ambos instrumentos, constituyen herramientas de apoyo a la función jurisdiccional, así como a los equipos técnicos, como psicólogos y trabajadores sociales, enfocados en una atención diferenciada y evitando la victimización secundaria, que deben implementarse en todos los juzgados del país.

Lecturas Obligatorias

UNODC. Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas. (Pág. 63 a 91)

https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Handbook_for_Proffesionals_and_Policymakers_Spanish.pdf

Circular Número 01-2009 Corte Suprema de Justicia.

Acuerdo Número 16-2013 de la Corte Suprema de Justicia.

http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOj/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas//CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CD%20de%20leyes/2013/pdfs/acuerdos/A16-2013.pdf

Instrumentos para el adecuado abordaje de niñez víctima y testigo de Delitos.

ORGANISMO JUDICIAL
GUATEMALA, C.A.

Sistema Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Unidad XII

El plan de intervención de atención (Directrices de Gestión de Casos)

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia
Sverige

unicef
GUATEMALA

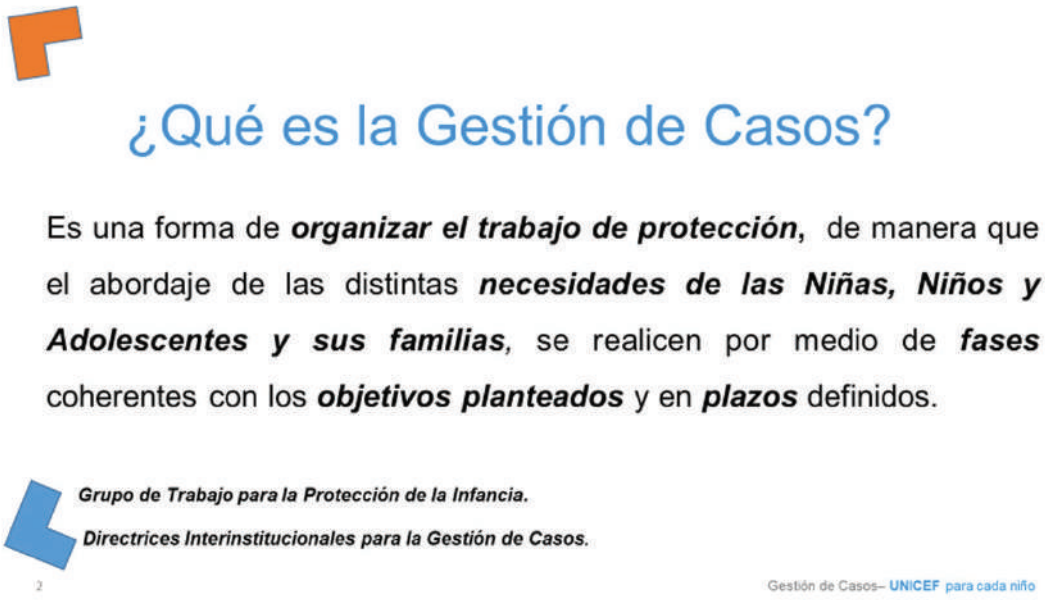
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Unidad XII

El plan de intervención de atención (Directrices de Gestión de Casos)

1. Concepto de Plan intervención de atención a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos:

Es un proceso que de forma conjunta debe realizarse para atender de manera integral a niños, niñas y adolescentes que requieren protección. Al reconocer que son múltiples las intervenciones que se necesitan, es fundamental identificar un modelo que pueda ordenarse y así contar con planes integrales para brindar dicha protección, la cual se desarrolla a continuación:



Como parte del objetivo mismo de las medidas especiales de protección que debe darse de manera integral frente a un proceso de protección o hecho delictivo cometido contra niños, niñas y adolescentes, se encuentra el diseño y la aplicación de un plan individualizado de atención o gestión de caso, que tenga debidamente en cuenta sus circunstancias personales y los efectos que el delito ha causado en los aspectos físicos, psicológicos, patrimoniales y sociales.

El plan individualizado de atención de niños, niñas y adolescentes, es la herramienta que utiliza el equipo de profesionales que atienden al niño dentro del marco del proceso penal o el proceso de protección con el fin de realizar un adecuado seguimiento de la atención victimológica del niño, sus requerimientos y necesidades, el registro de los tratamientos o cursos de acción que se estimen pertinentes y su justificación, las acciones para la promoción de la re vinculación con la familia y la comunidad, condiciones médicas, entre otros aspectos para lograr una plena superación de todas las consecuencias negativas ocasionadas por el delito, así como garantizar sus derechos dentro del proceso penal o de protección, pero también su seguridad física, psicológica y emocional.

En este sentido, la intervención de todo el personal del sistema de justicia en la atención de un delito cometido contra un niño debe tener las siguientes finalidades:

a) Asegurar la protección efectiva de la vida, integridad personal y demás derechos del niño, niña o adolescente;

b) Garantizar que toda actuación sea realizada de forma profesional, adecuada y efectiva, evitando en todo momento los actos de victimización secundaria o daños colaterales a la víctima o sus familiares;

c) Realizar las acciones jurídicas, psicológicas, sociales y médicas de forma oportuna, integral y holística, para obtener una reparación integral de todos los daños ocasionados por el hecho delictivo;

d) Investigar de manera objetiva, completa y efectiva todos los hechos delictivos, y

e) Gestionar los casos de conformidad con los niveles de riesgo, una protección efectiva del niño, niña o adolescentes de conformidad con la gravedad del peligro de enfrentar una reiteración delictiva y los intereses, necesidades y expectativas de la víctima, obteniendo

resoluciones judiciales que garanticen adecuadamente la eliminación de la violencia contra la víctima en el caso concreto.

El plan de intervención involucra coordinar a todas las instituciones del sector justicia, pero principalmente con las instituciones prestadoras de servicios de atención psicosocial, estableciendo equipos multidisciplinarios y transdisciplinario, que gestionen los casos, a partir de un plan individualizado de atención para cada niño, niña o adolescente víctima de delito.

El objetivo de este plan es identificar los contenidos mínimos de las acciones de reparación integral del daño ocasionado al niño, niña o adolescente, desde una visión holística e integral, de tal manera que pueda superar todas las consecuencias e impactos negativos derivados del evento delictivo (victimización Primaria) y a su vez garantizar una actuación apropiada por parte del sistema de justicia en todas las etapas del proceso y hasta la completa rehabilitación y protección de los derechos del niño, niña o adolescente víctima.

El plan individualizado debe recoger toda aquella información relevante que permita al juez, fiscales y los profesionales interdisciplinarios a cargo de la atención del niño poder tomar decisiones adecuadas e informadas para la protección integral de los derechos del niño, además de dejar oportunamente registradas todas las acciones que se realicen en relación al niño, niña o adolescentes.

De modo destacado, el plan deberá contemplar el proceso y las acciones a seguir en la atención, sobre la base de lo que establecen normas como el artículo 3 de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer y la Ley Orgánica del Instituto de Atención a la Víctima:

a) **Médica**: establecer el diagnóstico y tratamiento adecuado para todas las afecciones físicas, lesiones, enfermedades necesarias para la plena recuperación de la salud del niño, niña o adolescentes víctima, identificando las acciones, responsables y temporalidad de ejecución de todas las actividades.

b) **Psicológica**: Determinar el diagnóstico y tratamiento adecuado para el evento traumático, garantizando que se provea al niño, niña o adolescente la atención psicológica necesaria para lograr la recuperación de la salud mental del niño, niña y adolescente.

c) **Social**: Garantizar los derechos del niño, niña o adolescente en sus diversas manifestaciones, incluyendo una adecuada protección frente a actos de violencia, derecho a educación, ubicación residencial, protección social adecuada.

d) **Seguridad**: realizar un diagnóstico de factores de riesgo del niño, niña y adolescentes, sobre la base de la capacidad de reiteración delictiva del victimario y adoptar las medidas adecuadas, eficaces y oportunas para reducir o neutralizar dichos riesgos, lo cual puede incluir la coordinación con actores como la policía.

e) **Jurídica**: desarrollar el plan de investigación para identificar a los autores del hecho delictivo y determinar las etapas en donde será necesario que intervenga el niño, niña o adolescente, así como planificar todas las audiencias judiciales, especialmente de prueba anticipada, para preparar adecuadamente la protección frente a la victimización secundaria. Revisar la intervención para pedir las medidas de seguridad que sean necesarias para proteger al niño, niña y adolescente. Planificar adecuadamente las acciones legales para obtener una reparación digna, integral y transformadora a cargo del victimario.

Para la elaboración del plan de intervención se requiere de un equipo interdisciplinario y transdisciplinario, que esté integrado por psicólogos, médicos, abogados y trabajadores sociales.

La CIDH ha establecido la necesidad que las instituciones de protección a la niñez se encuentren debidamente dotadas con el personal competente para atender adecuadamente las necesidades de atención y protección de los niños, niñas y adolescentes[1]. Tal y como se ha referido anteriormente, el sistema de protección de los derechos de la niñez, en general, y la protección de los niños sin cuidados parentales, en particular, deben regirse por el principio de especialidad y profesionalización. En este sentido, la comisión coincide con lo dispuesto en la directriz 71 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños en el sentido que debe prestarse especial atención a la calidad del cuidado proporcionado, en particular con respecto a las aptitudes profesionales, la selección, la formación y la supervisión del personal de los centros e instituciones[2].

1 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 112

2 Directriz 71: "Debería dedicarse especial atención a la calidad del cuidado alternativo prestado, tanto en acogimiento residencial como familiar, en particular con respecto a las aptitudes profesionales, la selección, la formación y la supervisión de los acogedores. Su papel y funciones deberían definirse claramente y distinguirse de las de los padres o tutores del niño". En el mismo sentido se manifiestan las Reglas de La Habana, ver en particular de la Regla 81 a la 87. Estudio sobre la Violencia contra los Niños, págs. 211 y 212

Lecturas Obligatorias

CIDH Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las américas. Pag.179 a 224

https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf

2. Principios del plan de intervención

El objetivo del plan de intervención es la preservación y restitución de derechos y el interés superior del niño deben guiar la regulación de las diversas modalidades de medidas especiales de protección, así como su contenido, aplicación y revisión. Por consiguiente, las medidas especiales de protección deben estar orientadas a proporcionar la protección, seguridad y bienestar que el niño necesite a la vez que deben buscar, desde el primer momento, el restablecimiento de todos sus derechos, incluido el derecho a la familia y a la vida familiar, además de promover la superación de las circunstancias familiares que hayan originado la adopción de la medida especial de protección.

Los principios que rigen la actuación en el plan de intervención son:

Coordinación interinstitucional: los equipos interdisciplinarios del sector justicia deben crear un marco de coordinación que permita el trabajo continuo del caso, desde su inicio hasta la finalización, con medidas integrales de atención realizadas de manera conjunta. Cada caso deberá contar con un equipo interdisciplinario responsable y un plan de intervención individualizado.

El papel central de la familia en las estrategias de cuidado y protección de los niños: Las familias (incluidas las familias ampliadas y otras modalidades de acogida familiar) son las más indicadas para proteger a los niños y prevenir la violencia. Las familias pueden prestar apoyo a los niños y darles los medios de protegerse. Por lo tanto, el fortalecimiento de la vida familiar, el apoyo a las familias y la asistencia a las familias en dificultad deben ser actividades prioritarias de protección del niño en cada etapa de la intervención.

Principio de atención integral: el plan de intervención elaborado por el equipo interdisciplinario debe garantizar la efectividad de las medidas de atención médica, psicología y social, de protección, así como de reparación de los niños, niñas y adolescentes. Cada responsable del equipo interdisciplinario deberá asegurar la efectividad de su intervención en el plan de atención.

Principio de reparación: el plan de atención debe apoyar a la víctima a obtener todas las medidas de reparación que sean necesarias, atendiendo las circunstancias del daño causado a la víctima, de conformidad con la legislación nacional y la jurisprudencia de derechos humanos, para reparar de forma total y completa los daños ocasionados por el delito.

Principio de interdisciplinariedad: La elaboración del plan de intervención se hará de manera conjunta con profesionales de la atención médica, psicológica, social y jurídica, para garantizar un abordaje holístico e integral de todos los daños ocasionados por el delito y asegurando que sus actuaciones potencien la recuperación de la víctima y reduzcan los factores de riesgo de revictimización.

No revictimización: Un elemento central del plan de intervención es asegurar que todos los profesionales que intervienen durante la atención médica, psicológica y el proceso jurídico del niño, niña o adolescente no causen revictimización y se aseguren de actuar en un marco de competencia profesional.

Principio de diligencia excepcional: De conformidad con los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración, el Estado debe actuar con mayor diligencia, cuidado y responsabilidad cuando trata de niños, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño.

Este deber de diligencia reforzado de carácter excepcional se refiere a todos los aspectos vinculados con la toma de decisiones por parte de las autoridades públicas: desde la diligencia en el análisis de las circunstancias que rodean y afectan al niño, la valoración objetiva de los impactos que las mismas

tienen en sus derechos, la justificación de las decisiones, la celeridad en la toma de las mismas, y la oportuna revisión de las mismas.

Este estándar de diligencia excepcional requiere que todas las autoridades intervinientes lo respeten, es decir, incluye a las autoridades judiciales y administrativas.

La Comisión IDH entiende que el cumplimiento del deber de diligencia debe ser supervisado por medio de los mecanismos oportunos para ello, los cuales deberán estar previstos en la norma, debiéndose determinar las consiguientes responsabilidades y sanciones en caso de infracción a este deber[3].

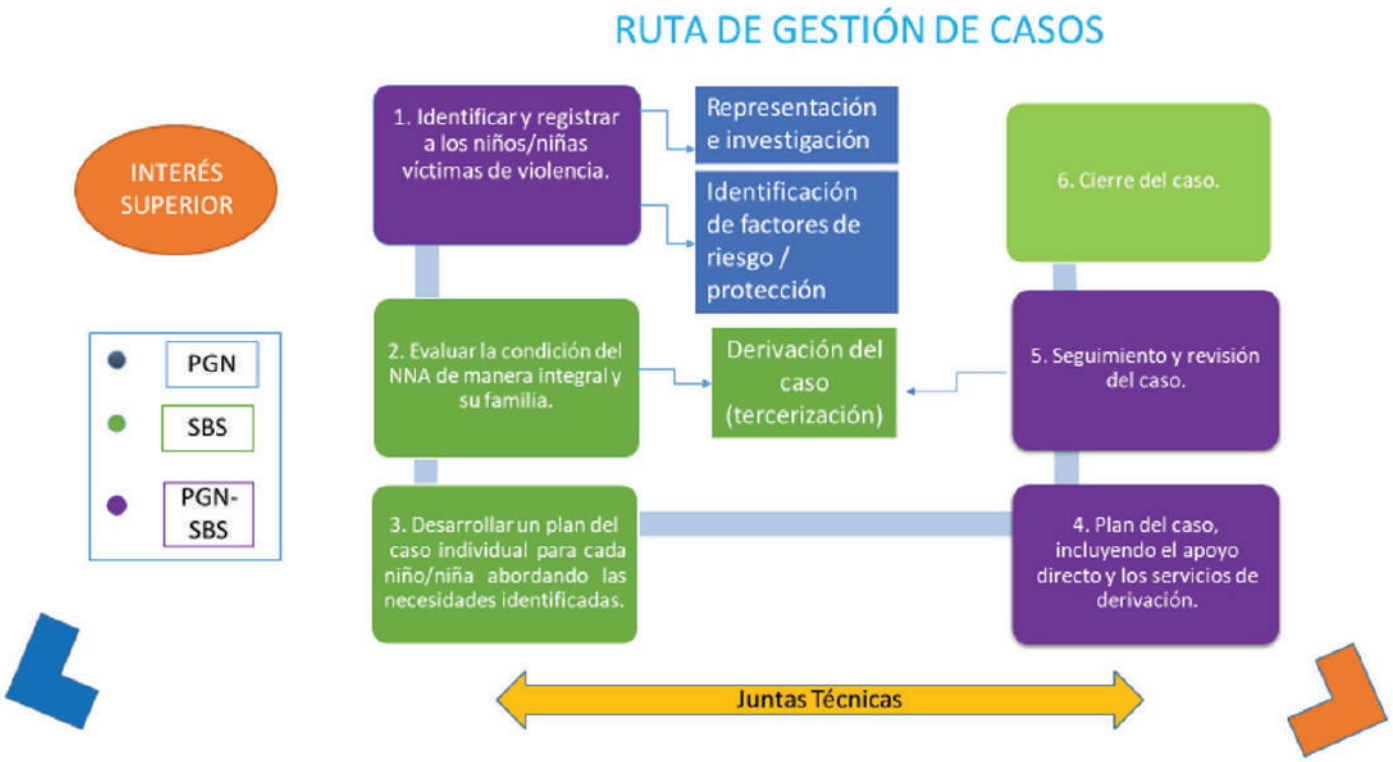
Lecturas Obligatorias

CIDH Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las américas. Pág.66 a 119.

https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf

3 CIDH. Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas / [Preparado por la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. p. ; cm. (OAS. documentos oficiales ; OEA/Ser.L)

3. Fases del Plan de intervención



a. Planificación de la intervención

Las medidas de protección que se adopten con relación al niño, niña o adolescente deben quedar oportunamente justificados y documentados sobre bases empíricas sólidas. Esta decisión debe fundamentarse en las respectivas evaluaciones técnicas que se realicen por parte de los equipos de profesionales expertos.

En el marco de la evaluación técnica o diagnóstico, el análisis que se haga de la necesidad de la medida de protección deberá tomar en consideración las condiciones y circunstancias individualizadas de la familia y del niño, con el fin de justificar el beneficio para el niño del contenido específico e idóneo de la intervención (médica, psicológica, jurídica o social) en aras de conseguir la restitución de derechos en el menor tiempo posible.

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

La evaluación deberá ser realizada por un equipo multidisciplinario integrado por profesionales capacitados para ello y conducirse en base a criterios técnicos y objetivos pre-establecidos en la normativa, a fin de poder determinar de modo razonado y justificado la necesidad de la medida y la idoneidad de su contenido.

Deberían elaborarse y aplicarse sistemáticamente criterios adecuados basados en principios profesionales sólidos para evaluar la situación del niño y la familia, incluida la capacidad real y potencial de la familia para apoyar en el proceso de recuperación.

Con base en esta evaluación técnica, cada uno de los profesionales del equipo formulará su plan de intervención en el área de su competencia, en el cual indicará el diagnóstico, pronóstico, objetivos de su intervención, actividades, responsables y fechas de ejecución.

b. Ejecución y seguimiento

El equipo de profesionales multidisciplinario realizará además un seguimiento a la aplicación del plan de intervención con el fin de evaluar los desarrollos y los cambios que se produzcan, analizar la necesidad y la idoneidad en el tiempo del plan y aconsejar desde un punto de vista técnico sobre la continuidad, modificación o cese de las mismas.

En aquellos casos en los cuales sea necesario realizar ajustes en el plan, para adoptar una medida de protección más idónea, en atención a las necesidades particulares del niño, este elemento deberá quedar oportunamente documentado en la evaluación técnica que se haga para la determinación de la medida.

La CDN y las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños enfatizan la importancia de analizar la idoneidad de esta medida en función a las necesidades específicas de cuidado y protección del niño, en relación a las cuales se estime que el centro de acogida esté en una especial condición de idoneidad para atender de forma positiva a esas necesidades.

4. Evaluación del plan de intervención

Las medidas especiales de protección previstas en el plan individual tienen como objetivo el restablecimiento de los derechos del niño, lo cual implica que las mismas deban concebirse para, dar satisfac-

ción a este objetivo. Implica además, una revisión de carácter periódico de estas medidas con el fin de establecer si las mismas siguen siendo necesarias e idóneas, debieran ser modificadas o concluidas. De esa cuenta, el equipo interdisciplinario debe fijar reuniones periódicas de revisión, en tiempo prudente, para poder mantener actualizada la situación del niño, niña o adolescente.

La comisión ha subrayado la importancia de la revisión de las medidas especiales de protección para dar cumplimiento con los derechos contenidos, en especial, en los artículos 19, 17.1 y 11.2 de la CADH, y V, VI y VII de la DADH. En relación a la necesidad de revisión periódica, el artículo 25 de la CDN pone un especial énfasis en que se asegure la revisión periódica de la medida de protección en relación a los niños que se encuentran en una institución residencial, debido a la necesidad de limitar su permanencia en las mismas a lo estrictamente necesario, y a fin de asegurar que se favorece de modo diligente el objetivo de la reintegración familiar cuando ello fuera posible y responda al interés del niño.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Unidad XIII

El Abordaje de casos de violencia contra niñas y adolescentes mujeres

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia Sverige

unicef GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Unidad XIII

El Abordaje de casos de violencia contra niñas y adolescentes mujeres

1. Marco normativo que regula la atención de los casos contra niñas y adolescentes mujeres

Las mujeres se encuentran sometidas en la sociedad guatemalteca a formas de violencia cotidiana, producto de las relaciones asimétricas de poder que aún subsisten en la cultura patriarcal. Esta exacerbación de la violencia hacia la mujer adquiere sus connotaciones más sórdidas y visibles en el exagerado número de femicidios que se han venido sucediendo en los últimos años, y que colocan a Guatemala en el quinto lugar del mundo en la tasa de muerte de mujeres. Situación que se agrava con la condición de vulnerabilidad de las niñas y adolescentes.

Pero más allá del horror del femicidio, la violencia cotidiana contra la mujer alcanza cifras muy elevadas en la forma de violaciones, abusos sexuales, violencia intrafamiliar, acoso sexual, otros. En diversas sentencias contra Guatemala, la Corte IDH ha analizado la violencia contra la mujer en el país expresando que:

> "se ha agravado el grado de violencia contra las mujeres y el ensañamiento ejercidos contra los cuerpos de muchas de las víctimas. Aunado a ello, los homicidios de mujeres en Guatemala ocurren en un entorno de diversas formas de violencia contra aquellas, tales como violencia intrafamiliar y doméstica, rapto y violación, acoso, explotación y otras formas de violencia sexual"[1].

1 Corte IDH. VELÁSQUEZ PAIZ Y OTROS VS. GUATEMALA SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2015(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)- Serie C.No.327. párr..111.

Con este marco, dentro del presente módulo, se hace necesario analizar las distintas formas de violencia contra la mujer que no respeta incluso la edad, por ello se analiza cómo se manifiesta la violencia contra las niñas, así como presentar los diversos instrumentos nacionales e internacionales que la protegen frente a la violencia sexual, familiar, de cara a la más completa reparación de sus derechos.

a. Convención CEDAW

Las normas culturales y las expectativas sobre las conductas de las mujeres y de los hombres conducen a mitos que perpetúan la violencia y niegan la asistencia a estas víctimas[2]. Por ello, la protección de la mujer ocupa un lugar especial en la atención de delitos violentos, que además exhibe características singulares, que requieren de un tratamiento especializado y el reconocimiento de derechos específicos. La violencia contra la mujer en sus múltiples manifestaciones, es un fenómeno profundamente arraigado en nuestra sociedad.

Además, la violencia contra la mujer es una forma de discriminación. Por ello, se han establecido derechos específicos a favor de la mujer. En ese marco, en el año de 1982 se aprobó la Convención contra todas las formas de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas o CEDAW, que es un instrumento que emana del reconocimiento de la necesidad de dotar a la mujer de una protección especial debido a la discriminación histórica a que se ha visto sometida.

La CEDAW es el primer instrumento internacional que amplía la responsabilidad estatal a actos que cometen personas privadas, empresas o instituciones no estatales u organizaciones no gubernamentales. Esto es muy importante porque se sabe que la discriminación contra las mujeres y la violación a sus derechos humanos no sólo se da en la esfera estatal.

El Artículo 2, inc. (e) establece que los Estados están obligados a tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.

La CEDAW obliga a los Estados a adoptar medidas concretas para eliminar la discriminación contra las mujeres. Según el Artículo 2 de la CEDAW, los Estados que ratifiquen no sólo deben condenar toda forma de discriminación basada en el sexo o género, sino que tienen que tomar las medidas concre-

2 Esto fue analizado en el caso Veliz Franco v. Guatemala. Op.cit

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

tas para lograrlo, tales como consagrar la igualdad en sus constituciones políticas; abolir las leyes, costumbres, y prácticas que redunden en discriminación contra las mujeres; establecer protecciones jurídicas contra la discriminación; crear mecanismos de denuncia, otros.

Permite medidas transitorias de "acción afirmativa" a las que la CEDAW llama medidas especiales de carácter temporal. Debido al reconocimiento que hace la CEDAW de la histórica desigualdad entre hombres y mujeres en el goce de los derechos humanos, y al hecho de que tratar a personas que se encuentran en situaciones desiguales como si tuvieran el mismo poder no puede redundar en la eliminación de la discriminación.

El Artículo 4.1 de la CEDAW establece que los Estados pueden tomar medidas especiales de carácter temporal que aceleren el logro de la igualdad entre los sexos sin que estas sean interpretadas como discriminatorias para los hombres.

Por último reconoce el papel de la cultura y las tradiciones en el mantenimiento de la discriminación contra las mujeres y obliga a los Estados a eliminar los estereotipos en los roles de hombres y mujeres. La CEDAW reconoce el importante papel que juega la cultura y la tradición. Por consiguiente, prevé que los Estados deben adoptar medidas apropiadas para eliminar los estereotipos y prácticas atingentes a los papeles de hombres y mujeres, que surgen de un concepto de inferioridad o superioridad de un sexo respecto del otro.

La CEDAW reconoce que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación, dado que se sustenta en estereotipos o patrones culturales sexistas y patriarcales. Esto tiene una repercusión muy importante para la protección de los derechos de las niñas y adolescentes, dado que no se puede amparar la violencia contra la mujer en visiones patriarcales o concepciones tradicionales que coloquen a la mujer en una posición de inferioridad o le asignen roles predeterminados, que toleren o justifique la violencia contra la mujer.

b. Convención de Belem Do Pará

En el seno del sistema interamericano de derechos humanos, se desarrolló un instrumento específico para proteger a la mujer frente a todas las formas de violencia que vive en la sociedad. Es así, como se

adoptó la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer*[3]. En ambas Convenciones, el Estado de Guatemala se obligó[4] a adoptar todas las medidas adecuadas de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, que constituyan discriminación contra la mujer o que sean necesarios para erradicar la violencia contra ella.

El artículo 3 de la Convención de Belem Do Pará obliga a los Estado a garantizar a toda mujer una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado. Este derecho incluye, entre otros:

- El derecho de las mujeres a ser libres de toda forma de discriminación.

- El derecho de las mujeres a ser valoradas y educadas libres de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

El artículo 7 de dicho tratado establece obligaciones especiales de protección: "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

"**a.** Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b. Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c. Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

3 Adoptada en la Ciudad de Belem Do Pará, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

4 Guatemala ratificó la Convención de Belém do Pará el 4 de enero de 1995 y depositó su instrumento de ratificación en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos el 4 de abril de 1995 sin reservas o limitaciones

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

d. Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e. Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

h. Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención"

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en *el Caso Claudina Isabel Velásquez Paiz v. Guatemala*[5] que "El artículo 7 de la Convención de Belém do Pará instituye deberes estatales para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer que especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana, tales como el derecho a la vida y la integridad personal.

Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias[6].

5 Corte IDH. VELÁSQUEZ PAIZ Y OTROS VS. GUATEMALA SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)- Serie C.No.327. párr..108

6 Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 258

La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer[7]. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia[8]. Todo esto debe tomar en cuenta que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, obligaciones específicas a partir de la Convención de Belém do Pará.

En el mismo sentido, en *el Caso Veliz Franco v. Guatemala* la Corte IDH indicó:

> que en casos de violencia contra la mujer las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo **7.b** dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. En su artículo **7.c** la Convención de Belém do Pará obliga a los Estados Partes a adoptar la normativa necesaria para investigar y sancionar la violencia contra la mujer. En estos casos, las autoridades estatales deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva una vez que tomen conocimiento de los hechos que constituyan violencia contra la mujer, incluyendo la violencia sexual. De tal modo, que ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección[9] .

Por su parte, la Corte de Constitucionalidad también ha reconocido el deber de debida diligencia reforzada que tiene el Estado de proteger a la mujer frente a todas las formas de violencia. En sentido indica que “existe una realidad apreciablemente distinta que en el contexto social determina un trato

7 Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 133

8 Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 133

9 Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr.185.

discriminatorio y desigual en perjuicio de la mujer, generados de violencia en sus diferentes facetas y apoyados en patrones culturales que tienden a ubicar al sexo femenino en situación de subordinación frente al hombre, los que desde una perspectiva democrática es innegable que deben ser superados. En tal sentido, aprecia el tribunal que existe una justificación sustentada en una problemática social real, que determina y hace exigible un trato disímil entre hombres y mujeres, en los que a la prevención y penalización de la violencia en su contra se refiere... Pues bien, una vez referida la existencia de una situación objetivamente desigual entre hombres y mujeres, que es lo que fundamenta la existencia de tipos penales específicos que protegen a la mujer contra la violencia física, sexual, psicológica o económica ejercida en su contra, resulta más que evidente que la protección penal que brinda la norma persigue un fin constitucionalmente legítimo, garantizar la integridad y dignidad de la mujer, así como su desarrollo integral y el efectivo ejercicio de sus derechos a la igualdad, a la seguridad y a la libertad…"[10]

En virtud de las obligaciones específicas de la Convención de Belém do Pará, los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres; contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias.[11]

Para casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales invocados sean sustanciados con la debida diligencia, especialmente en los casos de una investigación penal por violencia sexual[12], la cual tiene un carácter reforzado en los casos de niñas y adolescentes víctimas[13] es necesario que:

- La declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza;

10 Corte de Constitucionalidad. Expediente 3009-2011 Sentencia del 23 de febrero de 2012.

11 Corte. IDH. Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco. Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2018. Serie C. No.371. parr.180.

12 Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, párr. 455; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, ,párrs. 194, 251 y 252; Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párrs. 242 y 252, y Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil, supra, párr. 254.

13 CASO V.R.P., V.P.C.* Y otros vs. Nicaragua. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Caso Veliz Franco Y Otros VS. Guatemala. Sentencia de 19 de mayo de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 31 de agosto de 2010

- La declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición;

- Se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación;

- Se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea;

- Se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia;

- Se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso, y

- Se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación.

Asimismo, en casos de supuestos actos de violencia contra la mujer, la investigación penal debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género[14].

Por último, es importante recordar que en los casos Espinoza Gonzáles Vs. Perú, y Veliz Franco y otros, y Velásquez Paiz, en contra de Guatemala, la Corte constató que la falta de investigación de la violencia que sufrieron en el marco de las investigaciones que constituyeran las víctimas de dichos casos se debió a la utilización, por parte de los operadores de justicia, de estereotipos discriminatorios[15].

14 Corte IDH. J vs Perú. SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2013. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr.328.

15 Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, párrs. 272 y 278; Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párrs. 212 y 213, y Caso Velásquez

En este sentido, la Corte IDH advierte que, del derecho a las mujeres a vivir una vida libre de violencia y los demás derechos específicos consagrados en la Convención de Belém do Pará, surgen las correlativas obligaciones del Estado para respetar y garantizarlos. Las obligaciones estatales especificadas en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará deben alcanzar todas las esferas de actuación del Estado, transversal y verticalmente, es decir, todos los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial), tanto a nivel federal como estadual o local, así como en las esferas privadas. Ello requiere la formulación de normas jurídicas y el diseño de políticas públicas, instituciones y mecanismos destinados a combatir toda forma de violencia contra la mujer, pero también requiere, la adopción y aplicación de medidas para erradicar los prejuicios, los estereotipos y las prácticas[16].

c. Recomendación 35 de CEDAW [17]

Esta recomendación es muy importante dado que esta aborda directamente la violencia por razón de género, es decir, en el marco de relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres. En este sentido la CEDAW considera que la violencia por razón de género contra la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados.

El Comité ha dejado claro que esa violencia constituye un grave obstáculo para el logro de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres y para el disfrute por parte de la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales, consagrados en la Convención.

Para el comité la violencia por razón de género afecta a las mujeres a lo largo de todo su ciclo de vida y, en consecuencia, a las niñas.

La violencia adopta múltiples formas, a saber: actos u omisiones destinados a, o que puedan causar o provocar la muerte o un daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o económico para las mujeres, o amenazas de tales actos, acoso, coacción y privación arbitraria de la libertad.

Paiz y otros Vs. Guatemala, párrs. 177, 183, 186 a 189

16 Corte. IDH. Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco. Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2018. Serie C. No.371. parr.215

17 Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19

La violencia por razón de género contra la mujer constituye una discriminación contra la mujer con arreglo al artículo 1 y, por lo tanto, afecta a todas las obligaciones contraídas en virtud de la Convención.

El artículo 2 establece que la obligación general de los Estados partes consiste en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, en especial la violencia por razón de género contra ella. Se trata de una obligación de carácter inmediato; las demoras no se pueden justificar por ningún motivo, ya sea económico, cultural o religioso. En la recomendación general núm. 19 se indica que, con respecto a la violencia por razón de género contra la mujer, la obligación se compone de dos aspectos de la responsabilidad del Estado por dicha violencia, la resultante de los actos u, omisiones del Estado parte o de sus agentes, por un lado, y la de los agentes no estatales, por el otro.

El artículo **2 e)** de la Convención prevé explícitamente que los Estados partes deben comprometerse a adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.

Esa obligación, conocida con frecuencia como una obligación de diligencia debida, sienta las bases de la Convención en su conjunto y, en consecuencia, los Estados partes serán considerados responsables en caso que no adopten todas las medidas apropiadas para prevenir, investigar, enjuiciar, castigar y ofrecer reparación por los actos u omisiones de agentes no estatales que den lugar a la violencia por razón de género contra la mujer, entre otras las medidas tomadas por empresas que operan de manera extraterritorial.

En virtud de la obligación de diligencia debida, los Estados partes deben adoptar y aplicar diversas medidas para hacer frente a la violencia por razón de género contra la mujer cometida por agentes no estatales, lo que comprende contar con leyes, instituciones y un sistema para abordar dicha violencia y garantizar que funcionan de manera eficaz en la práctica y que cuentan con el apoyo de todos los agentes y órganos del Estado que hacen cumplir las leyes con diligencia. El hecho de que un Estado parte no adopte todas las medidas adecuadas para prevenir los actos de violencia por razón de género contra la mujer en los casos en que sus autoridades tengan conocimiento o deban ser conscientes del riesgo de dicha violencia, o el hecho de que no investigue, enjuicie y castigue a los autores ni ofrezca reparación a las víctimas y supervivientes de esos actos, constituye un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia por razón de género contra la mujer. Tales fallos u omisiones constituyen violaciones de los derechos humanos.

En el marco de la protección para las mujeres y niñas víctimas de violencia de género, la Recomendación 35 recomienda a los Estados partes apliquen las siguientes medidas de protección:

a) Aprobar y aplicar medidas eficaces para proteger y ayudar a las mujeres denunciantes y a los testigos de la violencia por razón de género antes, durante y después de las acciones judiciales mediante, entre otros:

i) La protección de su privacidad y seguridad, de conformidad con la Recomendación General Número 33, en particular mediante procedimientos judiciales y medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género, teniendo en consideración las garantías procesales de las víctimas y supervivientes, los testigos y los acusados;

ii) La prestación de mecanismos de protección adecuados y accesibles para evitar una posible violencia o más actos de la misma, sin la condición previa de que las víctimas y supervivientes inicien acciones legales, por ejemplo mediante la eliminación de las barreras de comunicación para las víctimas con discapacidad. Los mecanismos deberían incluir la evaluación inmediata de los riesgos y la protección, compuesta por una gran variedad de medidas eficaces, y, cuando corresponda, la emisión y seguimiento de órdenes de desalojo, protección, alejamiento o seguridad de emergencia contra los presuntos autores, incluidas sanciones adecuadas en caso de incumplimiento.

Las medidas de protección deberían evitar imponer una excesiva carga financiera, burocrática o personal sobre las mujeres víctimas o supervivientes. Los derechos o reclamaciones de los autores o presuntos autores durante y después de los procedimientos judiciales, en particular en lo que respecta a la propiedad, la privacidad, la custodia de los hijos, el acceso, los contactos y las visitas, deberían determinarse a la luz de los derechos humanos de las mujeres y los niños a la vida y la integridad física, sexual y psicológica y regirse por el principio del interés superior del niño;

iii) Asegurar el acceso a asistencia financiera, gratuita o de bajo costo, asistencia jurídica de gran calidad, servicios médicos, psicosociales y de orientación, educación, vivienda de precio módico, tierras, cuidado del niño y oportunidades de capacitación y empleo para las mujeres víctimas y supervivientes y sus familiares. Los servicios de atención sanitaria deberían permitir la recuperación postraumática e incluir servicios oportunos y amplios de

salud mental, sexual y reproductiva, en particular anticonceptivos de emergencia y la profilaxis contra el VIH posterior a la exposición.

Los Estados deberían prestar servicios de apoyo especializados para la mujer, como, por ejemplo, líneas telefónicas de asistencia que presten atención 24 horas al día y un número suficiente de centros de crisis seguros y adecuadamente equipados, centros de apoyo y de derivación de pacientes y centros de acogida adecuados para las mujeres, sus hijos y otros familiares, según las necesidades;

iv) Proporcionar a las mujeres en instituciones, entre ellas residencias, centros de asilo y lugares de privación de libertad, medidas de protección y de apoyo en relación con la violencia por razón de género;

v) El establecimiento y la aplicación de mecanismos de remisión multisectorial apropiados para garantizar el acceso efectivo a servicios integrales para las supervivientes de dicha violencia, asegurando la plena participación y cooperación con las organizaciones no gubernamentales de mujeres.

b) Velar porque todas las acciones judiciales, medidas de protección y de apoyo y servicios para las víctimas y supervivientes respeten y fortalezcan su autonomía. Deberían ser accesibles para todas las mujeres, en especial para las afectadas por las formas interrelacionadas de discriminación, tener en cuenta las necesidades concretas de sus hijos y otros familiares a cargo, estar disponibles en todo el Estado parte y concederse independientemente de su condición de residentes o de su capacidad o voluntad para cooperar en las acciones judiciales contra el presunto autor. Los Estados también deberían respetar el principio de no devolución;

c) Abordar los factores que incrementan el riesgo de las mujeres a la exposición a formas graves de violencia por razón de género, como el acceso y la disponibilidad inmediatos a armas de fuego;

d) Elaborar y difundir información accesible, a través de medios de comunicación diversos y accesibles y del diálogo comunitario, dirigida a las mujeres, en especial a las afectadas por las formas interrelacionadas de discriminación, como aquellas con discapacidad, analfabetas o que tienen un conocimiento nulo o limitado de los idiomas oficiales de un país, sobre los recursos jurídicos y sociales disponibles para las víctimas y supervivientes, incluidas las reparaciones.

Enjuiciamiento

El Comité recomienda que los Estados partes apliquen las siguientes medidas con respecto al enjuiciamiento y el castigo de la violencia por razón de género contra la mujer:

a) Garantizar el acceso efectivo de las víctimas a las cortes y los tribunales y que las autoridades respondan adecuadamente a todos los casos de violencia por razón de género contra la mujer, en particular mediante la aplicación del derecho penal y, según proceda, el enjuiciamiento ex officio para llevar a los presuntos autores ante la justicia de manera justa, imparcial, oportuna y rápida e imponer sanciones adecuadas. No deberían imponerse tasas o costas judiciales a las víctimas y supervivientes;

b) Velar porque la violencia por razón de género contra la mujer no se remita obligatoriamente a ningún tipo de procedimiento alternativo de arreglo de controversias, como la mediación y la conciliación. El uso de esos procedimientos debe regularse estrictamente y permitirse únicamente cuando una evaluación anterior por parte de un equipo especializado garantice el consentimiento libre e informado de las víctimas y supervivientes y no existan indicadores de nuevos riesgos para las víctimas y supervivientes o sus familiares. Los procedimientos deberían empoderar a las víctimas y supervivientes y correr a cargo de profesionales especialmente capacitados para comprender e intervenir debidamente en los casos de violencia por razón de género contra la mujer, garantizando la protección adecuada de los derechos de las mujeres y los niños y que dichas intervenciones se realicen sin una fijación de estereotipos ni revictimización de las mujeres. Los procedimientos alternativos de arreglo de controversias no deberían constituir un obstáculo para el acceso de las mujeres a la justicia formal.

Reparación

El Comité recomienda que los Estados partes apliquen las siguientes medidas con respecto a las reparaciones:

a) Proporcionar reparaciones efectivas a las víctimas y supervivientes de la violencia por razón de género contra la mujer. Las reparaciones deberían incluir diversas medidas, tales como la indemnización monetaria, la prestación de servicios jurídicos, sociales y de salud, incluidos servicios de la salud sexual, reproductiva y mental para una recuperación completa, y la satisfacción y garantías de no repetición, de conformidad con la Recomendación General Número 28, la Recomendación General Número 30 y la Recomendación General Número 33. Tales reparaciones deben ser adecuadas, atribuidas con prontitud, holísticas y proporcionales a la gravedad del daño sufrido;

b) Establecer fondos específicos para reparaciones o incluir asignaciones en los presupuestos de los fondos existentes, en particular en el marco de los mecanismos de justicia de transición para reparaciones a las víctimas de violencia por razón de género contra la mujer. Los Estados partes deberían aplicar sistemas de reparaciones administrativas sin perjuicio de los derechos de las víctimas y supervivientes a obtener reparaciones judiciales y diseñar programas de reparaciones transformativos que ayuden a abordar la discriminación subyacente o la situación de desventaja que causó la violación o contribuyó de manera significativa a ella, teniendo en cuenta los aspectos individuales, institucionales y estructurales. Debe darse prioridad a la capacidad de acción, los deseos, las decisiones, la seguridad, la dignidad y la integridad de las víctimas y supervivientes.

d. Recomendación General Número 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Observación General Número 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño contienen obligaciones jurídicamente vinculantes que guardan una relación tanto general como específica con la eliminación de las prácticas nocivas. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Derechos del Niño han llamado sistemáticamente la atención sobre esas prácticas que afectan a mujeres y niños, sobre todo niñas, en la ejecución de sus mandatos de vigilancia. Precisamente por esa superposición de mandatos y por el compromiso compartido de responder a las prácticas nocivas, prevenirlas y eliminarlas, dondequiera y comoquiera que se produzcan, los Comités decidieron elaborar una recomendación u observación general conjunta.

Las prácticas nocivas están profundamente arraigadas en las actitudes sociales según las cuales se considera a las mujeres y las niñas inferiores a los hombres y los niños sobre la base de funciones estereotipadas. También ponen de relieve la dimensión de género de la violencia e indican que las actitudes y estereotipos por razón de sexo o de género, los desequilibrios de poder, las desigualdades y la discriminación perpetúan la existencia generalizada de prácticas que a menudo implican violencia o coacción.

Asimismo, es importante recordar que los Comités expresan su preocupación porque las prácticas también se utilicen para justificar la violencia contra la mujer como una forma de “protección” o dominación de las mujeres y los niños en el hogar o la comunidad, en la escuela o en otros entornos e instituciones educativos, y en la sociedad en general. Además, los Comités llaman la atención de los

Estados partes sobre el hecho que la discriminación por razón de sexo o de género se entrecruza con otros factores que afectan a las mujeres y las niñas, en particular aquellas que pertenecen o se percibe que pertenecen a grupos desfavorecidos y que, por tanto, corren un mayor riesgo de ser víctimas de prácticas nocivas.

Las prácticas nocivas se fundamentan en la discriminación por razón de sexo, género y edad, entre otras cosas, y a menudo se han justificado invocando costumbres y valores socioculturales y religiosos, además de concepciones erróneas relacionadas con algunos grupos desfavorecidos de mujeres y niños.

En general, las prácticas nocivas suelen ir asociadas a graves formas de violencia o son en sí mismas una forma de violencia contra las mujeres y los niños. Si bien la naturaleza y prevalencia de las prácticas varían según la región y la cultura, las más prevalentes y mejor documentadas son la mutilación genital femenina, el matrimonio infantil o forzoso, la poligamia, los delitos cometidos por motivos de "honor" y la violencia por causa de la dote.

Por tanto, ambos comités llaman a eliminar completamente estas prácticas.

Otras muchas prácticas tipificadas como nocivas están todas estrechamente relacionadas con papeles asignados a cada género creados por la sociedad y con sistemas de relaciones de poder patriarcales, y refuerzan dichos papeles y sistemas, y a veces reflejan percepciones negativas o creencias discriminatorias con respecto a determinados grupos desfavorecidos de mujeres y niños, como por ejemplo personas con discapacidad o albinas.

Entre estas prácticas se incluyen, sin carácter restrictivo, el abandono de las niñas (vinculado al trato y la atención preferentes que se prestan a los niños varones), restricciones dietéticas extremas, incluso durante el embarazo (alimentación forzada, tabúes alimentarios), exámenes de virginidad y prácticas conexas, ataduras, arañazos, marcas con objetos candentes/provocación de marcas tribales, castigo corporal, lapidación, ritos iniciáticos violentos, prácticas relativas a la viudez, acusaciones de brujería, infanticidio e incesto. También se incluyen modificaciones corporales que se practican en aras de la belleza o las posibilidades de contraer matrimonio de las niñas y las mujeres (por ejemplo, engorde, aislamiento, el uso de discos en los labios y el alargamiento de cuello con anillos o en un intento por proteger a las niñas del embarazo precoz o de ser sometidas al acoso sexual y la violencia (por ejemplo, planchado de los senos). Además, muchas mujeres y niñas se someten cada vez más a tratamien-

to médico o cirugía plástica para cumplir con las normas sociales del cuerpo, en lugar de hacerlo por motivos médicos o de salud, y muchas también se ven presionadas a estar delgadas tal y como impone la moda, lo que ha provocado una epidemia de trastornos alimentarios y de salud.

En virtud de ello, los comités considera que Los Estados partes en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y Convención sobre los Derechos del Niño están obligados a prever y aprobar leyes, políticas y medidas adecuadas, y a garantizar que su aplicación responda con eficacia a los obstáculos, barreras y resistencia específicos a la eliminación de la discriminación que dan lugar a las prácticas nocivas y a la violencia contra la mujer (arts. 2 y 3).

Los Estados partes deben ser capaces de probar la pertinencia directa y la idoneidad de las medidas que han adoptado, asegurando ante todo que no se vulneren los derechos humanos de las mujeres, y demostrar si dichas medidas lograrán el efecto y el resultado deseados. Además, la obligación de los Estados partes de llevar adelante tales políticas específicas es de carácter inmediato y estos no pueden justificar demora alguna por ningún motivo, ni siquiera cultural o religioso. Los Estados partes también tienen la obligación de tomar todas las medidas apropiadas, incluidas medidas especiales de carácter temporal (art. 4 1)para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (art. 5 a)) y para garantizar que no tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños (art. 16 2).

Uniones tempranas y matrimonio infantil

Las normas internacionales establecen la edad mínima para contraer matrimonio a los 18 años. Por ende, el término “matrimonio precoz” se ha abandonado para una referencia más clara a la prohibición genérica de “matrimonio infantil”. La prohibición se aplica a todos por igual niñas y niños.

Aunque la Convención sobre los Derechos del Niño no se hace referencia directamente al matrimonio infantil, está estrechamente relacionada a otros derechos - tales como el derecho a expresar libremente sus opiniones, el derecho a la protección contra toda forma de abuso, y el derecho a ser protegido contra las prácticas tradicionales perjudícales.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, sin embargo, hace referencia inequívoca a la cuestión del matrimonio infantil:

"El compromiso matrimonial y el matrimonio de un niño no tendrán efecto legal, y todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para ajustar una edad mínima para el matrimonio y para hacer la inscripción del matrimonio en un registro oficial obligatorio (CEDAW, artículo 16.2) "

Tanto el Comité de los Derechos del Niño, como el CEDAW (por sus siglas en inglés) han abordado ampliamente la cuestión en sus Comentarios o Recomendaciones generales y Observaciones finales. Cabe destacar que la primera observación general/ Recomendaciones emitidas conjuntamente por los dos Comités en noviembre de 2014 sobre las prácticas perjudícales contienen consideraciones trascendentales en relación con el matrimonio infantil.

En cuanto a la edad mínima para contraer matrimonio, los Comités recomiendan: Se establece una edad mínima para contraer matrimonio para las niñas y los niños con o sin consentimiento de los padres a los 18 años.

Las normas internacionales reconocen que la libertad del matrimonio implica el consentimiento de los cónyuges. Los instrumentos fundamentales a nivel regional e internacionales incluyen disposiciones relacionada al derecho a contraer matrimonio y la prohibición del matrimonio sin el consentimiento pleno y fundamentado de las partes contrayentes. En relación con el matrimonio infantil, la pregunta es si los padres o tutores legales tienen derecho a establecer el consentimiento de parte del niño. La articulación de la Recomendaciones generales y comentarios de las Comités de la CDN y la CEDAW reconoce que "el matrimonio infantil es considerado como una forma de matrimonio forzado ya que una o ambas partes no hayan expresado su consentimiento pleno, libre y fundamentado." El Comité de la CDN se había expresado claramente que la edad mínima para el matrimonio debe fijarse en los 18 años "con y sin consentimiento de los padres."

En Guatemala el matrimonio infantil quedo derogado a partir del año 2017, pero las uniones tempranas principalmente de niñas y adolescentes mujeres con personas adultas continúan siendo una práctica nociva en nuestro país, en estos casos los jueces y juezas deben considerar los siguientes puntos clave:

- Las uniones tempranas, así como el matrimonio infantil tiene numerosas consecuencias negativas a largo plazo sobre los derechos de las niñas y las adolescentes mujeres, especialmente el derecho a la educación, el derecho a expresarse, el derecho a ser protegidos

de la violencia, y el derecho a la salud, el derecho al desarrollo integral, entre otros. Las niñas son especialmente vulnerables a la práctica, con un impacto significativo en su desarrollo y la igualdad de género en general.

- Las uniones tempranas, así como el matrimonio infantil está en contra de los estándares internacionales.

- Las uniones tempranas, así como el matrimonio infantil, principalmente entre adolescentes mujeres y adultos, puede constituir violencia sexual y por lo tanto la comisión de delitos, especialmente cuando se habla de personas menores de 14 años de edad.

- Cualquier decisión judicial sobre las niñas y adolescentes mujeres en relación a uniones tempranas, debe de tener en cuenta la evaluación y determinación del interés superior del niño establecida en la Observación General No. 14 del Comité sobre los Derechos del Niño del año 2013, "El Derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial", por lo que debe ser un proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior, teniendo en cuenta su proceso de evaluación.

Lecturas Obligatorias

Recomendación 35 de CEDAW

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf

Recomendación General núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9925.pdf

2. Jurisprudencia del sistema interamericano su aplicación a nivel nacional

A continuación se señalarán algunos de los casos más emblemáticos a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cómo han sido recogidos por la Corte de Constitucionalidad en virtud del principio de control de convencionalidad.

a. Caso Rosendo Cantú vs. México

Este caso toma en consideración en primer lugar que la niña era una mujer, indígena, por lo cual es necesario hacer un enfoque interseccional de derechos para la adecuada protección.

La Corte en primer lugar, hace referencia a la necesidad de evaluar el trauma diferenciado provocado por la violencia sexual contra una niña. En este sentido, el Tribunal americano deja asentado que los casos de violencia contra la mujer, dejan un profundo daño psicológico en las mujeres y con mayor énfasis en las y los niños. Por ello concluye tres cosas:

89. En primer lugar, para la Corte es evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho.

91. De las diferentes declaraciones de la señora Rosendo Cantú, salvo algunas imprecisiones, se advierte consistencia en lo relatado en cuanto al hecho de la violación sexual. La Corte considera que no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, a priori, inconsistencias en el relato. Al respecto, el Tribunal toma en cuenta que los hechos referidos por la señora Rosendo Cantú se relacionan a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al rememorarlos. Dichos relatos, además, fueron rendidos en diferentes momentos desde 2002 a 2010. Adicionalmente, la Corte tiene en cuenta en el presente caso que al momento de ocurridos los hechos la señora Rosendo Cantú era una niña.

b. Caso Veliz Franco vs. Guatemala

Obligaciones generales con relación a las niñas víctimas

133. De conformidad con las características del caso sub examine, debe señalarse que, en relación con niñas, los derechos y obligaciones antedichos deben observarse en el marco del acatamiento del artículo 19 de la Convención Americana y, siendo pertinente, atendiendo a lo dispuesto en la Convención de Belém do Pará. El artículo 19 de la Convención establece, como se ha dicho en otras oportunidades, el derecho de "[l]os niños y las niñas a […] medidas especiales de protección [que] deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto". El Tribunal ha indicado, asimismo, que "[l]a adopción de [tales] medidas […] corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que [el niño o la niña] pertenece". Además, la Corte ha "reitera[do] que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a derechos humanos son niñas y niños", quienes, "[e]n razón de su nivel de desarrollo y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado". En ese sentido, "han de ceñirse [al criterio del interés superior del niño] las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos". Por otra parte, el artículo 7 de la Convención Belém do Pará, sobre el que el Tribunal es competente […] instituye deberes estatales para "prevenir, sancionar y erradicar [la] violencia [contra la mujer]" que especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana, tales como los establecidos en los artículos 4, 5 y 7.

134. De lo anterior se colige que, conforme el marco normativo expuesto, en relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere especial intensidad en relación con niñas. Esto es así debido a que la vulnerabilidad consustancial a la niñez puede verse enmarcada y potenciada debido a la condición de ser mujer. En ese sentido, debe advertirse que las niñas son, como se ha aseverado, "particularmente vulnerables a la violencia". La especial intensidad mencionada se traduce en el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia.

135. Una manifestación del deber de garantía es el deber de prevención que, como la Corte ha afirmado: abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mis-

mos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.

136. El deber de prevención ha sido específicamente señalado respecto a mujeres, inclusive niñas, desde antes de 2001 y mediante instrumentos distintos a la Convención de Belém do Pará, tratado que expresamente lo contempla en el citado artículo 7.b

Por otra parte, las niñas, entre ellas, las adolescentes, requieren medidas especiales de protección.

La Corte ya ha tenido oportunidad de expresar, respecto a mujeres y niñas, que: [l]a estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia.

Por otra parte, la Corte IDH hace énfasis en que las niñas indígenas requieren de una atención adecuada a sus condiciones culturales en el **Caso Rosendo Cantú**:

> **201.** [...] De conformidad con sus obligaciones convencionales, efectivamente, el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no sólo durante la denuncia penal, sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, inter alia, lo siguiente:
>
> **i)** Suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades;

ii) Asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y

iii) Procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño.

245. La Corte valora positivamente la existencia de diversas acciones y cursos de capacitación desarrollados por el Estado. Al respecto, considera que los mismos deben incluir, en lo pertinente, el estudio de las disposiciones previstas en el Protocolo de Estambul y en las Directrices de la Organización Mundial de la Salud, y deben poner énfasis en la atención de presuntas víctimas de violación sexual, especialmente cuando pertenecen a grupos en situación de mayor vulnerabilidad como las mujeres indígenas y los niños.

c. Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018

155. La Corte considera que, sin perjuicio de los estándares establecidos en casos de violencia y violación sexual contra mujeres adultas, los Estados deben adoptar, en el marco del acatamiento del artículo 19 de la Convención Americana, medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual.

En consecuencia, en el marco del presente caso, y a lo largo de la presente sentencia, el Tribunal analizará las presuntas violaciones a derechos en perjuicio de una niña, no solo con base en los instrumentos internacionales de violencia contra la mujer, sino que también los examinará "a la luz del corpus juris internacional de protección de los niños y las niñas" (supra párr. 42), el cual debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de las niñas, niños y adolescentes reforzada de debida diligencia.

d. Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018.

152. En toda situación que involucre a niñas y niños se deben aplicar y respetar, de forma transversal, cuatro principios rectores, a saber:

i) la no discriminación;

ii) el interés superior del niño;

iii) el derecho a ser oído y participar; y,

iv) el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo.

Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. La Corte reitera que el interés superior del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

e. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013

100. "En primer lugar, a la Corte le resulta evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho."

Lecturas Obligatorias

- ✓ Caso Rosendo Cantú vs. México

https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Sentencia-Corte-Interamericana-Caso-ROSENDO-CANTU.pdf

- ✓ Caso Veliz Franco vs. Guatemala

https://www.mp.gob.gt/wp-content/uploads/2015/01/Sentencia-Caso-V%c3%a9liz-Franco-2.pdf

- ✓ Caso V.P.C y VPR vs. Nicaragua

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

- ✓ Caso Ramírez Escobar

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf

- ✓ Caso Fernández Ortega vs. México

https://www.cndh.org.mx/documento/caso-fernandez-ortega-y-otros-vs-mexico

3. Avances desde el Organismo Judicial

La Corte Suprema de Justicia ha promovido avances sustanciales en esta materia, destacando la importancia de contar con un instrumento de orientación y planificación estratégica que evidencia la importancia que ha dado al tema, por ello se cuenta con una Política Judicial para la Protección Especial de las Niñas, Niños y Adolescentes 2020-2025.

Dentro de los resultados alcanzados se pueden mencionar las siguientes:

El Organismo Judicial cuenta con 30 juzgados especializados en materias de Niñez y Adolescencia, de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal y de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, a cargo de 47 jueces y juezas especializadas, ubicados en 20 de los 22 departamentos del país, habiéndose aprobado la implementación de los 2 juzgados de los departamentos faltantes que en este momento está en proceso de implementación, (1) una Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia y ha ampliado la competencia de 16 salas jurisdiccionales de Corte de Apelaciones en todo el país para conocer y resolver los casos resueltos por juzgados especializados a nivel nacional.

Otro importante avance es la actualización de la gestión por audiencias en los juzgados de niñez y adolescencia y adolescentes en conflicto con la Ley Penal, por medio del desarrollo y aprobación del Acuerdo 74-2017 de la Corte Suprema de Justicia que contiene el Reglamento de Gestión de Juzgados y Salas con Competencia en Materia de la Niñez y Adolescencia y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, y los respectivos Manuales de Funciones, herramientas que dan claridad a las atribuciones que corresponden a cada puesto del despacho judicial, generando mejores niveles de calidad del servicio, el cual fue puesto en marcha e implementado en todo el país con un modelo oral simplificado en todos los Juzgados del país, en donde las estructuras orgánicas son iguales; los roles del personal auxiliar y técnico están claros y definidos; se da una separación material de funciones jurisdiccionales y administrativas en la gestión del despacho; la coordinación intra e interinstitucional se ha logrado y particularmente la coordinación entre jueces de Paz y de Instancia de Niñez y adolescencia y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal; el sistema informático se ha fortalecido y está en proceso de mejora constante; se ha establecido procesos de fortalecimiento de las competencias en liderazgo y

trabajo en equipo de los/as secretario/as; todos los juzgados cuentan con áreas lúdicas y condiciones de protección a niñas, niños y adolescentes, luego de la aprobación, creación de plaza y nombramiento de responsables de las áreas lúdicas; todos los juzgados cuentan con equipamiento para realizar audiencias virtuales y el 100 % de los juzgados cuentan con equipos que no permiten la confrontación de las niñas, niños y adolescentes con su agresor, acondicionados en salas de entrevistas acordes a sus necesidades, para que ningún niño, niña o adolescente sea expuesto frente a sus posibles agresores. Todo ello permite el efectivo acceso a la justicia, la protección integral y la productividad del despacho, reduciendo tiempos, mejorando la productividad del despacho, eliminando mora judicial.

En materia de justicia penal, la Corte Suprema de Justicia aprobó el Acuerdo 28- 2019, mediante el cual crea el Juzgado de Turno de 24 horas de Primera Instancia con competencia Específica para conocer Delitos cometidos en contra de Niñas, Niños y Adolescentes, fundado también en un convenio interinstitucional que permite el trabajo coordinado en un Modelo de Atención Integral –MAINA- que tiene por objeto evitar la victimización secundaria, promueve las diligencias en anticipo de prueba para evitar que los niños, niñas y adolescentes tengan que permanecer largos períodos dentro de un proceso penal, evita las confrontaciones con su agresor, promueve atención integral desde el primer momento, también se aprobó la “Guía de Buenas Prácticas” para recibir la declaración de niñas, niños y adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual u otros delitos para la protección efectiva de sus derechos en el proceso penal y Lineamientos para la realización de la entrevista única a niños, niñas y adolescentes en los órganos jurisdiccionales-aspectos psicológicos-, aprobados ambos instrumentos por la Corte Suprema de Justicia, mediante Acta 43-2019, de fecha 9 de Octubre del 2019, que constituyen herramientas de apoyo a la función jurisdiccional.

En materia de especialización, mediante Acta 54-2019, de fecha cuatro de diciembre de dos mil diecinueve, se logró institucionalizar la Justicia Especializada en Materia de Niñez y Adolescencia con la aprobación del Acuerdo de Corte Suprema de Justicia que lo sustenta. Se acompaña de módulos de formación que luego permiten generar procesos sostenidos, principalmente en la formación continua de juezas, jueces, tanto de paz como de instancia, de niñez y adolescencia, y justicia penal juvenil, para obtener la acreditación respectiva.

Se ha instituido los Encuentros Nacionales de Niñez y Adolescencia que permiten compartir buenas prácticas, entre jueces y juezas, secretarios y secretarias, y magistrados y magistradas, con acciones permanentes de formación, sensibilización promoción y difusión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En el tema de registro, se ha actualizado el Sistema de Gestión de Tribunales, tanto en Protección como en Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, contando con un registro completo y confidencial, que se sigue actualizado y adecuando a mejores tecnologías para facilitar su uso. Los resultados que se evidencian son múltiples y uno, de los más importantes, es la disminución sostenible de adolescentes en conflicto con la ley penal privados de libertad, y de niños, niñas y adolescentes abrigados en hogares, tanto públicos como privados, por medio de la medida excepcional y temporal del abrigo provisional; hoy es menor del 7%.

En materia de violencia contra las mujeres, la Corte Suprema de Justicia ha promovido el fortalecimiento de la Justicia especializada para mujeres víctimas de violencia. Dentro de los avances más destacados, se encuentra la ampliación de la cobertura, ya se cuenta con 42 órganos jurisdiccionales para atender los casos denunciados por femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, incluyendo la violencia sexual, los cuales desde el año 2016 tienen la competencia también para atender los casos de niños y adolescentes víctimas de violencia sexual. Dichos órganos jurisdiccionales están establecidos en 17 departamentos; de los cuales, 4 son pluripersonales, 2 juzgados de turno de 24 horas que incluyen a 6 jueces y juezas, 1 para cada turno, 15 juzgados de primera instancia y 17 tribunales de sentencia. Se han establecido 2 salas de Corte de Apelaciones especializadas en la materia. Cada juzgado cuenta con un Sistema de Atención Integral que es atendido por profesionales de las disciplinas de psicología y trabajo social, incluyendo las adecuaciones pertinentes para la atención digna de las víctimas, sus hijas e hijos y para ello se han establecido salas infantiles y las respectivas niñeras que les atienden durante su estancia en los juzgados.

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Unidad XIV

Justicia Restaurativa en adolescentes en conflicto con la Ley penal (Parte I)

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia Sverige

unicef GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Unidad XIV

Justicia restaurativa en adolescentes en conflicto con la Ley Penal

1.- Principios de la Justicia Restaurativa

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los estándares fijados por el *corpus juris* de la niñez, destacan que existe dentro del derecho internacional de los derechos humanos una clara tendencia a darles a los niños una protección diferenciada frente a los adultos, limitando el papel del ius puniendi. Agrega que, derivado del artículo 19 de la Convención Americana, derivan obligaciones particulares de "garantizar el bienestar de los delincuentes juveniles y empeñarse en su rehabilitación"[1].

De esa cuenta, el sistema de justicia juvenil no debe estar orientado por criterios retributivos, sino debe regirse por una política criminal orientada hacia la prevención y el fomento de oportunidades para una efectiva reinserción social.

En ese marco, "De manera general, conforme al artículo 40 de la CDN, los Estados parte deben tratar de promover medidas que no supongan la judicialización, como la reorientación hacia servicios sociales, siempre que sea apropiado y deseable"[2].

En otras palabras, a diferencia del derecho penal de adultos en donde el proceso penal es obligatorio, el derecho penal juvenil busca evitar la intervención penal desde un primer momento.

1 CIDH Justicia juvenil y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, adoptado el 13 de julio de 2011, .PARR.30.

2 Ibíd.

El principio general es que *el proceso* es una última ratio, solo cuando otras medidas apropiadas y deseables no puedan utilizarse. Aquí, debe reiterarse que el principio básico y fundamental es el bienestar del niño, niña y adolescente. Es cierto, que este principio tiene que cumplir dos metas adicionales, i) garantizar el respeto por los derechos y libertad de terceros y ii) edificar una persona constructiva para la sociedad. Es decir, que la adopción de la decisión ha de garantizar también que el adolescente se responsabilice del daño causado por el delito y pueda asumir la reparación. En este sentido, el proceso penal se rige por el principio de excepcionalidad.

Como señala el artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño los Estados partes velarán por que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se lleven a cabo como medidas de último recurso. Para la CIDH "Lo anterior constituye un reconocimiento de que los niños, niñas y adolescentes son personas en desarrollo respecto de quienes los Estados están obligados a adoptar medidas especiales de protección", según el artículo 19 de la Convención Americana y el artículo VII de la Declaración Americana.

El principio de excepcionalidad derivado de las normas anteriores implica tanto la excepcionalidad de la privación de la libertad de forma preventiva o como sanción, como la excepcionalidad de la aplicación del sistema de justicia juvenil o judicialización[3].

Las consecuencias negativas de someter a una persona a la justicia por infringir las leyes penales se acentúan cuando se trata de niñas, niños y adolescentes por tratarse de personas en desarrollo. Por ello, es necesario limitar el uso del sistema de justicia juvenil respecto a esta población, disminuyendo en la mayor medida posible la intervención punitiva del Estado, sobre todo la privación de la libertad[4].

En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité de los Derechos del Niño, ha señalado que el hecho que un niño se le impute la comisión de un delito no debe implicar necesariamente su sometimiento a proceso penal para la determinación de la responsabilidad penal[5].

En este punto, las autoridades estatales pueden adoptar dos tipos de medidas en relación con los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpa-

3 CIDH Justicia juvenil y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, adoptado el 13 de julio de 2011, parr.222

4 CIDH Justicia juvenil y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, adoptado el 13 de julio de 2011, parr.76.

5 Comité de los derechos del Niño. Observación General No 24. Párr..11

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

bles de haber infringido esas leyes: medidas que no supongan el recurso a procedimientos judiciales y medidas en el contexto de un proceso judicial.

Conveniente o adecuado al interés superior del niño; este punto se halla recogido en el artículo 40.3 de la Convención:

"Los Estados Partes tratarán de promover medidas en relación con los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes que no supongan un recurso a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado y deseable".

Se busca prescindir del proceso judicial para determinar la responsabilidad, y establecer medidas que logren efectos apropiados y deseables con los fines de la Convención, esto es, promover el respeto de los derechos humanos de terceros, garantizar una vida libre de delito y buscar edificar la responsabilidad del niño, dentro de un marco que desarrolle su proyecto de vida.

En este punto el Comité de Derechos Humanos apunta:

> "que la mayoría de los niños delincuentes sólo cometen delitos leves, deberán estar previstas una serie de medidas que entrañen la supresión del procedimiento penal o de justicia de menores y la reorientación hacia servicios sustitutorios (sociales) (es decir, remisión de casos), que pueden y deben adoptarse en la mayoría de los casos. Además, señala que la remisión de casos, no debe limitarse a delitos leves o a transgresores que delincan por primera vez"[6].

La idea es que un proceso judicial conlleva una serie de actos que restringen derechos fundamentales como la detención, el encarcelamiento o la prisión preventiva de un niño, los cuales pueden darse antes de una sentencia final que, incluso, en muchos casos puede ser absolutoria. Además, el proceso penal causa estigmatización social, en vista que puede dar lugar a antecedentes penales y condicionar en el niño una carrera criminal.

El proceso judicial, con todas las restricciones de garantías, debe ser utilizado como medida de último recurso (art. 37 b). Por tanto, es necesario desarrollar y aplicar, en el marco de una política general de

6 Comité de Derechos del Niño (Observación No. 10). Par. 22.

justicia juvenil, diversas medidas que aseguren que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción cometida[7].

La desjudicialización o remisión no debe, por supuesto, enmascarar un sistema de penas o sanciones. La idea de la remisión es apoyar al adolescente, sin tener que estigmatizarlo con un proceso penal y sin someterlo a medidas de restricción de libertad o que vulneren sus derechos humanos. Por ello, para la aplicación de la desjudicialización se exigen dos condiciones:

a) Que el niño dé libre y voluntariamente su consentimiento para el proceso restaurativo, y el consentimiento deberá basarse en información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, y también sobre las consecuencias si no coopera en la ejecución de ésta; y,

b) Que se respetarán plenamente sus derechos humanos y las garantías legales (artículo 40.3.b de la Convención sobre Derechos del Niño).

Derivado de la opción de última ratio, parece congruente que el juez busque primordialmente la desjudicialización del proceso al momento de decidir sobre un adolescente detenido, en la primera audiencia de declaración.

En virtud que el juez debe resolver sobre la situación legal del niño, se le presentan dos opciones, desjudicializar o someter a proceso. El carácter excepcional del proceso penal juvenil hace que deban privilegiarse las decisiones desjudicializadoras. Esto es congruente con la regla 10.2 de los principios de Beijing:

"**10.2** El juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor".

Y la regla del artículo 40.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

c) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

7 Comité de Derechos del Niño Observación No. 10. Par. 22.

Conforme a esa premisa, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que:

> En cumplimiento del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en aplicación del principio de excepcionalidad del sistema de justicia juvenil y en respeto de las obligaciones especiales de protección que se derivan del artículo 19 de la Convención Americana y del artículo VII de la Declaración Americana, los Estados deben limitar el uso del sistema de justicia juvenil y ofrecer alternativas a la judicialización.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha señalado que, a la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse *inter alia*, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales. La Corte explicó que lo anterior procura reconocer el estado general de vulnerabilidad del niño ante los procedimientos judiciales, así como el impacto mayor que genera al niño el ser sometido a un juicio penal[8].

En ese sentido el Estado de Guatemala al ratificar la Convención Internacional de los Derechos del Niño y adecuar su legislación interna a sus postulados, mediante la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LPINA) –Decreto 27-2003-, crea un sistema de justicia penal juvenil compuesto por instituciones especializadas; un proceso penal de adolescentes provisto de principios, derechos y garantías específicas; así como medidas de coerción de tipo cautelar. En cuanto a las respuestas judiciales, establece las formas anticipadas de terminación del proceso como medidas desjudicializadoras y un catálogo de sanciones, que privilegian las no privativas de libertad, dejando la privación de libertad como *ultima rato* y que se debe imponer por el menor tiempo posible.

Las medidas de coerción constituyen parte de las características del proceso penal de adolescentes, son de tipo cautelar y se privilegian las no privativas de libertad, por lo que la privación de libertad provisional debe ser la excepción y solo cuando el Fiscal la solicite y exista peligro de fuga y/o obstaculización de la averiguación de la verdad, y cuando se trate de delitos que impliquen grave violencia y sea contra la vida, la libertad sexual, la libertad individual y la integridad de las personas.

8 Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 211 y 212.

Tanto las medidas de coerción no privativas de libertad, las formas anticipadas de terminación del proceso y las sanciones no privativas de libertad, requieren la participación de la comunidad, que es uno de los aspectos que caracterizan la justicia restaurativa.

La justicia penal juvenil, con enfoque restaurativo, se representa en la LPINA, de forma más concreta, en las formas anticipadas de terminación del proceso y en las sanciones no privativas de libertad.

En ese marco, la Ley de Protección de la Niñez y Adolescencia, dispone de las formas anticipadas de terminación del proceso, como respuesta a la comisión de faltas o delitos leves, por lo que se prescinde del proceso penal. La virtualidad de estos mecanismos desjudicializadores es que terminan el proceso lo más pronto posible y brindan un abordaje adecuado y conveniente al adolescente.

En cuanto a las formas anticipadas de terminación del proceso, el artículo 184 de la LPINA establece las siguientes:

- la conciliación,
- la remisión, y,
- el criterio de oportunidad reglado.

Respecto a las sanciones no privativas de libertad que contienen carácter restaurativo, la LPINA establece las siguientes:

- amonestación y advertencia,
- libertad asistida,
- prestación de servicios a la comunidad,
- reparación del daño al ofendido, y,
- órdenes de orientación y supervisión.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Lecturas Obligatorias

Observación 24 del Comité de los Derechos del Niño (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil.

https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/12/G1927560.pdf

Material de Apoyo

Principios Básicos de las Naciones Unidas Sobre el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal

https://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/5add1s.pdf

2. Finalidades de la justicia restaurativa

Los objetivos de los programas de justicia restaurativa son lograr que el adolescente pueda asumir las consecuencias del hecho delictivo, por medio de un proceso de dialogo e interacción con la víctima, así como con la comunidad y que proceda a reparar el daño causado. De esta forma, el proceso cumple una función socio-pedagógica, dado que la finalidad del derecho penal de adolescentes es fomentar el sentido de la responsabilidad, el respeto por el derecho a los terceros y reparar el daño causado.

Hay al menos cuatro elementos básicos para que un proceso completamente restaurativo alcance sus objetivos:

a) una víctima identificable,

b) la participación voluntaria de la víctima,

c) un delincuente que acepte la responsabilidad de su comportamiento delictivo, y,

d) la participación no forzada del delincuente.

La mayoría de los métodos restaurativos se esfuerzan por alcanzar una dinámica interactiva específica entre las partes involucradas. La meta es crear un ambiente sin enemistad ni amenaza en que los intereses y las necesidades de la víctima, del delincuente, de la comunidad y de la sociedad puedan ser atendidos. La meta del proceso incluye:

- víctimas que acepten estar involucradas en el proceso de manera segura y salen sintiéndose satisfechas por haber obtenido una reparación;
- adolescentes que entiendan cómo la acción afectó a la víctima y a otras personas, asuman su responsabilidad en las consecuencias de sus acciones y se comprometan a reparar;
- medidas flexibles, acordadas por las partes, que enfaticen la reparación del daño y, de ser posible, también se ocupen de las razones de la infracción;

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

- el respeto, por parte de los delincuentes, de su compromiso de reparar el daño, así como su intención de resolver los factores que provocaron su comportamiento; y,

- la comprensión, tanto de la víctima como del delincuente, de la dinámica que llevo al incidente específico, y su obtención de un sentido de cierre y de reintegración a la comunidad.

Los objetivos de los programas de justicia esencialmente contienen los siguientes elementos clave:

a) Apoyar a las víctimas, darles una voz, motivarlas a expresar sus necesidades, permitirles participar en el proceso de resolución y ofrecerles ayuda.

b) Reparar las relaciones dañadas por el crimen, en parte llegando a un consenso sobre cómo responder mejor al mismo. De hecho, a menudo se discute que el enfoque de la respuesta no debe ser solamente en el incidente delictivo, sino en las relaciones que este afecta o daña.

c) Rechazar el comportamiento criminal como inaceptable y reforzar los valores de la comunidad.

d) Motivar la responsabilidad de todas las partes relacionadas, especialmente de los adolescentes

El proceso restaurativo está creado para que sea más fácil para los adolescentes asumir la responsabilidad de su comportamiento y sus consecuencias. Un proceso restaurativo cambia la mera evaluación de la culpa legal por el intento de determinar la responsabilidad en un conflicto y sus consecuencias. Se alienta el reconocimiento activo y la aceptación de la responsabilidad personal del delito y sus consecuencias, en lugar del sometimiento pasivo a lo impuesto por otros.

Según ha dicho la corte IDH “son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”[9].

9 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 135.

Estos corresponden a una concepción de justicia restaurativa. Los Principios Básicos de Naciones Unidas para la Aplicación de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal se refieren a esta como una respuesta evolutiva al delito que promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y la comunidad. Añaden que el proceso de justicia restaurativa es aquel en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador.

El Conjunto de *Principios Básicos del uso de programas de Justicia Restaurativa en Materia penal*[10] establece los parámetros para el uso de la justicia restaurativa y las medidas que deben adoptarse por los Estados Miembro para asegurar que estos garanticen que los participantes en procesos restaurativos sean protegidos con garantías legales adecuadas.

Los *Principios Básicos* se refieren a las siguientes garantías fundamentales:

El derecho de consulta con un representante legal. La víctima y el adolescente deben tener el derecho de consultar con consejeros legales relacionados con el proceso restaurativo y, cuando sea necesario, a que se les traduzca y/o intérprete.

El derecho de los adolescentes de recibir ayuda de un padre o tutor. Los adolescentes deben, adicionalmente, tener derecho a la ayuda de un padre o un tutor.

El derecho a estar completamente informados. Antes de acordar participar en procesos restaurativos, las partes deben estar completamente informadas sobre sus derechos, la naturaleza del proceso y las posibles consecuencias de sus decisiones.

El derecho a no participar. Ni la victima ni el adolescente deben ser obligados o inducidos por medios injustos a participar en procesos restaurativos o a aceptar resultados restaurativos. Se requiere su consentimiento. Los niños pueden necesitar consejos especiales y ayuda antes de poder forjar un consentimiento valido e informado.

10 Adoptado en el 2002 por el Consejo Económico y Social en las Naciones Unidas.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

La participación no es evidencia de culpa. La participación de un adolescente sindicado en un proceso de justicia restaurativa no debe usarse como evidencia de admisión de culpa en procedimientos legales subsecuentes (Párr. 8).

Los acuerdos deben ser voluntarios y razonables. Los acuerdos derivados de un proceso restaurativo deben acordarse voluntariamente y deben contener solamente obligaciones razonables y proporcionadas (Párr. 7).

Confidencialidad del procedimiento. "Las discusiones en procesos restaurativos que no se realizan en público deben ser confidenciales, y no deben ser reveladas posteriormente, excepto por acuerdo de las partes o por requerimiento de alguna ley nacional" (Párr. 14).

Supervisión judicial. "Los resultados de los acuerdos derivados de los programas de justicia restaurativa deben, cuando sea adecuado, estar supervisados judicialmente o incorporados a decisiones judiciales o juicios" (Párr. 15). Cuando eso ocurra, el resultado deberá tener el mismo valor que cualquier otra decisión judicial. Esto significa que en la mayoría de los sistemas la decisión puede ser apelada por el delincuente y el fiscal.

Falta de acuerdo. Si no se llega a un acuerdo, ello no debe ser utilizado en contra del delincuente en procedimientos penales posteriores.

No se incrementa la sanción por falta de acuerdo. Si no se llega a un acuerdo en el curso de un proceso de justicia restaurativa (diferente a una decisión judicial o juicio), ello no debe usarse como justificación para una sentencia más severa en procedimientos penales posteriores.

Observación General 24 del Comité de los Derechos del niño

El Comité de los derechos del niño enfatiza las Intervenciones que eviten recurrir a procedimientos judiciales.

15. Las medidas relacionadas con los niños que evitan recurrir a procedimientos judiciales se han introducido en muchos sistemas en todo el mundo y, en general, se denominan medidas extrajudiciales o derivación. Estas medidas implican la derivación de asuntos fuera del sistema formal de justicia penal, generalmente a programas o actividades. Además de evitar la estigmatización y los antecedentes pe-

nales, este enfoque arroja buenos resultados para los niños, es congruente con la seguridad pública y ha demostrado ser rentable.

16. Las medidas extrajudiciales debe ser la forma preferida de tratar con los niños en la mayoría de los casos. Los Estados partes deben ampliar continuamente la gama de delitos para los que es posible la derivación, incluidos los delitos graves cuando corresponda. Las oportunidades de desvío deben estar disponibles lo antes posible después del contacto con el sistema, y en varias etapas a lo largo del proceso. El uso de medidas debe ser una parte integral del sistema de justicia infantil y, de conformidad con el art. 40 (3) (b) de la Convención, los derechos humanos y las garantías legales de los niños deben respetarse y protegerse plenamente en todos los procesos y programas de desvío.

17. Queda a discreción de los Estados partes decidir sobre la naturaleza exacta y el contenido de las medidas de desvío, y tomar las medidas legislativas y de otro tipo necesarias para su aplicación. El Comité toma nota de que se han desarrollado una variedad de programas basados en la comunidad, tales como servicio comunitario, supervisión y orientación por parte de funcionarios designados, conferencias familiares y otras opciones de justicia restaurativa, incluida la reparación a las víctimas.

18. El Comité destaca lo siguiente:

a) La desviación debe usarse solo cuando haya pruebas convincentes de que el niño cometió el presunto delito, que él o ella admite su responsabilidad de forma libre y voluntaria, sin intimidación ni presión, y que la admisión no se utilizará contra el niño en ningún momento posterior del procedimiento legal;

b) El consentimiento libre y voluntario del niño para el desvío debe basarse en información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, y en un entendimiento de las consecuencias de no cooperar o completar la medida;

c) La ley debe indicar los casos en los que es posible el uso de medidas extrajudiciales, y las decisiones pertinentes de la policía, los fiscales y / u otras agencias deben ser reguladas y revisables. Todos los funcionarios y actores estatales que participan en el proceso de derivación deben recibir la capacitación y el apoyo necesarios;

d) El niño debe tener la oportunidad de buscar asistencia legal u otra asistencia apropiada relacionada con la medida ofrecida por las autoridades competentes, y la posibilidad de revisar la medida;

e) Las medidas extrajudiciales no deben incluir la privación de libertad;

f) La finalización de la medida debe resultar en un cierre definitivo del caso. Aunque los registros confidenciales de desvío se pueden mantener con fines administrativos, de revisión, de investigación y de investigación, no deben considerarse como condenas penales ni dar lugar a antecedentes penales.

En correspondencia con lo anterior, para el caso de Guatemala, la LPINA, establece, como se ha señalado anteriormente, las formas anticipadas de terminación del proceso. Estas buscan resolver el conflicto, sin necesidad de culminar con el proceso penal regular y dar una respuesta que satisfaga a la víctima, al agresor y restaurar la armonía en la comunidad.

3. Criterio de oportunidad reglado

a. Definición y principios fundamentales

Artículo 194. Criterio de oportunidad reglado. El Ministerio Público podrá solicitar al juez que se prescinda, total o parcialmente de la persecución; la limite a una o varias infracciones o a alguna de las personas que han participado en el hecho, cuando se trate de un hecho que, por su insignificancia, lo exiguo de la contribución como partícipe no afecte el interés público.

El criterio de oportunidad es una facultad fiscal de prescindir en forma absoluta de la persecución penal. También lo puede utilizar el juez de paz, cuando no se encuentre presente el Ministerio público y se den los dos presupuestos.

b. Finalidad político criminal

El criterio de oportunidad ha sido definido como un mecanismo de salida anticipada del proceso, que implica la posibilidad que cuando el conflicto llegue a la instancia judicial se decida no iniciar un procedimiento respecto del mismo en el caso de algunas infracciones a las leyes penales. El caso es desestimado y, por lo general, no da lugar a ningún tipo de respuesta por parte del Estado.

Se debe entender el principio de oportunidad reglado en conjunción con los elementos rectores de la justicia penal juvenil, que favorecen el bienestar del adolescente, su reintegración a la sociedad y su no afectación al proyecto de vida.

Se establece que es principio de oportunidad reglado porque se encuentra sometido a control de juez. En este sentido, es un poco diferente de lo dispuesto en las Reglas de Beijing que establece que "11.2 La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas".

c. Supuestos de aplicación del criterio de oportunidad reglado

Los presupuestos para aplicar el criterio de oportunidad son dos:

a) la insignificancia del hecho y

b) lo exiguo de la contribución.

En ambos casos, es necesario que no se afecte el interés público.

La ley no define en el caso concreto qué se entiende por insignificancia del hecho o por lo exiguo de la contribución. Pero es entendido que el criterio de oportunidad puede ser aplicado a cualquier delito, sin importar el quantum o magnitud de pena.

Se puede señalar que la insignificancia es un criterio de interpretación de los tipos penales, que, a partir de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, consideran como penalmente irrelevantes aquellos actos que son de escasa gravedad. En estos casos se considera que la lesión al bien jurídico es tan leve que no merece la intervención del derecho penal o no alcanzan el grado de significación para ser considerados punibles. Ejemplos puede ser las riñas entre estudiantes; las lesiones en un partido de futbol, otras.

Igualmente, el principio de participación o contribución mínima quiere decir, que el adolescente no realizó una acción u omisión relevante en el hecho. Por ejemplo, simplemente dio información sobre cómo entrar a una casa; o vigiló la comisión del hecho delictivo, pero no realizó ningún acto material. En estos casos, existiría una mínima participación en el hecho ajeno.

Un caso de insignificancia puede ser un robo en domicilio, en donde el adolescente ha roto una ventana para entrar y se apropia de un Nintendo que tiene un valor de Q.500.00. No existe violencia sobre personas, ni uso de armas, lo que hace que exista insignificancia.

En todo caso, se debe entender que para que exista insignificancia no debe concurrir violencia o intimidación contra las personas. El uso de armas de fuego o similares, en forma directa por el adolescente, impediría la aplicación. Ahora, en los casos de contribución mínima, en donde él no realiza la acción sino solo contribuye, sí podría aplicarse, siempre que no haya ejercido violencia.

d. Oportunidad procesal para aplicar el Criterio de oportunidad reglado

La decisión de criterio de oportunidad reglado se puede adoptar directamente en la primera resolución y con ello se termina el proceso de manera definitiva. No debe generar antecedentes, ni ninguna otra consecuencia negativa para el adolescente.

No es necesario que exista imputación penal ni auto de procesamiento para dictar criterio de oportunidad. Por lo tanto, puede ser solicitado por el Ministerio Público en cualquier momento procesal; y aplicando supletoriamente lo dispuesto en el Código Procesal Penal hasta antes del inicio de la apertura del debate.

e. Consecuencias jurídicas de aplicar el Criterio de oportunidad reglado

Dado que el criterio de oportunidad reglado es una finalización del proceso, sin imposición de cargas o gravámenes hacia el menor de edad, no requiere de su aceptación. Tampoco requiere de la aceptación de la víctima, ni de la reparación del daño. Es una actuación eminentemente discrecional, basada en la insignificancia del hecho, como una situación que hace innecesaria una intervención estatal.

Resulta entonces una desnaturalización de la figura del criterio de oportunidad aplicar las reglas de conducta que están establecidas en el Código Procesal Penal para esta figura, por cuanto el criterio está basado en la mera insignificancia del hecho y no requiere ni reparación ni someterse a reglas de conducta.

En este sentido, el criterio de oportunidad reglado se diferencia del criterio de oportunidad de adultos, en el cual se requiere necesariamente un proceso de mediación y un acuerdo de reparación entre víctima y agresor. La legislación en el artículo 25 del Código Procesal Penal define como uno de los acuerdos la reparación víctima delincuente, situación que no se exige en el artículo 194 de la LPINA. En todo caso, no se excluye la posibilidad de alcanzar procesos restaurativos, con miras a obtener la visión resocializadora, sociopedagógica y responsabilizadora de la justicia restaurativa.

4. La remisión

a. Definición y principios fundamentales

El Artículo 193 de la LPINA define la remisión:

> El juez podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando la acción contenida estuviere sancionada en el Código Penal, con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años, con base en el grado de participación en el daño causado y la reparación del mismo.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Si el juez considera que no procede la continuación del proceso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellos resolverá remitir al adolescente a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo control de la institución que los realice, si no existiere acuerdo entre las partes se continuará el proceso.

En el caso de la remisión, el juez en la primera audiencia puede citar a las partes, cuando exista agraviado determinado. Si en el caso no hay una víctima o agraviado, bastará la participación del agente de autoridad que realizó la detención y en su caso, del fiscal.

b. Finalidad político criminal

La remisión fundamentalmente busca evitar la prisión preventiva y la remisión hacia programas comunitarios.

La regla 11.1 de las Reglas de Beijing señala que, cuando proceda, se examinará la posibilidad de ocuparse de las personas menores de edad delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes para que los juzguen oficialmente. Añade que toda remisión que signifique poner al menor de edad a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor de edad o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.

c. Supuestos de aplicación de la remisión

Los 4 requisitos que se requieren para la remisión son:

a) La pena mínima prevista para el delito no debe superar los 3 años

Esto quiere decir que se puede aplicar la remisión en aquellos supuestos que tengan penas superiores o máximas que sobrepasan los 3 años. (Ejemplo, el delito de hurto tiene una pena mínima de 1 año y aun cuando la superior es de 6 años, y excede se puede aplicar o en el robo, cuya pena mínima es de 3 años, igualmente cabe su aplicación[11]).

11 Artículo 252 del Código Penal.

b) El grado de participación en el daño causado

En este caso, se entiende que el daño realizado no debe ser grave o la participación del adolescente en la comisión del daño es mínima.

c) Debe existir reparación o acuerdo

El daño debe ser reparado o en todo caso se debe llegar a un acuerdo con las personas agraviadas. La inexistencia del acuerdo impide la remisión del caso. Reparar las relaciones dañadas por el crimen, en parte llegando a un consenso de cómo responder mejor al mismo. De hecho, a menudo se discute que el enfoque de la respuesta no debe ser solamente en el incidente delictivo, sino en las relaciones que este afecta o daña.

d) Debe existir consentimiento informado del adolescente

El niño debe dar libre y voluntariamente su consentimiento por escrito a la remisión del caso, y el consentimiento deberá basarse en información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, y de las consecuencias si no coopera en la ejecución de esta. Con el fin de lograr una mayor participación de los padres, los Estados Partes también pueden considerar la posibilidad de exigir el consentimiento de los padres, en particular cuando el adolescente tenga menos de 16 años[12].

d. Oportunidad procesal para aplicación la remisión

En las ocasiones cuando no coincide la audiencia de primera declaración con la audiencia para otorgar la remisión, se debe dejar en libertad al adolescente, hasta que se celebre la audiencia de remisión y se resuelva en definitiva su otorgamiento.

12 CIDH Justicia juvenil y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, adoptado el 13 de julio de 2011, parr.242. Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

e. Consecuencias jurídicas de la remisión

La remisión efectiva de un adolescente deberá suponer el cierre definitivo del caso. Aunque podrá mantenerse un expediente confidencial de la remisión con fines administrativos y de examen, no deberá considerarse un "registro de antecedentes penales", y no deberá equipararse la remisión anterior de un caso a una condena. Si se inscribe este hecho en el registro, únicamente deberá permitirse el acceso a esa información y por un período de tiempo limitado, por ejemplo, un año como máximo, a las autoridades competentes que se ocupan de los niños que tienen conflictos con la justicia.

Como se ha señalado en los comentarios a las Reglas sobre Administración de Justicia de menores:

> La remisión (...) entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial y oficioso. Esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores de edad (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo[13].

13 Comentarios a Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores o reglas de Beijing (Adoptada por Asamblea General de Naciones Unidas... res. 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53 (1985).

ORGANISMO JUDICIAL
GUATEMALA, C.A.

Sistema Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Unidad XV

Justicia Restaurativa en adolescentes en conflicto con la Ley penal (Parte II)

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia Sverige

unicef GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Unidad XV

Justicia Restaurativa en adolescentes en conflicto con la Ley penal (Parte II)

1. La Conciliación Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal-Víctima

a. Definición y principios fundamentales

La conciliación es un acto voluntario entre la parte ofendida y el adolescente o sus padres, tutores o responsables[1]. Puede proceder de oficio o a instancia de parte, siempre y cuando, existan indicios suficientes que el adolescente ha participado en la comisión de la falta o el hecho delictivo que se le atribuye. Mediante este acto voluntario el adolescente, sus padres, tutores o responsables se comprometen a reparar el daño causado. Los compromisos pactados quedan claramente establecidos en el acta de conciliación, que se suscribe en sede judicial.

En caso de incumplimiento injustificado de los compromisos pactados, el proceso continúa normalmente y los contenidos del acta, no deben ser tomados en cuenta, para resolver en el proceso.

b. Finalidad político criminal

Como forma anticipada de terminación del proceso, definida como un acto voluntario entre las partes y frente al juez, se orienta brindar una salida que satisfaga a las partes, especialmente a la persona

1 Artículo 186 LPINA

ofendida. En ese sentido, la conciliación cobra especial importancia para el sistema de justicia penal juvenil, pues le permite resolver y dar una respuesta pronta, en la que las partes se sientan reflejadas.

Uno de los efectos político criminales de la conciliación frente a la comunidad, es que la justicia puede dar respuestas satisfactorias para las partes y a la misma comunidad sin recurrir a respuestas más punitivas. Además, puede contribuir a la reintegración del adolescente en la comunidad, pues su principal elemento es la responsabilización del adolescente, lograr que comprenda el daño causado por la falta o el delito, y proceda a reparar el daño ocasionado a la víctima. En este punto, el modelo cumple funciones de naturaleza psicopedagógica, ya que, al reparar el daño conforme al convenio alcanzado con la víctima, se produce la interiorización del respeto por los derechos de terceras personas, por las normas jurídicas y el desarrollo del respeto a los derechos humanos de la víctima y, en la comunidad.

c. Supuestos para la aplicación de la conciliación

La conciliación puede aplicarse a todas las transgresiones a la ley penal, donde no exista grave violencia contra las personas[2].

d. Oportunidad procesal para aplicar el criterio de oportunidad Reglado

La decisión de aplicar la conciliación se puede tomar directamente, cuando el adolescente es puesto a disposición del juez en la primera resolución, antes del debate, y con ello se termina el proceso de forma anticipada, el mismo se cierra definitivamente, cuando se ha cumplido con los compromisos del acta de conciliación, la cual no genera antecedentes para el adolescente.

e. Consecuencias jurídicas de aplicar la conciliación

Dado que la conciliación es un acto voluntario entre la parte ofendida y el adolescente que procede ante juez, frente a quien se suscribe un acta de conciliación en la que se pactan los compromisos, no cierra en definitiva el proceso, sino queda sujeto al cumplimiento de los mismos. En caso de incumplimiento injustificado, el proceso deberá retomarse y llevarse por la vía normal; sin embargo, es importante recalcar, que los contenidos en el acta de conciliación no deben ser tomados en cuenta para el proceso que se ventilará en la vía normal.

2 Artículo 185 LPINA

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

f. El acuerdo de reparación integral

Es importante que el proceso de conciliación no enfoque el acuerdo de reparación desde una perspectiva patrimonialista. Si bien, los acuerdos de reparación deben resarcir el daño causado, el componente pecuniario del acuerdo no es lo más relevante, porque el proceso de reparación debe conllevar a un proceso de reflexión del transgresor, que desemboque en actividades personales que efectivamente mitiguen el daño causado.

En ese sentido, el acuerdo se construye por medio de metodologías de diálogo en donde se busca que el adolescente escuche, de voz de la víctima, los daños causados y llegue a comprender el significado y repercusiones negativas que produjo. Sobre esta base de diálogo se pretende que el adolescente proponga las formas para reparar el daño, que sean factibles desde sus posibilidades personales.

Estas formas de reparación abarcan desde la prestación de servicios personales a la víctima (reparación/ restitución) trabajo en servicio comunitario que sea remunerado para la víctima, con lo cual se garantiza tanto el carácter socioeducativo del programa como la posibilidad de generar recursos a la comunidad; también las peticiones de perdón, público o privado, el reconocimiento del daño y otras medidas de dignificación.

Lo que sería perjudicial para el proceso resocializador, es que la reparación se fijara en una cuantía económica a cargo de los padres o representantes del adolescente en conflicto con la ley penal. El proceso de conciliación busca fomentar el sentido de la responsabilidad, por lo cual, cualquier acuerdo de reparación debe imponer obligaciones de dar, hacer o no hacer de carácter personal por parte del adolescente en conflicto con la ley penal, orientadas a satisfacer las expectativas de la víctima y con un claro componente de reforzamiento del valor quebrantado por el infractor.

Es importante que se brinde un acompañamiento al proceso de conciliación a través de los servicios y programas psicosociales, principalmente de la Secretaría de Bienestar Social, responsable del cumplimiento de sanciones, pero también de programas, como lo establece el Artículo 259, incisos b) y e) de la LPINA.

Como se observa, el ámbito de la conciliación es bastante amplio en la legislación guatemalteca y no está condicionado por límites temporales de la sanción. El único requisito es que no haya violencia grave contra las personas. Esto procedería en delitos incluso de robo agravado, o daños agravados, y

otros delitos graves, pero que no se haya ejercido violencia en las personas muy grave. En este sentido, la Observación General 24 dispone que los Estados partes deben ampliar continuamente la gama de delitos por los que se pueden aplicar dichas medidas, incluidos delitos graves, cuando proceda[3].

Lecturas Obligatorias

Convenio Interinstitucional de Cooperación entre el MP, OJ, IDPP, MINGO, SBS para la implementación del sistema integrado de justicia penal juvenil para la atención especializada en materia de ACLP.

https://www.mp.gob.gt/transparencia/info/res/source/Articulo%2010:%20Informaci%C3%B3n%20P%C3%BAblica%20de%20Oficio/Ley%20Organica%20del%20Presupuesto/Decreto%2013-2013%20(%20Decreto%20101-97%20Ley%20Org%C3%A1nica%20del%20Presupuesto)/17%20Ter/INCISO%20E/2019/10%20OCTUBRE/CONVENIO%20MP%20-%20OJ%20-%20IDPP%20-%20MINGOB%20-%20SBSP%20IMPLEMENTACI%C3%93N%20SISTEMA%20INTEGRADO%20DE%20JUSTICIA%20PENAL%20JUVENIL.pdf

Comité de derechos del niño. Observación General 24.

https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/12/G1927560.pdf

3 Comité de los derechos del nIño Observación General 24. Parr. 16,

2. La reparación del daño como sanción socioeducativa

a. Definición y principios fundamentales

El artículo 244 del LPNA contempla como sanción la Obligación de reparar el daño. Este artículo la define en la siguiente forma:

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.

b. Finalidad Político criminal

En este caso, la obligación de reparar el daño tiene una naturaleza sancionatoria y es impuesta tras un debido proceso legal.

Sus objetivos políticos criminales son dos:

- fomentar el sentido de responsabilidad del adolescente y el respeto hacia los derechos de terceros; y,

- evitar que el adolescente en conflicto con la ley penal sea sancionado con una pena privativa de libertad.

Busca darle la oportunidad de reparar el daño que causó con el delito. Por supuesto, las otras dos finalidades son importantes: evitar la reincidencia y fomentar la paz social a través de satisfacer las legítimas expectativas de la víctima por el daño causado.

c. Supuestos de aplicación

Puede aplicarse aún en delitos graves y violentos. El único requisito es que la víctima y el adolescente hayan dado su consentimiento.

Al respecto, la CIDH ha instado a los Estados a ampliar el uso de medios alternativos de solución de controversias para enfrentar los conflictos que surgen de posibles infracciones a la ley penal cometidas por niñas, niños y adolescentes, y observa que estos medios alternativos pueden tener un impacto positivo en ellas y ellos, al facilitar su reconciliación con la víctima y la comunidad.

d. Contenido del Acuerdo de reparación integral

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 este 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.

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.

e. Consecuencias Jurídicas

Una vez firme la sentencia, el equipo técnico o profesional responsable de la ejecución deberá elaborar el plan de ejecución de la obligación de reparar. Es deber del juez que dictó la sentencia, velar por el cumplimiento del plan y de que este sea el resultado de la correcta interpretación de la sentencia. El juez deberá aprobar el plan y ordenará su ejecución; si el juez considera necesario hacer alguna modificación al mismo, antes del inicio de su ejecución, lo hará saber. Para la aprobación del plan, el juez deberá consultar a su equipo técnico y tiene un plazo no mayor de 3 días para resolverlo.

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.

Lecturas Obligatorias

Roxin, C. La tercera vía.

https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1396386

3. La suspensión condicional de la persecución penal

Resiliencia

Objetivo del apartado. Definir el concepto de resiliencia y su aplicación en el acompañamiento a adolescentes en conflicto con la ley penal.

Definición de resiliencia

Para entender la resiliencia es importante conocer el origen y la aplicación del término resiliencia en la persona. Para eso se tomó como base el artículo "Mi espacio resiliente", 2013" que expone como Emmy Werner, en 1992, realiza la primera investigación de campo y utiliza el término de resiliencia. En su estudio tomó como muestra a un grupo de personas desde que nacían hasta que cumplían 40 años de edad. Esto permitió comprobar qué parte de los niños conseguían alcanzar una vida exitosa pese a que los factores de riesgo les condenaban a presentar problemas futuros. Eran niños cuyas madres eran adolescentes solteras, habían tenido un peso muy bajo al nacer, pertenecían a un ambiente de grave pobreza, o a etnias discriminadas. Ante estos resultados, trató de encontrar un término en el que agrupar esta situación: "niños invulnerables" fue un ejemplo de dicha búsqueda terminológica.

Con esa definición, pretendía identificar a aquellos a los que la adversidad no les afectaba. Sin embargo, la invulnerabilidad no tardó en ser sustituida, pues la propia autora se dio cuenta de que el término

entrañaba cuestiones que no se adaptaban realmente a lo que pretendía definir: la invulnerabilidad implica un grado de resistencia absoluta al daño, en cualquier circunstancia de riesgo. Por ello, finalmente se concluyó que el término que mejor expresa la condición que poseen las personas que son capaces de desarrollar competencias pese a una crianza en situaciones adversas, era resiliencia.

A partir de esta experiencia, existen diferentes definiciones de resiliencia, las variaciones van según el ámbito donde se aplique, pero todas concluyen en que es una capacidad del ser humano para reinventarse ante las diferentes adversidades. A continuación, se darán definiciones de resiliencia:

Aldo Melillo y Elbio Suárez (2005, pp. 24, 34, 35) definen la resiliencia como: "La actitud humana para enfrentar, sobreponer y salir fortalecido o transformado por las adversidades de la vida, es aprender a vivir de las experiencias pasadas y proyectarse al futuro. Esta actitud la desarrolla todo ser humano sin importar que existan situaciones de riesgo".

> Se entiende como la capacidad del ser humano para hacer frente a las adversidades de la vida, superarlas y ser transformado positivamente por ellas (Edith Grotberg, 1998).

Stefan Vanistendael, (2010, p. 10) opina que:

> Es la fuerza interna que tiene un individuo o un grupo para superar grandes dificultades ya sea un trauma, una enfermedad grave, un duelo muy agobiado u otro problema. La resiliencia contribuye a reconstruir la vida a transformar una desgracia en algo positivo como el ciego que se convierte en un excelente músico.

En las definiciones antes descritas, se establece que la resiliencia es la capacidad humana de enfrentar, resistir y salir fortalecido o transformado por experiencias adversas. En otras palabras, la resiliencia es la capacidad, habilidad, fortaleza, virtud interna que desarrolla todo ser humano de revertir, resistir, cambiar, transformar o afrontar situaciones críticas, inusuales o dificultades de la vida, con el fin o propósito de superar y seguir adelante en las dificultades y no darse por vencido, independientemente de la situación que se afronta, proyectándose hacia el futuro con la esperanza que nada es estático que todo evoluciona y se transforma.

Por lo tanto, la definición resalta que la resiliencia también promueve la salud mental y la superación emocional, ya que la persona, familia o comunidad a nivel interno desarrolla su armonía o bienestar

personal. Esto ayuda a que se tomen decisiones que solucionen o contrarresten las circunstancias negativas, alcanzando un equilibrio integral frente a la adversidad.

Resiliencia en la niñez y adolescencia: La niñez y adolescencia tiene mayor capacidad de generar resiliencia por el proceso de desarrollo y de madurez en la que se encuentran, por lo tanto, se recomienda educar a la niñez y adolescencia a ser resilientes y en estos procesos, la familia juega un papel importante, pues es el primer círculo de protección, en el que se sientan las bases para su desarrollo emocional y social. Otro actor importante dentro de los círculos de protección, lo constituye la escuela, ya que en ella adquieren capacidades extras que les ayuda a contextualizar diferentes realidades y a enfrentar con fortaleza, las que les son adversas.

Atenerse a las etapas del desarrollo humano como líneas de orientación para la promoción de la resiliencia permite a los adultos tener expectativas concretas respecto de lo que las niñas, los niños y adolescentes pueden o no hacer de acuerdo a su edad. (Melillo, 2001).

Factores básicos de resiliencia, para el acompañamiento a adolescentes en conflicto con la ley penal

Los estudiosos de la resiliencia, establecen que la o él adolescente tiene la capacidad de afrontar cualquier circunstancia en la vida, ya que en el momento de la crisis o trauma adopta conductas y sentimientos de fortaleza que ayudan a superarlo. Por lo tanto, la estabilidad emocional, la valoración de sí mismo y la autoestima moderada, coadyuvan a asumir las dificultades como una oportunidad para generar cambios de aprendizaje. Frente a esto, la flexibilidad es indispensable para adaptar los planes y cambiar las metas cuando sea necesario, no cerrarse a los cambios y estar dispuesto a valorar diferentes alternativas sin aferrarse obsesivamente a los planes iníciales del proyecto de vida, reconocer que los esfuerzos que se realicen son importantes para llegar a la meta que se desea alcanzar.

Es importante tener presente, que las personas adolescentes en conflicto con la ley penal, son especialmente vulnerables, pues son personas en procesos de desarrollo que, en su mayoría, sobreviven en condiciones adversas, como falta de acceso a la educación, a la salud, vivienda digna y entornos violentos, entre otras adversidades, por lo que su primer contacto con el Estado, en muchos de los casos, es por medio del sistema penal. (Melillo, 2001)

De acuerdo a Aldo Melillo, entre los factores que resultan protectores para las y los adolescentes, más allá de los efectos negativos de la adversidad y que deben ser estimulados una vez sean detectados, se encuentran los siguientes:

- **Autoestima consistente**. Es la base de los demás pilares y es el fruto del cuidado afectivo consecuente de la o él adolescente por parte de un adulto *significativo*, "suficientemente" bueno y capaz de dar una respuesta sensible, a las adversidades que se presentan.

- **Introspección**. Es el arte de preguntarse a sí mismo y darse una respuesta honesta. La *introspección* depende de la solidez de la autoestima que se desarrolla a partir del reconocimiento del otro. De allí la posibilidad de cooptación de los jóvenes por grupos de adictos o delincuentes, ya que, con el fin de obtener ese reconocimiento, las y los adolescentes están en riesgo de ser captados por estas estructuras.

- **Independencia**. Se define como el saber fijar límites entre uno mismo y el medio en el que se desenvuelve. La capacidad de mantener distancia emocional y física sin caer en el aislamiento. Depende del principio de realidad que permite juzgar una situación con prescindencia de los deseos del sujeto. Los casos de abusos ponen en juego esta capacidad.

- **Capacidad de relacionarse**. Es habilidad para establecer lazos e intimidad con otras personas, para balancear la propia necesidad de afecto.

- **Iniciativa**. El gusto de exigirse y ponerse a prueba en tareas progresivamente, más, exigentes.

- **Humor**. Identificar puntos que puedan ser divertidos en la propia tragedia. Permite ahorrarse sentimientos negativos, aunque sea transitoriamente y soportar situaciones adversas.

- **Creatividad**. La capacidad de crear orden, belleza y finalidad a partir del caos y el desorden. La capacidad de reflexión, se desarrolla a partir del juego en la infancia.

- **Moralidad**. Entendida como la consecuencia para extender el deseo personal de bienestar a todos los semejantes y la capacidad de comprometerse con valores. Es la base del buen trato hacia los otros.

- Es un pilar de segundo grado, fruto de las combinaciones de todos los otros factores. Permite analizar críticamente las causas y responsabilidades de la adversidad que se sufre y más, cuando es la sociedad en su conjunto la adversidad a la que se enfrenta para cambiarlas. A esto se llega a partir de criticar el concepto de adaptación positiva o falta de desajustes, que en la literatura anglosajona se piensa como un rasgo de resiliencia del sujeto

ORGANISMO JUDICIAL
GUATEMALA, C.A.

Sistema Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia

Fotografía: ©UNICEFGUA/2019/PatriciaWilloq

Unidad XVI

Argumentación y fundamentación judicial en temas de niñez y adolescencia

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia Sverige

unicef GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Unidad XVI

Argumentación y fundamentación judicial en temas de niñez y adolescencia

1. Cuestiones polémicas en torno al «hecho» de los «derechos del niño»

Es una obligación jurídica, derivada del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que el juez debe valorar el interés superior del niño como una consideración primordial. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Corte de Constitucionalidad tienen una rica y vasta jurisprudencia, en la cual señalan que el no valorar adecuadamente el interés superior supone una violación a los derechos del niño y en última instancia la falta de motivación en la argumentación.

Sobre esta base, el Comité de los Derechos del Niño ha especificado que, el interés superior no es solo un derecho subjetivo público que tiene todo niño, niña y adolescentes en toda decisión judicial o administrativa, sino también es una garantía de procedimiento; de tal manera que, el juez debe ceñirse a un procedimiento riguroso para poder determinar válidamente el interés superior en el caso concreto.

La importancia de este derecho del niño, que es uno de los pilares fundamentales para la correcta interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la protección a sus derechos fundamentales, ha motivado a que el Comité de los Derechos del Niño dedicará una Observación General al procedimiento para determinar el interés superior y a la forma en que el juez debe plasmarlo en su resolución judicial[1].

1 Comité de los derechos del niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Doc. ONU CRC/C/GC/14, párrs. 6 y 14.

En este caso, el interés superior del niño ha significado un cambio de paradigma en la actividad judicial que está orientado a superar el modelo tutelar o de la situación irregular, en donde el juez podía decretar la imposición de medidas, de una manera arbitraria y discrecional a favor de "los menores" en «situación irregular» a un escenario caracterizado por la «protección integral» del niño, niña o adolescente dentro de un marco de garantía de derechos humanos y en donde el niño, niña o adolescente es, ante todo, un titular de derechos, dotado de autonomía progresiva que debe ser parte de la decisión.

Pese a ello, se han formulado diversas críticas que han señalado que la falta de concreción y el carácter abstracto del concepto de interés superior, permite a los jueces la resurrección, o permanencia, del paradigma de la «situación irregular»: «El interés superior del niño es el "Caballo de Troya" de la Convención al permitir a los jueces cierto grado de discrecionalidad al interpretar y aplicar sus disposiciones normativas. Sin embargo, cabe la preocupación que la decisión del juez pueda no estar motivada por el ánimo de proteger derechos del niño, niña o adolescente, sino más bien bajo criterios morales o estereotipos o prejuicios incluidos los religiosos que condicionan el actuar de las niñas, desde el perfeccionismo moral hasta resoluciones que incluyan conculcación de derechos que no están prohibidos para los particulares adultos. Es importante recordar que no puede haber intromisiones arbitrarias en la vida de los niños, niñas y adolescentes bajo la sombría de la interpretación del interés superior del niño.

En ese sentido, el Comité de Derechos del Niño señala que la evaluación del interés superior del niño "es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general (…), como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños"[2].

En ese sentido, el primer paso que debe realizar el juez en la evaluación del interés superior es determinar cuál es la situación fáctica concreta con relación a su bienestar.

Para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto, incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario), y requiere la participación del niño.

2 Comité de los Derechos del Niño, (2013) Observación General 14. Parr. 92.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Para el Comité la “determinación del interés superior” es un proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar dicho principio tomando como base la evaluación del interés superior.

Así pues, el equipo interdisciplinario es necesario para tener una visión holística sobre los efectos que tendrá la decisión, es decir, sobre el desarrollo físico, mental, social y espiritual del niño, niña o adolescente.

El fin último del interés superior del niño es garantizar su disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y su desarrollo holístico. Por consiguiente, los elementos contrarios a los derechos consagrados en la Convención o que tendrían un efecto opuesto a esos derechos, no pueden considerarse válidos al evaluar lo que es mejor para uno o varios niños.

Lecturas Obligatorias

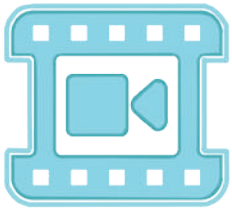
Comité de derechos del Niño. Observación General No 14

https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc

Los derechos del niño: cuestiones sobre fundamentación

Agustín Lozano-Vicente.

https://www.researchgate.net/publication/307776668_Los_derechos_del_nino_cuestiones_sobre_su_fundamentacion



Material de apoyo:

Los derechos del niño a que el interés superior sea una consideración primordial

https://www.youtube.com/watch?v=6RIlYOtouK8

2. Fundamentación jurídica de los derechos del niño

El juez debe tomar en consideración que la evaluación y determinación del interés superior del niño es un procedimiento rígido, que debe tomar como elementos para esta evaluación[3]:

- La identificación de las necesidades del niño.
- El derecho de opinión del niño.
- La preservación del entorno familiar y mantenimiento de sus relaciones.
- Las necesidades de cuidado, protección y seguridad del niño indispensables para su bienestar[4].

Cada uno de estos supuestos, debe adecuarse a las situaciones fácticas que se presentan y debe estar debidamente justificado y motivado en la resolución, a efecto de no utilizar el postulado del interés superior del niño solamente como fundamento para tomar decisiones contrarias a estos intereses. A continuación se describe brevemente en que consiste cada uno de éstos enunciados.

3 Comité de los Derechos del Niño (2013) Observación General 14.

4 Enfatizado también por las Reglas sobre administración de Justicia de Menores o Reglas de Beijing. Regla 5 .1.

a) La identificación de las necesidades del niño, niña o adolescente

La determinación del interés superior del niño debe comenzar con una evaluación de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único.

Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como

- Edad.
- Sexo.
- Grado de madurez.
- Experiencia.
- Pertenencia a un grupo minoritario.
- Existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual.
- Contexto social y cultural del niño o los niños.
- Presencia o ausencia de los padres.
- El hecho que el niño viva o no con ellos.
- Calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores.
- Entorno en relación con la seguridad.
- Existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores.

b) Determinación de la situación fáctica en cuanto a las necesidades de protección

En ese marco, la determinación de la situación fáctica en la cual se encuentra el niño o niña es fundamental y es el primer paso para la toma de una decisión correcta. A continuación se colocarán dos ejemplos de cómo la correcta determinación de la situación fáctica es decisiva, para alcanzar una solución correcta en el caso concreto.

En el caso de Indyra, una niña acudió en reclamo de justicia a un Juzgado de Niñez, porque fue expulsada de un centro educativo por haber quedado en embarazo, privándole con ello de su derecho a la educación; el Centro educativo planteó como su defensa la suspensión de la educación no lo hizo por el embarazo, sino por el hecho que las actividades educativas podían poner en riesgo la vida de la adolescente y su bebé. La Corte al resolver entendió que:

> en el caso de estudio se percibe la existencia de discriminación hacia la alumna Indyra por su estado de embarazo, ya que no obstante la autoridad impugnada ha argumentado que la disposición tomada contra la persona mencionada es para proteger la salud de la misma y del feto, que podría estar en peligro al realizar las actividades que la carrera exige, también ha manifestado que "*dentro las políticas (sic) y reglamentos del establecimientos (sic) se prohíbe (sic) el ingreso y la estadía (sic) de alumnas en estado de gravidez...por considerar que es un mal ejemplo para las jóvenes (sic) que buscan en nuestra institución (sic) además (sic) del conocimiento, la disciplina (sic) el rescate de valores morales y éticos (sic) pero sobre todo una formación (sic) con principio*... En estas aseveraciones se percibe discriminación contra la alumna ..., por su estado de embarazo, además, subyace un propósito preventivo y represor, que tiende a evitar conductas similares en otras alumnas, pero se excede en cuanto para hacerlo funcionar se ejemplifica en una menor de edad, destacando únicamente la infracción sin valorar los aspectos positivos que conlleva la maternidad, así como el deseo de continuar los estudios pese a esa circunstancia[5].

La Corte de Constitucionalidad procedió a evaluar la situación fáctica en el caso e indicó en su motivación

5 EXPEDIENTE 1885-2004 CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Sentencia de veintidós de septiembre de dos mil cuatro

iepades Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

Respecto al riesgo que pueda sufrir la educanda y el fruto de su embarazo, por las actividades propias de la carrera que estudia, es necesario indicar que de conformidad a lo argumentado por la Directora Departamental del Ministerio de Educación, basándose en el Acuerdo Ministerial 1214-87 que contiene el pensum de estudios de la carrera de Bachiller Industrial y Perito con Especialidad en Electrónica Digital y Microprocesadores, las tareas de subir escaleras para realizar conexiones eléctricas y acometidas de alta tensión, manejo de electricidad de alta tensión (tareas en las que se basó el doctor Eduardo Alejandro Estrada Paredes del Servicio Médico Forense del Organismo Judicial para informar que las mismas podrían ocasionar daños a la salud de la adolescente y del feto; informe que sirvió de apoyo al tribunal a quo para emitir la sentencia apelada), no corresponden a dicha carrera, sino a la carrera de Bachillerato en Electricidad, y que lo concerniente a la electricidad que estudia la menor objeto del presente amparo, es eminentemente teórica, el equipo utilizado es liviano y los proyectos que se realizan son mínimos. Por lo anterior, se puede concluir que los riesgos a los que hace alusión la autoridad impugnada carecen de veracidad.

En consecuencia, la determinación de la situación fáctica es obligatorio para la protección de los derechos en juego. Por ello, en la identificación del hecho concreto, el juez debe plasmar con claridad la situación de la niña o niño, sus condiciones y los elementos de determinación de todos los aspectos concernientes a la situación concreta para garantizar la protección de los derechos.

La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad[6].

En el Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador[7], la Corte Interamericana analizó las restricciones contra una niña que adquirió VIH por una transfusión de sangre. Derivado de su condición a la niña se le impidió el acceso a la escuela, dado que podía contagiar a otros niños.

6 Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Párr.. 184. Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 257.

7 . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 20154

La restricción al derecho a la educación se estableció en virtud de tres razones en la providencia del Tercer Tribunal de lo Contencioso de Cuenca:

1 ► el diagnóstico de VIH Talía;

2 ► las hemorragias de Talía como posible fuente de contagio; y,

3 ► el conflicto de intereses entre la vida e integridad de los compañeros de Talía y el derecho a la educación de Talía.

La Corte resalta que el objetivo general de proteger la vida e integridad personal de las niñas y los niños que compartían su estancia con Talía en la escuela constituye, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere "cuidados especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección".

> **269**. El tribunal interno fundamentó la decisión en un supuesto conflicto entre bienes jurídicos, a saber, el derecho a la vida de los estudiantes y el derecho a la educación de Talía, tomando como referencia las supuestas hemorragias que tenía Talía. Empero, la determinación del riesgo y por ende la identificación del bien jurídico de vida e integridad de los estudiantes como aquel que debía primar, fue una identificación errónea a partir de presunciones sobre los alcances que podría tener la enfermedad hematológica padecida por Talía, sus síntomas, y su potencial para contagiar a los demás niños y niñas con el virus del VIH.
>
> **270**. La Corte considera que la valoración de la prueba en relación al presente caso, para efectos de establecer la inminencia del supuesto riesgo, no tuvo en cuenta los aspectos médicos aportados y privilegió, a partir de prejuicios sobre la enfermedad, los testimonios genéricos referidos a las hemorragias. En efecto, la Corte observa que constaba un infor-

me médico que aseguraba que Talía se encontraba en buenas condiciones hematológicas. Asimismo, la institución tuvo conocimiento del diagnóstico de la púrpura trombocitopénica idiopática mediante una entrevista con Teresa Lluy, momento en el cual se precisó que Talía padecía VIH aunque para ese momento fuese una paciente asintomática.

271. En esa línea, en la decisión del juez interno no se evidencia un juicio estricto sobre la necesidad de la medida, en orden a determinar si no existían otras medidas diferentes a las del retiro del centro educativo y el confinamiento a "una instrucción particularizada y a distancia". La argumentación respecto a las pruebas aportadas está guiada en torno a prejuicios sobre el peligro que puede implicar el VIH o la púrpura trombocitopénica idiopática, que no constaban claramente en ninguna de las pruebas aportadas al proceso y que el Tribunal tomó como ciertas al establecer que las afirmaciones sobre estas "no fue[ron] impugnada[s] ni redargüida[s] de falsa[s]". Esta consideración no tenía en cuenta el bajo e ínfimo porcentaje de riesgo de contagio al que aludían tanto las experticias médicas como la profesora que rindió su testimonio en el proceso.

272. Atendiendo a que el criterio utilizado para determinar si Talía constituía un riesgo a la salud de los otros estudiantes de la escuela era su situación de salud, se evidencia que el juez debía tener una carga argumentativa mayor, relativa a la determinación de razones objetivas y razonables que pudiesen generar una restricción al derecho a la educación de Talía. Dichas razones, amparadas en el sustento probatorio obtenido, debían fundamentarse en criterios médicos atendiendo a lo especializado del análisis para establecer el peligro o riesgo supuesto que se cernía sobre los estudiantes de la escuela.

273. La carga que tuvo que asumir Talía como consecuencia del estigma y los estereotipos en torno al VIH la acompañó en diversos momentos. Según las declaraciones de la familia Lluy y de Talía, no controvertidas por el Estado, tenían que ocultar el VIH y la expulsión de la escuela para poder ser aceptados en otras instituciones. Talía estuvo matriculada en el jardín infantil "El Cebollar", la escuela "Brumel", la escuela "12 de Abril" y "Ángel Polibio Chávez". Según la declaración de Teresa Lluy, "cada vez que se enteraban quienes [e] ra[n], en algunos establecimientos educativos fue relegada [su] hija [...] alegando que no podían tener una niña con VIH, pues era un riesgo para todos los otros estudiantes. Tanto los profesores como los padres de familia, [l]os discriminaban, [l]os aislaban, [l]os insultaban".

274. La Corte concluye que el riesgo real y significativo de contagio que pusiese en riesgo la salud de las niñas y niños compañeros de Talía era sumamente reducido. En el marco de un juicio de necesidad y estricta proporcionalidad de la medida, este Tribunal resalta que el medio escogido constituía la alternativa más lesiva y desproporcionada de las disponibles para cumplir con la finalidad de proteger la integridad de los demás niños del colegio. Si bien la sentencia del tribunal interno pretendía la protección de los compañeros de clase de Talía, no se probó que la motivación esgrimida en la decisión fuera adecuada para alcanzar dicho fin. En este sentido, en **la valoración de la autoridad interna debía suficiente prueba de que las razones que justificaban la diferencia de trato no estaban fundadas en estereotipos y suposiciones**. En el presente caso la decisión **utilizó argumentos abstractos y estereotipados para fundamentar una decisión que resultó extrema e innecesaria por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de Talía**. Este trato evidencia además que no existió adaptabilidad del entorno educativo a la situación de Talía, por medio de medidas de bioseguridad o similares que deben existir en todo establecimiento educativo para la prevención general de la transmisión de enfermedades[8].

Como se observa en esta argumentación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace una determinación muy precisa de las circunstancias fácticas del caso, de los riesgos para la salud de la víctima y de las consecuencias de la salud, tanto en la vida de la niña como de los demás niños que acudían a la escuela.

3. La participación del niño, niña o adolescente en la toma de decisión

El artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan. Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, esta no respeta la posibilidad que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior.

8 Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 20154

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

El hecho que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior. La adopción de medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de igualdad de los derechos de los niños en ese tipo de situaciones, debe someterse a una evaluación individual que dé una función a los propios niños en el proceso de toma de decisiones y permitan introducir ajustes razonables.

En el caso Atala Rifo se indicó la imperatividad del derecho a la opinión:

> **197**. De manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el "interés superior del niño" y el derecho a ser escuchado, al afirmar que "**no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12**. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida"[9].
>
> **68**. Por otra parte, el Tribunal, en dicha Resolución, señaló que los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen cada niña o niño. Por tanto, al llevarse a cabo la diligencia realizada según lo dispuesto en la mencionada Resolución [...] se tuvo en cuenta que las tres niñas tienen en este momento 12, 13 y 17 años de edad y, por tanto, podrían existir diferencias en sus opiniones y en el nivel de autonomía personal para el ejercicio de los derechos de cada una. En el presente caso, el 8 de febrero de 2012 se escuchó a dos de las niñas [...][10].

En igual sentido, en el caso Gelman la Corte IDH indicó:

> **129**. [...] En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por

9 Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

10 En el mismo sentido: Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 201256, párr. 183.

conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad[11].

Lecturas Obligatorias

Comité de Derechos del Niño Observación General Nº 12 (2009).

El derecho del niño a ser escuchado.

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf

4. La valoración de la solución del caso en el proyecto de vida del niño, niña o adolescente

Es importante determinar cuáles son los derechos en juego, puesto que el interés superior no es un derecho que opera en forma aislada, sino está en función de garantizar el máximo bienestar posible al niño, niña o adolescente. En ese sentido, el juez tiene que hacer una ponderación en conjunto de los derechos, principalmente de cómo se va a materializar su decisión en el proyecto de vida del niño, niña o adolescente.

En ese marco, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado esta necesidad a lo largo de su jurisprudencia[12]:

11 Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 201154

12 Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia 19 de noviembre de 1999. En el mismo sentido Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 166 y 167; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 165; Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 137; Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 201262, párr. 142

195. La Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas disposiciones que guardan relación con la situación de los "niños de la calle", que se examina en este caso, y pueden arrojar luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debió haber observado ante la misma. Dichas disposiciones son transcritas a continuación:

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3

[…]

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

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 20

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, otros tipos de cuidado para esos niños.

[...]

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

[...]

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán porque:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

En conclusión, el contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados, en casos como el presente, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular de sus artículos 6, 37, 38 y 39… ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar.

El efecto útil de la decisión y las repercusiones en la vida futura del adolescente tienen que ser efectivamente garantizados por el juez, así lo ha dicho la Corte IDH

16. Precisamente por lo anterior, en vista de la importancia de los intereses en cuestión, como son en este asunto el derecho a la integridad personal, el derecho a la identidad y el derecho a la protección de la familia, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades. Lo anterior revela una necesidad de cautelar y de proteger el interés superior del niño, así como de garantizar los derechos en posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia sobre el fondo y de asegurar el efecto útil de la eventual decisión que se adopte.

La Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a la adopción de medidas especiales de protección en materia de salud y seguridad social, que incluso deben ser mayores en casos de niños con vulnerabilidad.

El logro del mejor posible estado de salud, así como el acceso y la asequibilidad de la atención de la salud de calidad es un derecho inherente para todos los niños. Los niños con discapacidad muchas veces se quedan al margen de todo ello debido a múltiples problemas, en particular la discriminación, la falta de acceso y la ausencia de información y/o recursos financieros, el transporte, la distribución geográfica y el acceso físico a los servicios de atención de salud[13].

En el mismo sentido se hace necesario analizar los contenidos de las sentencias:

- Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 142.

- Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 143.

- Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013, párr. 328; Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 218.

13 Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

5. El Control de la decisión y el interés superior del niño por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Lecturas Obligatorias

Corte IDH Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 5: Niños, Niñas Y Adolescentes.

https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo5.pdf

a. Caso Escobar Ramírez vs. Guatemala

215. Como se mencionó previamente, el interés superior del niño es un concepto triple que constituye un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento (supra párr. 196). **Como derecho sustantivo**, crea la obligación en los Estados de evaluar y considerar el interés superior del niño en toda cuestión que les concierna. **Como principio interpretativo**, garantiza que en todo supuesto en que una disposición jurídica permita más de una interpretación se debe seleccionar la interpretación que mejor satisfaga el interés superior del niño. **Como norma de procedimiento**, este principio asegura que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a una niña o niño, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño o los niños interesados. El Comité de los Derechos del Niño ha resaltado cómo esto requiere de garantías procesales, así como que en la decisión se explique cómo se ha respetado este derecho, es decir, "qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos".

216. En el contexto de adopciones, la Convención sobre los Derechos del Niño establece de manera expresa que el interés superior del niño es una "consideración primordial" (supra párr. 203). Esto significa que tiene máxima prioridad y no está al mismo nivel de las demás consideraciones. Si se **está contemplando la adopción, se debe evaluar y determinar, en cada caso concreto, que esté de conformidad con los mejores intereses del niño y sus derechos humanos, por lo cual la adopción es la mejor opción para ese niño. Implica evaluar la adoptabilidad del niño desde una perspectiva psico-social, "estableciendo por un lado que el niño se beneficiará realmente de la adopción, y de otro lado, que la adopción puede potencialmente verse como la medida más adecuada para satisfacer las necesidades generales del niño y sus derechos"**. (El subrayado es propio)

220. En definitiva, este Tribunal constata que la autoridad judicial, que autorizó las adopciones internacionales de Osmín Tobar Ramírez y J.R., **no evaluó si dichas adopciones eran la medida más adecuada para garantizar el interés superior de ambos niños en atención a sus circunstancias individuales**, tales como, el hecho de que las adopciones iban a provocar la separación definitiva de los hermanos y un rompimiento con su cultura e identidad nacional, entre otros aspectos a tomar en cuenta (infra párr. 226).

223. El Comité de los Derechos del Niño ha resaltado que los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño tienen la obligación de velar porque los proveedores privados de servicios actúen de conformidad con las disposiciones de dicha Convención, creándose así obligaciones indirectas para esas entidades. La delegación en los particulares no reduce en modo alguno la obligación estatal de garantizar el reconocimiento y la realización plenos de los derechos a todos los niños sometidos a su jurisdicción. En forma particular, la obligación de los Estados de tener debidamente en cuenta el interés superior del niño es un deber general que abarca a todas las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos que se ocupen de los niños o les afecten. Por tanto, la Corte resalta que, al delegar en los notarios el otorgamiento de adopciones, era responsabilidad del Estado velar porque dichas personas privadas respetaran y garantizaran, entre otros, el derecho del interés superior del niño como una consideración primordial para otorgar la adopción.

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible
Suecia Sverige
unicef GUATEMALA
#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA

224. Sin embargo, este Tribunal observa que, **en las escrituras que otorgan las adopciones, no se evidencia que se haya evaluado si la adopción internacional de ambos niños por dos familias distintas era la opción de cuidado más adecuada, en atención a sus circunstancias individuales y familiares**. De manera similar a la decisión del juzgado que autorizó la adopción, el notario se limitó a constatar el cumplimiento de requisitos formales, describió los pasos cumplidos en el procedimiento y otorgó la escritura de adopción correspondiente.

226. La determinación del interés superior del niño, cuando la adopción internacional es una posibilidad, es un ejercicio complejo, pues se debe evaluar en qué medida la adopción en el extranjero sería compatible con otros derechos del niño (tales como, el derecho a crecer hasta donde sea posible bajo el cuidado de sus padres o el derecho a no ser privado arbitrariamente e ilegalmente de ninguno de los elementos de su identidad), así como la situación familiar del niño (incluyendo las relaciones con hermanos) y tratar de predecir el potencial del niño para adaptarse a los nuevos arreglos de cuidado en un nuevo ambiente. El Comité de los Derechos del Niño ha establecido que, al evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión sobre una medida concreta, se deberían seguir los siguientes pasos: **a)** Determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás, con la particularidad de que en la adopción debe ser el factor determinante, y **b)** Seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.

b. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile

109. Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que, al ser, en abstracto, el "interés superior del niño" un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el **fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir**, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.

121. Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisible legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resalta que, además, la señora Atala no tenía por qué sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual.

6. El control de la decisión judicial en materia de derechos del niño según la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad

La Corte de Constitucionalidad ha establecido que el interés superior del niño debe ser el criterio interpretativo rector en todos los asuntos concernientes a los niños. Este debe conciliar dos realidades al regular el sistema de justicia: por un lado, el reconocimiento de su capacidad racional y de su autonomía, dejando de ser un mero objeto de tutela, y, por otro, el reconocimiento de su vulnerabilidad dada la imposibilidad material de satisfacer plenamente sus necesidades básicas, con mayor razón cuando estos pertenecen a sectores sociales desaventajados o a grupos discriminados como el de las mujeres[14].

Por ello, no se puede exponer a sufrimientos innecesarios a los niños.

El artículo 51 constitucional establece que: "El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad… ello porque los niños, dada su condición de especial vulnerabilidad, requieren un resguardo preferencial a sus derechos fundamentales". [15]

En otra sentencia importante sobre la protección de los derechos, la Corte ha establecido[16]

En razón de lo previsto en el artículo 51 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, una consideración primordial que deben atender los tribunales que tomen medidas concernientes a los niños es el "interés superior del niño" y la especial protección para asegurarles la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. De esa cuenta, en los procedimientos que conduzcan a la protección de los derechos de niños, los órganos jurisdiccionales intervinientes, como medidas para el cumplimiento efectivo de ese interés preeminente, pueden girar órdenes y mandamientos a autoridades, funcionarios o empleados de la Administración Pública o personas obligadas de conformidad con la legislación aplicable, sin que para ello resulte estrictamente necesario que todas las instituciones del Estado que queden vinculadas en la decisión, deban participar en el procedimiento de protección.

14 Corte de Constitucionalidad expediente 5217-2014. Sentencia de 26 de noviembre de 2015

15 Corte de Constitucionalidad expediente 3312-2018 Sentencia de 11 de junio de 2019.

16 Expediente 277-2015 Sentencia de 26 de noviembre de 2015.

En dos apelaciones de sentencias, de dos amparos promovidos contra sentencias de protección por violación a derechos del niño, como a la alimentación, a la salud, a un nivel de vida adecuado[17] y a la vivienda, de infantes que viven en aldeas del municipio de Camotán, departamento de Chiquimula, en los que el juez comprobó los altos **grados de afectación a los derechos citados, que derivan en padecimientos como la desnutrición**, la Corte resolvió:

… el argumento invocado respecto de la omisión de audiencia invocada como fundamento para denunciar la violación al derecho de defensa y al debido proceso, por haber sido condenados a cumplir órdenes sin haber sido citados, oídos y vencidos en el procedimiento de relacionado. Indicó: - En el procedimiento de protección, la Procuraduría General de la Nación interviene tanto en tutela del niño como en representación del Estado. - El objetivo de ese procedimiento es que el juez determine si los derechos del niño se encuentran amenazados o violados y que establezca la forma como deben ser restituidos, atendiendo al interés superior del niño. - No es necesario que todas las instituciones del Estado participen en el procedimiento de protección. -

Las medidas que se decreten en favor del niño constituyen órdenes y mandamientos a autoridades, funcionarios o empleados de la administración pública o personas obligadas de conformidad con la legislación aplicable, sin que el Estado u oficina específica pueda ejercer defensa orientada a que se le exonere de cumplir sus funciones relacionadas con los derechos en afectación.

En otro contexto, pero en la misma línea jurisprudencial de los derechos afectados conforme el acto reclamado (alimentación, nivel de vida adecuado, salud y vivienda), la Corte indicó que es deber del Estado proteger la vida y procurar el desarrollo integral de la persona, deriva el deber de garantizar el derecho al mínimo vital[18]:

> Este derecho exige que toda persona goce, como mínimo, de todo aquello necesario para la subsistencia; esto es, un nivel de vida adecuado de alimentación, vestido, vivienda y las condiciones necesarias de asistencia social y atención a la salud y a la educación. - El derecho a un mínimo vital sintetiza la preocupación de integrar a todas las personas en una sociedad más humana. - Conlleva el derecho a la oportunidad de obtener los medios

17 expedientes 5962-2014 y 4474-2014 sentencias de veintinueve de julio y uno de octubre, ambas de dos mil quince

18 Sentencia dictada el ocho de septiembre de dos mil quince (expedientes acumulados 2-2015, 151-2015, 298-2015 y 1045-2015)

para llevar una vida digna y decorosa en condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias. - Cuando a una persona no se le reconoce su derecho a un mínimo existencial, se vulnera al menos el derecho fundamental a la vida y a la inalienabilidad corporal. Una persona humana requiere del mínimo existencial necesario para poder vivir dignamente, que no puede ser desconocido por el Estado. - El objeto del derecho fundamental al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas al Estado, y ocasionalmente señaladas en las leyes a los particulares, con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. - Tal derecho protege a la persona contra toda forma de degradación que comprometa su subsistencia física y su valor intrínseco. -

También procura la satisfacción de necesidades materiales básicas y el aseguramiento de la existencia material de la persona humana, por medio de acciones positivas por parte del Estado (principio de progresividad), con prohibiciones a retrocesos injustificados de acciones previamente configuradas en el ordenamiento jurídico (principio de no regresividad). -

Como ejemplo de medidas positivas de este derecho fundamental presupone el deber de asistir a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano. -

El derecho fundamental al mínimo vital es ese mínimo sin el cual las personas no podrían vivir dignamente. Busca garantizar a la persona percibir ciertos recursos para desarrollar un proyecto de vida. - Se precisan de esfuerzos conjuntos y soluciones integrales que aborden las causas principales del problema que afrontan grandes grupos de la población para sobrevivir. Sin unos recursos económicos mínimos, la persona entra en estado de marginación del que le es muy difícil salir. - Este derecho no puede ser entendido bajo una noción netamente monetaria, debe tener la virtualidad de producir efectos reales en las condiciones de la persona, de tal manera que no solo le garantice vivir dignamente sino también desarrollarse como individuo en una sociedad. - Protege la subsistencia de las personas, tanto del individuo como de su núcleo familiar y que, en principio, debe revestirse de calidades que produzcan el desarrollo de la dignidad humana. - El derecho al mínimo

vital se erige como un derecho fundamental adscrito al derecho a la vida digna, el cual posee alto valor constitucional por ser el más fundamental de todos los derechos humanos. - Desproteger el derecho al mínimo vital conlleva afectar el derecho a la vida digna y a la inalienabilidad corporal. - El derecho a la vida digna debe observarse sin relativizarse. -

El derecho al mínimo vital debe cubrirse con recursos materiales indispensables para la existencia física (alimentación, vestido, vivienda, saneamiento, salud, recreación y demás servicios esenciales) y un mínimo de participación en la vida social, cultural y política. Esa explicación del "derecho al mínimo vital" lo efectuó esta Corte respecto de población adulta en edad económicamente activa; sin embargo, es un derecho que goza toda persona humana, que para el caso de niños y adolescentes, el interés resulta superior por la especial protección que ellos precisan, como en el presente caso, razón por la cual este Alto Tribunal no puede soslayar el fenómeno socio-jurídico que los casos antecedentes traen a cuenta a la justicia constitucional-.

ORGANISMO JUDICIAL
GUATEMALA, C.A.

Sistema Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia

"Este material ha sido elaborado por IEPADES para el Organismo Judicial. La información contenida en este material no representa la información oficial del Proyecto "Construyendo entornos protectores para las niñas y los niños en Guatemala", financiado por el Gobierno de Suecia, ni representa necesariamente las opiniones o posicionamientos de Unicef."

CON EL APOYO DE:

iepades
Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible

Suecia
Sverige

unicef
GUATEMALA

#NIÑEZYADOLESCENCIAPROTEGIDA