



**ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LOS DEBERES DEL
ESTADO RESPECTO DE LA LEY DEL SISTEMA DE
ALERTA ALBA-KENETH**

MARÍA ALEJANDRA REYES GARCIA

Guatemala, mayo 2014

RESUMEN

Los menores de edad son un sector vulnerable en nuestra sociedad, víctimas de cualquier acción que transgreda contra su integridad, desarrollo, derechos, siendo esto consecuencia de su falta de capacidad total para poder distinguir y defenderse por ellos mismos, es por eso que el Estado, como ente encargado de garantizar y proteger la vida, seguridad, libertad y su desarrollo integral, es quien debe de tomar acción para poder combatir dichas acciones, ser ente activo ante esta situación.

En ese sentido el Estado, mediante su función legislativa y a través del órgano con competencia establecida constitucionalmente para realizar dicha acción de crear leyes, es el Congreso de la República de Guatemala, organismo que emitió el Decreto 28-2010, que contiene la Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth, la cual encuadra dentro del deber del Estado de garantizar y proteger la vida del ser humano y de cumplir con los preceptos constitucionales establecidos, brindando los medios para la protección social y jurídica de los menores y de la familia que se ven afectados contra dichas acciones que transgreden su integridad, desarrollo y derechos.

Como la propia ley lo establece, el objetivo primordial de ésta, es normar el funcionamiento para cuando se de una acción de sustracción o desaparición de niños y que tenga como resultado la localización y resguardo del mismo.

En ese orden de ideas y para que se logre brindar un óptimo resultado y garantizar los intereses y derechos del menor la ley establece que trabajará en conjunto con ciertas instituciones políticas permitiendo así que sea un proceso ágil y rápido. Sin embargo, dicha ley a pesar de tener objetivos claramente establecidos, tratando de cumplir con preceptos constitucionales, no logra

brindar la seguridad y resguardo suficiente para que el menor sea localizado y resguardado como debe de ser; dicha ley no cuenta con un reglamento en el cual se establece el procedimiento mas especifico a seguir, y como se sabe toda norma ordinaria debe de tener un reglamento que la desarrolle. Es por tal motivo que el Estado no logra cumplir con los preceptos constitucionales y con su deber de ente encargado, en virtud de que dicha ley no es eficaz y suficiente para brindar protección adecuada a los menores.

ÍNDICE

Introducción	7
<u>Capítulo 1: Valores Constitucionales</u>	
1.1 Valores Jurídicos.....	14
1.1.1 Vida.....	15
1.1.2 Seguridad.....	17
1.1.3 Libertad.....	18
1.1.4 Integridad.....	20
<u>Capítulo 2: Funciones del Estado</u>	
2.1. Función Legislativa.....	23
2.2 Función Ejecutiva.....	24
2.3 Función Judicial.....	25
<u>Capítulo 3: Conceptos Básicos</u>	
3.1 Menor de edad.....	29
3.2 Niño.....	31
3.3 Adolescente.....	34
3.4 Sustracción.....	36
3.5 Desaparición.....	37
3.6 Resguardo.....	37
3.7 Localización.....	38
<u>Capítulo 4: Normas Internacionales en relación con la protección de los menores de edad</u>	
4.1 Convención sobre los Derechos del Niño (1989).....	41
4.2 Declaración de los Derechos del Niño.....	44
4.3 Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.....	46

4.4	Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la protección hacia los menores.....	50
-----	---	----

Capítulo 5: Bienes Jurídicos Tutelados por el Derecho Penal en los delitos de sustracción de menores

5.1	Definición de delito de sustracción de menores.....	56
5.2	Elementos del delito.....	59
5.3	Bien jurídico tutelado.....	60

Capítulo 6: Análisis de la Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth

6.1	Antecedentes.....	65
6.2	Análisis al contenido de la ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth.....	67
6.3	Entrevistas.....	76
6.3.1	Fundación Sobrevivientes.....	76
6.3.2	Juzgado de la Niñez y Adolescencia.....	78
6.3.3	Unidad de Alerta Alba-Keneth.....	80
	Conclusiones.....	85
	Bibliografía.....	91

INTRODUCCIÓN

El Decreto 28-2010 del Congreso de la República, Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth emitida el 8 de septiembre del 2010, tiene como objetivo principal establecer las acciones coordinadas a tomar entre ciertas instituciones publicas para la localización y resguardo de los niños sustraídos o desaparecidos. Siendo esto una forma para combatir y contrarrestar la situación la que actualmente aqueja a los niños al ser víctimas de acciones que vulneren sus derechos. Y es el Estado a través de su función legislativa que emite dicha ley, para cumplir con su deber constitucional de ser el ente encargado de velar por la protección de los derechos.

El Estado a través de la Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth pretende garantizar los derechos constitucionales de los menores de edad, contenidos en el artículo 2 de la Constitución de la República de Guatemala. Ya que siendo los niños un grupo social vulnerable necesita de una protección adicional por parte del Estado, debiendo asumir éste un rol de ente garante de la vida, libertad, justicia, seguridad, paz y desarrollo integral de la persona, siendo esto un deber del Estado reconocido constitucionalmente. Dicha protección debe de ser de manera total y efectiva, emitiendo normas que reflejen y desarrollen los preceptos constitucionales, que exista un sistema de protección integral hacia los menores, y que la aplicación sea de manera general, clara, eficaz.

El Decreto 28-2010 Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth no refleja y cumple con lo establecido anteriormente, debido a que no cuenta con un reglamento que desarrolle a la ley, el procedimiento a seguir para su aplicación, y delimite los casos específicos a los que le es aplicable. Lo cual hace caer en una exceso de trabajo para las instituciones, el aplicar la ley de manera distinta para la que fue creada y desvirtuar su espíritu.

Los objetivos del presente trabajo son el demostrar que el Estado a través de la Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth no cumple con garantizar los derechos a la vida, la seguridad, libertad y desarrollo integral de la persona que establece la Constitución Política de la República en su artículo 2.

Así como el demostrar que los menores de edad y adolescentes requieren de una mayor protección por parte del Estado, como ente obligado para hacerlo, por ser un grupo social vulnerable. Y demostrar como tercer punto que la Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth, limita al Estado para cumplir con lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución Política de la República.

Descrito el problema principal, y los objetivos del presente trabajo la metodología que se utilizó fue dogmático-jurídico, en el cual se hace un análisis al Decreto 28-2010 del Congreso de la República, Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth, centrándose en sí cumple dicha ley con desarrollar los preceptos constitucionales y sí el Estado logra ser ente garante de su protección.

Para lograr probar la hipótesis, y el problema principal, se realizó un estudio doctrinario sobre conceptos importantes, iniciando en el primer capítulo con la explicación de los valores constitucionales reconocidos los cuales deben de ser protegidos y garantizados por el Estado siendo estos la vida, seguridad, libertad e integridad, así como su regulación en la norma suprema y la importancia de su protección. El segundo capítulo se refiere sobre las funciones de Estado, como se organiza para lograr cumplir con sus deberes; siendo una de ellas el emitir leyes que integran el ordenamiento jurídico, dichas normas deben de respetar el contenido constitucional y deben de contar las normas ordinarias con un reglamento para que las desarrolle de manera total y sea

efectiva su aplicación. El tercer capítulo contiene conceptos básicos derivados del Decreto 28-2010 Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth para entender la norma. El cuarto capítulo trata sobre normas internacionales en relación a la protección de menores, como existen tratados o convenios que regulan la situación de una sustracción o desaparición, la forma de actuar además de cómo estos pasan a ser parte del ordenamiento jurídico interno cuando son ratificados por el Estado de Guatemala. En el quinto capítulo se explican las acciones de desaparición y sustracción siendo estas tipificadas como delitos por el ordenamiento jurídico guatemalteco así como que bien jurídico se ve lesionado al momento de que se den dichas acciones, y como el Estado debe de velar porque ese bien jurídico de ninguna manera debe de ser vulnerado, y en caso de serlo el asegurar de manera íntegra y eficaz su restablecimiento. Dejando por ultimo en el capítulo sexto el análisis del Decreto 28-2010 Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth describiendo los objetivos, procedimientos a seguir, deficiencias que contiene la ley por falta de un reglamento que la desarrolle, y el punto de vista de dos instituciones públicas y una fundación de servicio social con fines no lucrativos, no gubernamental, que forman parte importante de la ley y concluyendo las tres en lo mismo la falta de un reglamento hace que la ley se desvirtúe, su aplicación no sea la debida y dando como resultado la falta del Estado de cumplir con el mandato constitucional de ser el ente encargado de velar por la protección y garantizar a los habitantes de la República de Guatemala sus derechos.

Al concluir la investigación doctrinaria, se realizó el análisis a la ley y con base a la información recabada en las entrevistas que se realizaron se concluyó que el Estado es el ente encargado por mandato constitucional de garantizar los derechos a las personas y que una norma de esta naturaleza, puede hacer ineficaz el actuar del propio Estado.

Es necesario que el organismo Ejecutivo realice el reglamento de la ley para que pueda ser aplicada como debe de ser, ya que el reglamento tiene como objetivo principal el implementar los mecanismos necesarios para asegurar la aplicación debida de la ley. El objetivo de la ley es beneficioso y favorable, ya que agiliza el procedimiento a seguir cuando existe una sustracción o desaparición de un niño, ya que en estas situaciones no se puede perder tiempo porque el menor corre riesgo de sufrir mas violaciones a sus derechos; por lo que al tener un objetivo y fin importante y al saber que la sociedad guatemalteca actualmente tiene índices altos de violencia no se puede dejar de aplicar la ley, atendiendo también a que dicha ley protege a los menores quienes requieren de una protección adicional por parte del Estado. Además dicha ley se está aplicando para casos que no surgen de una desaparición o sustracción, por lo que desvirtúa la ley, la hace ineficaz y da como resultado el incumplimiento por parte del Estado a su mandato constitucional de ser el encargado de velar por los derechos.

Capítulo 1 Valores Constitucionales

Para efectos de la presente investigación es necesario partir de la definición de la palabra valor que brinda el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que dice que es una “Cualidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores...”¹.

En ese sentido, se puede afirmar que los valores son nociones axiológicas que atienden a lo bueno y malo, y que responden a una jerarquía determinada, existiendo a su vez diferentes tipos de valores, dentro de los que algunos van a tener más importancia para esta investigación. En el ámbito del Derecho, se entienden como una cualidad o estimación que se le hace a una cosa, son valores sociales exigibles, son básicos, fundamentales en un sistema jurídico.

Es importante señalar que existe cierta conexión entre un valor, un principio y una regla, los primeros se refieren a la aglutinación de principios que expresan clara y determinadamente su contenido. Los segundos, a su vez, se anejan en reglas en las que su aplicación y consecuencias jurídicas se hallan tipificadas en términos de mayor exactitud.

En esa tesitura, los valores constitucionales se entienden como una nómina axiológica de la cual se derivan el resto de las normas del ordenamiento jurídico, la cual fue determinada por el constituyente como prioritario y fundamental para la convivencia en sociedad. Los valores constitucionales tienen una triple dimensión, ya que en primera instancia, son el

¹ <http://lema.rae.es/drae/?val=valor>. [consultada: 2 de junio de 2013]

sustento de las disposiciones ordinarias, reglamentarias e individualizadas del ordenamiento jurídico. En un segundo plano y derivándose de la primera dimensión, orientan a dicho ordenamiento jurídico hacia un fin primordial y axiológico consagrado en el texto constitucional. Por último, tiene una dimensión que sirve de parámetro para evaluar los actos y hechos jurídicos per se. De esa cuenta, es que los valores constitucionales constituyen normas jurídicas de carácter constitucional y que están revestidos de valores morales, filosóficos.

Dichos valores son reconocidos en la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, que es la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que es necesario tener presente que, la Carta Magna es la ley fundamental en la cual se establecen los principios, derechos y garantías de los guatemaltecos, así como la organización del Estado y sus instituciones. Al reconocer la supremacía de la Constitución como norma fundamental, las demás normas que integran el ordenamiento jurídico deben de respetar su contenido, y nunca contrariarlo o tergiversarlo.

La República de Guatemala dentro del marco del Estado de Derecho y bajo la concepción del constitucionalismo, en el cual los poderes públicos, organización, actividades se encuentran subordinados a la norma suprema, Constitución Política de la República de Guatemala. Al respecto, el autor Sánchez Viamonte lo define como “El ordenamiento jurídico de una sociedad política mediante una Constitución escrita, cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forman el gobierno ordinario.”².

² Pereira-Orozco, Alberto (et al). Derecho Constitucional. Editorial EDP, Guatemala, enero 2007. Pág. 39.

Por su parte los autores Alberto Pereira-Orozco y Marcelo Pablo E. Richter, en el libro de Derecho Constitucional, definen al Constitucionalismo como: “Una tendencia socio-política cuyos objetivos principales son: a) dotar a los Estados de una Constitución escrita; b) hacer valer la supremacía de dicha Constitución; c) reconocer los derechos inherentes a la persona; y d) estructurar al Estado y someterlo, junto con sus autoridades, al Derecho.”³.

De las concepciones anteriores se puede concluir que el constitucionalismo tiene como finalidad reconocer una norma suprema escrita, la cual tiene como característica el ser personalista, en el sentido que concibe al hombre como un ser con derechos inherentes los cuales deben de ser reconocidos y respetados se encuentran contenidos en una Constitución, esta se sitúa en la cúspide del ordenamiento jurídico, y todos los actos que surgen de los poderes del Estado deben de estar subordinados. En el Constitucionalismo sale a relucir un principio básico y esencial de todo ordenamiento jurídico que es el principio de Supremacía Constitucional.

Lo anterior se ve reflejado en el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual contiene el espíritu, objetivos y fines fundamentales del repertorio de artículos constitucionales, y que cumple con la función de orientar, afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social y jurídico, estableciendo al Estado como ente encargado de velar y ser el responsable del desarrollo del bien común.

De acuerdo al Preámbulo de la Constitución Política de la República, el cual según la Corte de Constitucionalidad en sentencia de fecha diecisiete de septiembre de mil novecientos ochenta y seis, dictada dentro del expediente número 12-86 determinó que: “...El preámbulo de la Constitución Política

³ Ibid. Pág. 40.

contiene una declaración de principios por la que se expresan los valores que los constituyentes plasmaron en el texto, siendo además una invocación que solemniza el mandato recibido y el acto de promulgación de la carta fundamental. Tiene gran significación en orden a las motivaciones constituyentes, pero en sí no contiene una norma positiva ni menos sustituye la obvia interpretación de disposiciones claras. Podría, eso sí, tomando en cuenta su importancia, constituir fuente de interpretación ante dudas serias sobre alcance de un precepto constitucional... Si bien... pone énfasis en la primacía de la persona humana, esto no significa que esté inspirada en los principios del individualismo y que, por consiguiente, tienda a vedar la intervención estatal, en lo que considere que protege a la comunidad social y desarrolle los principios de seguridad y justicia a que se refiere el mismo preámbulo..." Acorde a lo anterior, se desprende que el constituyente concibió al Estado como ente encargado de garantizar los derechos humanos, partiendo de la idea que la persona humana debe ser la prioridad de éste y poderle brindar un bien común para su desarrollo integral.

1.1 Valores Jurídicos

El autor Javier De Lucas los define como: "... la incorporación a un enunciado jurídico, y procede básicamente del tipo de norma en que se justifican y las funciones que desempeñan. Los valores incorporados a un enunciado jurídico pueden considerarse como la plasmación de los juicios de valor efectuados por quienes establecen los enunciados que son las autoridades sobre ciertas acciones o estados de cosas..."⁴.

⁴ De Lucas, Javier y otros. Introducción a la Teoría del Derecho. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997, Pág. 311.

Con fundamento en la definición anterior el valor jurídico cumple con la función de plasmar en una norma jurídica una situación especial que proteja al ser humano en una situación específica y determinada, que para esta investigación los valores jurídicos que sobresalen son los de la vida, seguridad, libertad e integridad, de todo menor de edad que se encuentre en la situación de sustracción o desaparición de su entorno familiar y que deben de ser protegidos y resguardados.

1.1.1 Vida

La vida es considerada como valor, derecho, principio fundamental, mediante el cual el ser humano vive, para el efecto la biología la define como: “capacidad de nacer, crecer, reproducirse y morir.”⁵.

Es decir, consiste en el derecho esencial y básico mediante el cual surgen todos los demás derechos y valores esenciales de la persona, es decir giran alrededor de él, motivo por el cual se entiende que es una obligación fundamental del Estado, y que en la Constitución Política de la República es reconocida desde su preámbulo de la siguiente manera: “...afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social...”⁶.

Entonces, al ser considerado como un derecho esencial mediante el cual se derivan otros derechos, estos deben de ser normados de igual manera para que la persona humana logre desarrollarse en plenitud en cualquier ámbito sea social, familiar, laboral.

⁵ <http://definicion.de/vida/>. [consultada: 2 de junio del 2013]

⁶ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República, Guatemala, 1985.

Y es así, que a partir de un valor constitucional contenido en el Preámbulo de la Carta Magna, éste se convierte en una disposición jurídica, al contemplar en el Artículo 3 de tal cuerpo legal el Derecho a la vida, y que dice “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.”⁷.

Como consecuencia de ese precepto constitucional se encuentra la personalidad, que está regulada en el Código Civil en donde se reconoce la personalidad con el nacimiento y termina con la muerte, sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorezca, siempre que nazca en condiciones de viabilidad.”⁸.

La personalidad entendida como ese reconocimiento jurídico que la ley realiza para que toda persona humana sea sujeto de relaciones jurídicas, por lo que se reconoce a la persona humana como un sujeto al cual debe de protegerse y asegurar sus derechos mediante la regulación en normas nacionales, como internacionales, las cuales deben de ser cumplidas y respetadas.

En el ámbito internacional la Convención de los Derechos del niño regula el derecho a la vida en su artículo 6 estableciendo: “1.Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida...”⁹.

Por tal motivo es que el Estado, como ente encargado debe de garantizar este derecho de la mejor manera y siempre, implicando con ello que,

⁷ Ibid.

⁸ Decreto Ley 106 Código Civil, Guatemala, 1963.

⁹ Asamblea General de Las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Resolución 44/25. Noviembre 1989.

el Estado debe de brindar las condiciones necesarias para que el ser humano alcance su desarrollo mediante la protección al derecho a la vida.

1.1.2 Seguridad

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la define como: “certeza.”¹⁰, y a la certeza como “Conocimiento seguro y claro de algo”¹¹. Considerado como confianza, certeza jurídica, brinda el Estado a través de un sistema jurídico basado en Derecho y respetando la norma fundamental, que es la Constitución, es dar cumplimiento al Derecho y la realización de la justicia.

Para el autor De Lucas, la seguridad jurídica es el “...Valor jurídico pues es presupuesto del Derecho como tal raíz de su legitimidad a la vez que la primera de las funciones socialmente atribuidas al Derecho, y por tanto, encaminada a la consecución de la justicia, quedando situada en parámetros de legitimidad política y jurídica...”¹².

Según la Corte de Constitucionalidad en sentencia de fecha veintinueve de enero del año dos mil nueve, dictada dentro del expediente número 35-2008 determinó lo siguiente: “En cuanto a la seguridad jurídica, que establece el artículo relacionado se refiere, concretamente, a la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un Estado de Derecho, hacia el ordenamiento jurídico, en tal virtud las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes y principalmente la ley fundamental.”¹³

¹⁰ <http://lema.rae.es/drae/?val=seguridad>. [consultada: 2 de junio del 2013]

¹¹ Ibid.

¹² De Lucas, Javier y otros. Op. cit, Pág. 323.

¹³ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 91.. Expediente 3350-2008. Fecha de auto: 29/01/2009.

Así mismo en la sentencia dictada el veinte de noviembre del año dos mil siete, dictada dentro del expediente 25-2007 se estableció: “De conformidad con el artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala el Estado de Guatemala tiene la obligación de garantizar la justicia a los habitantes de la República, debiendo este adoptar las medidas que estime pertinentes para hacerlo y según lo demandan sus necesidades y condiciones del momento. Lo anterior genera el principio de seguridad jurídica, el que consiste en la confianza que tiene el ciudadano hacia el ordenamiento jurídico, dentro de un Estado de Derecho.”¹⁴.

1.1.3 Libertad

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define libertad como la “Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.”¹⁵.

En la Constitución Política de la República de Guatemala se encuentra regulado de la siguiente manera: “Artículo 4. Libertad e igualdad. En Guatemala los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tiene iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.”¹⁶.

¹⁴Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 86. De la Corte de Constitucionalidad. Expediente. 25-2007. Fecha de sentencia: 20/11/2007.

¹⁵<http://lema.rae.es/drae/?val=libertad>. [consultada: 2 de junio del 2013]

¹⁶Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala 1985.

La Corte de Constitucionalidad interpreta al valor constitucional de la libertad en la Gaceta No. 90. Expediente 2885-2008, sentencia de fecha 20/10/2008 en el siguiente sentido: "...la libertad, definida como el estado existencial del hombre en el cual éste es dueño de sus actos y puede autodeterminarse conscientemente sin sujeción a ninguna fuerza o coacción psicofísica, es lo que principalmente el hombre ha tenido que ceder; para vivir en compañía de otros hombres. En ese orden de ideas, la libertad es la facultad que se disfruta en las naciones bien gobernada, de hacer y decidir cuánto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres."¹⁷.

También se menciona en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 4 define libertad como: "La Libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tienen otros límites de los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley."¹⁸.

Con base en tales conceptualizaciones, se puede afirmar que, la libertad como esa autonomía personal de poder dirigirse y elegir, el ser dueño de los actos propios nunca olvidando las normas establecidas para no transgredir un derecho ajeno, esa autonomía que posee el ser humano de elegir entre el bien y el mal responsablemente, es decir asumiendo las consecuencias de sus actos.

¹⁷ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 90. Expediente 2885-2008. Fecha de sentencia: 20/10/2008.

¹⁸ Asamblea Nacional Constituyente Francesa. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Francia 1789. <http://www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>.

1.1.4 Integridad

La integridad se puede definir como: “se entiende como un conjunto de condiciones físicas, psíquicas y morales que le permiten al ser humano su existencia, sin sufrir ningún tipo de menoscabo en cualquiera de estas tres dimensiones.”¹⁹.

Consiste entonces, en el reconocimiento del derecho de la vida que todo ser humano tiene, y todas las condiciones o situaciones que se den, mediante las cuales el ser humano logra desarrollarse en todos los ámbitos físicos, psíquicos y morales, el respetar estas condiciones y brindarle los medios necesarios para lograrlo.

De esa cuenta los valores jurídicos esenciales mencionados anteriormente y regulados en la Constitución Política de la República, al ser garantizados por el Estado, cumplen con su función, ya que es éste el ente encargado de velar por su reconocimiento y protección, a través de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Garantizando al ser humano su desarrollo íntegro como persona y alcanzando el bien común. Cabe mencionar que el valor jurídico más importante del cual dependen los demás valores es la vida, por lo que es obligación del Estado el garantizarla siempre.

¹⁹<http://www.cintras.org/textos/congresodh/elderechoalintegridadimg.pdf>. [consultada:2 de junio del 2013]

Capítulo 2 Funciones del Estado

El Estado es el ente encargado de velar por el cumplimiento de las normas, y, del mandato constitucional, se desprende que éste debe proteger a la persona y a la familia, y la realización del bien común, lo cual se logra a través de una organización, y delegación y división de poderes.

De esa cuenta es que el Estado entendido como el ente soberano que tiene como fin organizar a una población en un territorio determinado a través de un ordenamiento jurídico para alcanzar el bien común, debe crear las condiciones a través de las cuales el ser humano se desarrolle en plenitud en los ámbitos personales, sociales, laborales. Ese ordenamiento jurídico que comprende el conjunto de normas vigentes y positivas que se relacionan entre sí, que se encuentran jerarquizadas teniendo en el rango superior a la Constitución Política de la República de Guatemala, y que cada norma rige momentos o actuaciones del ser humano.

Teniendo claro lo anterior, es necesario determinar las funciones de los tres Organismos de Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), ya que éstas constituyen la característica más esencial de un Estado de Derecho. Para entender tales funciones, es necesario partir de lo previsto en el artículo 141 de la Constitución Política de la República que determina: “La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos es prohibida.”²⁰.

Por ello, la teoría de la separación de poderes que se atribuye a Montesquieu, prescribe que con esta separación se permite controlarse

²⁰ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala 1985.

mutuamente para lograr un equilibrio de poderes en el cual cada uno constituye en freno y control de los demás, evitando así la subordinación de poderes o bien que un poder absorba las funciones de otro poder, estableciendo límites como garantía de libertad de los ciudadanos evitando abuso de poder, para garantizar la existencia de un Estado de Derecho y evitar el absolutismo.²¹.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala hace mención al tema de la separación de poderes en la Gaceta No. 86. Expediente 1312-2006, en sentencia de fecha diecinueve de noviembre de dos mil siete, en el siguiente sentido: “Los principios básicos del Estado de Derecho es el de la división o separación de poderes, en que se atribuyen primordialmente al Organismo Legislativo al función de crear leyes (legislar); al Organismo Judicial la de aplicarlas y declarar los derechos en los casos controvertidos que se someten a su conocimiento (administrar justicia); y al Organismo Ejecutivo la facultad de gobernar y administrar. La división de poderes es la columna vertebral del esquema político Republicano y es, además, el rasgo que mejor define al gobierno constitucional, cuya característica fundamental es la de ser un gobierno de poderes limitados; el sentido de la distribución del poder estatal en diversos órganos no es básicamente el de distribuir funciones entre ellos con el objeto de obtener un desempeño eficiente; su fin primordial es que al desarrollar separada y coordinadamente sus funcionales, tales órganos se limiten recíprocamente, de forma que cada uno de ellos actúe dentro de la esfera de su competencia y constituya un freno o contrapeso a la actividad de los demás, es decir, que ejerzan entre sí un control recíproco con el objeto de enmarcarse dentro del régimen de legalidad.”²².

²¹ Universidad de San Carlos de Guatemala Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Escuela de Estudio de Postgrado. Teoría del Estado y del Derecho Constitucional Revista del Seminario de Doctorado en Derecho. Guatemala 2009. Pág. 92.

²² Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 86. Expediente 1312-2006. Fecha de sentencia: 19/11/2007.

Para lograr lo establecido en la propia Constitución y alcanzar el fin supremo se da la separación de poderes, en tres organismos cada uno con una competencia establecida Constitucionalmente y cumpliendo funciones específicas, lo cual es sustancial para efectos de la presente investigación y el cumplimiento de sus objetivos.

2.1 Función legislativa

La función primordial de crear normas jurídicas, normas de observancia general además como aquellas que tiendan a estructurar al Estado para su buen desempeño corresponde al poder legislativo –en nuestro sistema jurídico Organismo Legislativo-, es decir normas para el Estado como también normas que regulen el actuar de los ciudadanos y Estado; pero no solo se limita a eso, sino a decretar, reformar y derogar leyes.

Por su parte los autores Alberto Pereira Orozco y Marcelo Pablo E. Richter, en el libro de Derecho Constitucional definen al Organismo Legislativo como: “...un órgano colegiado, de tipo ordinario y permanente, de carácter representativo, cuya legitimidad deviene de la voluntad popular enunciada por medio del voto en sufragio universal. Es integrado por el número de diputados señalados por la ley y con base al sistema de asignación de escaños o curules que ésta establece. Puede estar integrado por una o dos Cámaras. Sus funciones son de carácter diverso pero las tres más importantes, dentro de las cuales se podrían subsumir éstas, son: la función de creación, modificación y derogación de leyes; el ejercicio de controles interórganos (horizontales); el ejercicio de los controles intraórganos (verticales)”²³ .

²³ Pereira-Orozco, Alberto (et al). Op. cit, Pág. 226.

Por otro lado, es importante resaltar que “En el caso del Congreso de la República de Guatemala, la Constitución establece que dicho Organismo tiene otras facultades de esencia administrativa, como son nombrar y remover a su personal administrativo, aceptar o no la renuncia de sus miembros, convocar a sesiones, elegir a su Junta Directiva y Comisión Permanente, convocar a elecciones generales cuando en la fecha indicada por la ley el Tribunal Supremo Electoral no lo hubiere hecho, elaborar y aprobar su presupuesto para ser incluido en el del Estado, aprobar el presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado, fijar las características de la moneda con opinión de la Junta Monetaria, así como decretar amnistía por delitos políticos y comunes conexos.”²⁴.

Como se puede ver además de su función esencial de crear, reformar y derogar leyes, cumple con funciones administrativas dentro del propio organismo, además uno de los controles más importante que ejerce es hacia el Organismo Ejecutivo, y todos los actos emanados de este. En cuanto a su función esencial de crear leyes debe atender y respetar siempre el contenido de la Constitución, como se explicó, toda ley que tenga subordinación a la Constitución debe de guardar relación con el contenido y no tergiversarlo; además de crear leyes conforme a la situación social y las necesidades de la población, siempre en busca del bien común y respetando los derechos.

2.2 Función ejecutiva

La función ejecutiva consiste en gobernar y administrar, además de ciertas funciones complementarias como la de crear reglamentos para lograr sus funciones la autoridad y el órgano administrativo. Así como la satisfacción

²⁴ Universidad de San Carlos de Guatemala Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Escuela de Estudio de Postgrado. Op. cit. Pág. 95.

de intereses y necesidades de la colectividad a través de una correcta administración por parte del Ejecutivo.

Se puede definir al Organismo Ejecutivo como: "...aquel que forma parte de la tríada clásica de poderes y complementa las funciones legislativas y judicial, teniendo a cargo hacer cumplir las leyes y ejercer el gobierno del Estado. Dicho poder concibe y ejecuta políticas generales de acuerdo con las cuales las leyes tienen que ser aplicadas, representa a la nación en sus relaciones diplomáticas, sostiene a las fuerzas armadas y controla mediante el veto o la sanción la legislación. El titular de dicho poder el Presidente de la República, el cual es electo de manera democrática y popular, por ende su mandato proviene de la soberanía del pueblo y el mismo solamente puede ser limitado de manera excepcional..."²⁵ .

Existe también cierto control intraórgano, como lo es la obligación del Presidente de actuar y tomar decisiones en Consejo de Ministros, además de una función primordial del Presidente respecto a las leyes emitidas por el Organismo Legislativo es el derecho de veto, la facultad de sancionar, promulgar y publicar leyes. El veto consiste en las observaciones realizadas por el Presidente sobre las leyes emitidas por el Congreso, observando siempre lo contenido en la Constitución, pero quien sigue teniendo la primacía legislativa es el Congreso ya que podrá considerarlas o rechazarlas.

2.3 Función judicial

La función judicial se refiere a la función de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, además de ciertas funciones administrativas dentro del propio órgano como lo es nombrar y destituir a los jueces, secretarios, personal

²⁵ Pereira-Orozco, Alberto (et al). Op. cit, Pág. 231.

auxiliar de tribunales y personal administrativo. También el de aplicar la ley y declarar los derechos en los casos controvertidos sometidos a su conocimiento, se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y los tribunales que la ley establezca.

Se puede definir como: "...el ente que cierra la tríada clásica de los poderes-organismos- del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). La función esencial que se le atribuye dentro del marco de la división o separación de poderes es la de aplicar la ley y declarar los derechos en los casos controvertidos que se someten a su conocimiento. Respecto de cómo definirlo, existen diferentes criterios, pero todos coinciden en que su función dentro de un Estado democrático es la de ejercer o dictar justicia de manera independiente y libre de cualquier tipo de injerencias..."²⁶.

A la hora de aplicar el derecho en los casos controvertidos sometidos a su conocimiento como los demás órganos en el momento de actuar nunca deben de olvidar el contenido de la Constitución, ya que están sujetos a lo establecido en ella, y solo pueden hacer lo que la ley les permite, respetando siempre los derechos y nunca olvidando el fin supremo que es el bien común. Como menciona la Constitución los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución y a las leyes, deben siempre interpretar como un conjunto las leyes, buscando siempre la justicia.

La actividad del Estado a través de los órganos competentes para desarrollar esta función consiste en obtener en los casos concretos la declaración de un derecho observando las normas que integran el

²⁶ Pereira-Orozco, Alberto (et al). Op. cit, Pág. 234.

ordenamiento jurídico y aplicándolas sobre los conflictos que surjan entre los particulares y los particulares y el Estado.

Habiéndose mencionado la función primordial de cada organismo del Estado, deben de procurar actuar con lo establecido y con los límites que establece la Constitución, el ejercer control entre ellos mismos pero nunca extralimitándose, y así lograr el bien común y cumplir con las funciones del Estado.

Es importante resaltar que el bien público, es decir el bien común, es un elemento fundamental e indispensable para el desarrollo integral de la persona y así alcanzar su perfeccionamiento, el cual solo puede obtenerse por medio de la actividad que desarrolla el Estado que este estructurado de la mejor manera en donde los tres poderes realicen las actividades que cada uno tiene potestad para hacerlo, pero es necesario la existencia del Estado para poderlo realizar es ese instrumento, es por eso relevante la explicación y los conceptos dados anteriormente.

Así como, de hacer mención que la función legislativa consiste en legislar, crear leyes, en este caso específico la ley que se está tratando es la Ley del Sistema Alba-Keneth, al crearla el Estado cumple con su actividad legislativa teniendo como objetivo el proteger a los menores de edad de cualquier desaparición; en cuanto a la función ejecutiva consiste el actuar del Estado en implementar por medio del órgano encargado a realizar un reglamento para poderla aplicar y así cumplir con su función como ley y el Estado a la vez como ente encargado de velar por la protección del ser humano y brindándole las circunstancias para poder alcanzar el bien común.

Capítulo 3 Definiciones Básicas

Para efectos de la presente investigación es necesario tener claro ciertos conceptos básicos que constituirán el objeto de la presente investigación, y servirán de base para realizar el análisis sobre el tema de la presente tesis.

3.1 Menor de edad

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como: “La persona que no ha llegado a la mayoría de edad.”²⁷.

De acuerdo con el Decreto ley 106 Código Civil de Guatemala, se entiende por menor de edad, lo que se estipula en el artículo 8 que establece: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido diez y ocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.”²⁸. Dicho artículo no da una definición como tal de menor de edad pero se logra determinar a través de los métodos de interpretación jurídica, que es menor de edad quien no ha cumplido los diez y ocho años, ya que la mayoría de edad expresamente se establece que es a partir de los diez y ocho años con los que se adquiere esa capacidad que es la aptitud para poder ser sujeto de derechos y obligaciones, y como consecuencia ejercerlos por sí mismo.

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio define al menor de edad como: “minoría jurídica.”²⁹. Y al menor como: “El que no ha cumplido aun la edad fijada en la ley para gozar de la plena

²⁷ <http://lema.rae.es/drae/?val=menor>. [consultada:1 de Julio 2013]

²⁸ Decreto Ley 106 Código Civil, Guatemala, 1963.

²⁹ <http://derecho.upla.edu.pe/pdf/diccionariosorio.pdf>. [consultada: 1 de julio 2013]

capacidad jurídica reconocida por la mayoría de edad. Impone una serie de restricciones en el obrar, no en la titularidad jurídica, que suple la patria potestad o tutela, con la atenuación en ocasiones de la emancipación o habilitación de edad.”³⁰.

Por su parte, el Diccionario Jurídico Elemental define menor de edad como: “persona que no ha cumplido todavía la edad que la ley establece para gozar de la plena capacidad jurídica normal determinada por la mayoría de edad.”³¹. En cuanto al Diccionario de Derecho usual menciona que “el menor de edad es un incapaz jurídico, absoluto, en principio; pero atenuando por muchos preceptos legales transcritos. El menor es representado por el tutor en todos los actos civiles sin otras excepciones que las legales. Por lo que lo define como tener menos años, meses, días e incluso segundos que otro; la situación de incapacidad jurídica plena o atenuada en que se encuentran todas las personas desde el nacimiento hasta llegar a la mayoría de edad, la condición de hijo sometido a la patria potestad o la del pupilo sujeto a la autoridad de su tutor y demás órganos tutelares. No constituye sino una restricción de la personalidad jurídica.”³².

De las definiciones anteriores, se pueden notar ciertos elementos que están incluidos en todas las definiciones; una de ellas es que definen al menor de edad como aquella persona que no ha cumplido la mayoría de edad, fijada en la ley, en el caso de Guatemala la ley que establece cual es la mayoría de edad es el Código Civil, como menciona en su artículo 8 estableciendo que se adquiere al cumplir dieciocho años; al cumplir esta mayoría de edad se adquiere la capacidad legal, la cual los menores de edad carecen de modo

³⁰ Ibid.

³¹ Cabanellas de la Cueva Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 2001. Pág. 254.

³² Diccionario Jurídico Elemental. Op. Cit. Págs. 689-691.

relativo, siendo esta aquella por la cual son sujetos de derechos y obligaciones, conocida como la capacidad de hecho, que cobra vida o sale a relucir cuando se cumplen los dieciocho años. Al carecer de modo relativo de una capacidad legal, de poder ser sujetos de derechos y obligaciones de manera completa, existen ciertos actos jurídicos los cuales si pueden realizarlos como titular del derecho pero siempre y cuando se cumplan con ciertos requisitos exigidos por ley, siendo uno de ellos como por ejemplo la aptitud para contraer matrimonio, normado en el Código Civil, en su artículo 81 "...Sin embargo, pueden contraerlo: el varón mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce, siempre que medie autorización..." El menor de edad tiene reconocido ese derecho de contraer matrimonio, pero debe de tener autorización de sus padres, de quien ejerza la patria potestad para poderlo realizar, ya que no es un sujeto de derechos y obligaciones de manera total.

Los menores de edad al carecer de esa aptitud total de ser sujetos de derechos y obligaciones son representados a través de sus padres, a través de la patria potestad entendida esta como los poderes que se le confían a los padres para proteger, educar, asistir a los hijos menores de edad, y además el derecho de representarlos legamente. Por lo que los padres tienen esa responsabilidad de cuidado integro del menor, de velar por los intereses y derechos que tienen por el hecho de ser personas y que además no pueden exigirlos de una manera total por estar considerados menores de edad, y le dan esa facultad a los padres.

3.2 Niño

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española el término niño es: "Que está en la niñez./ Que tiene pocos años."; Y por niñez la define

como: “Período de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento a la pubertad.”³³.

El Decreto numero 27-2003 del Congreso de la Republica de Guatemala, Ley de Protección integral de la niñez y adolescencia, define a niño, en su artículo 2 haciendo la distinción entre niñez y adolescencia como: “...se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumpla trece años de edad...”³⁴.

“Niño” se entiende según la Convención sobre los Derechos del Niño de 1990, como: “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”³⁵.

Las dos definiciones dadas anteriormente resaltan de manera expresa y se menciona claramente la edad en la que comprende el clasificar a una persona en la categoría de niño, nuestra ley nacional menciona la edad de trece años como límite, luego la norma internacional la convención menciona que la edad no debe de sobrepasar los diez y ocho años, o lo que la ley del país establezca.

Para el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio, niño es: “el ser humano durante la niñez”; y a la vez define niñez como “...período de la vida humana desde el nacimiento hasta los siete años cumplidos, en el que se sitúa genéricamente el comienzo del raciocinio. En lo

³³ <http://lema.rae.es/drae/?val=ni%C3%B1o>. [consultada:1 de Julio del 2013]

³⁴ Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 27-2003 Ley de Protección Integral de la niñez y adolescencia. Guatemala, 2003.

³⁵ Asamblea General de Las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Convención de los Derechos del niño. Resolución 44/25. Noviembre 1989.

civil implica plena incapacidad de obrar, y en lo penal, total imputabilidad.”³⁶. El Diccionario Jurídico Elemental define niñez como: “edad o período de la vida humana que comprende desde el nacimiento hasta los siete años, época en que comienza el uso de razón.”³⁷.

Las dos definiciones que dan los dos diccionarios jurídicos citados coinciden en que la edad que comprende el considerarlo niño son los siete años estableciendo una razón lógica explicando que es la edad en la que se comienza con el raciocinio, que implica el saber distinguir las cosas, usar la razón para todo actuar.

Con el término niño, las definiciones dadas anteriores hacen resaltar que es aquel ser humano que no ha cumplido los dieciocho años, comprende la niñez el periodo desde el nacimiento hasta, unas se diferencian de otras ya que mencionan el límite que comprende la niñez para unas el límite son los siete años, otras los trece, también resaltan hasta que momento comprende la niñez para unas definiciones y cuando se desarrolla esa capacidad o raciocinio, es decir esa capacidad de utilizar la razón, como medio para distinguir ciertas cosas, ya que se va adquiriendo de una forma lenta y progresiva, y llega el momento en donde se adquiere esa capacidad total de razón la cual hace distinguir y poderse desarrollar de manera plena, y es por esta falta de capacidad total, por la que los niños no pueden ejercer sus derechos de manera total ni menos contraer obligaciones, y le es conferida esa representación a los padres quienes tienen esa obligación de velar por el cuidado de los niños.

³⁶ <http://derecho.upla.edu.pe/pdf/diccionariosorio.pdf>. [consultada: 1 de julio del 2013]

³⁷ Diccionario Jurídico Elemental. Op.Cit, Pág. 268.

3.3 Adolescente

Adolescencia se deriva de la palabra latina *adolecere*, que significa crecer; porque dura mientras crece el cuerpo y se forma juicio. La adolescencia, en su iniciación, determina la capacidad física matrimonial; y, al concluir, la sensatez básica y el conocimiento del mundo que permite la emancipación y la mayoría de edad.³⁸ Sin embargo, en el antiguo derecho español se entendía que era la edad que corría desde los catorce años, cumplidos en los varones y doce en las mujeres hasta los veinticinco.

En el párrafo anterior, es importante resaltar que la palabra adolescencia viene de *adolecere* que en español es crecer, la etimología de la palabra implica esa etapa de crecimiento de la persona momento en el cual el ser humano va adquiriendo un conocimiento más avanzado de las cosas y en cierto punto va adquiriendo de manera progresiva ciertas responsabilidades.

El Decreto numero 27-2003 del Congreso de la República, Ley de Protección integral de la niñez y adolescencia, define adolescente, en su artículo 2 como: “a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad.”³⁹ En la legislación guatemalteca la definición que establece específicamente en tal cuerpo normativo, es el rango de edad que comprende la etapa de la adolescencia y es desde los trece hasta los dieciocho años, debido a que en el Código Civil se establece que la mayoría de edad se adquiere cuando se cumplen los dieciocho años.

Para Manuel Osorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, adolescente se entiende como: “...el que ha entrado en la

³⁸ Diccionario Jurídico Elemental. Op. Cit. Pág. 118.

³⁹ Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 27-2003 Ley de Protección Integral de la niñez y adolescencia. Guatemala, 2003.

adolescencia”; a la vez define adolescencia como: “...edad que sucede a la niñez y que transcurren desde que aparecen los primeros indicios de la pubertad hasta la edad adulta. El concepto ofrece importancia jurídica, porque, por regla general, las legislaciones hacen coincidir la entrada de la adolescencia con la capacidad de contraer matrimonio aún cuando no es ésta una regla absoluta. El período de adolescencia influye también en la responsabilidad penal que, dentro de ciertos límites, puede estar disminuida y afectar de modo de cumplimiento de la condena.”⁴⁰.

En consonancia con los párrafos anteriores, la adolescencia es el período de vida que sigue después de la niñez, esta etapa se comprende desde el nacimiento hasta los siete años momento en el cual el ser humano tiene esa capacidad de raciocinio, mediante la cual se comienza a distinguir ciertas cosas; la siguiente etapa es la adolescencia como mencionan las definiciones dadas anteriormente comprende ese periodo de pubertad del ser humano, entendida la pubertad como aquella fase o etapa en donde se producen ciertos cambios tanto físicos, mentales, emocionales en el ser humano que lo lleva o lo encamina a la edad adulta. Como menciona la Ley de Protección integral de la niñez y adolescencia, comprende entre las edades de trece años a dieciocho años, que al cumplirlos se es mayor de edad, y se convierte en sujeto de derechos y obligaciones de manera total. Comprende ese periodo en el cual el ser humano va formándose de manera que llega a ser capaz de actuar en base a el uso de la razón, y siendo independiente, e ir poco a poco tomando cierta titularidad de sus actos y consecuencias.

⁴⁰ <http://derecho.upla.edu.pe/pdf/diccionariosorio.pdf>. [consultada: 1 de julio del 2013]

3.4 Sustracción

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la sustracción como: “Acción y efecto de sustraer”; y define sustraer como “Apartar, separar, extraer.”⁴¹. Para Manuel Osorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales es: “Extracción/Hurto o Robo.”⁴². Y da una definición de sustracción de menores: “Delito contra la libertad y la familia, consistente en separar por la fuerza a los niños (hasta los 7 años por lo general en las leyes) de su hogar...”⁴³.

El Diccionario Jurídico Colex define sustracción de menores como: “Delito contra los derechos y deberes familiares que comete el que, teniendo a su cargo la custodia de un menor o un incapaz, no lo presentare a su padre o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, así como el que indujere a un menor o incapaz a abandonar el domicilio familiar o el lugar donde reside con anuencia de sus padres, tutores o guardadores.”⁴⁴.

Sustracción es la acción de separar algo, en este caso a alguien, persona, de un lugar. En la legislación guatemalteca está contemplado el delito de sustracción de menores, pero se entiende que es aquel acto en el cual el sujeto activo, aquella persona que tiene a su cuidado o bajo su custodia a un menor o incapaz, siendo estos los sujetos pasivos, no lo presente o no lo restituya a su hogar o a sus padres.

⁴¹ <http://lema.rae.es/drae/?val=ni%C3%B1o>. [consultada:1 de Julio del 2013]

⁴² <http://derecho.upla.edu.pe/pdf/diccionariosorio.pdf>. [consultada: 1 de julio del 2013]

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Fonseca-Herrera Raimundo, José Ignacio (autor principal) y María Jesús Iglesias Sánchez. Diccionario Jurídico. Madrid, España, Colex, 2003. Pág. 377.

El elemento fundamental para que exista este delito consiste que el sujeto pasivo, sea separado de su entorno familiar, que exista el momento en el cual la custodia sea interrumpida por el sujeto pasivo.

3.5 Desaparición

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la desaparición como la “Acción y efecto de desaparecer”; y desaparecer lo define como “Ocultar, quitar de la vista con presteza.”⁴⁵. El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio define la desaparición como: “Ausencia sin dejar noticia o sin conocerse las causas./ Ocultación voluntaria.”⁴⁶. Desaparecer para el Diccionario de derecho usual es la “ausencia sin dejar noticia o sin conocerse las causas.”⁴⁷

El término desaparición consiste en la separación, esconder, en este caso es el sujeto pasivo del delito de sustracción de menores, y la desaparición es el efecto o la consecuencia que se da de la acción de sustraer al menor.

3.6 Resguardo

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la palabra resguardo es: “Guardia, seguridad que se pone a una cosa.”⁴⁸. El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio da la

⁴⁵ www.rae.com. [consultada: 1 de Julio del 2013]

⁴⁶ <http://derecho.upla.edu.pe/pdf/diccionariosorio.pdf>. [consultada: 1 de julio del 2013]

⁴⁷ Diccionario Jurídico Elemental. Op. Cit. Pág. 688.

⁴⁸ www.rae.com. [consultada: 1 de Julio del 2013]

definición de resguardo siendo esta: “En sentido general protección o defensa”

49

Resguardo entendido como aquella acción que consiste en proteger, asegurar, en brindar seguridad hacia algo o alguien. Relacionado al tema principal de la tesis consiste en brindar por parte del Estado a través de la institución encargada de brindar esa protección y seguridad a la persona, en ese caso cualquier menor de edad.

3.7 Localización

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es la: “Acción y efecto de localizar”; a la vez define localizar como: “Averiguar el lugar en el que se halla alguien o algo.”⁵⁰. Los términos de resguardo y localización van de la mano, ya que el objetivo al momento de existir una sustracción de menores es la de localizar al menor, es decir la de ubicar el lugar en donde se encuentra, buscar e investigar los posibles paraderos o lugares hasta encontrarlo para luego brindar el resguardo adecuado, que consiste en brindar protección, guardia, custodia del menor o del sujeto pasivo quien sufre la sustracción, y así brindarle de la mejor manera una protección a su derecho de vida, con seguridad.

⁴⁹ <http://derecho.upla.edu.pe/pdf/diccionariosorio.pdf>. [consultada: 1 de julio del 2013]

⁵⁰ Ibid.

Capítulo 4 Normas Internacionales en Relación con la protección de los menores de edad

El presente capítulo tiene como objetivo explicar las normas internacionales que son aplicables al tema central del presente trabajo de tesis y la forma como dichos convenios forman parte del ordenamiento jurídico. Las normas internacionales que se van a explicar son Convención sobre los derechos del niño; Declaración de los derechos del niño; Convenio de la Haya, asimismo, se establecerá el fundamento constitucional en el cual se reconoce la aplicación de tratados y convenios internacionales siempre y cuando exista la aceptación y ratificación por medio del Estado a través del ente encargado.

Antes de explicar los tratados y convenios internacionales, es preciso dar una breve explicación del derecho internacional que es de donde surgen los convenios o tratados. Derecho internacional es aquel conjunto de normas que regulan las relaciones entre los Estados, tiene como fin el establecer derechos y deberes de los Estados a nivel internacional sin intervenir en la soberanía de cada uno además de establecer organizaciones e instituciones de carácter internacional que velaran por el cumplimiento de los tratados o convenios aceptados y ratificados por los Estados partes.

Uno de los temas básicos e importantes de la regulación internacional es sobre la protección de menores de edad, por el hecho de ser un grupo muy vulnerable a cualquier situación.

Existen ciertas normas de carácter internacional que regulan el tema de protección de los menores de edad, por lo que en Guatemala está regulada dicha situación en la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 46: "Preeminencia del Derecho Internacional: Se establece el principio

general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptadas y ratificadas por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”⁵¹ .

El Estado de Guatemala podrá tener tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, siempre y cuando sean aceptados y ratificados, estos tienen superioridad al derecho interno. Quien tiene la obligación de ratificar tratados y convenios internacionales es el Presidente de la República de Guatemala, conforme a lo establecido en el artículo 183 inciso o de la Constitución Política de la República de Guatemala, previamente estos deben de ser aprobados antes de su ratificación por medio del Congreso de la República a través de la emisión de un decreto que tiene como fin el incorporar al ordenamiento jurídico dicho convenio o tratado, esto debido a lo establecido en el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala que en materia de derechos humanos, dichos tratados o convenios tienen privilegio sobre el derecho interno, es por eso de suma importancia la previa aprobación por parte del Congreso de la República, y luego la ratificación del Presidente de la República de Guatemala.

Se hace mención a estos tratados o convenios internacionales, ya que al igual que la regulación interna, ambos deben de proteger de una manera íntegra los derechos humanos, siendo estos los fundamentales de cada ser por el hecho de tener dignidad. Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, en específico dentro del articulado de la Constitución Política de la República de Guatemala, se encuentran varios artículos en los cuales se mencionan los derechos de los menores y como el Estado de Guatemala debe de velar por la protección de ellos están los siguientes:

⁵¹ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala 1985.

- Artículo 1 Protección a la persona: El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.
- Artículo 3 Derecho a la vida: El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción así como la integridad y la seguridad de las personas.
- Artículo 46 Preeminencia del Derecho Internacional: Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.
- Artículo 51 Protección a menores y ancianos: El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos, les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social.

En cuanto a normas internacionales al existir tratados o convenios que regulen de una manera más amplia la protección a los menores, son aplicables al caso concreto, siempre y cuando el convenio a aplicar haya sido ratificado por el Estado de Guatemala. Entre estos se pueden mencionar ciertos convenios relacionados al tema como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño 1989, Declaración de los Derechos del Niño, Convenio de la Haya.

4.1 Convención sobre los Derechos del Niño (1989)

Convención sobre los Derechos del Niño (1989), es un tratado internacional en el cual se ven reflejados y reconocidos los derechos de los niños, niñas, que se entienden como una persona menor de dieciocho años; las normas y derechos que se declaran y reconocen fueron discutidas durante diez años por los Estados que promueven y protegen los derechos del niño, en los

cuales se comprometen a velar por la protección de los niños, por que exista una normativa que garantice esta protección y asistencia, tengan educación, salud, para poderse desarrollar plenamente que crezcan en un ambiente agradable y adecuado para su desarrollo, todo esto atendiendo a la razón de su vulnerabilidad, es por eso la necesidad de la existencia de una protección a través de las normas jurídicas, en este caso normas internacionales, las cuales contienen estándares básicos.

El 20 de noviembre de 1980 mediante la resolución 44/25 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adopta y ratifica de forma unánime la Convención sobre los Derechos del Niño, y entra en vigor el 2 de septiembre de 1990 de conformidad con el artículo 49 de dicho convenio. En el caso de Guatemala se aprueba través del Congreso de la República por medio del Decreto del Congreso número 27-90 del 10 de mayo de 1990 para que luego este sea ratificado por el Presidente de la República de Guatemala el 23 de mayo de 1990; la fecha del depósito ante la ONU fue el 6 de junio de 1990 y finalmente se publica el 25 de febrero de 1991.⁵² Luego de todo este procedimiento Guatemala se vuelve Estado parte de la Convención, obligándose a cumplirla de manera íntegra y a velar por lo establecido en dicha Convención.

El Preámbulo de la Convención refleja la protección y el reconocimiento del ser humano como sujeto de derechos inherentes los cuales deben de estar protegidos de manera íntegra, cabe resaltar que proclama que la infancia tiene derecho a recibir cuidados específicos y brindarles asistencia especial, porque como se ha mencionado anteriormente, comprende a un grupo social vulnerable ante cualquier situación, y que como la misma convención alude a

⁵²<http://www.cc.gob.gt/documentoscc/ddhh/Ratificaciones.pdf> [consultada: 3 de julio del 2013]

los niños por esa falta de madurez, capacidad física y mental, es necesario brindarle protección de manera íntegra, legal y con fuerza tanto nacional como internacional.

Además, hace mención "...a la familia como un grupo fundamental de la sociedad, como ese medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, y en particular de los niños, deben de recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu y los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, y en particular en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad."⁵³.

La convención indica principios importantes en material de protección de los menores de edad, entre ellos está el principio de no discriminación estableciendo que los Estados partes respetaran los derechos contenidos en la Convención asegurarán la protección de cualquier niño sin hacer distinción alguna; el siguiente principio contenido es interés superior del niño estableciendo que todas las medidas a tomar deberán ser tomadas en base a este principio, es decir atender a las necesidades primordiales y necesarias del menor para garantizar su protección e integridad; reconoce a la vez que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida, derecho fundamental, protegido constitucionalmente, y a la vez mediante normas internacionales, el cual debe de ser respetado y garantizado de una manera suprema, total y de lo más posible, asegurando a la vez y garantizando el desarrollo del niño.

⁵³ <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>. [consultada: 3 de julio del 2013]

La Convención de los Derechos del Niño está desarrollada en 54 artículos, divididos en tres partes, en ellas contenidas los derechos inherentes de cada niño, el compromiso que toma cada Estado parte para cumplir con la protección, y por ultimo regula el procedimiento a seguir para la firma, deposito, adhesión del Convenio para su vigencia y aplicación de los Estados. Según UNICEF hasta el mes de noviembre del año 2005 hay un total de 192 países que se han convertido en Estados partes de la Convención.⁵⁴.

4.2 Declaración de los Derechos del Niño

La Declaración de los Derechos del Niño creada el 20 de Noviembre de 1959, y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, acordada de manera unánime por todos los 78 miembros de la ONU. Es predecesora de la Convención de los Derechos del niño, 5 años más tarde la Asamblea General de las Naciones Unidas recomendó que en todos los países se estableciera como día universal del niño oficialmente cada 20 de noviembre, pero hay países que lo celebran distinto día. En el Preámbulo se establece que el niño por su falta de madurez física y mental necesita especial protección, para lograr que tenga una infancia feliz, que logre gozar de sus derechos y libertades.

Se desarrolla su contenido en 10 principios, los cuales contienen lo siguiente:

- No discriminación para los niños, deben de gozar de cualquier protección.
- Gozará de una protección especial, así logrando su desarrollo físico, mental, moral, social, tomando siempre en cuenta el interés superior del niño.

⁵⁴ http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html [consultada: 3 julio 2013]

- El derecho de tener un nombre y una nacionalidad.
- Derecho a la salud.
- Derechos a los niños con ciertas discapacidades, debe de gozar de educación especial, y cuidados especiales.
- Para tener un buen desarrollo de personalidad debe de gozar de amor y comprensión brindada por los padres.
- Derecho a la educación gratuita acorde a su cultura y en un plano de igualdad, como derecho a la recreación.
- Derecho de recibir protección y socorro de primero.
- Protección hacia el abandono, crueldad y explotación.
- Protección hacia prácticas que puedan fomentar discriminación de cualquier índole.

Al ser un documento antecesor de la Convención de los Derechos del niño, vemos que contiene los derechos básicos y primordiales, que aseguran la integridad y desarrollo del niño, aunque en la Convención están desarrolladas de manera extensa. Contiene el principio básico en materia de menores que es el interés superior del niño. Siendo este documento más de guía política y social, es decir de base para las normas jurídicas de los Estados, y para el actuar de la sociedad hacia los menores, en base a los principios establecidos en la Declaración.

De lo anterior, se logra resaltar que dicho convenio está basado y fundamentado en los derechos fundamentales, en la dignidad de la persona humana, como se considera al niño sujeto de cualquier situación que menoscabe su estabilidad y desarrollo, es de aplicación general pues claramente establece que no debe de hacerse distinción alguna, todo encaminado a que tenga un desarrollo adecuado y logre disfrutar de sus derechos logrando desarrollarse íntegramente.

4.3 Convención de la Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado es una organización intergubernamental de carácter mundial, es decir una organización internacional, en donde elaboran instrumentos jurídicos multilaterales que responden a las necesidades mundiales, con el objetivo que exista ayuda entre sí para combatir con estos problemas y necesidades.

Existe una Convención sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de menores, realizada el 25 de octubre de 1980, teniendo como objetivo primordial los intereses del menor, en el cual se establece la importancia de velar por su custodia y guarda, en el ámbito internacional y establecer la restitución inmediata al Estado o residencia habitual, estableciendo en su artículo 2 que los Estados contratantes adoptaran las medidas adecuadas para cumplir con lo establecido; se desarrolla también la forma para actuar así como las autoridades competentes, atendiendo siempre al interés del menor, al resguardar sus derechos. Guatemala no es país miembro de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, pero firmo el Convenio por lo tanto se encuentra adherida a tal. Por lo que por medio del Congreso de la Republica de Guatemala a través del Decreto 24-2001 emitido el 16 de junio del 2001 donde se aprueba el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores, adopta el 25 de octubre de 1980 por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Dicho Decreto fue publicado en el Diario Oficial el 10 de agosto del 2001.

Es un Convenio que al igual que los dos mencionados anteriormente tiene regulado el principio de interés superior del niño, en cuanto que busca la

restitución inmediata del niño a su residencia habitual, es decir donde tiene su centro de vida, cuando exista el caso de una sustracción internacional del menor.

El preámbulo establece claramente que el interés de los menores es esencial y básico para todo lo relacionado a la custodia, que tiene como fin el brindar una protección adecuada en el plano internacional en el momento que surja una sustracción internacional así como el asegurar la restitución inmediata a su Estado donde tenga su residencia habitual. Este Convenio está desarrollado en 6 Capítulos y 45 artículos, y tiene como finalidad la restitución inmediata del menor, cada Estado contratante realizara y tendrá establecido un procedimiento de urgencia; el artículo 3 establece cuando es que se considera la existencia de un traslado o retención ilegal el cual se da cuando se actúa en contra de un derecho de custodia atribuido a una persona/as, institución, algún organismo del Estado. Es aplicable con los Estados contratantes donde el menor tenga su residencia habitual, dicho convenio considera al menor como toda persona hasta antes de los 16 años; estableciendo claramente el momento en el que deja de aplicarse dicho convenio y se da cuando alcance los 16 años.

El convenio reconoce dos derechos: derecho de custodia entendido por este aquel por el cual comprende el cuidado del menor y el de decidir sobre la residencia habitual, y derecho de visita es aquel derecho por el cual concede llevar al menor por un tiempo limitado a otro lugar diferente en donde tiene su residencia habitual de visita. Cada Estado contratante debe de contar con una autoridad central que velara por el cumplimiento del Convenio, y entre las autoridades centrales deben de cooperar al momento de solicitar su ayuda para cumplir con el fin de restitución inmediata del menor, entre las funciones que tiene algunas contenidas en el artículo 7 están: localizar al menor; prevenir que el menor sufra daños; intercambiar y facilitar la información. En Guatemala la

autoridad central encargada es la Procuraduría General de la Nación, el área de Niñez y Adolescencia.⁵⁵. Recae esa obligación hacia la Procuraduría General de la Nación debido a que es una institución pública creada por mandato constitucional, cuyo objetivo principal es brindar asesoría y consultoría a los órganos y entidades estatales a través del Procurador General de la Nación, quien debe cumplir con sus obligaciones derivadas del cargo, una de ellas es la defensa, protección y representación de un niño/niña o adolescente en el caso en que sean vulnerados sus derechos, y se da a través de la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia velando por lo reconocido en la Constitución Política de la República de Guatemala y leyes que regulen la protección de los menores.

Ante esa autoridad se hace la solicitud para lograr la localización y restitución, llenando los requisitos de la solicitud que establece el artículo 8; luego de que la autoridad tenga razones suficientes para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante, este sin demora debe de transmitir la solicitud a la autoridad central de ese Estado. El único caso en el que podrá negarse la restitución es cuando no sea permitido por los principios fundamentales del Estado requerido relacionado con la materia de derechos humanos y libertades. En cuanto a la forma de garantizar el derecho de visita se debe realizar una solicitud al igual que la de restitución del menor, y las autoridades centrales deberán trabajar en conjunto para poder garantizar la protección y asegurar el cumplimiento de las obligaciones.

Cabe resaltar que dicho Convenio es aplicable solo a los Estados partes, no tendrá eficacia ni fuerza ejecutiva si se da el caso de una sustracción internacional de un menor y este es llevado a otro Estado que no sea parte y que no haya suscrito y ratificado el Convenio; otra característica es que dicho

⁵⁵ http://www.hcch.net/index_es.php?act=authorities.details&aid=94. [consultada: 3 de julio del 2013]

Convenio es autónomo del resto de normativa sobre protección de menores, y es aplicable al caso como se menciona anteriormente cuando se de la situación de una sustracción internacional de un menor.

Con esta breve descripción se puede observar que estos documentos internacionales, considerados como normativa nacional a cumplir por los Estados suscriptores, reconocen los derechos del niño, niña, adolescente, menor buscan la protección del menor de edad de manera de garantizar sus derechos y lograr el desarrollo integro y adecuado; y que al existir una norma ordinaria como lo es el Decreto 28-2010 Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth la cual tiene como objetivo primordial el regular el funcionamiento del Sistema de Alerta Alba-Keneth para la localización y resguardo inmediato al existir una sustracción o desaparición.

En cuanto a la normativa internacional se puede afirmar que protege a los menores ante cualquier situación de vulneración, la Declaración contiene 10 principios aplicables para los Estados, con la Convención de los Derechos del Niño es catalogada como un texto con mayor fuerza sobre los Estados miembros de las Naciones Unidas, que se les puede exigir su cumplimiento.

Las tres normativas internacionales mencionadas, tienen el mismo objetivo que es brindar seguridad y respeto de los derechos de los menores, ya que al igual son personas con derechos inherentes, que necesitan protección y asistencia especial, por ser un grupo social mas vulnerable. Al adoptar los Estados la posición de ratificar un convenio internacional, pasa a formar parte de su ordenamiento jurídico, obligándose a cumplir las disposiciones establecidas en ellas y además de adoptar las medidas judiciales, administrativas, políticas, sociales para lograr esa protección de forma completa.

4.4 Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la protección hacia los menores

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial que tiene como principal objetivo el velar por el cumplimiento y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo tanto existe jurisprudencia de fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la protección por parte del Estado hacia los menores, reconociendo que tienen derechos al igual que el resto de la sociedad y que deben de ser protegidos. Es por esta razón que se citan unas sentencias que recalcan dicha obligación:

- “El Tribunal reitera que la obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. 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. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablece, 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.”⁵⁶. De igual manera se menciona lo siguiente: “...todo 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”. A criterio de la Corte, “...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*”. Debe entonces el Estado asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. Este principio se fundamenta “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”. En tal sentido, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad”⁵⁷.

- “La Corte considera que la separación de los niños y niñas de sus familias en las circunstancias del presente caso ha causado afectaciones específicas en su integridad personal, de especial gravedad, las cuales pueden tener un impacto duradero. La violencia contra los niños se presenta bajo diversas formas y depende de una amplia gama de factores, desde las características personales de la víctima y el agresor hasta sus entornos culturales y físicos e incluye “...otra forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual. Asimismo, ha sido reconocido las mujeres y niñas enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como “un medio

⁵⁶ <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/gomeslund.pdf>. [consultada 3 de marzo del 2013]

⁵⁷ <http://www.bjd.org.mx/BJDH/busqueda>. [consultada: 3 de marzo del 2014]

simbólico para humillar a la parte contraria. Además, la violencia sexual afecta principalmente a los que han alcanzado la pubertad o la adolescencia, siendo las niñas las más expuestas a sufrir este tipo de violencia. La violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno.”⁵⁸.

- “En lo que se refiere a los derechos del niño protegidos en la Convención, la Corte ha establecido que los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. 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, de igual forma, este Tribunal ha establecido reiteradamente, a través del análisis de la norma general consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Esta obligación no sólo presupone

⁵⁸ http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos_sentencias/CasoContrerasOtrosVsEISalvador_FondoReparacionesCostas.htm#_ftn118. [consultada: 3 de marzo del 2014]

que los Estados se abstengan de inferir indebidamente en los derechos garantizados en la Convención (obligación negativa), sino que además, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar dichos derechos (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción. El Tribunal reitera que, según las normas del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Americana. En estos supuestos, para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste.⁵⁹

De lo antes citado, se obtiene determinar que a través de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se vuelve a reiterar el Estado es quien debe optar por medidas que garanticen los derechos reconocidos, organizando su estructura gubernamental de manera de lograr ser capaces de brindar esa protección y asegurar su libre y pleno ejercicio. Esta protección debe ser de manera segura para los niños ya que necesitan de una protección adicional debido a su desarrollo físico y emocional, es el Estado quien debe de ocupar un rol de ser un ente garante, ya que las acciones a las

⁵⁹http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos_sentencias/CasoMasacreDosErresvsGuatemala_ExcepcionesPreliminaresFondoReparacionesCostas.htm. [consultada: 3 de marzo del 2014]

que se encuentran propensos los niños violan sus derechos y pueden llegar a tener impacto duradero como lo es la violencia sexual, explotación, malos tratos. Por lo que cualquier omisión de la autoridad pública ante esas situaciones constituye un hecho imputable al Estado.

Capítulo 5 Bienes Jurídicos tutelados por el Derecho Penal en los delitos de sustracción de menores

Al haber analizado las normas internacionales que regulan los derechos de los menores y que además los protegen, es conveniente realizar el análisis adecuado a la situación o acción que dichas normas internacionales y nacionales regulan; en este caso en especial es el acto de sustracción de un menor, dicha acción es considerada por el código penal como un delito.

El presente capítulo tiene como objetivo brindar los elementos que son necesarios del delito; además de analizar el delito específico de sustracción de menores, sus elementos, bien jurídico tutelado con el fin de tener claro en que momento y ante qué situación pasan a formar parte la normativa nacional e internacional.

En el derecho penal prima un principio básico el cual es el principio de legalidad que establece que nadie puede ser penado por acciones u omisiones que no estén calificadas como delitos o faltas en una ley, es decir no existe delito ni pena sin ley anterior; por lo que es necesario regular en el ámbito penal la acción de sustracción de menores, para que sea considerada como delito.

Es importante tener un concepto sobre delito, este se puede definir según el autor Eduardo González Cauhapé-Cazaux, en su libro de Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco: Teoría del Delito, lo define como: “Acción, típica, antijurídica y culpable.”⁶⁰.

⁶⁰ Gonzales Cauhape-Cazul, Eduardo. Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco: La Teoría del delito. Guatemala, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 2003, 2 reimpre. 2008. Pág. 27.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es: “Culpa, quebrantamiento de ley.”⁶¹.

La acción entendida como la conducta humana; la tipicidad es la descripción de la conducta prohibida en una norma; antijuricidad es que dicha acción vaya en contra del ordenamiento jurídico; culpabilidad es la capacidad de ser responsable.

Delito entendido como aquel acto humano que va en contra de lo establecido en el ordenamiento jurídico y que por lo tanto se encuentra tipificado en una norma; que produce una consecuencia que consiste en el daño a un bien jurídico tutelado por dicha norma y trae consigo una pena.

5.1 Definición del delito de sustracción de menores

El delito de sustracción de menores se encuentra regulado en el Código Penal, Título IV Delitos contra la Libertad y Seguridad de las Personas, Capítulo III De Sustracción de menores; en el mismo se tipifican tres tipos de sustracción, teniendo como bien jurídico tutelado la vida y la seguridad, ambos considerados y reconocidos como Derechos Humanos, en la Constitución Política de la República:

- Artículo 209 Sustracción Propia: Quien sustrajere a un menor de doce años de edad o a un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargada del mismo y el que lo retuviere contra la voluntad de estos, será sancionado con prisión de uno a tres años. La misma pena se aplicará si el menor tuviere más de doce años de edad y no mediare consentimiento de su parte. La pena a imponer será de seis meses a

⁶¹ <http://lema.rae.es/drae/?val=delito>. [consultada: 1 de julio del 2013]

dos años, si el menor de más de doce años de edad hubiere prestado consentimiento.

- Artículo 210 Sustracción impropia: Quien, hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere razón satisfactoria de su desaparición, será sancionado con prisión de uno a tres años.
- Artículo 211 Sustracción agravada: En caso de desaparición del sustraído, si los responsables no probaren el paradero de la víctima o que su muerte o desaparición se debió a causas ajenas a la sustracción, serán sancionados con prisión de seis a doce años. Sin embargo, si la persona sustraída fuere encontrada la pena se reducirá en la forma que corresponde, mediante recurso de revisión.⁶².

Para el Autor Octavio Garceran Laredo en el Libro El Rapto y su Jurisprudencia, el termino sustraer significa: “cambio de lugar, abductio de loco al locum, es decir, traslado de un punto a otro. Por efecto de ella tiene que quedar el sujeto pasivo fuera de la vigilancia de sus familiares o encargados de su custodia, y si no resulta así no hay rapto.”⁶³.

En el caso de que exista una sustracción de un menor de doce años, incapaz o un mayor de doce años, el Estado debe de velar por la guarda y custodia de la persona, quien al ser considerado como menor de edad, que anteriormente se ha mencionado que son sujetos con iguales derechos, tienen el derecho de desenvolverse y desarrollarse en la sociedad para alcanzar su desarrollo integral. Por lo que se le deben asegurar sus derechos, y lograr la

⁶² Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 17-73 Código Penal. Guatemala 1973.

⁶³ Garceran Laredo, Octavio. El Rapto y su jurisprudencia. Primera Edición, La Habana, 1945. Pág. 108.

restitución del menor a su hogar, aplicando las normas nacionales, y en caso de existir una sustracción internacional, aplicar los convenios para el caso concreto.

Se trata del delito de sustracción propia, el caso en el que se dé la acción de sustraerlo o retenerlo, al sujeto pasivo es el menor de 12 años o un incapaz, en cuanto al sujeto activo el Código Penal no lo establece expresamente. Este tipo de delito implica sacar al menor de la esfera de la potestad o del control de la persona quien lo tenga a su cargo. Y además tipifica a la vez si en dicha acción se ve perjudicado el menor que tenga mas de 12 años siempre y cuando no exista consentimiento alguno por parte de este, estableciendo la pena a imponer, pero es reducida si se da el caso en que el menor de 12 años preste su consentimiento.

En cuanto al tipo de sustracción impropia la distinción se da en cuanto al sujeto activo, en este caso si está expresamente establecido, y es aquella persona que tenga a cargo el menor, y no lo entregue a sus padres o guardadores.

Y por último, la sustracción agravada se da solo en el caso que los responsables no logren comprobar dos cosas: uno el paradero de la victima o dos que en caso de muerte o desaparición no fue consecuencia de la sustracción realizada por ellos, sino se dio por causas ajenas; en el caso que el sujeto pasivo, el menor, sea encontrado se reduce la pena, como lo establece el Código Penal.

En consecuencia en nuestra legislación se contemplan los tres supuestos mencionados anteriormente, para el delito de sustracción de menores, tipificando tres situaciones diferentes, pero que afectan el mismo bien jurídico tutelado, y el sujeto pasivo es el mismo menor de edad.

5.2 Elementos del delito

Las características esenciales de la sustracción se pueden mencionar: llevarse a cabo en contra de la voluntad del ofendido, luego tiene que mediar la violencia, amenaza o engaño, sin voluntad.⁶⁴ El elemento característico en estas tres modalidades del delito de sustracción, es sustraer, apartar o separar a la persona en contra de su voluntad, de los padres, tutor o persona encargada; el siguiente supuesto es la persona quien tiene el encargo del menor no lo entregue a sus padres o tutores, y en el caso que no se den las causas suficientes para explicar las razones de la sustracción o del paradero del menor, niño o niña se considerara como sustracción agravada.

Los elementos del delito pueden decirse que son:

- Bien jurídico: entendido como el interés vital el cual es necesario proteger. No son creados por el ordenamiento jurídico sino por la vida, es decir no son supuestos creados por la ley sino son creados por la vida, son los valores fundamentales que rodean al ser humano para desarrollarse y alcanzar su plenitud.
- Sujeto Activo: es la persona que realiza la acción tipificada y a quien se le sanciona con la pena
- Sujeto pasivo: es la persona titular del bien jurídico protegido, quien se ve afectado.
- Acción: como aquel comportamiento humano, que está prohibida por el ordenamiento jurídico, y se encuentra tipificada en la ley.

El delito de sustracción de menores es considerado por la doctrina como un delito permanente, esto significa que es aquel delito que no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del

⁶⁴ Gonzales Cauhape-Cazul, Eduardo.Op. Cit, Pág. 33.

autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por él mismo. El delito se agota en el momento en el cual cesa la conducta ilícita. Estas circunstancias son propias de los delitos de privación ilegítima de la libertad.⁶⁵.

Es decir el delito se da en el momento de realizar la acción tipificada en la ley, pero esta subsiste y se mantiene constantemente hasta que la voluntad del sujeto activo desee que termine, esta situación es característica de los delitos de privación de la libertad, bien jurídico que se encuentra afectado por el delito, cesa cuando el sujeto pasivo recupera su status de libertad.

5.3 Bien jurídico tutelado

La sustracción ataca el bien jurídico tutelado por el Código Penal que es la libertad; consiste básicamente en privar a la persona de su autonomía, de decidir sobre su actuar, en este caso a quien se le priva puede ser menor de doce años o un incapaz, teniendo como consecuencia que a la persona afectada se le priva de ese potestad de decidir sobre sus acciones, por lo que no logra tener los medios para desarrollarse como persona, y se ven afectados ciertos derechos como lo son libertad, vida y seguridad, los cuales ya fueron explicados y definidos ampliamente en el primer capítulo del presente trabajo, por lo que el Estado, ente encargado debe de ver la forma de restituir inmediatamente estos derechos. Y asegurar el desarrollo integro de la persona. Como menciona el autor Xavier Nájera González: “El bien jurídico penal, más que un ideal a donde se encamina la norma, es la fuente misma de donde esta última tiene su punto de partida.”⁶⁶.

⁶⁵ <http://new.pensamientopenal.com.ar/16072008/doctrina02.pdf>. [consultada: jueves 18 de julio del 2013, Pág 23]

⁶⁶ Nájera González, Xavier. Importancia de la Integración del Bien Jurídico. La Construcción de las normas penales. México, Editorial Porrúa, 2007. Pág. 6.

Entendiéndose al bien jurídico como esos valores máximos, inherentes a las personas que deben ser protegidas por el ordenamiento jurídico para asegurar el respeto, y en caso de no hacerlo exigir su restitución, o en mejor caso evitar o prevenir el comportamiento que va en contra del ordenamiento jurídico, es decir es antijurídico. La importancia del bien jurídico es que sirve de fundamento de la norma.

Como menciona el autor Nájera González en su libro *Importancia de la integración del bien jurídico*, en este se resalta que: el bien jurídico penal, es un interés o valor que debe ser protegido con el uso del derecho penal, no debe ser algo descuidado, debe ser utilizado como una herramienta útil para la prevención de los mismos.⁶⁷ En el mismo libro el autor hace mención a las funciones que se le atribuyen al bien jurídico entre las más importantes se puede mencionar:

- Cumplir con el límite del *ius puniendi*.
- Ejercer la función de naturaleza teleológica para interpretación de los diferentes tipos penales.
- La de ejercer función de garantía de lo que se debe de proteger en la norma penal, el por qué se debe de proteger.
- Servir como base de clasificación para la agrupación y jerarquización de los tipos penales.⁶⁸

En la doctrina existen varios autores que difieren sobre qué bien jurídico se protege en el delito de sustracción de menores, mencionando que puede ser la libertad del menor, así como también que se atenta contra las relaciones de familia, en específico contra los derechos de la patria potestad. Quienes mencionan que atenta contra la libertad del menor sostienen que atentan el

⁶⁷ Ibid., Pág. 27.

⁶⁸ Najera Gonzalez, Xavier. Op. Cit. Pág. 31.

goce de ese derecho de auto dirigirse, de gozar de su autonomía; por la otra parte están quienes sostienen que atenta contra las relaciones de familia mencionan que afecta más que todo los derechos que se derivan de la patria potestad de los padres, el hecho de no poder ejercer control y guía sobre los menores, menos el cuidado.

La legislación guatemalteca en el caso del delito de sustracción de menores, protege el bien jurídico tutelado de libertad y seguridad; además en el Código Penal se encuentran tipificadas las tres modalidades del delito, bajo el Título IV que regula los delitos contra la libertad y seguridad de las personas. Por libertad se puede definir como: “como libertad espacial, de movimiento en el espacio.”⁶⁹. El delito se consuma una vez exista la privación de la libertad personal. Y sobre la seguridad de la persona, como el brindar los medios suficientes para conservar la integridad de la persona y asegurar su desarrollo.

Por lo que para cumplir con sus funciones el Estado, ente encargado, aplica la Ley del Sistema de Alerta Alba Keneth, y además en su ordenamiento jurídico cuenta con Convenios relacionados al tema de menores de edad, para lograr su resguardo y protección.

Al regular en el ordenamiento jurídico guatemalteco, el delito de sustracción de menores, al tener tipificada la acción de sustraer al menor de edad de las esfera de cuidado y guarda de sus padres o de quienes ejercerían su cuidado, el Estado está cumpliendo parte de su deber como ente protector de los derechos de los habitantes, pero no solo es el crear leyes que regulen ciertas actuaciones humanas antijurídicas y que pongan en peligro los bienes jurídicos tutelados; implica también que el Estado logre sancionar dichas

⁶⁹ Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal Parte Especial. Bogota, Editorial Temis LTDA, 1955. Pág 459.

acciones, prevenirlas que no vuelvan a suceder, generando confianza a la sociedad que está siendo protegidas de la mejor manera. El ser un ente activo que vele por la seguridad y protección de la sociedad.

El Estado ante cualquier situación que ponga en peligro los derechos de las personas debe de actuar, a través de las facultades que tiene ya sea administrativas o judiciales, debe de intervenir como garante de los derechos, en defensa de ellos, y cumpliendo con su deber de asegurar el bien común.

Es por ello que, a través de su función legislativa, por medio del órgano encargado, el Congreso de la República, se crea la una ley específica que regula la sustracción de menores, con aplicación supletoria del Código Penal, en la cual se desarrolla el procedimiento a seguir cuando exista la acción de sustracción de un menor, con auxilio de algunas instituciones estatales, siempre buscando el interés superior del niño, y que el Estado a través de esta ley cumpla su deber de ser garante de los derechos y de buscar el bien común.

Capítulo 6 Análisis de la Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth

En el presente capítulo se realiza un análisis profundo de la Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth, iniciando con los antecedentes de la ley, cómo se dio la iniciativa para su creación, los objetivos principales, si cumple con los objetivos establecidos en la ley así como con los establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, en específico sobre el deber del Estado hacia la sociedad; así mismo se darán los puntos positivos y negativos de dicha ley; logrando demostrar que la ley tiene deficiencias mayores, vacíos legales en los que hace caer al Estado en la falta del cumplimiento como ente encargado de velar por la seguridad, integridad y bienestar de la sociedad guatemalteca en general y en este caso en particular de los menores de edad.

6.1 Antecedentes

La sociedad guatemalteca en especial los menores de edad sufren con más frecuencia actos de violencia que ponen en riesgo su seguridad e integridad y como consecuencia se obtiene que se vulneran sus derechos reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, y por la cual el Estado debe de actuar para contrarrestar esta situación; una de esas acciones en contra de los menores de edad son la sustracción y desaparición, tipificados como delitos en el ordenamiento jurídico guatemalteco, en los cuales los menores son separados de su entorno familiar. En el momento que se da una sustracción se debe de actuar de manera inmediata para lograr localizar al menor y resguardarlo.

Antes de que existiera la Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth, ya se habían tenido ciertos antecedentes de casos en los que existían denuncias por desaparición de menores de edad por los que se tenía que esperar 72 horas

para denunciar dicho hecho, pero en la situación social en la que vivimos el esperar ese tiempo establecido facilita para que se comentan mas crímenes contra los menores, por lo que, con ayuda de la institución Fundación Sobrevivientes se impulsa la iniciativa de ley ante el Congreso de la República.

Como resultado de lo anterior, surgió el Decreto 28-2010 del Congreso de la República, Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth, emitida el 8 de septiembre del 2010.

El nombre de la ley es dado por dos casos de dos menores, el primero es el caso de la niña Alba Michelle España de 8 años quien fue secuestrada y asesinada en el departamento de Chiquimula, el día 14 de junio del 2007. Fue interceptada cuando la menor se dirigía a la librería por una mujer que la engaño para llevársela con el fin de tráfico de órganos. Los municipios de Camotán, Jocotán y San Juan la Ermita del departamento de Chiquimula, se vieron en la campaña y la necesidad de iniciar una búsqueda con toda la comunidad, pero no dio resultado, menos de 24 horas después de haber sido vista por última vez el cuerpo de la menor fue encontrado en El Pinal un bosque, sin varios órganos vitales y sin ojos, una de las responsables confeso que el fin era tráfico de órganos por lo que les habían prometido pagar una cantidad por la menor.

El segundo caso fue el del menor Keneth López Agustín, un niño de 4 años, quien había salido a jugar con sus amigos el día del hecho, en el departamento de Jalapa el 16 de diciembre del 2009, y no fue hasta una semana después que encontraron el cuerpo del menor tras una búsqueda de la comunidad de ese departamento. Los restos del cuerpo del menor fueron encontrados en el patio de la vecina demuestran que fue asesinado 3 horas después de haber sido secuestrado.

Es por eso que los padres de ambos niños se vieron en la necesidad de trabajar en conjunto con la fundación Sobrevivientes para crear una iniciativa de ley mediante la cual se protegiera a los menores de edad ante estas acciones violentas, las cuales la mayoría de veces conllevan a que caigan en redes de explotación sexual, de trata de personas para diferentes fines como el caso de Alba Michelle por tráfico de órganos, y evitar la espera de un plazo largo para poder iniciar la búsqueda de los niños; lo cual fue lo que motivó a la fundación a iniciar la gestión legislativa a través de un proyecto de ley, que tuviera como fin primordial el de facilitar y agilizar el procedimiento cuando se de una desaparición o sustracción de un menor de edad, ya que es el Estado quien tiene el deber de garantizar y brindar la seguridad.

La ley tiene como referencia la Alerta Amber, que fue creada en los Estados Unidos de Norteamérica en 1996, llamada así en honor de una niña llamada Amber Hagerman quien fue víctima de un secuestro y fue hallada sin vida, circunstancia que motiva por igual a los padres de la menor a iniciar una lucha para la creación de dicha ley que incluyera la protección de los menores ante dichas situaciones, y cuyos objetivos principales fueron que la ley sea ágil y rápida en el proceso a seguir cuando exista una sustracción o desaparición de un menor de edad.

6.2 Análisis al contenido de la ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth

La misma ley en el primero de sus de sus considerandos establece claramente: “Que la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que es deber del Estado garantizar y proteger la vida humana, desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona,

garantizando el Estado la protección social y jurídica de la familia y así mismo el derecho de los menores a su salud, seguridad y previsión social.”⁶⁵.

Reconociendo como fundamento teleológico para dicha ley, que es deber del Estado, ser el ente encargado de velar por la seguridad, protección de los derechos de la sociedad, en este caso los menores de edad, debe de brindar los medios necesarios para que la sociedad viva en un ambiente seguro, así como de tener un ordenamiento jurídico adecuado que vaya de la mano con la situación social actual, por lo que en el momento en el que se dé la creación de una ley esta debe de reflejar los preceptos constitucionales y debe de desarrollarlos y cumplirlos de manera total, en ningún momento puede ir en contra de ellos, o protegerlos parcialmente.

En el segundo considerando reconoce que los menores de edad por ser objeto de acciones que transgreden sus derechos deben de ser protegidos y es deber del Estado establecer estrategias para impedirlo. En cuanto al tercer considerando establece claramente que se carece de un sistema operativo que trabaje ante esta situación y es por eso que se crea el Decreto 28-2010 del Congreso de la República, Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth.

El artículo 1 de la ley establece el objeto de la misma que es “regular el funcionamiento del Sistema de alerta ALBA-KENETH para la localización y resguardo inmediato de niños sustraídos o desaparecidos.”⁶⁶. Ese sistema de Alerta ALBA-KENETH que menciona en dicho artículo comprende el actuar en conjunto de ciertas instituciones públicas, para lograr coordinarse cada una y

⁶⁵ Congreso de la República de Guatemala. Decreto 28-2010 Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth. Guatemala 2010.

⁶⁶. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 28-2010 Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth. Guatemala 2010.

agilizar el localización del menor, el resguardarlo, actuando siempre en base a dos principios importantes regulados en la ley los cuales son:

- Interés superior del niño, regulado en el artículo 2; este principio implica el reconocer y garantizar los derechos del menor mediante la rápida localización y resguardo del menor que se encuentra desaparecido. Con el fin de garantizarle la integridad, vida,
- Celeridad, regulado en el artículo 3; entendido como la urgencia, prioridad, rapidez para realizar las acciones de búsqueda, localización y resguardo del desaparecido o sustraído.

En todo el actuar de las instituciones debe de aplicarse estos dos principios básicos, los cuales tienen como objetivo el velar por la protección del menor y asegurar su resguardo.

En cuanto a las instituciones que deben de velar y coordinarse para lograr cumplir el objetivo se encuentra regulado en el artículo 6, en donde se crea la Coordinadora Nacional del Sistema de Alerta Alba-Keneth, dicha coordinadora tiene como principal función ser la encargada de regular, coordinar, guiar las acciones para localizar y resguardar al niño/niña o adolescente y está conformada por:

- Procuraduría General de la Nación, a través de la Unidad de Alerta Alba-Keneth, quien la preside.
- Policía Nacional Civil.
- Dirección General de Migración.
- Secretaría de Comunicación Social de la Presidencia de la República.
- Ministerio Público.
- Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Secretaría contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.

Dicho artículo fue reformado por el Decreto 5-2012 del Congreso de la República, debido a que la ley no estaba completa y carecía de una dirección encargada y superior, como lo menciona uno de los considerandos del decreto que contiene la reforma era necesario fortalecer la Coordinadora Nacional del Sistema de Alerta Alba-Keneth y se necesitaba tener una institución principal encargada del procedimiento.

El artículo 6 de la ley en su reforma contiene que la Unidad de Alerta Alba-Keneth deberá tener coordinadoras departamentales, ya que es una situación que afecta al país en general. Es función también de la unidad el de investigar y asegurarse que el menor localizado no presente ningún tipo de violencia, amenaza o se encuentre en alguna situación que transgreda sus derechos, ya que si ese es el caso debe de solicitar de urgencia las medidas de protección administrativas o judiciales. Todo en base al principio del interés superior del niño, se debe de velar por la protección y resguardo, ya que sus derechos pueden seguir siendo violentados a pesar de haber sido localizado.

La Coordinadora Nacional del Sistema de Alerta Alba-Keneth tiene las funciones las siguientes:

- Integrarse inmediatamente cuando ocurra la desaparición o sustracción.
- Coordinar, impulsar y ejecutar las acciones de búsqueda, localización y resguardo, cuando la situación lo requiera, de toda persona menor de edad que se encuentre desaparecida o que haya sido sustraída.
- Divulgar en todos los medios de comunicación radial, televisivo, escrito y social, las fotografías de las personas menores de edad que hayan sido sustraídas o se encuentren desaparecidos.

- Enviar las alertas a las autoridades en las fronteras, puertos, aeropuertos del país, para evitar la salida del país del niño, niña o adolescente que han sido sustraídos o desaparecidos.
- Coordinar con las instituciones públicas y autoridades locales la realización de acciones para la conformación de equipos de búsqueda y localización.⁶⁷.

Cabe resaltar que estas acciones las realiza la Unidad de Alerta Alba-Keneth, en cuanto a la integración que menciona el primer inciso esa se da primero desde la Unidad de Alerta Alba-Keneth que trabaja con tres instituciones que son puramente operativas y estas son Procuraduría General de la Nación, Ministerio Público y Policía Nacional Civil, pero principalmente todo el actuar operativo lo realiza la Unidad de Alerta Alba-Keneth.

En cuanto al inciso que menciona la divulgación en cualquier medio de comunicación esto no se da, hasta hace poco tiempo que se realizó un formato para realizar los afiches en los cuales se pública la información y datos del menor desaparecido, por medio de redes sociales, medios televisivos. Todo este tipo de situaciones se han ido creando e implementando por decisión de la Unidad de Alerta Alba-Keneth ya que por carecer de reglamento en el cual este regulado todo este tipo de situaciones ellos mismo las implementan, y este es un problema grave que presenta esta ley.

En cuanto al procedimiento a iniciar en el momento que se dé una desaparición o sustracción, la ley lo regula en el artículo 11, indicando que la denuncia debe de realizarse ante la Policía Nacional Civil quien deberá de dar aviso de manera inmediata a la Procuraduría General de la Nación, quien debe

⁶⁷ Congreso de la República de Guatemala. Decreto 28-2010 Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth. Guatemala 2010.

de convocar para que se de la integración de la Coordinadora para realizar su tarea de coordinar, guiar, ejecutar las acciones encaminadas a la localización y resguardo del menor. En cuanto al actuar del Ministerio Público se formaliza cuando existe una situación que implique un delito, por lo que deberá de realizar la investigación e iniciar la persecución penal de quienes resulten responsables.

El artículo 8 no se aplica como lo establece la ley, ya que la denuncia debe de realizarse directamente ante la Unidad de Alerta Alba-Keneth, quienes inmediatamente empiezan a realizar todas las acciones para localizar a la víctima. Y solo en el caso que se dé en los departamentos donde no exista una coordinadora de la unidad, la denuncia puede realizarse ante la Policía Nacional Civil o Ministerio Público. Esta es otra anomalía de la ley ya que no se aplica como debe de ser el artículo debido a que con la creación de la unidad quien tiene el control es esta, por lo que al no existir tampoco un reglamento en donde este establecido expresamente el procedimiento a seguir la Unidad Operativa de Alerta Alba-Keneth aplica el procedimiento que a ellos les facilite mas.

En el Decreto 5-2012 del Congreso de la República el cual contiene las reformas a la ley, en su artículo 2 se encuentra regulado la reforma del artículo 12 de la Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth donde inicialmente estaba regulado el Registro de niños desaparecidos y sustraídos, la reforma contiene en ese artículo 12 la Unidad Operativa del Sistema de Alerta Alba-Keneth, y contiene lo siguiente: “Se crea dentro de la Procuraduría General de la Nación y bajo la dirección y coordinación de la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia, la Unidad Operativa del Sistema de Alerta Alba-Keneth.”⁶⁸.

⁶⁸ Congreso de la República de Guatemala. Decreto 5-2012. Guatemala, 2012.

Entre las funciones de dicha Unidad Operativa se puede mencionar el de dar seguimiento a la búsqueda, localización y resguardo, divulgar la ley para conocimiento de toda la sociedad guatemalteca, deberá tener un registro con la información para facilitar las denuncias y las búsquedas, como el de cerciorarse que el menor esta resguardado de una manera íntegra y de no serlo así debe de dar información al Ministerio Público y Ministerio de Gobernación para que realicen la persecución correspondiente.

De esa cuenta es que, las reformas crean la Unidad de Alerta Alba-Keneth, Unidad Operativa del Sistema de Alerta Alba-Keneth, quienes tienen la obligación de dirigir, coordinar, localizar y resguardar a los niños/niñas o adolescentes. A la vez existe en la ley una confusión ante quien debe de iniciarse la denuncia ya que el artículo 11 establece que es ante la Policía Nacional Civil, y luego la reforma establece que quien guía todo el actuar es la Unidad Operativa del Sistema de Alerta Alba-Keneth, y en la práctica la denuncia debe de realizarse ante la Unidad del Sistema de Alerta. Se refleja con ello claramente como la falta de un reglamento hace caer en diferentes puntos de vista y diferente actuar ante tal situación delicada, en la cual no debe de existir ese tipo de situaciones ya que lo que se está protegiendo y velando es por el interés superior del niño, por su resguardo, integridad.

En el artículo 13 de la ley establece que debe de existir un Banco de ADN de niños desaparecidos y sustraídos y de los parientes que demandan localización, y quien está encargado es la Procuraduría General de la Nación y quien deberá de realizar la extracción y análisis es el Instituto Nacional de Ciencias Forenses –INACIF-, tiene como objetivo el contar con los medios científicos de prueba que ayuden acreditar su filiación. Dicho artículo no se cumple, no existe una banco de ADN de los niños, la intención de agilizar el procedimiento fue buena, pero no se logró implementar a la práctica este

objetivo, ya que no existe un reglamento que desarrolle el actuar de la Procuraduría General de la Nación y menos del Instituto Nacional de Ciencias Forenses INACIF, lo cual hace imposible el lograrlo, y la Unidad del Sistema de Alerta al momento de existir una denuncia por su actuar inmediato y por lograr de una manera rápida la localización del menor no logra realizar y cumplir con lo establecido.

En cuanto a si existe el caso en donde se de sustracción internacional de menores, y debido a que Guatemala es un Estado parte de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de Menores, al momento de que exista una situación de estas entra en aplicación dicho convenio. El tema respecto a los convenios internacionales y su aplicación fue tratado en el capítulo 5 del presente trabajo, pero hay que recordar que sí existe un convenio o tratado internacional ratificado por el Estado de Guatemala, este entra en aplicación y tiene preeminencia sobre el ordenamiento jurídico interno, si se trata sobre derechos humanos, por lo que el Convenio de la Haya no es la excepción y entraría a aplicarlo.

Las reformas del Decreto 5-2012 del Congreso de la República agregó dos párrafos al artículo 14 que trata sobre la sustracción internacional, estableciendo el actuar del Ministerio de Gobernación a través de la Dirección General de Migración deben de velar por tener un control estricto sobre la emisión de pasaportes, para que no se de la situación de que los alteren, modifiquen o suplanten la identidad con el objetivo de lograr sacar del país al niño/niña o adolescente. La autoridad respectiva que tenga competencia debe de realizar un reglamento y protocolo para poder aplicar el Convenio de la Haya.

El artículo 16 claramente regula la creación de un reglamento que deberá de ser elaborado por la Coordinadora en un plazo no mayor de 30 días. Es esto lo que causa un grave problema para la aplicación y eficacia de la ley. Se establece el plazo de 30 días para crear el reglamento, esta ley fue emitida el 10 de agosto el 2010 ya pasaron 4 años sin que exista un reglamento. Toda ley ordinaria debe de tener un reglamento que la desarrolle, que explique detalladamente el procedimiento a seguir para aplicar la ley. Es por eso que es importante y esencial el que exista un reglamento, por esta deficiencia la ley no está cumpliendo con sus objetivos y el Estado no logra cumplir con sus objetivos de ser el ente encargado de velar por la seguridad, vida, integridad, bien común. Al no contar con un reglamento que especifique procedimientos, delimite ciertas situaciones, establezca la competencia para cada institución, no se logra coordinar e implementar de la mejor manera la ley, esto hace que no sea aplicable al cien por ciento y sufra de graves problemas y quienes resultan dañados son las víctimas que protege esta ley.

Luego de realizar una descripción sobre el contenido de la ley, y de apreciar la falta de un reglamento que establezca un procedimiento general, unas directrices a tomar en el momento en el que se dé una denuncia, el procedimiento a seguir, el que se asegure que la Unidad obtenga el ADN de los padres para tener el Banco de ADN que ayude al proceso y la identificación del menor, en general un reglamento que haga que la ley se aplica tal y como debe de ser, que prevalezca el interés superior del niño, la protección de las víctimas y se logre cumplir con los objetivos de la ley, que el Estado a través de su función legislativa delegada al Congreso emita leyes que no solo reflejen los preceptos constitucionales sino que además se logre aplicar la ley tal y como debe de ser y responda a la situación social actual y logre ver un cambio.

Para lograr establecer si realmente cumple totalmente la ley o parcialmente, se realizaron tres entrevistas a tres instituciones importantes para la aplicación de la ley, y lograr ver el punto de vista de cada institución sobre la ley, si cumple con los objetivos y si existe alguna manera o forma de mejorar su aplicación.

6.3 Entrevistas

6.3.1 Fundación Sobrevivientes

La primer institución a la que se realizó la entrevista fue la Fundación Sobrevivientes, quienes formaron parte importante y activa tanto en la emisión de la ley, fueron quienes presentaron la iniciativa de ley y además son una institución asesora para los padres que pasan por una situación de sustracción o desaparición de un niño/niña o adolescente. Dicha institución surgió en el 2003 como una asociación y no fue sino hasta el 14 de junio del 2006 que se convirtió en Fundación Sobrevivientes, teniendo como objetivos los siguientes:

- Contribuir a la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia Contra las Mujeres y la Niñez en Guatemala, y
- Al acceso a la justicia por parte de las mujeres y la niñez víctimas de violencia, a través de la creación de un centro especializado sobre la temática.
- Realizar incidencia a través de la propuesta y planteamientos en los temas de seguridad, legislación, acceso a la justicia, que contribuya a creación de políticas públicas tendientes a prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres y la niñez.
- Acompañar a las mujeres y menores, víctimas de violencia, en la búsqueda de justicia y contribuir a mejorar su desarrollo físico, Psíquico, social a través de la asistencia integral.

- Seguimiento al cumplimiento de los compromisos internacionales, en materia de los derechos humanos de la mujer y del niño, y la eliminación de la violencia contra la mujer y la infancia.⁶⁸.

Por lo que es una institución que brinda apoyo y asesoría a los padres, ellos los remiten a la unidad operativa de Alerta Alba-Keneth para poder iniciar el proceso y activar la alerta. La fundación toma datos básicos a las personas para poder iniciar un expediente y se les brinda asesoría jurídica si lo amerita, es una fundación de apoyo ya que quien debe de brindar la seguridad, resguardo y los medios necesarios es el Estado. A la vez actúa conjuntamente con la Procuraduría General de la Nación para dar seguimiento a los casos, y si lo amerita brinda ayuda psicológica a los menores.

La persona que dio la entrevista explicó que hay que saber los motivos de fondo del porque de la desaparición o sustracción del menor, así como los motivos de la aparición si ese es el caso, para saber si es efectiva o no la ley, ya que muchas veces se activa la alerta porque los padres acuden por la desaparición de su hijo por una simple rebeldía, no siendo el caso de una desaparición como tal o sustracción, por lo que las autoridades deben de brindarles apoyo y activar la alerta, ya que no pueden negarse. Al no existir un reglamento en donde se especifique claramente que en los casos de rebeldía o problemas familiares se remitan a otra institución pública, no se les puede negar la ayuda y sobre carga a las instituciones. También mencionó que las estadísticas demuestran que el sexo femenino son quienes sufren más de este problema y las edades son de 14 y 15 años.

⁶⁸ <http://www.sobrevivientes.org/presentacion.html>. [consultada: viernes 28 de febrero del 2013]

Desde el punto de vista de la Fundación el objetivo de la ley es bueno ya que se pretende velar por el interés del niño niña o adolescente, implementando un procedimiento ágil y rápido para lograr la localización y resguardo lo más pronto posible para evitar desenlaces lamentables, pero algo que no la hace aplicable al cien por ciento y que cumpla con los objetivos establecidos tanto de la ley como los preceptos constitucionales que se ven reflejados en la ley no se logran cumplir por el hecho de no contar con un reglamento.

6.3.2 Juzgado de la Niñez y Adolescencia

La siguiente institución a la que se realizó la entrevista fue el Juzgado de la Niñez y Adolescencia del área metropolitana. Dicho juzgado tiene el procedimiento a seguir para la activación de la alerta iniciando con la denuncia en la Policía Nacional Civil, Ministerio Público o Procuraduría General de la Nación, y en caso de ser departamental en cualquier sede regional, quienes toman la denuncia para poderlo remitir a la Unidad de Alerta Alba-Keneth y que se inicie la localización.

Además otra forma de activar es cuando los menores que están bajo el cuidado de una casa hogar y estos se van, los encargados de la casa recurren a la activación de la Alerta para poder localizarlos. En el caso de que los menores huyan de las casas hogares en las que se encuentran, la localización de estos no corresponde mediante la activación de la Alerta Alba-Keneth sino es mediante un juez ya que lo que está haciendo el menor es incumpliendo con una disposición del juez. Por lo que es otra de las razones por las cuales es necesaria la emisión del reglamento de la ley, para que establezca más delimitados los casos para los cuales si es competencia de la Unidad de Alerta Alba-Keneth el poder activar una y cuando es competencia del juez o de otra institución pública.

Otra caso que sucede en los juzgados es que los padres acuden a levantar la alerta cuando el menor se desaparece y creen que está con el padre o madre y estos enfrentan un proceso de divorcio o separación, por lo que es por conflictos familiares y por esas diferencias entre los padres los menores se van con uno y el padre o madre angustiado acude a que sea activada la alerta, teniendo una leve sospecha de que el menor se encuentra con padre o madre, este es otro caso más que hace que la ley no sea aplicada como debe de ser ya que se está mezclando problemas de familia con una verdadera situación de sustracción o desaparición.

En los dos casos explicados anteriormente no puede negarse a tramitar la alerta e informar a la Unidad de Alerta Alba-Keneth ya que la ley establece claramente que cualquier funcionario o empleado que este obligado conforme a la ley y se niegue o que omita la localización incurre en responsabilidad penal, por lo que se hace el tramite aun sabiendo que se da por cuestiones familiares o por evasión a una orden del juez de estar bajo el cuidado de una casa hogar. Situaciones en las que se cae una vez más por carecer de un reglamento.

Por estas situaciones se desvirtúa el objetivo principal de la ley, teniendo como consecuencias que el Estado no logre brindar esa protección y seguridad.

El juzgado si tiene competencia para entrar en el proceso cuando luego de haberse localizado a la víctima, se le debe de realizar un examen psicológico para garantizar el resguardo y en caso de que exista alguna sospecha de que se encuentre en una situación de violencia ya sea sexual, verbal, explotación o trata de personas la Unidad de Alerta Alba-Keneth puede solicitar al juez las medidas de protección.

6.3.3 Unidad de Alerta Alba-Keneth

Se entrevistó en esta institución pública al Director de la Unidad de Alerta Alba-Keneth, el Licenciado Haroldo Augusto Flores Valenzuela, a quien se le realizaron una serie de preguntas y se le pidió su punto de vista de la ley, cuales son los aspectos positivos y negativos de la misma.

En cuanto a cuando entra a actuar dicha unidad, mencionó que por las reformas realizadas por el Decreto 5-2012 del Congreso de la República, se da la creación de la Unidad de Alerta Alba-Keneth quien tiene la unidad operativa encargada de velar por la coordinación del actuar de las instituciones y de localizar, resguardar a los niños/niñas o adolescentes, se crea para que se pueda atender directamente las denuncias ya sea personalmente o vía telefónica al teléfono 1546, dicha unidad trabaja las 24 horas 7 días a la semana, debido a la seriedad de la situación y de que actualmente se vive en una sociedad donde los menores corren peligro ante una desaparición o sustracción.

El Director recalcó que un problema grave es la falta del reglamento, lo cual provoca a que la gente presente denuncias y solicite la activación de la alerta por cuestiones familiares, por situaciones de rebeldía del hijo y no realmente atendiendo a lo que es una sustracción o desaparición. Otra situación en la que se incurre es que cuando un menor se va de la casa hogar en la que esta y el juez solicita la activación de la alerta sabiendo que la vía adecuada es la judicial ya que se incurre en una falta se está evadiendo la ley por parte del menor. Por lo que hace que se sature el trabajo en la unidad y no se atiendan como debe de ser los casos que realmente impliquen una sustracción o desaparición.

Hizo mención en que se dan casos en que existen conflictos entre los padres por problemas familiares y el niño/niña o adolescente se va con uno de los dos por lo que el otro padre recurre a la unidad a solicitar la activación de la alerta y en la denuncia indican ciertas situaciones en las que no se logra saber si es verdad como por ejemplo, que con quien se fue el menor tiene problemas de alcohol, drogadicción, prostitución por lo que el menor corre el riesgo de estar en una situación en la que no debería, en ese momento se le hace saber a la persona que está presentando la denuncia que en caso de no ser verdad lo que esta afirmando incurrirá en el delito de denuncia falsa, y a pesar de eso lo confirman con el objetivo de que se active lo antes posible la alerta y se inicie la localización. Al no existir un reglamento que establezca claramente los parámetros a seguir en una situación así, y que mencione que eso no es competencia de la Unidad sino competencia de un juez de familia, no se le puede negar la asistencia y la activación, esto hace que se incurra en activaciones que realmente no son por desaparición o sustracción.

En cuanto al procedimiento a seguir el Director de la Unidad comentó que no existe mayor problema y complicación debido a que quienes tienen la potestad de realizarlo mediante el sistema que cuentan son ellos mismos en la Unidad, luego de tomar la denuncia y claramente hacer ver a la persona que la presenta que en caso de no ser verdadera incurre en el delito de denuncia falsa, se activa la alerta, se manda la alerta a las instituciones que conforman la Coordinadora Nacional del Sistema de Alerta Alba-Keneth para iniciar la búsqueda, localización y resguardo. Las instituciones operativas son la Procuraduría General de la Nación, Ministerio Público y Policía Nacional Civil, a la vez las alertas se clasifican en rojo siendo estas las más importantes.

Al momento que se dé la localización del menor, la unidad tiene la obligación de trasladarlo a la sede de ellos y se realiza un examen psicológico y

lo evalúa la trabajadora social, rindiendo un informe en el que se establezca si el menor no sufrió en el momento de su desaparición o sustracción algún tipo de violencia, o si la sustracción o desaparición fue a consecuencia de violencia intrafamiliar o que exista algún peligro para la víctima, por lo que si existe algún peligro inmediatamente se le hace saber al juez de la niñez y adolescencia, y se solicitan las medidas de protección; en caso de que no exista se les entrega a los padres y se desactiva la alerta.

Quien tiene la facultad para desactivarlas solamente es la Unidad de Alerta Alba-Keneth y sólo se da hasta el momento en el que se tenga el informe de la psicóloga y de la trabajadora social. Todo este procedimiento lo han ido implementando ellos mismos, debido a la falta de reglamento que establezca el procedimiento administrativo a seguir.

En cuanto a la clasificación de la alertas en rojo, esto no debería de suceder ya que atendiendo al espíritu de la ley la activación de la alerta se da por la sustracción o desaparición y porque existe peligro para la vida, seguridad, integridad de la víctima, pero debido a que existen denuncias y activación de alertas por problemas familiares, por solicitud del juez o por cualquier otra cuestión que no sea estrictamente lo establecido en la ley, se da la saturación de trabajo en la Unidad y hace que no sea igualitaria y de aplicación general la ley, desvirtuando así su espíritu y cayendo en una situación de incumplimiento de sus objetivos. Haciendo mas limitada la justicia y la aplicación de esta ley, estas situaciones siendo consecuencia de la falta del reglamento.

El Director de la Unidad de Alerta Alba-Keneth hizo mención que otro problema que se presentaba muy frecuentemente es la falta de conocimiento y aplicación de la ley a nivel departamental, no existía coordinadoras departamentales que estuvieran capacitadas para actuar en el caso de la

activación de la alerta, por lo que se dieron a la tarea de realizar talleres informativos y simulacros de una sustracción o desaparición incluyendo a la comunidad en la búsqueda, localización de la víctima. A la vez como la falta de conocimiento de la alerta como tal por la sociedad por lo que han creado afiches informativos, y documentos de manera simple y llamativa para los niños para que conozcan sobre la ley, y como actuar en una situación cuando se encuentren solos y no sufrir de alguna acción delictiva como lo es la sustracción o desaparición.

Otro problema que existía era la falta de divulgación en los medios de comunicación en los departamentos, por lo que se creó una plataforma en redes sociales para dar a conocer sobre la activación de las alertas, debido a que actualmente vivimos en una sociedad donde las redes sociales y la tecnología ya es general y de alcance masivo.

El Director de la Unidad de Alerta Alba-Keneth concluyó que es necesaria e importante la creación del reglamento en el que se establezca claramente el procedimiento a seguir iniciando ante quien se presenta la denuncia, quienes tienen potestad de activar la alerta, casos específicos o delimitando más sobre la sustracción o desaparición, establecer claramente que para asuntos de familia a quien corresponde es al juez de familia, y para cuestiones de menores en casas hogares remitirlos a la vía judicial, como el también establecer los medios para la divulgación de la ley y que sea de conocimiento general a nivel nacional y departamental.

Concluidas las entrevistas realizadas más el análisis de la ley se llega a establecer claramente la deficiencia de la ley y recae en la falta del reglamento, que además la misma ley regula en su artículo 16 que deberá de ser emitido 30 días después de emitida la ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth.

Se resaltan cuatro problemas básicos a la hora de aplicar la ley. El primero que es el claro y del cual derivan todos los demás es la falta de reglamento; el segundo es el no tener delimitada las situaciones exactas a las cuales la Alerta Alba-Keneth es aplicable, la misma ley establece los casos de sustracción o desaparición pero no delimita cuestiones de problemas familiares, casos en que los menores se encuentren en casas hogares, o por rebeldía de los menores, si se logra delimitar bien a qué casos les es aplicables funcionaría mucho más rápido y de forma general sin tener que caer en clasificar las alertas en rojo para las importantes, ya que en ese tipo de situaciones no se puede dejar de atender y dejar unos casos porque otros ameritan más atención; el tercer problema es el establecer un procedimiento más claro y específico sobre cómo se logra la localización y resguardo, ya que la ley solo hace mención a como se realiza la denuncia pero no describe ni desarrolla los siguientes pasos, los cuales han sido implementados al pasar de los años y a conveniencia y facilidad de la Unidad de Alerta Alba-Keneth; y por último el cuarto problema es la falta de conocimiento a nivel departamental el saber cómo se aplica la ley, es necesario implementar capacitaciones para que el actuar sea de manera general y que en los departamentos se brinde la misma asesoría, apoyo y se den los mismos resultados.

CONCLUSIONES

- 1 La Constitución Política de la República de Guatemala, norma suprema del ordenamiento jurídico, contiene preceptos constitucionales que deben de ser cumplidos, respetados y deben verse reflejados en las normas ordinarias y reglamentarias que lo integran. Dentro de los preceptos constitucionales están regulados los valores constitucionales, los cuales son exigibles, básicos y fundamentales en un sistema jurídico, ya que tienen la función de fundamentar, orientar a toda norma, deben de tomarse en cuenta y deben ser plasmados en toda regulación jurídica que se realice.
- 2 Los valores contenidos en la Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth son vida, seguridad, libertad e integridad, son de contenido constitucional debido a que se ven reflejados en el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala, y además se encuentran normados en el Título II Derechos Humanos, Capítulo I Derechos Individuales. Además el Estado se reconoce como ente encargado de velar por su protección a través de las normas que integran el ordenamiento jurídico, garantizando así el desarrollo humano, ya que se afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social y jurídico.
- 3 El Estado siendo el ente encargado de velar por la regulación, protección, cumplimiento de los preceptos constitucionales, lo logra hacer a través de la división de poderes delegando a cada poder con una actividad en específico. Siendo el Organismo Legislativo el encargado quien tiene la potestad de crear normas debiendo estas reflejar los preceptos constitucionales para que así el Estado logre cumplir de manera completa con su función legislativa. Y el Organismo Ejecutivo, mediante su función quasi-legisladora, desarrolla los preceptos ordinarios.

- 4 La sociedad guatemalteca actualmente sufre de un alto índice de violencia, afectando grupos sociales en general, siendo uno de ellos los menores de edad debido a su falta de capacidad, sufriendo acciones donde sus derechos se ven transgredidos, siendo una de esas acciones la sustracción y desaparición, ambas tipificadas en el ordenamiento jurídico guatemalteco como delitos.
- 5 Es deber del Estado el tomar ciertas acciones para contrarrestar estas acciones delictivas y proteger a los niños/niñas o adolescentes, ya que estos todavía no actúan en base a su razón, no logran distinguir de manera completa que situaciones los llevan a ser víctimas de estas acciones delictivas.
- 6 La vigencia del Decreto 28-2010 del Congreso de la República, Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth, es resultado de la función legislativa del Estado a través del Congreso, la cual tiene como objetivo principal el regular un conjunto de acciones coordinadas entre las instituciones publicas, para lograr la localización, resguardo de un niño/niña o adolescente sustraído desaparecido. Guiando a todo actuar de las instituciones en dos principios básicos interés superior del niño y celeridad, para lograr cumplir con los objetivos de la ley.
- 7 A través de la creación del Decreto 28-2010 del Congreso de la República Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth, el estado se ve en la necesidad y obligación de crear un conjunto de acciones entre instituciones públicas que garanticen el resguardo, los derechos de los niño/niñas o adolescentes que sufren de alguna sustracción o desaparición. Y así mismo el garantizar el

respeto de los preceptos constitucionales, que toda norma ordinaria debe de cumplir y reflejar en su contenido.

- 8 Existen tratados internacionales que regulan la situación de la sustracción o desaparición de un menor; dichos tratados han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico guatemalteco porque el Estado los ha aceptado y ratificado. Uno de ellos es el Convención de la Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, el cual se encuentra regulado dentro del Decreto 28-2010 Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth, normando que cuando se de una situación de una sustracción internacional se aplicará y trabajará en conjunto con la autoridad central de la Convención y con la Procuraduría General de la Nación.

- 9 El Decreto 28-2010 del Congreso de la República, Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth, contiene un conjunto de acciones a tomar en el momento que ocurra una sustracción o desaparición de un niño/niña o adolescente, ya que al igual que el resto de la sociedad los menores tienen derecho a la protección de sus derechos, integridad y puedan desarrollarse. Por tal delicada situación de la que sufren, el Estado debe de lograr regular la protección de la mejor manera posible respondiendo a las necesidades y reflejando los preceptos constitucionales.

- 10 Dicha norma tiene un espíritu y objetivos bien definidos, pero adolece de una deficiencia que hace que su aplicación no sea de la manera que debería de ser, y es que no cuenta con un reglamento que desarrolle detalladamente el procedimiento a seguir, y determine los parámetros a los cuales le es aplicable la norma.

- 11 Como consecuencia de no contar con un reglamento se han creado procedimientos con base a las necesidades de las instituciones que conforman la Coordinadora Nacional del Sistema de Alerta Alba-Keneth, y no en base al objetivo central de la ley que es asegurar el resguardo y localización inmediata de los niños sustraídos tal y como lo establece de la ley.
- 12 Otra problemática que presenta es la aplicación de la ley para casos no estrictamente de sustracción o desaparición, que tengan como fin la trata de personas, explotación sexual, sino mas bien para casos de familia originados de problemas de divorcio, separación, custodia de los hijos o una simple rebeldía del menor, logrando una saturación del trabajo y haciendo caer en la necesidad de clasificar las alertas por las más importantes como rojas, no siendo este el objetivo, sino que sea de aplicación general.
- 13 Los niños/niñas y adolescentes requieren una mayor protección por parte del Estado, debe de existir una normativa que garantice sus derechos, y que desarrolle los preceptos constitucionales. En específico para los casos de sustracción y desaparición debe de existir un sistema de protección integral para el menor, que su aplicación sea efectiva, general y establezca un procedimiento único, específico a seguir para lograr cumplir de manera total.
- 14 El Estado cae en la situación de no cumplir con sus deberes de garantizar a los habitantes la vida, libertad, justicia, seguridad, integridad ya que existe una ley que regule la situación que enfrentan los menores, pero dicha ley al no contar con un reglamento que especifique su aplicación, delimitando las situaciones para las que sea aplicable, hace que sea improcedente su aplicación, vigencia y finalidad; y mediante la Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth no garantiza los derechos constitucionales de los menores de

edad y adolescentes contenidos en el artículo 2 de la Constitución de la República de Guatemala.

REFERENCIAS

Referencias Bibliográficas

Cabanellas de la Cueva Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 2001.

De Lucas, Javier y otros. Introducción a la Teoría del Derecho. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997.

Fonseca-Herrera Raimundo, José Ignacio JOSE IGNACIO (autor principal) y María Jesús Iglesias Sánchez. Diccionario Jurídico. Madrid, España, Colex, 2003.

Gonzales Cauhape-Cazul, Eduardo. Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco: La Teoría del delito. Guatemala, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 2003, 2 reimpre. 2008.

Garceran Laredo, Octavio. El Rapto y su jurisprudencia. Primera Edición, La Habana, 1945.

Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal Parte Especial. Bogota, Editorial Temis LTDA, 1955.

Nájera González, Xavier. Importancia de la Integración del Bien Jurídico. La Construcción de las normas penales. México, Editorial Porrúa, 2007.

Pereira-Orozco, Alberto (et al). Derecho Constitucional. Editorial EDP, Guatemala, enero 2007.

Universidad de San Carlos de Guatemala Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Escuela de Estudio de Postgrado. Teoría del Estado y del Derecho Constitucional Revista del Seminario de Doctorado en Derecho. Guatemala 2009.

Referencias normativas

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

Decreto Ley 106 Código Civil, Guatemala, 1963.

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

Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 27-2003 Ley de Protección Integral de la niñez y adolescencia. Guatemala, 2003.

Congreso de la República de Guatemala. Decreto 28-2010 Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth. Guatemala 2010.

Congreso de la República de Guatemala. Decreto 5-2012. Guatemala, 2012.

Asamblea Nacional Constituyente Francesa. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Francia 1789.

Asamblea General de Las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Resolución 44/25. Noviembre 1989.

Asamblea General de Las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Convención de los Derechos del niño. Resolución 44/25. Noviembre 1989.

Referencias electrónicas

<http://derecho.upla.edu.pe/pdf/diccionariosorio.pdf>. [consultada: 1 de julio 2013].

<http://new.pensamientopenal.com.ar/16072008/doctrina02.pdf>. [consultada: jueves 18 de julio del 2013. Pag 23].

<http://www.cc.gob.gt/documentoscc/ddhh/Ratificaciones.pdf> [consultada: 3 de julio del 2013].

<http://www.cintrass.org/textos/congresodh/elderechoalintegridadimg.pdf>. [consultada: 2 de junio del 2013]

http://www.hcch.net/index_es.php?act=authorities.details&aid=94. [consultada: 3 de julio del 2013].

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/4/pr/pr20.pdf>. [consultada 3 de julio 2013].

<http://www.rae.es/> [consultada: 2 de junio de 2013]

<http://www.sobrevivientes.org/presentacion.html>. [consultada: viernes 28 de febrero del 2013]

http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html [consultada: 3 julio 2013].

<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>. [consultada: 3 de julio del 2013].

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/gomeslund.pdf>. [consultada 3 de marzo del 2013.]

http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos_sentencias/CasoMasacreDosErrsvsGuatemala_ExcepcionesPreliminaresFondoReparacionesCostas.htm. [consultada: 3 de marzo del 2014].

http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos_sentencias/CasoContrerasOtrosVsElSalvador_FondoReparacionesCostas.htm#_ftn118. [consultada: 3 de marzo del 2014.]

<http://www.bjdh.org.mx/BJDH/busqueda>. [consultada: 3 de marzo del 2014.]

Otras referencias

Gaceta No. 86. De la Corte de Constitucionalidad. Expediente 1312-2006. Fecha de sentencia: 19/11/2007.

Gaceta No. 86. De la Corte de Constitucionalidad. Expediente. 25-2007. Fecha de sentencia: 20/11/2007.

Gaceta No. 90. . De la Corte de Constitucionalidad. Expediente 2885-2008. Fecha de sentencia: 20/10/2008.

Gaceta No. 91. De la Corte de Constitucionalidad. Expediente 3350-2008. Fecha de auto: 29/01/2009.

Flores Valenzuela, Harold Augusto. Entrevista Personal. 27 de febrero del 2014.

Herrera, Alfredo. Entrevista Personal. 27 de febrero del 2014.

Hernández, Jessica Johanna. Entrevista Personal. 27 de febrero del 2014.