

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

**DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LA INSTITUCIÓN
JURÍDICA GUARDA Y CUSTODIA, FAMILIA SUSTITUTA EN
MENORES DE EDAD**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

IRMA JEANETH RUIZ ROSALES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, marzo de 2006.

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

**DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LA INSTITUCIÓN
JURÍDICA GUARDA Y CUSTODIA, FAMILIA SUSTITUTA EN
MENORES DE EDAD**



IRMA JEANETH RUIZ ROSALES

GUATEMALA, MARZO DE 2006.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V: Br. Manuel de Jesús Urrutia Osorio
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Luis Alfredo González Ramila
Vocal: Licda. Gloria Melgar de Aguilar
Secretario: Lic. Milton Tereso García Secaída

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Patricia Cervantes Chacón
Vocal: Lic. José Alejandro Sandoval
Secretario: Lic. Roberto Paz Álvarez

NOTA: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas y contenido de la tesis (Artículo 42 del normativo para elaboración de tesis de licenciatura en ciencias jurídicas y sociales y del examen general público.

Licenciado Otto René Arenas Hernández
ABOGADO Y NOTARIO
7ª. Avenida 16 -21 zona 1. Guatemala
Tel. 22300340



Guatemala, 05 de Septiembre de 2005

Señor Decano:
Bonerge Amilcar Mejia Orellana
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor Decano:

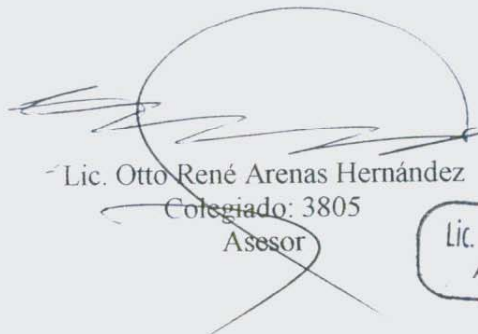
Respetuosamente me dirijo a usted, para informarle que he dado fiel cumplimiento a la resolución emanada de este Decanato, a fin de que procediera a efectuar la asesoría de tesis de la Bachiller Irma Jeaneth Ruiz Rosales, titulado DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA GUARDA Y CUSTODIA, FAMILIA SUSTITUTA EN MENORES DE EDAD.

En cuanto al trabajo anterior he de manifestarle que la bibliografía existente del tema tratado se utilizó adecuadamente, pero lo más valioso de dicho trabajo es que su autora desarrolla el problema que se presenta en la práctica sobre la confusión entre las instituciones guarda y custodia.

Que la sustentante realizó las modificaciones necesarias, mismas que se realizaron con respeto de la bachiller Irma Jeaneth Ruiz Rosales.

Que las conclusiones son congruentes con su contenido y por tales razones estimo conveniente proseguirse con el trámite de rigor.

Sin otro particular le agradezco la atención a la presente y me suscribo de usted,
Atentamente:


Lic. Otto René Arenas Hernández
Colegiado: 3805
Asesor

Lic. OTTO RENE ARENAS HERNANDEZ
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, doce de octubre del año dos mil cinco.-----

Atentamente, pase al LIC. JAVIER OSWALDO VILLATORO MORALES, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis de la estudiante IRMA JEANETH RUIZ ROSALES, Intitulado: "DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA GUARDA Y CUSTODIA, FAMILIA SUSTITUTA EN MENORES DE EDAD" y, en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.-

MIAE/sllh



Licenciado Javier Oswaldo Villatoro Morales
ABOGADO Y NOTARIO
3ª. Avenida 13 -62 zona 1. Guatemala
Telefono 22327936

Guatemala, 25 de Octubre de 2006



Señor Decano:
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor Decano:

En virtud de la resolución emitida el doce de octubre de dos mil cinco, de este decanato, en la cual se me nombra como revisor de tesis de la Bachiller Irma Jeaneth Ruiz Rosales, por lo cual procedí a efectuar la revisión, del trabajo de tesis titulado DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA GUARDA Y CUSTODIA, FAMILIA SUSTITUTA EN MENORES DE EDAD.

En cuanto al trabajo anterior he de manifestarle que la Bachiller realizó las modificaciones sugeridas las que se realizaron con respeto de la bachiller Irma Jeaneth Ruiz Rosales.

Que es un trabajo muy importante ya que se realiza un estudio sobre los hogares sustitutos tema que no es muy conocido y las diferencias de estos con la Guarda y Custodia.

Que las conclusiones son congruentes con su contenido y por tales razones estimo conveniente proseguirse con el trámite de rigor.

Le agradezco la atención a la presente y me suscribo de usted,

Atentamente:

Javier Oswaldo Villatoro Morales
ABOGADO Y NOTARIO

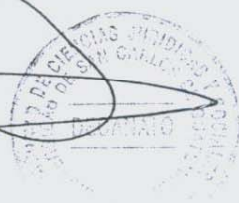
Lic. Javier Oswaldo Villatoro Morales
Colegiado: 5179
Revisor



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, diecisiete de febrero de dos mil seis.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante **IRMA JEANETH RUIZ ROSALES**, titulado **DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA GUARDA Y CUSTODIA, FAMILIA SUSTITUTA EN MENORES DE EDAD**, Artículos 30 y 33 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MIAE/slh



DEDICATORIA

- A DIOS: Por todas las bendiciones recibidas, por permitirme alcanzar este éxito; A Maria bendita, que con su intercesión me ha llevado a este momento.
- A MI PADRE: Rigoberto Ruiz
Por tu ejemplo, apoyo, consejos y sacrificios. Te admiro y te quiero mucho.
- A MI MADRE: Irma Rosales
En ofrenda a tu memoria, por darme la vida y ser la luz que ilumina mi camino para alcanzar mis metas. Q.E.P.D.
- A MI HERMANA: Mariana; por tu motivación y apoyo cada día; te quiero y a Arely con cariño.
- A MIS ABUELOS: Por ser los pilares de lo que soy. Especialmente a la abue Chave Q.E.P.D y al abuelito Rigo por ser un segundo padre para mi; lo quiero mucho.
- A MIS TÍOS: Por todo su cariño y apoyo especialmente a mi tía Patty y tío Leonel.
- A MIS PRIMOS: Zayda, Anel, Vinicio, José. Alex, y Nery, con cariño.
- A MIS COMPAÑEROS: Por todas las experiencias vividas.
- AMIGOS Y AMIGAS: Gracias por su amistad, confianza y apoyo en todo momento.

AGRADECIMIENTO ESPECIAL:

A la Universidad de San Carlos, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; a los catedráticos que me brindaron su apoyo, amistad, y asistencia profesional en mi formación académica.

En especial a los licenciados:

Otto Cecilio Mayen

Mary Flor Vásquez Casasola

Edgar Castillo Ayala

Otto René Arenas y

Estuardo Castellanos

ÍNDICE

	Pág
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Relaciones entre padres e hijos	1
1.1. Patria potestad.	1
1.1.1. Ámbito de la patria potestad.	4
1.1.2. La patria potestad como potestad.	6
1.1.3. La patria potestad como institución.	7
1.1.4. La patria potestad como función.	9
1.1.5. Consideración moderna de la patria potestad.	9
1.1.6. Situación jurídica de los hijos frente a la patria potestad.	10
1.1.7. Separación, suspensión y pérdida de la patria potestad.	12
1.2. Definición de tutela.	13
1.2.1. Origen y evolución.	13
1.2.2. Naturaleza jurídica de la tutela.	15
1.2.3. Caracteres de la tutela.	16
1.2.4. Procedencia.	16
1.2.5. Clases de tutela.	17
1.2.6. Finalidad de la tutela.	20
1.2.7. Objeto.	20
1.3. Protutela.	21
1.4. Curatela.	22
1.5. Guarda de hecho.	23
1.6. Adopción.	23
1.6.1. Origen y evolución.	24
1.6.2. Quienes pueden adoptar y ser adoptados.	29
1.6.3. Constitución de la adopción.	31
1.6.4. Efectos de la adopción.	33
1.6.5. Cesación, revocación y extinción de la adopción.	37

CAPÍTULO II

2. Guarda y custodia..	41
2.1. Como regula la Convención sobre los Derechos del Niño a la guarda y custodia..	43
2.2. Consideraciones doctrinarias y legales.	44
2.3. Suspensión, pérdida y restablecimiento de la guarda y custodia.	45
2.4. Finalidad de la guarda y custodia.	46
2.5. Guarda y custodia compartida.	47
2.6. Confusión y aplicación de los términos patria potestad y guarda y custodia en la práctica.	48
2.7. Familia sustituta.	52
2.7.1. La familia a través de la historia.	54
2.7.2. La familia como institución básica en la sociedad.	56
2.7.3. Naturaleza jurídica de la familia sustituta	57
2.7.4. Características de la familia sustituta..	58
2.7.5. Principios doctrinarios.	59
2.7.6. Objeto de la familia sustituta.	60
2.7.7. Hogares sustitutos o familias sustitutas.	60
2.7.8. Desarrollo histórico de los hogares sustitutos.	66
2.7.9. Tipos de hogares sustitutos.	72
2.7.10. Breve reseña histórica del hogar Rafael Ayau.	75
2.7.11. Breve reseña del hogar Elisa Martínez	77
2.8. El triangulo padres reales, niños y padres sustitutos.	78

CAPÍTULO III

3. Evolución histórica del derecho de menores.	81
3.1. Contenido del derecho de menores.	84
3.2. Definición de derecho de menores.	85
3.3. Características del derecho de menores	87

3.3.1. Tutelaridad y proteccionista.	87
3.3.2. Aformalidad.	87
3.3.3. Oralidad.	87
3.3.4. Sui – generis especialísimo.	89

CAPÍTULO IV

4. Funciones que desempeñan las instituciones encargadas de proteger a los menores	89
4.1. Juzgados de paz.	89
4.2. Juzgados de primera instancia de los juzgados de la niñez y adolescencia	89
4.3. Juzgados de adolescentes en conflicto con la Ley Penal.	90
4.4. Sala de la corte de apelaciones de la niñez y adolescencia.	90
4.5. Procuraduría General de la Nación y el Ministerio Público..	90
4.6. Trámite del proceso de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos.	91
4.7. Trámite del juicio oral de guarda y custodia.	95
4.8. Diferencias entre patria potestad, guarda y custodia, tutela, familia sustituta y adopción.	96
CONCLUSIONES.	101
RECOMENDACIONES.	103
BIBLIOGRAFÍA.	105

INTRODUCCIÓN

Para la elaboración de este trabajo de tesis se tomaron en cuenta los problemas que surgen de la práctica en tribunales, con respecto de plantear un proceso de patria potestad; o bien, uno de guarda y custodia ya que no se tiene claro cuándo interponer cada uno; asimismo, en la actualidad las personas no saben a donde acudir cuando un menor sufre de maltratos físicos; o bien, psicológicos por sus padres o quienes tengan la patria potestad de estos, acudiendo a un tribunal de menores a solicitar que se les otorgue la custodia del menor cuando ésta debe ser tramitada en uno de familia; o bien, llegar a solicitar la colocación de un menor en un hogar sustituto.

Considero que es importante tener en mente las diferencias esenciales, no sólo las señaladas por la doctrina sino las establecidas en la legislación; así también la experiencia obtenida durante la tramitación en los juzgados de Familia. Aunque nuestra legislación es clara con respecto a la adopción, tutela, patria potestad, pero no lo es con respecto de la guarda y custodia.

Es del conocimiento de todas las personas, que los menores, al igual que todos los seres vivos, están sujetos y forman parte de las leyes de supervivencia de la especie, a la cual pertenecen y como tales son directamente los padres de familia las personas responsables de dotarlos de una protección integral desde su concepción, durante su nacimiento y por el transcurso de su vida.

Sin embargo, como consecuencia de una gama de causales de diferente tipo, que podríamos denominar factores sociales, familiares y económicos de influencia dicha responsabilidad innata en cumplida en muchos casos parcialmente; o bien, hay ausencia total de protección de los hijos, dando lugar de esa manera a que esos seres humanos necesitados de tanta protección sufran perturbaciones, originando su situación irregular, menores transgresores, en situación de peligro, con problemas de conducta, en abandono material o moral.

(ii)

Tomando en cuenta que el hogar sustituto es una forma de protección para el menor que sufra maltratos en su familia de origen.

Así también desarrollar qué son los hogares sustitutos, qué clases existen y para qué sirven, ya que en la actualidad son muy utilizados. Qué instituciones conocen sobre este asunto, así como el trámite a seguir

En consecuencia, los objetivos que me motivaron para desarrollar este tema es realizar un estudio sano acerca de los aspectos que se dan en la práctica tribunalicia, así como desarrollar el porqué de la colocación de un menor en un hogar distinto al de él y las ventajas y desventajas que surgen.

CAPÍTULO I

1. Relaciones entre padres e hijos

1.1 Patria potestad

Iniciaremos a definirla y posteriormente a integrar la guarda y custodia. Siendo la patria potestad el género y la guarda y custodia la especie, que permite hacer efectiva y ejercer la patria potestad.

El concepto de patria potestad (del latín patrios, a, lo relativo al padre, y potestad, dominio, autoridad), ha evolucionado a través de los tiempos. En Roma se origina, y es en el primitivo derecho romano donde alcanzar su expresión más significativa como una de las manifestaciones del poder paterno, del poder del padre de familia, quien podía vender, mutilar, y aun matar al hijo.

Castan citado por Alfonso Brañas escribe “La historia de esa institución nos muestra, en efecto un doble proceso muy interesante: de la patria potestad poder (derecho), a la patria potestad función (deber), y de la patria potestad como poder exclusivo del padre, a la patria potestad como autoridad conjunta del padre y de la madre”.¹

He aquí una clara síntesis de la evolución de la patria potestad “conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso, a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad. Esa noción preliminar de patria potestad, que refleja la situación actual de la institución,

¹ Espín Canovas, **Diccionario de derecho privado**, pág. 2935

dista considerablemente del derecho romano, de donde procede en espíritu y casi totalmente en la letra; patria potestad.

En este ordenamiento, la condición de padre de familia implicaba una auténtica potestad o autoridad, compendio de derechos sin deberes, por estimarse los hijos propiedad absoluta del padre.

El pater de familias de Roma ejercía su poder doméstico no sobre la mujer propia y los hijos sino sobre las esposas de ellos, los nietos, los adoptados o arrogados y los esclavos; si bien sus facultades se concretaban más especialmente en la prole.

Esta soberanía doméstica fue reconocida expresamente en las XII tablas con carácter absoluto sobre vida y muerte de los hijos y sujetos al pater familias; aunque para privarles de la vida o la libertad se estima que el jefe de familia debía convocar al consejo de la misma, integrado por los miembros de la gens, especialmente los hermanos, que a su vez fuera también padres de familia.

Absoluta en el contenido, la patria potestad lo era también en el tiempo, ya que duraba mientras el padre viviera, aunque podía salirse de su potestad lo era también en el tiempo, ya que duraba mientras el padre viviera, aunque podía salirse de su potestad para entrar en la de otro ciudadano, bien por matrimonio, adopción o arrogación.

Los hijos, aun ganándolos por sí mismo, no eran señores de bienes algunos, ni podían otorgar testamento mientras tuvieran padres. Toda esa severidad primitiva fue atenuándose en la evolución del derecho romano con la desaparición del jus vital et necis, con la creación de los peculio, con emancipación, la manumisión y con otras instituciones liberadoras en mayor o menor grado de los sujetos a la patria potestad.

Invirtiendo violentamente las ideas algunos autores modernos llegan a la conclusión, sin duda exagerada, de que la patria potestad no integra sino una serie de deberes para los padres.

Así Ríos Sarmientos, luego de afirmar que la única patria potestad que ha existido ha sido la romana agrega: “Aunque hoy existe una institución que conserva aquel nombre y que se refiere relaciones del padre con el hijo, no es en verdad potestad alguna, sino un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos que hacen posible el cumplimiento de aquellas.

En sustancia esto que actualmente llamamos patria potestad es una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad. Fundada en la naturaleza, que ha establecido el amor de los padres y el reconocimiento de los hijos que es su base, recibe su forma del derecho civil.

Este ha fijado los límites del poder paterno, le ha señalado los derechos y le ha prescrito obligaciones. Es un derecho emanado de la naturaleza y confirmado por la ley, que da al padre y a la madre, por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones, la vigilancia de las personas y la administración y goce de los bienes de sus hijos.

En la familia, el padre, como legislador, dicta reglas de conducta; como juez corrige y castiga con moderación a los hijos como tutor, cuida de su educación y subsistencia y como señor se sirve de su trabajo y bienes.

Con criterio más certero, la Iglesia caracteriza a la patria potestad como autoridad y protección confiada por la ley al padre sobre sus hijos legítimos, para su educación y utilidad de toda su familia.

La patria potestad es un concepto jurídico que remite a la relación paterno filial que tiene por núcleo el deber de los padres de criar y educar a sus hijos. La patria potestad sobre los hijos era en el derecho romano, un poder absoluto del padre creado en beneficio de la familia, no de los hijos.

En la actualidad, por el contrario, es un rasgo constitutivo esencial de la patria potestad su carácter altruista. La patria potestad se ejercerá en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad.

Corresponde a los padres por igual esta facultad. Dicha facultad la reciben los padres en el momento de nacer el hijo, si es extramatrimonial cuando el niño es reconocido nuestra legislación regula en el Artículo 252 del Código Civil “La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho: y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo en cualquier caso.

Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción El diccionario jurídico Espasa nos define a la patria potestad como: relación entre padres e hijos, generadora de recíprocos derechos y deberes, concebidos siempre en función del amparo de los hijos. Lo que concibe a la patria potestad como una función en beneficio de la decencia y no como un derecho del padre.

1.1.1. Ámbito de la patria potestad

El ámbito de la patria potestad manifiesta que los padres deben velar por los hijos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes.

Asimismo, pueden corregir moderadamente a los mismos esto significa que aunque se les separen suspendan o pierdan las facultades de la patria potestad de los padres respecto de los hijos, no así sus deberes. Pudiendo así mismo recuperarla por decisión judicial, en beneficio del hijo, cuando hubiere cesado la causa que la motivo.

Caracteres de la patria potestad

- La patria potestad no puede renunciarse, ya que la naturaleza de la institución es de interés público, los derechos y deberes que la integran están fuera del comercio.
- Los derechos que confiere a su titular son personalísimos. Solo excepcionalmente se transmiten en el caso de adopción.
- El cargo es intransmisible por voluntad de los particulares. Solo puede ser transferida en el caso de la adopción cuando la apruebe el juez de lo familiar como medida de protección para el adoptado.
- La patria potestad es finalmente imprescriptible es decir, los derechos y derivados de la misma, no se extinguen por el transcurso del tiempo.

Federico Puig Peña nos dice que “La institución jurídica de la patria potestad tiene los caracteres o notas singulares siguientes:

- Constituye ante todo una obligación o un deber que no puede ser objeto de excusa, puesto que esta asignada a los padres, en virtud de los supremos principios de la moral familiar y la acción social del Estado. Que la articulan ellos como sujetos a quienes corresponden con exclusividad.

- Esta obligación es de carácter personal, no pudiendo ser realizada a través de un tercero, sólo la madre puede ejercer, como asociada, determinadas funciones propias de la patria potestad en el área particular de la familia esto no obstante, sin embargo, para algunos cometidos del instituto singularmente en lo referente a la educación e instrucción, puede el padre encomendarle a un tercero valiéndose para ello de auxiliares de cumplimiento, como por ejemplo, entrega de un hijo a un preceptor o a un internado o enviarle a un aprendizaje o a un maestro que le de enseñanza de una profesión u oficio.
- Finalmente representa una obligación positiva de trato continuado que exige y requiere el despliegue eficaz y constante de una conducta de cumplimiento suficiente para llenar el cometido propio de la patria potestad.²

Guillermo Borde nos indica, que la patria potestad no es un mero derecho subjetivo, sino un complejo indisoluble de deberes y derechos. Se legisla teniendo en mira al hijo y al padre a la familia y a la sociedad. Las normas a que ella se refiere son pues, de orden público.³

1.1.2. La patria potestad como potestad

Potestad "Dominio, poder jurisdicción o facultad que se tiene sobre una cosa. A esta definición académica cabe añadir que también la que ejerce sobre una persona; y aun jurídicamente el concepto hace más referencia a esta que aquella pues, dejando aparte la acepción que pueda referirse al Derecho

² Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, pág. 434

³ Borde, Guillermo, **La persona jurídica**, pág. 182

Publico, sus más características manifestaciones son la patria potestad y la potestad marital, esta ultima en decadencia”⁴

Es el poder que los ascendientes ejercen sobre la persona y bienes de sus descendientes menores de edad, hasta que llegan éstos a la mayoría de edad o se emancipan.

1.1.3. Patria potestad como institución

“Según Puig Peña, para las modernas concepciones del mundo civilizado, la patria potestad es aquella institución jurídica por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores, en la medida reclamada por las necesidades de estos. De esta definición se infieren las consideraciones siguientes”⁵

- La patria potestad es una institución jurídica, es decir, el trasunto en la ley de la situación de hecho que surge de las relaciones paternas filiales. La ley la disciplina y de sus preceptos es posible deducir un todo donde por encima de la variedad de sus instituciones, se descubre la armonía de la institución.
- En virtud de esta institución jurídica, ratifica el derecho de la asunción que hacen los padres de la asistencia y dirección de sus hijos menores. Se trata de una facultad natural de dirección, asentada como tal en la propia naturaleza y sublimizada por el amor y la abnegación que nadie como los padres puedan tener respecto de los hijos, y que como tal es avalada por las costumbres y respeto universales.

⁴ Ossorio, Manuel, **Teoría del derecho**, pág. 595

⁵ Puig Peña, Federico, **Ob. Cit.** págs. 433 y 434.

- La patria potestad es flexible y se adopta a las circunstancias de personas y tiempo. Se estableció en la definición de patria potestad que por ella los padres tenían la dirección y asistencia de los hijos menores, en la medida reclamada por las necesidades de estos. De ello se deduce, naturalmente que cuando los hijos son mayores no existe patria potestad, aun cuando algún autor así lo haya estimado.
- La facultad de dar consejo para el matrimonio; el derecho al respeto de los hijos la reverencia que estos deben a sus padres, y otras conductas más o menos éticas y más o menos jurídicas, estarán encajadas con las condición de los padres, pero no con la institución jurídica de la patria potestad, que en el derecho moderno termina cuando el hijo es mayor. Pero aun dentro de su minoría, la patria potestad va cambiando el marco de su desarrollo ya que como dice un autor; al principio la vida tiene un aire dulce, paternal, de amplia coyuntura de mimo y cuidado.

Luego en los alrededores de la nubilidad, toma un carácter más serio, de educación e instrucción de protección enérgica al menor que empieza a dar sus pasos en el duro roce de la vida: La potestad correctiva se desarrolla en todo su ser. Finalmente en el hombre ya hecho; en las proximidades de la mayoría, se torna en consejo y dictado de la experiencia, y su misión apenas se trasluce en los complementos de capacidad

La patria potestad es una institución civil acusadamente matizada por el influjo de la moral y en la cual los derechos de quienes la ejercen se justifican en cuanto son necesarios para el cumplimiento de los deberes que les corresponden. Podemos citar que es una institución que tiene una función protectora de los hijos durante su minoría de edad y una carga impuesta a quien deba ejercerla.

1.1.4. La patria potestad como función

Más que un poder, es actualmente la patria potestad una verdadera función, pues en el transcurso de los tiempos ha evolucionado, perdiendo el carácter acusadamente autoritario que tuvo en el derecho romano y en el Germánico, hasta convertirse en una institución destinada a la defensa de la persona y bienes del menor, a la que no se extraña la intervención del Estado.

Esta intervención se acentúa cada día más, como una manifestación del interés público que se reconoce actualmente, con absoluta unanimidad, por los sociólogos y los juristas, en la institución familiar y como consecuencia de la necesidad que existe de esta institución se desarrolle normalmente y cumpla de este modo sus fines característicos, entre los cuales no es el menos importante el que se refiere a la protección de los menores, para lo cual en varias ocasiones se requiere la acción directa de la autoridad estatal.

1.1.5. Consideración moderna de la patria potestad

Rafael Rojina Villegas, opina sobre este tema: “Como en el derecho moderno la regulación jurídica de la patria potestad ha tomado principalmente en cuenta que la autoridad que se otorga a quienes la desempeñan no es para beneficio propio o mucho menos para convertir a los sujetos a ella en simples medio puesto a su servicio para la satisfacción de sus fines personales, sino que por el contrario, esta institución se ha convertido en la actualidad en una verdadera función social que más que derechos impone obligaciones a quienes la ejercen.”⁶

⁶ Rojina Villegas, Rafael, **Compendio de Derecho Civil**, pág.130

Diego Espín Canovas nos indica: “En el derecho moderno estas facultades que integran la patria potestad se conceden, por, tanto, en función de los deberes que emanan de la misma, siendo así la patria potestad una función tuitiva sobre el menor que se confía a los padres de acuerdo con el derecho natural de los mismos de educarlos y tenerlos en su compañía.

Finalmente en el derecho moderno, el Estado generalmente, no se despreocupa del ejercicio de la misma es decir por el interés de los menores sometidos a ella, ejercen cierta inspección en determinados casos e intervienen en otros para remediar abusos y perjuicios de los menores a través de la legislación de tribunales titulares de menores.

1.1.6. Situación jurídica de los hijos frente a la patria potestad

Si bien de las disposiciones del Código se infiere que la patria potestad es, ante todo, una institución que en esencia trata de la protección de la persona y de los bienes de los hijos, ajena casi a la antigua idea de poder autoridad paternos absolutos, aquellos, cualesquiera sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y están obligados a prestarles asistencia en todas las circunstancias de la vida, según dispone el Artículo 263.

Están los hijos, asimismo, obligados a vivir en la casa paterna o en la que los padres dispongan, careciendo, por lo tanto y mientras están sujetos a la patria potestad, de la libertad de escoger determinado lugar para vivir.

Nótese que aún la potestad de corrección de los hijos por los padres (Artículo. 253), es regulada por el código como una obligación de éstos, no un poder; y que el mismo deber de habitación anteriormente referido, resulta

nugatorio cuando la conducta de los padres sea perjudicial para el hijo, en virtud de que el juez está facultado, según lo dispuesto en el Artículo 262, para disponer que el hijo salga de la casa paterna y quede al cuidado de otra persona.

Reconoce la ley la capacidad relativa a los hijos mayores de catorce años, al disponer que pueden contratar su trabajo y percibir la retribución convenida, con la cual ayudarán a sus padres para su propio sostenimiento Artículo 259 Código Civil.

Y si sugiere pugna de derechos e intereses entre el padre y la madre, en ejercicio de la patria potestad, la autoridad judicial respectiva debe resolver lo que más convenga al bienestar del hijo.

Las disposiciones legales anteriormente relacionadas poden manifiesto que el legislador, haciéndose eco de las modernas tendencias en materias de patria potestad, antepone la seguridad, el bienestar personal y los intereses del hijo a la autoridad de los padres quienes en realidad quedan en situación de buenos orientadores y buenos administradores del futuro y de los bienes de sus hijos.

La autoridad paterna queda diluida que el bienestar de los hijos casi ocupa totalmente su lugar hasta donde, por supuesto, las disposiciones de la ley puedan penetrar en la intimidad de la vida familiar, pues no debe olvidarse que las disposiciones relativas al derecho familiar cumplen, como no podía ser de otra manera, una función eminentemente supletoria de la correcta conducta de los padres y en su caso de los hijos.

1.1.7 Separación, suspensión y pérdida de la patria potestad

- separación;

Se da cuando quien ejerce la patria potestad disipa los bienes de los hijos o por su mala administración, se disminuyen o deprecian

- Suspensión;

- Por ausencia del que la ejerce, la declarada judicialmente
- Por interdicción, declarada judicialmente
- Por ebriedad consuetudinaria
- Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas o estupefacientes.

- Pérdida:

Es la medida más severa contra quien ejerza la patria potestad, y de proyecciones incalculables en el ámbito familiar, como lo expresa Alfonso Brañas. Y nuestro cuerpo legal dentro del Código Civil nos da las causas que provocan la pérdida de dicha institución.

- Por costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus familiares.
- Por dedicar a los hijos a la mendicidad o darles ordenes, consejos insinuaciones y ejemplos corruptores.
- Por delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de algunos de sus hijos

- Por exposición o abandono que el padre o la madre hiciera de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado.
- Por haber sido condenado dos o más veces por delito del común, si la pena excedieren de tres años de prisión por cada delito.
- Cuando el hijo es adoptado por otra persona.
- Se puede perder en forma voluntaria a través de un convenio celebrado ante juez de primera instancia de familia entre las partes en que la madre cede la patria potestad y la guarda custodia al padre para el cuidado y vigilancia

1.2. Definición de tutela

Es la institución ordinaria de guarda legal de los menores de edad no emancipados que sean huérfanos o cuyos progenitores se hayan privados de la patria potestad, así como los incapacitados por locura o sordomudez, cuando no están sometidos a la patria potestad prorrogada.

La tutela es de ejercicio permanente y habitual; no se nombra tutor para un negocio o acto sino para cuidar de modo global de las incumbencias patrimoniales y personales del sujeto de la tutela. Al tutor le incumbe el cuidado directo del incapaz cuando resulte necesario, la gestión inmediata de sus negocios y administración de sus bienes y su representación.

1.2.1 Origen y evolución

Del origen Tuetor, defender o proteger. Poder otorgado por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de

edad o incapacitados. Oficio cargo civil, obligatorio y gratuito para la protección y defensa de la persona y bienes del incapacitado por minoría de edad u otra causa.

En el derecho romano las instituciones que cooperan al fin tutelar son: La tutela en sentido estricto y curatela. El jurisconsulto servicio (según un texto de Paulio recogido en el Digesto) definía la tutela diciendo: Derecho y potestad para proteger a aquel o aquella que por su edad no puede defenderse dado y otorgado por el derecho civil

En un principio la tutela fue una potestad un poder encomendado al más próximo heredero varón del tutelado por lo que se protegía principalmente el interés del tutor facilitándole la conservación del patrimonio familiar mientras el

incapaz viviese impedido que este dilapidase sus bienes en esta época, dice Brissaud, la tutela es una especie presucesión. Más tarde se va desarrollando la idea de protección al incapaz y la tutela llegar a ser un deber publico, al servicio de sus intereses y necesidades.

En el curso de la evolución histórica se advierte la significación que va adquiriendo, no solo en el aspecto ético, sino también en el jurídico, el cuidado de los intereses del pupilo y los deberes del tutor, pues se introducen innovaciones en cuanto a las personas llamadas a ejercer la tutela, tendientes a servir en mayor medida al interés del pupilo el Estado empieza a reconocer que el cuidado de este es una cuestión publica y dicta normas acerca del nombramiento de tutores y de la gestión tutelar.

Se crea por otra parte acciones para las relaciones entre tutor y pupilo, que imprimen la institución el carácter de una administración y cuidado de los intereses de este. Por ultimo llego a convertirse en un poder público del cual no

era posible sustraerse sino por causas legales debidamente determinadas. Toda esta evolución se verificó en la tutela de los adolescentes, cuando se trataba de otra incapacidad, que no venía ni de la edad, ni del sexo, sino de alguna anomalía física y mental entonces aparecía la curatela.

En el derecho moderno, los sistemas de la tutela se han reducido a tres:

- **La tutela como institución familiar:** Sistema en el cual dicho instituto jurídico social se realiza bajo la dirección y vigilancia de una entidad llamada consejo de familia, este sistema es diferente al sistema guatemalteco, en el que el control de la tutela es de carácter judicial. Este sistema de tutela como institución familiar se ha aplicado en Francia, España y Portugal.

- **La tutela como institución pública:** Conforme al cual el instituto bajo estudio se establece mediante declaración y cuidado de una institución de carácter judicial aunque también puede darse mediante la intervención de un órgano administrativo.
 En Guatemala, es una autoridad de tipo judicial, porque es un órgano jurisdiccional el que establece la tutela, el que declara que se puede empezar su ejercicio ante quien se cumpla una serie de requisitos que debe llenarse, el que tiene a su cargo la fiscalización y cuidado del ejercicio de la tutela.

- **El sistema mixto:** que ha tratado de combinar los elementos de los dos anteriores, es decir, la participación de un órgano jurisdiccional o administrativo y la intervención de una institución de tipo familiar.

1.2.2. Naturaleza jurídica de la tutela

La tutela es un poder protector cuyo origen no está en la naturaleza sino en la ley que la establece para suplir la incapacidad, ya de los menores a

quienes le falta la protección natural de la patria potestad, ya de los incapacitados en general.

El ejercicio de ese poder es un mandato legal, una investidura civil. Pero no es un cargo público porque su misión es puramente privada auxiliar al incapaz defendiéndole tanto su persona como sus bienes.

Pero es de orden público y de interés general como todas las leyes que se refieren al estado de las personas y protección de los incapacitados y por eso ni disposiciones particulares ni del poder judicial pueden modificar las leyes de la tutela, el nombramiento del tutor, el ejercicio de sus poderes, garantías, etc., todo constituye un órgano principal de derecho de encima de las voluntades.

1.2.3 Caracteres de la tutela:

- Naturaleza pública de oficio
- Obligatoriedad de la función
- Gratuidad
- Generalidad del poder conferido al tutor
- Indivisibilidad y unidad de poder tutelar.

Ya que este es atribuido solo a una persona y no puede fraccionarse entre varios titulares, por lo cual una persona solo puede tener un tutor.

1.2.4. Procedencia

El Código Civil guatemalteco en su Artículo 293 nos indica los casos en que la tutela procede: El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad y el mayor de edad que hubiere sido declarado en estado de interdicción si no tuviere padres. Siendo el tutor el representante legal del menor o incapacitado.

1.2.5 Clases de tutela

Por la manera de designar al tutor se clasifica la tutela en:

- Tutela legítima:

Es aquella que confiere la ley, en defecto de la testamentaria, a los parientes más próximos del menor incapacitado. Tiene pues un carácter subsidiario, pues solo tiene lugar en defecto de la testamentaria, carácter que tuvo siempre en todas las legislaciones, empezando por la de Roma en la época clásica, además aquí la tutela es calidad y atributo intrínseco de ciertas personas, de los parientes, por consecuencia de su parentesco. El Código español y el italiano han restringido los llamamientos en interés del menor, por que les gustaban más las otras dos tutelas, nombrada con examen y apreciación de las condiciones personales.

- Tutela testamentaria

Es la otorgada en el testamento esta fue una prerrogativa de la patria potestad, y consecuencia de ella en el antiguo derecho romano. En Francia e Italia lo conservan más ligado a la patria potestad. El Código guatemalteco regula, esta clase de tutela se instituye por testamento, por el padre o la madre

sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad; por el abuelo o la abuela para los nietos que estén sujetos a tutela legítima, por cualquier testador para el que instituya heredero o legatario, si este careciere de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo y por el adoptante que designe heredero o legatario de su hijo adoptivo. Artículo 297.

El Artículo 298 dispone que los padres y abuelos en su caso pueden nombrar un tutor y protutor para todos o para varios de sus hijos o para cada uno de ellos pudiendo también nombrar varios tutores o protutores para que ejerzan el cargo uno en defecto de otro, respectivamente, en el orden de su designación.

El código de 1877 y el 1933 solo reconocieron a los padres la facultad de nombrar tutores a sus hijos.

El código actual confiere esa facultad además a los abuelos y al adoptante, la razón de ese criterio se explica en la exposición de motivos del proyecto del Código, así: Se da la facultad al abuelo o abuela que ejerzan la tutela legítima, para designar por testamento a la persona que deba ejercer tutela de los nietos también lo relativo a la facultad del padre adoptante que instituya heredero a su adoptado para nombrar tutor de este.

- Tutela judicial:

El Estado en cumplimiento de su misión, tiene organizado un vasto sistema de producción y asistencia de los incapaces. El que se encuentra en la imposibilidad de gobernarse así mismo la propia persona y bienes, merecen ser protegidos y ayudados y la ley viene en su ayuda dándole un representante que de él cuide, proteja a la persona y administre sus bienes.

En nuestra legislación civil en el artículo 300 dispone que esta procede por nombramiento de juez competente, cuando no haya tutor testamentario ni legítimo. Esta clase de tutela es entonces eminentemente supletoria, radica la razón de su existencia en el propósito del legislador de que la persona menor de edad o declarada en estado de interdicción que carezcan de los parientes más cercanos y de tutor nombrado en testamento, no quede sin la debida protección de la institución tutelar.

Cuando se da alguna causa de incapacidad dentro de la relación familiar, la necesidad de protección y de ayuda encuentra su natural complemento y satisfacción dentro de ella, y apenas tiene importancia, pues no da lugar a la organización de sistema especial alguno. Más en ausencia de esa relación familiar, se restablece un débil sustituto de esa protección natural en el organismo tutelar.

Existe también la tutela legal, que es aquella que tienen los directores de establecimiento de asistencia social, que acojan a menores o incapacitados. Lo encontramos regulado en el Artículo 308 del Código Civil.

En conclusión dondequiera que se muestra la incapacidad, allí es donde aparece la necesidad de la protección, y esta es satisfecha de un modo natural o por la patria potestad o por el subrogado e imitación de la tutela que se da cuando es un mayor de edad incapacitado.

Siempre resulta que la tutela es una institución de carácter subsidiario o supletorio para remplazara a los padres, en el supuesto más ordinario de la misma o para remplazar a los mismos incapacitados o por mejor decir, las condiciones que le faltan para ser plenamente capaces.

1.2.6 Finalidad de la tutela

Consiste en la protección a la persona, administración de sus bienes, representante en los actos de la vida civil. Es el sistema de protección, llegando a toda las esferas hasta donde llega la necesidad del incapacitado.

1.2.7 Objeto, ejercicio y retribución de la tutela

El objeto de la tutela es la guarda de las personas y bienes o solamente de los bienes, de los que no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por si mismos, como se mencionaba anteriormente la tutela comprende el cuidado, defensa y protección no solamente de la persona tutelada sino también de sus bienes, siempre que no este bajo la patria potestad ya que en este caso no haría falta la protección especial de la tutela, ya que esta es una institución casi familiar y subsidiaria de aquella y siempre que sea incapaz de dirigirse en el ejercicio de sus derechos civiles.

Dada la finalidad de la tutela, que según nuestra legislación es la guarda de la persona y bienes de menores y de los incapaces, declarados en estado de interdicción, se impone al tutor una serie de deberes, tanto en el aspecto patrimonial para la buena administración de los bienes que tiene a su cuidado, como en el aspecto personal para la guarda del pupilo. Como requisito indispensable para que una persona pueda ejercer la tutela, es necesario que previamente se le haya discernido el cargo.

La tutela puede ser otorgada por los padres o por los jueces, la discernimiento esta a cargo del juez que autoriza al tutor nombrado o confirmado para ejercer sus funciones.

Posteriormente al discernimiento del cargo del tutor, en caso de que el menor o incapaz tenga bienes que administrar, tiene que elaborar previamente un inventario y avalúo de los bienes. En nuestro medio el discernimiento del cargo del tutor y de protutor lo hace un juez de familia y es el requisito indispensable que la tutela sea registrada mediante inscripción en el Registro Civil correspondiente.

No todos los pupilos tienen bienes que se les administre, la mayoría de personas que son protegidas por medio de la tutela, carecen totalmente de patrimonio alguno, por lo que los tutores generalmente desempeñan el cargo ad-honorem o sea gratuitamente, como una contribución o un acto de humanidad para proteger y ayudar a los menores e incapaces, con los cuales les une un lazo de familia o bien de amistad.

En algunas legislaciones la tutela es un cargo gratuito, pero en Guatemala no lo es ya que si se les reconoce a los tutores y protutores una cantidad de dinero como pago por el desempeño de sus cargos.

En el Código Civil guatemalteco establece que tanto la tutela como la protutela dan derecho a una retribución señalando la forma y monto de la misma en el artículo 340. También señala que no tendrán derecho a la retribución alguna cuando existan motivos por culpa, Artículo 341 así mismo el tutor tiene la obligación de llevar contabilidad exacta de su administración aún cuando el testador le hubiere relevado de dicha obligación Artículo 432.

1.3. Protutela:

Es la institución jurídica que vigila concreta y específicamente la gestión que realiza el representante de un menor o incapaz, llamado tutor. Para ser Protutor se necesita las mismas condiciones que para ser tutor, es obligatorio y

las causas de incapacidad, excusas y remoción son las mismas que para el cargo de tutor.

Nuestra legislación contempla la figura del protutor, aunque en una forma muy sustancial, ya que se refiere a el únicamente en dos Artículos por lo que se entiende que actúa en sumador parte igual que el tutor.

La protutela es personal, porque su actividad consiste en controlar y vigilar los actos del tutor Obligatoria: Ya que es un oficio público y que no puede renunciarse sin causa justa. Remuneratoria: Ya que así lo establece la ley, todo cargo debe ser remunerado.

Se le puede considerar al protutor como complemento de la tutela ya que la necesidad que el tutor y protutor actúen juntos es imperiosa, no puede prescindirse del protutor.

1.4. Curatela:

Esta institución al igual que la tutela se encarga de la guarda legal pero de los mayores de edad que estén incapacitados por locura, sordomudez, que hayan sido declarados interdictos. Para los que habiendo alcanzado la pubertad tienen su capacidad de obrar limitada.

Esta era el mecanismo de protección para las personas incapaces, cuya incapacidad se originaba de alguna deficiencia de tipo mental o físico.

En el derecho romano se hablaba de la cura furiosis, o sea de la curatela del loco; de la Cura prodigio o sea de la curatela del hijo prodigo es decir el hijo menor que no ha alcanzado su capacidad y no estaba en el hogar pero tenía a sus padres como titulares de la patria potestad, por ultimo también se hablaba de la cura minorum, o sea la curatela de aquellas personas que habiendo salido

de la pubertad, conforme la reglamentación del Derecho Romano, aun no había cumplido los veinticinco años.

1.5. Guarda de hecho:

Esta figura se contempla en el Código Civil español, ya que en este no se encuentra constituida la tutela, cuya formalidades en la vida real sólo se han venido cumpliendo cuando hay que enajenar bienes, muchos menores y algunos incapacitados viven en el hogar bajo la hipotética potestad de los cabezas de familia. Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

1.6. Adopción

Del latín adoptio, onem, adoptio de ad y optare, desear. Junto a la filiación legítima, derivada del matrimonio o la unión de hecho legal; existe la filiación civil creada por la adopción. Adopción, señalaron las partidas: "Tanto quiere decir como adopción, que es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente."⁷

Castan Tobeñas, así como la mayor parte de los tratadistas españoles definen la adopción como Aquel acto jurídico solemne que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil, del que se derivan relaciones análogas (aunque no idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas.

En nuestra legislación existen tres clases de parentesco: de consanguinidad, de afinidad y el parentesco civil que el que nace de la adopción y sólo existe entre adoptante y adoptado.

⁷ Gallardo, María **Distinción entre la patria potestad y guarda y custodia**, pág 40

Para Federico Puig Peña la adopción es “Aquella institución por virtud de la cual se establece entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima”⁸

En el Código Civil, Artículo 228 la adopción “es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona.

En el concepto moderno la naturaleza jurídica de la adopción es la de un institución jurídica y no la de un contrato, que se establece en beneficio de los menores de edad porque se trata de dar al niño un familia por carecer de ella.

1.6.1 Origen y evolución

Para dar una definición de esta institución, es necesario conocer su historia. Así Valverde citado por Alfonso Brañas expone: Entre los medios que los pueblos antiguos escogían para proveer la falta de hijos, esta la adopción, que nació para perpetuar el culto de los dioses familiares. El levirato del derecho hebreo que en la India toma el nombre de Nagoya, tiene el mismo origen, Las leyes de Manú decían, que los que no tienen hijos pueden adoptar para que no cesen las ceremonias fúnebres. En Egipto, en Mesopotamia y en el derecho pre – islamita, se conoce también la adopción.

En roma como en Grecia y en la india, responde al mismo pensamiento religioso. Probablemente después, razones de índole social, motivaron la permanencia de la adopción en el derecho romano, en sus dos formas de arrogación y adopción propiamente dicha.

⁸ Puig Peña, Federico, **Ob. Cit.**, pág 624

Los germanos conocieron la adopción y varias formas para adoptarla; la más antigua, era la *perpellium et indusium*, procedimiento simbólico, imagen de generación presunta con carácter primitivo bien marcado.

Es también digna de mención la adopción por las armas; y en los francos, según las leyes sálicas y ripuoria, era un acto original en que tomaba parte la asamblea del pueblo, y era una operación de testamento y adopción a la vez.

En referencia al derecho francés, de tanta influencia en los países americanos, Planiol y Riport escriben: en la época romana su objeto era asegurar la continuación de las familias y por consiguiente la perpetuidad del culto domestico; pero nuestro antiguo derecho presenció la decadencia y hasta la desaparición de la adopción.

En las provincias del derecho consuetudinario, desapareció por completo y desde el siglo XVI dejó de conferir al hijo adoptivo el derecho de heredar al adoptante. La reaparición de la adopción fue consecuencia de la fascinación que los recuerdos de la antigüedad romana ejercían en la época de la revolución en la época de la revolución.

La asamblea legislativa ordeno a su comité de legislación que se incluyera en su plan general de leyes civiles, ni los requisitos, ni las formas, ni los efectos de la adopción fueron en aquel entonces regulados, pero sin embargo, hubo varios casos de ella, sobre todo después de la convención dio el ejemplo adoptando, el 25 de enero de 1793, a la hija de Lepelletier Saint-Fargeau. Estas adopciones fueron confirmadas más tarde por un ley de 25 germinal año XL.

La institución de la adopción, que no tiene verdaderas raíces en nuestro derecho, no fue mantenida por la comisión encargada de la redacción del Código en su proyecto y fue introducida a petición de la sección de la legislación del

consejo de Estado y probablemente a instancia de Bonaparte; pero el primer cónsul no logro hacer valer su concepción personal de la institución.

Tenía interés en que se adoptaran las reglas del antiguo derecho romano y que no se estableciese diferencia entre el hijo adoptivo y el verdadero, se juzgo de inmoral la abdicación de los sentimientos naturales, así como remplazarlos por afectos fundados sobre una ficción jurídica y como consecuencia sólo se atribuyeron a la adopción algunos efectos limitados.

Se deduce, por lo tanto, que la adopción primitiva era del tipo familiar, institución en beneficio de la familia más que del adoptado y que la adopción moderna, influida por la evolución del derecho romano, es de tipo filial, instituida fundamentalmente en beneficio del adoptado.

Como hemos visto la adopción existe consagrada en la mayor parte de los pueblos antiguos, y se encuentran rastros de la misma en las legislaciones de Egipto, Caldea, India, Grecia, antes de llegar a su superior desenvolvimiento en Roma.

En este tiempo como se vio anteriormente la figura jurídica de la adopción, desempeña un papel absolutamente distinto y mucho más importante del que le confieran las legislaciones inspiradas en el Código Napoleónico.

En Grecia y en Roma, la adopción tiene un matiz político y religioso, debido a la importancia de la continuidad del culto domestico y la continuidad familiar.

En la decadencia del Imperio, las motivaciones político religiosa de la adopción se modifican y pierden importancia. En tiempo de Justiniano, al lado de la adopción plena que surten todos sus efectos, surge la adopción menos

plena que deja al adoptado con su familia natural y simplemente adquiere derecho sucesorio a la herencia del adoptante.

Los pueblos germánicos conocieron igualmente la adopción, aunque acabó por caer en desuso igual que otros pueblos, hasta tal extremo que algunas costumbres locales se prohibieran.

La adopción en la antigüedad singularmente, adquirió grandísimo desarrollo, debido en gran parte a la necesidad de conservar el culto doméstico, y evitar que este pereciera y la familia se extinguiera por falta de descendientes. En cambio, fue desconocida en varias provincias de España; solo apareció en ese país cuando el Derecho Romano comenzó a dejar sentir su influencia sobre su legislación. En el antiguo derecho castellano la adopción no aparece hasta el fuero real, organizada en las Partidas y llega sin ulteriores modificaciones hasta el Código Civil.

En Francia al estallar la revolución casi desaparece, pero el espíritu revolucionario era favorable a la adopción, la incluyen en su legislación el dieciocho de enero de 1792. En el consejo de Estado fue larga y trabajosa la elaboración del concepto y características de la adopción y múltiples los proyectos elaborados por los redactores del Código Napoleónico. Llegaron a la elaboración de un concepto de adopción que aportaba por completo de los precedentes romanos.

En la legislación romana existía un equilibrio de intereses entre el adoptante que aspiraba a la continuación de su estirpe y el adoptado que ingresaba a su nueva familia.

En la concepción de los redactores del Código Napoleónico, la adopción se estructura exclusivamente a beneficio del adoptante y se elabora en forma de

institución filantrópica. En la actualidad, en las circunstancias creadas por las últimas conflagraciones mundiales, el instituto de la adopción ha vuelto a primer plano de la política legislativa.

Planiol, establece que la adopción es un acto solemne, sometido a la aprobación de la justicia que crea entre dos personas relaciones análogas a las resultaría de la filiación⁹

En Guatemala el Código Civil de 1877 reguló la adopción en el libro I, título VII, Artículo 267 al 284, sin que la exposición de motivos del mismo se ocupase de la materia. La adopción o prohijamiento disponía el Artículo 267 es el acto de tomar por el hijo al que no lo es del adoptante. El Código de 1933 no admitió la adopción, guardando silencio en relación a la materia.

En la exposición de motivos del proyecto de Código Civil se hace la siguiente reseña del desarrollo de la materia en el campo legislativo del país: La adopción es una institución jurídica que ha tenido sus alternativas en la legislación de Guatemala .aceptada en el Código Civil de 1877, quedo suprimida en el libro 1º. Del Código Civil sancionado por el Decreto del Ejecutivo número 921, de fecha 30 de junio |de 1926, supresión que se confirme en el Código Civil contenido en el Decreto número 1932 de la Asamblea Nacional Legislativa, de 13 de mayo de 1933.

La junta revolucionaria de Gobierno restableció la adopción por medio del Decreto número 63, de 24 de febrero de 1945, disposición que el Congreso aprobó el cinco de mayo de 1947, emitiendo el Decreto número 375, que es la ley vigente de adopción.

⁹ Marcel, Planiol, **Tratado práctico de derecho civil francés**, pág. 275

Las Constituciones de 1945 y 1954, establecieron la adopción en beneficio de los menores de edad, consagrándola definitivamente como institución que debía incorporarse a la legislación guatemalteca. La adopción que acepta nuestro ordenamiento jurídico no es la institución que regula el Código del 77, pues aquella estaba inspirada en finalidades muy distintas de los objetivos que persigue la ley actual.

No es el interés de la continuación de un grupo familiar, ni el empeño de que no se extinga un apellido aristocrático lo que motiva la nueva aceptación de la adopción, sino un interés social de asistencia a los niños huérfanos o cuyos padres carecen de medios económicos para procurarles subsistencia y educación, que al mismo tiempo refleja su beneficio en los matrimonios que no tienen hijos, a quienes brinda las satisfacciones que únicamente proporciona la familia en el hogar.

En este principio de elevada utilidad social, que significa colaboración de las personas a la obra de asistencia social del Estado, se inspira y desarrolla la materia en el capítulo VI del proyecto, tomando de la ley actual las disposiciones aceptables.

1.6.2 Quienes pueden adoptar y ser adoptados

El Código no dispone que el adoptante deba ser mayor de edad o que tenga una edad determinada. Esa omisión crea un problema imperativo en cuanto a determinar si una persona menor de edad puede adoptar a otra. Ha de entenderse que no puede hacerlo.

En efecto, para adoptar se requiere plena capacidad en el adoptante, los casos de capacidad relativa o excepcional (para contraer matrimonio, para contratar en materia laboral, etcétera) de los menores de edad, aparecen

expresamente determinados por la ley, como excepciones al principio de la plena capacidad civil, que se obtienen con la mayoría de edad (excepción no dispuesta en cuanto a la adopción).

El Código acepta como principio general, que el adoptado debe ser menor de edad, e hijo de otra persona, es decir, no procreado por adoptante, quien en otro supuesto, podría adoptar a un hijo no reconocido para acogerse al beneficio de la revocabilidad de la adopción aunque resulta oportuno señalar que el Código no regula tal caso.

Excepcionalmente, puede legalizarse la adopción de un mayor de edad con su expreso conocimiento, cuando hubiese existido la adopción de hecho durante su minoría, esta excepción tiene por objeto afianzar los lazos civiles creados por el tratamiento que, de hecho, sin mediar adopción propiamente dicha, un adulto da a un menor, y sigue dándoselo después de llegar a la mayoría de edad, como si fuera su hijo.

Para en ese supuesto legal, adoptar a una persona mayor de edad, requiere el expreso consentimiento de ésta, en razón de que, ya en pleno goce de su capacidad civil, puede rechazar una situación creada cuando no estaba en aptitud de evitarla.

El Código Civil dispone que nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo el caso de marido y mujer estén conformes en considerar como hijo al menor adoptado. En sentido contrario marido o mujer pueden, aún sin la anuencia de uno u otro, adoptar por sí a un menor.

No obstante, si en las diligencias respectivas el marido o la mujer, según el caso, manifiesta su inconformidad o expresa oposición la adopción que solicite el otro, indudablemente el juzgador deberá analizar las circunstancias para su ecuánime resolución, no obstante que el Código Civil y el Código

Procesal Civil guardan silencio al respecto, en virtud de que la adopción es un acto que indudablemente afecta e interesa al matrimonio, a los cónyuges, en supuesto como el expresado, máxime que el Código Civil, dispone que para los hijos procreados fuera de matrimonio vivan en el hogar conyugal se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge, lo cual aunque por motivación distinta, puede colateralmente tenerse en cuenta para el caso de adopción

A si también el Código Civil establece en el Artículo 234 preceptúa que uno de los cónyuges puede adoptar al hijo del otro es decir el hijo procreado por el otro cónyuge.

Al tutor no le esta vedado adoptar al pupilo, pero siendo necesario para ello que con anterioridad sean aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela, siendo indispensable para despejar cualquier duda que pudiera haber en relación al propósito de la adopción y para evitar así mismo que el tutor pueda eludir la rendición de cuentas por el ejercicio de su función.

1.6.3 Constitución de la adopción

El legislador se ha visto obligado a la creación de instituciones y ordenamientos legales de protección como lo son la adopción de huérfanos y el acogimiento familiar, por los acontecimientos mundiales acaecidos.

Son modalidades de la antigua adopción de acuerdo con las necesidades del momento, es un novísima elaboración de esa institución, con una utilidad práctica que en el pasado no pudieron crear, siendo característica esencial la marcada protección del adoptado, finalidad a que esta dirigida toda institución.

La adopción como institución jurídica, deriva estrictamente de la ley positiva, siendo esta última que pueda darnos conocimientos de la estructura funcional de la adopción y de sus características, por esa razón el estudio de la misma es de Derecho Positivo.

La adopción la toma como un acto civil, sustantivo y privado, rodeado de ciertas garantías de solemnidad para el mejor acierto y provecho de la misma adopción.

En la adopción se observan tres características: es una institución que constituye una serie de relaciones complejas las cuales integran en su conjunto una unidad jurídica y social.

La segunda característica la adopción crea una relación de paternidad y filiación independiente de la relación natural que produce la procreación, que se produce mediante una declaración de tipo judicial.

La tercera desde el punto de vista social y moral debe imitar la situación natural de padres e hijos.

Los requisitos de la adopción son previos, simultáneos y posteriores, previa es la instrucción del oportuno expediente judicial (solicitud y aprobación), previas las diligencias que sean necesarias, después de hacer constar el consentimiento del adoptado, si es mayor y si es menor de las personas que tengan la patria potestad; simultáneo es el otorgamiento de escritura pública después de aprobada definitivamente, expresando en ella las condiciones en que se haya hecho la adopción; y es requisito posterior la inscripción en el Registro Civil correspondiente. Artículos 239 243 y 244 de nuestro Código Civil.

1.6.4 Efectos de la adopción

En el derecho romano, llevado el principio de que la adopción imitaba la naturaleza a sus últimas consecuencias lógicas, en los efectos de esta institución, el adoptado salía por completo de su familia natural para integrarse en la adoptiva corriente que sigue nuestro Código Civil.

En Código Civil español, los efectos de la adopción de desarrollan diferente, el parentesco creado por la adopción descansa en una ficción y sus efectos los estrictamente previstos en el ordenamiento positivo o en la escritura de la adopción, en los extremos que la ley deja a la voluntad de las partes.

Se puede observar los efectos a través de los principios siguientes: El adoptado no sale de su familia natural, el adoptado no entra en la familia del adoptante. La adopción crea relaciones jurídicas únicamente entre adoptado y adoptante de acuerdo a esto se dan los siguientes efectos:

- La adopción es causa de la suspensión temporal de la patria potestad, conservando todos los derechos que le corresponden en su familia natural.
- Uso del apellido del adoptante, aunque puede conservar el propio, es un efecto legal de adopción, para que se produzca es necesario haberlo pactado en la escritura pública.
- La adopción como impedimento matrimonial; entre padre o madre adoptante y el adoptado, entre este y el cónyuge viudo del adoptado, entre los descendiente legítimas del adoptante y adoptado, mientras subsista la adopción. Los motivos de tales impedimentos se fundamentan más en la decencia y honestidad y posibilidad de

corrupción de los que viven en el mismo techo que en la existencia de ningún lazo de parentesco o afinidad.

- La obligación alimenticia; El adoptante y el adoptado se deben recíprocamente alimentos; esta obligación se entiende sin perjuicio de preferente con respecto a sus hijos naturales relacionados y de los ascendientes del adoptante a ser alimentados por éste.
- El adoptante adquiere la patria potestad, como es lógico, por crear la adopción un vínculo bien que ficticio, de filiación.,

Nuestro Código Civil señala los efectos de la adopción que puede ser: personales y patrimoniales.

Efectos personales:

- El adoptante toma como hijo propio al adoptado
- Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco civil que se establece entre el adoptante y adoptado no extiende a los parientes de ambos.
- El adoptado tendrá para con la persona del adoptante los mismos derechos y obligaciones de los hijos con respecto a los padres.
- El adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado.
- El adoptado tiene derecho a usar el apellido del adoptado.

- El adoptado y los hijos del adoptante deben ser reconocidos socialmente como hermanos, aunque no existe derecho de sucesión recíproca.
- La mayoría de edad del adoptado no termina la adopción pero pone fin a la patria potestad que sobre él ejerce el adoptante.
- El adoptado que sea menor de edad al morir el adoptante, vuelve al poder de sus padres naturales o tutor o a la institución de asistencia social que perteneciera.

Efectos patrimoniales:

- El adoptante no es heredero legal del adoptado, pero este sí lo es de aquel. Si el adoptado no es heredero, tendrá derecho a hacer alimentos, hasta la mayoría de edad. En el caso de herencia testada, los alimentos solo deben en la parte en que los bienes y el trabajo del alimentista no alcancen a satisfacer las necesidades.
- El adoptado tiene respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tiene los padres respecto de la persona y bienes de los hijos.
- El adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión recíproca. Si el adoptado falleciere antes que el adoptante o renunciare a la herencia o bien fuere excluido de ella, los hijos de aquél no tienen derecho de representación ni a ser alimentados por el adoptante.

En la doctrina se menciona en ocasiones dos clases de adopciones La adopción Plena y Menos Plena con sus efectos jurídicos correspondientes.

La adopción plena pone como requisito a adoptantes cónyuges que vivan juntos cinco años anteriores a la adopción.

En cuanto a los adoptados únicamente podrán serlo los abandonados o huérfanos menores de catorce años o mayores que fueren adoptados de hecho en su minoría de edad.

Efectos en el derecho de familia

- El adoptado usará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes. Los apellidos dada la tendencia de la doctrina, se consideran transmisible a los descendientes del adoptado.
- No se rompe la relación del adoptado con su familia natural, se quiere crear una situación análoga con la paternidad legítima. El adoptado esta exento de deberes con sus ascendientes o colaterales naturales, pero conservan sus derechos sucesorios o los alimentos, cuando el adoptante no los pueda proveer en forma suficiente.
- En cuanto a los derechos sucesorios, tampoco es plena la equiparación del adoptado al hijo legítimo, porque sólo por ministerio de la ley, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, y el adoptante en la sucesión del adoptado lo que la ley concede al padre natural.

En la adopción menos plena, un hijo legítimo, legitimado y natural reconocido de un cónyuge por otro hará que la patria potestad se atribuya a

ambos, en defecto del adoptante, la patria potestad pasara a los padres naturales.

El adoptado tendrá la herencia del adoptante, los derechos pactados en la escritura de adopción sin perjuicio de la herencia legítima de los hijos legítimos o naturales que pudiera tener el adoptante.

A diferencia de la adopción plena el adoptado no hereda siempre, se precisa necesario de un pacto sucesorio en la escritura de adopción

1.6.5 Cesación, revocación y extinción de la Adopción

En la legislación española se habla sobre la extinción de la adopción, el término extinción de la adopción se realiza, de una parte, por las formas generales de término de las relaciones jurídicas y de otra, mediante una fórmula especial creada para dar fin a esta institución, que es la impugnación de la adopción.

- **La impugnación de la adopción:** El menor o el incapacitado que hayan sido adoptados pueden impugnar la adopción dentro de los cuatro años siguientes a la mayoría de edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad (Artículo 180 Código Civil español) No indican las causas que pueden invocarse, según Castán¹⁰ estima que deben reconocerse al juzgador facultades amplias para apreciarlas discrecionalmente, ha de fundarse en la estimación de su conveniencia para el adoptado, se ha de admitir que prospere la impugnación cuando se pruebe la inconveniencia del

¹⁰ Castán Tobeñas, José, **La sucesión abintestato del hijo adoptivo**, pág. 66

vínculo adoptivo. Basta que la adopción pueda resultar perjudicial para el adoptado en cualquier forma que sea patrimonial o no, para que pueda entablarse la impugnación

- **Extinción por la pérdida de patria potestad:** El efecto principal de la adopción es someter al adoptado a la patria potestad del adoptante, colocándolo en situación de hijo de éste. Por lo tanto la pérdida de la patria potestad del adoptante debe producir la extinción de la adopción.

- Nulidad de la adopción, de acuerdo como está estructurado el Código español es un negocio jurídico consensual y solemne. Se deduce por lo tanto los supuestos de nulidad del negocio jurídico, falta de requisitos formales, falta de requisitos esenciales del contrato, por falta de objeto, si el adoptante hubiera perdido previamente el ejercicio de la patria potestad o si la adopción no fuera de utilidad para el adoptado, y si tuviera en contra los requisitos subjetivos establecidos, que no llenen los requisitos de la edad o realizada por persona que la ley prohíbe.

- **Anulabilidad de la adopción:** De la naturaleza de la adopción se derivan los presupuestos de anulabilidad del negocio jurídico. Por error; si versa sobre el objeto del contrato sobre la persona. Cuando el consentimiento de una de las partes se hay dado con violencia o intimidación, o haya mediado dolo palabras o manifestaciones insidiosas por la que una de las partes haya podido consentir una adopción que de otra manera no se hubiera realizado.

Con la extinción de la relación jurídica fundamental, se extinguen todos los efectos de la misma; así desaparece la patria potestad del adoptante sobre el adoptado y siendo menor resurge la de sus padres legítimos.

Se pierde el derecho del adoptado a llevar el apellido del adoptante, desaparecer el impedimento matrimonial establecido y se extingue la obligación de prestarse mutuamente alimentos.

Según nuestra legislación y de acuerdo con el Artículo 246 del Código Civil, la adopción puede terminar, según convenio entre adoptante y adoptado, cuando éste es mayor de edad y por revocatoria mediante decisión del adoptante cuando el adoptado aun no ha alcanzado la mayoría de edad.

En el Artículo 247 la ley señala cuatro casos en que la adopción puede revocarse:

- Por atentar el adoptado contra la vida y honor del adoptante, su cónyuge ascendientes o descendientes
- Por causar maliciosamente al adoptante una pérdida estimable de bienes
- Por causar o denunciar al adoptante imputándole algún delito, excepto en causa propia de sus ascendientes y descendientes o cónyuges.
- Por abandonar al adoptante que se halle física o mentalmente enfermo o necesitado de asistencia.

Puede observarse que la revocatoria según el artículo mencionado solamente la ejerce el adoptante respecto al adoptado, pero no viceversa, no pudiendo según la legislación tomar ninguna acción el adoptado en el supuesto que surjan problemas no porque los ocasiones el sino el adoptante.

Según el Artículo 249 en caso de revocatoria el juez estaría obligado a tomar las medidas necesarias para que el menor vuelva con sus padres o en su defecto con algún pariente hábil o al centro asistencial correspondiente.

CAPÍTULO II

2. Guarda y custodia

En cuanto al concepto de guarda y custodia de menores se entiende como el derecho del menor al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y el equilibrado reparto de derecho y deberes de cada uno de ellos, siendo este un derecho fundamental e irrenunciable de los menores. Ambos padres tienen derecho y obligaciones de mutuo acuerdo, siempre que sea favorable al menor.

Guarda es la figura que contempla la posibilidad de que una persona, denominada guardador, garantice la protección de la vida y los bienes de un menor. Las instituciones de guarda desbordan el viejo marco civil de la patria potestad, tutela, curatela y guarda de hecho, si bien conservando tales denominaciones pueden ser ejercidas, además de por personas físicas, por personas jurídicas administrativas o por otras creadas para el efecto.

El sujeto destinatario de la guarda es un menor, no necesariamente abandonado, pues también puede tratarse de los que se encuentran en condiciones de riesgo (físico, psíquico o educativo) o en situación de desamparo; para ello el ordenamiento sitúa el principio de obrar en interés del menor por encima de cualquier derecho o interés que entre en colisión con este principio.

Custodia: No es más que el cuidado sobre un menor, o la convivencia que es un deber y a la vez un derecho, no es una facultad exclusiva del padre, pues la situación normal del matrimonio de unidad, de domicilio conyugal da el mismo derecho para la madre.

Cuando un matrimonio se disuelve la guarda y la custodia de los menores puede quedar a uno de los padres quien cotidianamente debe velar por los hijos cuidarlos, si bien al otro progenitor le sigue correspondiendo la patria potestad ejercida en forma conjunta por ambos, debe de existir un derecho de visitas para relacionarse con sus hijos.

Es por eso que se considera que en los casos de nulidad y separación del matrimonio civil, el cónyuge apartado de los hijos conserva únicamente derecho de visita y comunicación con estos.

Entonces diremos que la guarda y custodia, No es más que la posesión, vigilancia, protección y cuidado de los niños. Y como se estableció anteriormente la ejercen ambos progenitores, a falta de ellos la ejercerán los abuelos, u otros parientes que a criterio del juez llenen los requisitos que establece la ley.

Guarda de los hijos: Es el primer deber del padre en relación con los hijos situados bajo su potestad, guardarlos, es decir tenerlos en su compañía prestando a los mismos una actividad especial de vigilancia y cuidado. Este deber comprende: protecciones en cuanto a su persona, vigilancia en cuanto a sus actos, dirección en cuanto a su conducta y ordenación en cuanto a su trabajo.

Custodia de los hijos: Debe entenderse su vigilancia y cuidado, durante la convivencia que como un deber deben mantener los padres e hijos, ya sea dentro de un matrimonio, unión de hecho legalizada o una convivencia maridable o unión de hecho sin legalizar.

El deber de custodia corresponde a quien tenga a los hijos bajo su responsabilidad, por decisión de los padres o declarada judicialmente.

Cuando en un hogar se sufre de violencia por cualquiera de los padres, el padre no agresor puede solicitar al juez que se le otorgue la custodia de su menor hijo o hijos a el, o bien también lo puede solicitar otro familiar, y también cualquier persona que sepa de la violencia que exista en el hogar de un menor, para que este sea substraído del domicilio legal

También se puede dar esta cuando lo demandan personas que se encuentran expuestas al peligro o amenazas sobre su integridad física o moral, así lo exigen circunstancias particulares de las relaciones de familia ya derivadas del matrimonio o de la patria potestad.

2.1. Como regula la Convención sobre los Derechos del niño a la guarda y custodia

En la Convención sobre los Derechos del Niño regula que los Estados participantes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de el ante la ley y con ese fin tomaran todas las medidas legislativas y administrativas y adecuadas.

A si también se comprometen a respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o en su caso de los miembros de la familia ampliada (abuelos, tíos, tías) o de la comunidad según se establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos por la convención. Artículos 3, 4, 5, 9, de la Convención sobre los Derechos del Niño

2.2. Consideraciones doctrinarias y legales:

En la doctrina no existe este termino, solamente aparece la patria potestad, estando contenida dentro de esta institución como un deber de asistencia y cuidado de los hijos. En cambio la patria potestad contempla consecuencias personales y patrimoniales, Personales como la representación y patrimoniales como la administración de los bienes de los hijos.

En el aspecto legal, nuestro Código Civil regula lo referente a la patria potestad en los Artículos del 252 al 277.

En el Artículo 253 se refiere a las obligaciones de los padres con respecto a los hijos, sin mencionar la guarda y custodia, señala la obligación de cuidarlos y protegerlos. Asimismo, en el Artículo 166 hace referencia directa de la guarda y custodia de los hijos en el capítulo de efectos de separación y divorcio.

Señalando que los padres pueden convenir a quien de ellos se confían a los hijos; pudiendo resolver el juez de manera distinta tomando en cuenta el bienestar de los hijos en base a informes de trabajadores sociales de organismos especializados en protección de menores. Con el cuidado de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos.

Por no estar regulada en nuestra legislación la guarda y custodia, en el trámite del juicio oral en los tribunales de familia, se acude a la legislación que para el efecto existe en nuestro Código Civil para la patria potestad. Su ejercicio de acuerdo a lo regulado en el Artículo 252 del cual ya se hizo mención.

De conformidad con el Artículo 8 de la Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley 206 y los incisos 3º. Y 6º. del Artículo 199 del Código Procesal Civil

y Mercantil puede tramitarse en juicio oral los juicios de patria potestad, lo que se aplica a los juicios de guarda y custodia.

Para resolver lo relativo a la guarda y custodia de los hijos, en los casos de separación y divorcio de mutuo acuerdo la ley establece la obligación de presentar un proyecto de convenio de bases y como primer punto señala que debe existir acuerdo sobre la persona a quien serán confiados los hijos, todo esto lo encontramos regulado en el Artículo 163 inciso 1º. del Código Civil.

El Código Procesal Civil y Mercantil, regula a quien serán confiados los hijos en forma provisional durante la substanciación del juicio de separación o de divorcio dictando las medidas necesarias para su protección.

2.3. Suspensión, pérdida y restablecimiento de la guarda y custodia

En la práctica de los tribunales de familia, la guarda y custodia de menores, puede acordarse por medio de convenio amistoso entre las partes en el divorcio voluntario, si se tratare de personas casadas o en la reparación de hecho si se tratare de personas que han procreado hijos en una relación maridable.

En el caso del divorcio ordinario, cuando existe discrepancia entre las partes sobre la guarda y custodia de los hijos, se establece por medio de sentencia firme de acuerdo a las pruebas aportadas en el proceso y previo estudio socioeconómico practicado por trabajadoras sociales del tribunal a petición de parte o por orden emanada del juzgador.

En estos casos resuelve de acuerdo a su criterio eligiendo el hogar que reúne las mejores condiciones para la permanencia de los hijos.

Cuando los hijos han sido procreados en una convivencia maridable no declarada como unión de hecho y los padres pretende cada uno la guarda y custodia de los hijos, debe acudir a los tribunales de familia para que el juez sea quien resuelva en definitiva quien debe de responsabilizarse directamente de la protección y cuidado de los hijos.

Por lo general los hijos permanecen al lado de la madre, sobre todo si es madre soltera, en la práctica ese criterio puede variar si la madre tiene impedimentos para responsabilizarse de sus hijos, por medio de pruebas presentadas en el proceso o se haya comprobado en el estudio socioeconómico.

Siempre que el padre ofrezca un hogar más satisfactorio que beneficie a los hijos, para que puedan lograr un desenvolvimiento normal protegidos y cuidados en forma adecuada.

2.4 Finalidad de la guarda y custodia

La guarda y custodia significa convivir con las personas a cuyo favor esta instituida la patria potestad, con todo lo que esto implica en materia de alimentación, educación, administración de sus bienes, representación legal y sobre todo, en materia psicológica afectiva.

Es una medida que busca la protección de los menores de edad o de los mayores incapaces, a fin de que puedan subsistir y en el caso de los menores de edad, educarse. Lo cierto es que la patria potestad encierra:

- La guarda y custodia
- Representación legal
- La administración de los bienes si los tuvieran.

Corresponde la patria potestad a ambos padres conjuntamente salvo que por circunstancias especiales, la actué o pueda actuarla uno solo de aquellos.

Es decir, se puede dar un ejercicio conjunto, un ejercicio por uno de los padres con consentimiento de otro y en ejercicio por uno de los padres con consentimiento de otro y en ejercicio por uno de los padres, por defecto, ausencia, imposibilidad o incapacidad del otro, esto es un ejercicio unilateral, ajustada al uso social o circunstancia de urgencia. Como se estableció anteriormente.

2.5. Guarda y custodia compartida:

Como se estableció anteriormente la guarda y la custodia de un menor le puede ser conferida a uno solo de los padres, sin que por ellos el otro pierda los derechos y obligaciones que se derivan de la patria potestad, de conformidad a la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, la Carta Europea, y la Constitución española recogen el principio de interés superior del niño en todas las decisiones familiares, administrativas, judiciales que le afecten es por esto que en noviembre del 2002, declaran que la guarda custodia compartida o coparentalidad, entendiendo como tal el derecho del menor al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y el equilibrado reparto de derechos y deberes de cada uno de ellos, es un derecho fundamental e irrenunciable de los menores afectados por la separación de los padres.

Ambos padres tienen derecho de acordar la forma de aplicación de dichos derechos y obligaciones de mutuo acuerdo. Ante la falta de acuerdo entre los

progenitores, se deberán aplicar la guarda y custodia compartida, como norma general y siempre adaptándola a caso concreto.

En los casos excepcionales en que no se aplique, la resolución deberá justificar expresamente el motivo que incapacita al progenitor afectado, o en su caso a los dos.

La práctica consuetudinaria de los tribunales españoles de conceder la guarda y custodia monoparental, es perjudicial y discriminatoria para los niños al desequilibrar la relación con sus padres, para el progenitor no custodio al impedirle su función, y para el progenitor custodio al responsabilizarle del cuidado y educación de los hijos, limitando su desarrollo profesional, personal y social, lo que va en contra del principio de igualdad.

2.6. Confusión y aplicación de los términos Patria potestad y guarda y custodia en la practica

En tribunales de familia se observa con frecuencia que los litigantes no tienen un concepto muy definido sobre el significado y por lo tanto de la aplicación de cada una de estas instituciones

Al tramitar los juicios respectivos tiende a confundir los términos o al intentar plantear las demandas no los tienen claros ni precisos, lo que ocasiona trastornos y problemas en su aplicación

Las instituciones jurídicas que se prestan más a confusión y se cometen errores frecuentes es su aplicación, son la patria potestad y guarda y custodia de menores, aunque actualmente también causa confusión en donde solicitar la medida de familia sustituta

Sobre todo por qué en la guarda y custodia no se encuentran reguladas específicamente en nuestra legislación formando parte de la primera.

Cuando alguno de los padres quiere mantener o que se le restituya la guarda y cuidado de sus hijos, acostumbran solicitar la restitución o pérdida de la patria potestad; cuando en realidad lo que deben tramitar es un juicio oral de guarda y custodia, para lograr que sus hijos permanezcan a su lado o bien se les sea entregados para su atención y su cuidado.

En ocasiones también se ha observado, que plantean su demanda, solicitando la tutela de sus hijos, empleando ese término en todo el transcurso del juicio; lo que pretenden es que se resuelva la guarda y custodia de sus menores hijos.

Aunque con menos frecuencia, tampoco tienen muy claro el concepto, si deben de tramitar una tutela cuando se ha otorgado a los menores a una familia sustituta, que esta se da como hemos explicado cuando un menor a sufrido de violencia o bien abandono por parte de los padres, por lo que en ocasiones acuden a un juzgado de familia cuando en realidad deben de acudir a un tribunal de menores.

Para poder tener un mayor proyección sobre el tema, en el transcurso del desarrollo del presente trabajo se procedió a entrevistar algunos jueces del ramo familiar quienes establecen lo siguiente:

Acerca del concepto de la guarda y custodia. Guarda: conservar, custodiar, defender, cuidar, acatamiento de leyes. Custodia: deposito, protección, amparo, vigilancia. Es uno de los elementos que constituye la patria potestad, que consiste en tener la obligación de vigilar, cuidar, atender y proteger a los menores o incapaces que se encuentren bajo su responsabilidad de hecho o por la disposición legal

En el matrimonio o la unión de hecho corresponde esta a ambos padres, en el divorcio o separación al padre que se le ha encomendado de hecho o por disposición legal, la madre soltera la tiene en exclusiva, salvo casos excepcionales que la tengan los abuelos u otros parientes. Siendo responsable conforme a las leyes penales si los abandonan material o moralmente.

Respecto a la patria potestad coinciden que es un poder o facultad que la ley concede u otorga a los padres sobre los hijos, para representarlos y cuidarlos tanto a ellos como a sus bienes; que generan obligaciones para con ellos. Los hijos menores de dieciocho años o a los mayores declarados en estado de interdicción o incapaces, darles protección de toda índole y velar por su desarrollo integral.

Ha existido confusión entre los términos, patria potestad y guarda y custodia, al considerarlos como sinónimos, cuando la primera es un elemento que integra la segunda. Por lo que al declararse con lugar la demanda de guarda y custodia no significa que a quien no le queda esa facultad pierde los demás derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad como representar al menor.

En ambos existen derechos y obligaciones de los padres hacia los hijos pero en la guarda y custodia son más limitados.

La patria potestad la ejerce quien tiene en su poder, es decir bajo su guarda y custodia a los hijos; el padre que no los tiene conserva el derecho de relacionarse con ellos y vigilar su educación.

Se da también confusión, por la interpretación amplia que se le ha dado a la guarda y custodia, pero la representación legal es la que se ejercita para la protección de los hijos menores e incapacitados.

Se tiene la creencia que cuando uno de los padres no tiene bajo su guarda y custodia a sus hijos, no conserva la patria potestad, lo que es errado, ya que sólo se pierde al ser declarado judicialmente o se suspende por causales que estipulas los Artículos 273 y 274 del Código Civil guatemalteco, tampoco puede renunciarse a la patria potestad como vimos anteriormente.

Existe confusión en los dos términos ya mencionados, porque casi siempre quien tiene la patria potestad, tiene la guarda y custodia y ejercen éste en forma total. Sin embargo otra persona o familiar puede tener la guarda y custodia y ejerce este en forma total.

Sin embargo otra persona o familiar puede tener la guarda y custodia por encargo de quien no puede hacerla efectiva, pero la patria potestad la sigue teniendo el padre o padres que otorgaron esa función.

Los padres siempre tienen la patria potestad y la guarda y custodia de sus hijos cuando se encuentren a su lado y se trate de personas legalmente capaces. La patria potestad confiere facultades plenas, atribuibles únicamente a ambos padres, o a uno solo de ellos cuando la ejerza unilateral.

Los usuarios y los abogados litigantes de los juzgados de familia, sobre todo se inician en el ramo con frecuencia utilizan y ejercitan ambos términos como si fueran un mismo concepto lo que no es correcto.

La guarda y custodia se aplica con limitantes, especialmente en lo que se refiere a la representación legal del niño o incapaz, no así en sus demás responsabilidades. La patria potestad otorga a quien la posee facultades y obligaciones plenas sobre la persona objeto de la misma.

Quien ejerce la patria potestad, generalmente también tiene la guarda y custodia, pero a veces quien tiene la guarda y custodia, no es precisamente quien tiene la patria potestad.

Cuando los tribunales de familia declaran procedente una demanda de guarda y custodia, dejan a salvo tácitamente o no, los derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad, de quien perdió el juicio según el caso.

En los juicios de pérdida o suspensión de la patria potestad no existen mayores problemas porque nuestra ley señala los casos en que proceden. Se observan con mayor frecuencia que se tramitan casos orales de guarda y custodia en donde el juzgador tiene que tomar la decisión a quien deberá confirmarse el cuidado a los hijos.

En estos casos promueven juicios de patria potestad, mencionando los Artículos que se relacionan con ella, olvidando mencionar que solicita la guarda y custodia de los hijos. Existiendo por lo tanto confusión en los términos, los litigantes por lo tanto lo aplicarán bien si no existe esa confusión y lo harán correctamente si a su vez lo interpretan de acuerdo a su contenido.

Se han suscitado problemas también en algunos divorcios de jurisdicción voluntaria, en donde el padre que no tendrá la guarda y custodia de los hijos, pretende seguirla compartiendo esto legalmente no es posible.

2.7. Familia sustituta

Para desarrollar el presente trabajo se ha tenido como principales objetivos, estudiar las técnicas y la forma de colocaciones familiares u hogares sustitutos que se han desarrollado, siendo esta una ayuda a la niñez sin hogar muy superior a la que generalmente se ha practicado en nuestro país o sea

internar a los niños en situaciones irregular, en instituciones cerradas que tienen una influencia tan negativa en el desarrollo de los mismos, así también para establecer una comparación objetiva entre una institución estatal y una institución privada.

Pero antes de continuar con el tema de familia sustituta es necesario relacionarlo con el derecho de familia y la familia. Para iniciar definiremos que es familia: lógicamente es un grupo de personas unidas por lazo de matrimonio, sangre o adopción que viven en una misma casa que interactúan entre sí mediante sus respectivos papeles sociales familiares, ya sea como marido y mujer, como madre y padre y la función de los hijos.

Como institución social, la familia es la más estable, duradera y universal de todas las formas culturales. Es por esto que se dice que la familia es la base de la sociedad.

La familia y la ley: El estado es el encargado de velar por el bienestar de la familia, por lo que en la constitución son mencionados algunos Artículos para ello. Artículo 47 protección a la familia. El Estado garantiza la protección social económica y jurídica de la familia.

Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable, el derecho de la persona a decidir libremente el número de hijos etc.

No se puede considerar a la familia como una rama autónoma debe ser considerada dentro del derecho civil. Ya que esta comprendida dentro del Código Civil en el libro I título II denominado de la familia, en el cual encontramos los derechos de esta.

Así también encontramos en la Convención sobre los Derechos del Niño, que la familia, es considerada como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, quienes deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Tomando también en cuenta 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. Ya que como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

2.7.1. La familia a través de la historia

A través de la historia a evolucionado la estructura familiar, ya que el núcleo familiar era la unidad más común en la época preindustrial y aun sigue siendo la unidad básica de organización social en la mayor parte de las sociedades industrializadas modernas, sin embargo las familias modernas han variado con respecto a su forma más tradicional en cuánto a funciones, composición, ciclo de vida y rol de los padres.

La única función que ha sobrevivido a todos los cambios es la de ser fuente de afecto y apoyo emocional para todos sus miembros, especialmente para los hijos.

Anteriormente una de las funciones que tenia la familia era la educación, la formación religiosa, socialización de los hijos, que ahora normalmente lo realizan fuera del grupo familiar. Aunque la familia todavía es responsable de la

socialización de los hijos, sin embargo en esta actividad los amigos y los medios de comunicación han asumido un papel muy importante.

Como se estableció anteriormente la familia a tenido cambios uno de estos cambios esta relacionado con el rol actual de la mujer, en las sociedades más desarrolladas la mujer puede ingresar en el mercado laboral aun después de haber tenido hijos o en cualquier etapa de la vida familiar, por lo que se

enfrenta a una expectativa mayor de satisfacción personal a través del matrimonio y la familia.

En la década de 1970 el prototipo familiar evoluciono, encontrándonos con la familia monoparental, que son aquellas familias del padre o la madre casados en segundas nupcias y familia sin hijos.

Las familias monoparentales eran consecuencias de la muerte de uno de los cónyuges, actualmente la mayor parte de estas familias son consecuencias de un divorcio, aunque muchas veces están formadas por mujeres solteras con hijos.

Sin embargo, estas familias pueden convertirse en familias con padre y madre a través de un nuevo matrimonio o de la constitución de una pareja de hecho. Las familias sin hijos son cada vez más el resultado de una libre elección de los padres, elección más fácil gracias al control de natalidad.

Actualmente las parejas de los países más desarrollados a menudo eligen no tener hijos o posponer su nacimiento hasta gozar de una optima situación económica.

2.7.2. La familia como institución básica en la sociedad

En los tiempos actuales, las cosas han empezado a cambiar. La reducción absoluta del grupo familiar a los padres e hijos, aun dentro de este grupo restringido la firme adhesión que debe existir dentro de la familia se va perdiendo.

Se ha perdido el respeto y la consideración hacia los padres, el movimiento feminista que ha eliminado todo vestigio de autoridad marital.

El mismo matrimonio ha sufrido un deterioro; se ha reducido a un compromiso más o menos formal, el divorcio también ha llegado hasta considerar el matrimonio libre. En esa forma la familia ha entrado a un período de descomposición que asunta el hecho de pensar hasta donde llegará.

La familia es una institución real, como ser viviente y efectivo que cumple un alto cometido en la vida del hombre. Es de vital importancia ya que es la base necesaria de las organizaciones sociales y por ende el fundamento del Estado, siendo anterior a este.

Su evolución cubre un inmenso ciclo en la historia de la humanidad, ha afrontado innumerables problemas hasta nuestros días en la forma que conocemos, desprovista de la rigidez y severidad exagerada que presentaba en la organización romana, que se le consideraba como una poderosa unidad ligada al padre de familia, a cuyo alrededor giraba la vida y se le atribuyen poderes y autoridad extraordinaria.

La familia es la célula fundamental de toda sociedad humana, la institución básica, que dada su variada composición en diversos países del mundo y tomando en consideración las diversas formas del grupo familiar, se

menciona el concepto de familia que da Henry Pratt Fairchild diciendo que es “La institución social básica. Uno o más permanente, con derechos y obligaciones socialmente reconocidos, juntamente con su prole.”¹¹

Todo ser humano tiene su origen natural y cultural en la familia, como forma normal de vida que influye fuertemente en el resto de su existencia. El individuo crece maduro normalmente en la familia, influyendo factores de solidaridad y separación pero predominando climas de afecto permanente que permiten la cooperación entre sus miembros.

Desde el punto de vista jurídica la familia es una institución, por que esta formada como entidad autónoma, en la que las voluntades que la integran se crea una mutua dependencia socioeconómica, la cual es el soporte socio jurídico de ese núcleo.

Modernamente se reconocen solamente dos vínculos conformando el núcleo familiar: El consanguíneo y el de afinidad, de acuerdo al primero lo forma la familia, los padres y los hijos procreados naturalmente aun cuando el parentesco se a ampliado hasta el cuarto grado de consanguinidad. El vínculo de afinidad se establece entre esposos y familiares de este.

2.7.3 Naturaleza jurídica de la familia sustituta

En cuanto a la naturaleza jurídica de la familia sustituta, debemos establecer que esta tiene carácter de medida cautelar ya que así lo regula nuestra legislación en el Artículo 118 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Siendo esta similar a la providencia Cautelar de Seguridad de Personas o lo que conocemos como depósito de personas, que se encuentra regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil.

¹¹ Fondo de Cultura Económica, **Diccionario de sociología**, pág. 520

Cuando analizamos la naturaleza de esta medida nos damos cuenta que esta al igual que el depósito de personas se su procedimiento se rige por el Código Procesal Civil Y Mercantil, en esta no existe oposición y si esta se diera igual el juez sigue conociendo el asunto. Surge como necesidad por la violación de algún derecho.

Su naturaleza la encuadramos como naturaleza jurídica cautelar ya que así lo establece la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

2.7.4. Características de la familia sustituta:

Esta institución tiene sus propias características:

- **Unilateralidad:** Ya que la medida es solicitada por una sola de las partes, desconociéndose hasta el momento de notificarle al demandado.
- **Es una decisión del juez:** Ya que solo puede llevarse a cabo por orden del Juez competente, especialmente un juez de menores
- **Encuentra su realización en los tribunales de menores:** Ya que a diferencia de las medidas cautelares de depósito de personas que las conoce un juez de familia, o como el arraigo, y el embargo que se da dentro de de las actuaciones de los tribunales civiles.
- **Es una providencia que se dicta inaudita parte:**

Ya que se dicta y se lleva a cabo a solicitud de una de las partes, sin antes haber oído a la otra, no importando violar el principio de bilateralidad, pues se presenta a la parte adversa una vez cumplida.
- **La urgencia de la medida:** Esta es una característica de tipo general en las medidas cautelares ya que la providencia o resolución no se dicta con rapidez que el caso merece, la demora en declararla se traduciría en un daño efectivo para la persona favorecida por la ley o se agravara el daño ya ocurrido, de manera que la eficacia preventiva de la providencia resultaría prácticamente anulada o disminuida.

- La familia sustituta tiene siempre la pretensión de proteger al menor que sufre de una violación a sus derechos.

2.7.5. Principios doctrinarios:

Los principios doctrinarios que imperan en la medida de familia sustituta son los siguientes:

- **Principio de inmediación:** Ya que el juez debe estar en contacto directo y personal con las partes. Constituye un principio imperativo del derecho de familia y en el derecho de menores.
- **Principio de rapidez y economía procesal:** Este principio aunque no se da en toda su extensión, si tiene bastante aplicación ya que al Juez al hacerse solicitud, la resuelve inmediatamente, mandándola a ratificar y levanta las actas correspondientes todo esto el día que se solicito.
- **Principio de tutelaridad:** Las conoce el juez de menores u otro en caso de urgencia, dicho juzgador tiene la facultad de dictar toda clase de medidas de oficio o a petición de parte, siempre que las considere necesarias para proteger a quien fuere la parte necesitada

Cabe exponer que en la tutela cautelar la resolución recaída en un proceso o expediente, tiende a que la situación del afectado no se haga más gravosa o prácticamente nugatorio su derecho por el retardo de resolución definitiva que ordene la reparación de un derecho lesionado.

- **Principio de objetividad:** Los jueces de menores están obligados a investigar la verdad en controversias que se les planteen y a ordenar las diligencias que estime necesarias, pudiendo incluso interrogar directamente a las partes sobre los hechos controvertidos.

2.7.6. Objeto de la familia sustituta

Se puede indicar que hay varios casos para decretar esta medida, a) Menores que se le han violado algún derecho. b) menores abandonados, c) De los incapaces que hayan abandonado su hogar.

Como vemos, la norma de tipo general, da al interesado o persona que conozca del caso a solicitar la medida por el motivo que considere necesario. Esta medida se lleva acabo dentro del proceso de niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos. En la práctica se da por malos tratos y abandono de los menores, siendo su objeto principal garantizar a un menor del goce de sus derechos y protegerlos.

Por lo que concluimos en que el objeto principal de la medida cautelar de familia sustituta, Es proteger a los menores como anteriormente lo establecimos, de malos tratos de represalias, actos reprobados por la ley, la moral o para que puedan libremente manifestar su voluntad y gozar de todos los derechos que la ley les otorga, tanto nacional como tratados internacionales.

2.7.7 Hogares sustitutos o familias sustitutas

Diferentes conceptos de hogares sustitutos:

- La colocación familiar, hogar sustituto u hogar de crianza, es el sistema por el cual un niño privado temporal o definitivamente de su propio hogar, se entrega a un hogar extraño, cuyos integrantes y cuyas condiciones materiales desde el punto de vista humano reúnan las cualidades favorables para proporcionar al niño un ambiente familiar normal para su desarrollo integral.

- Es aquel que recibe dentro de su seno familiar, a un niño que no es propio y que sin tomarlo en adopción, le brinda las atenciones y cuidados necesarios para su subsistencia, educación, desarrollo. No obstante que la Constitución Política de la República, dentro de las garantías individuales y derechos sociales, consagra la protección de la familia y a la persona; en nuestro medio a pesar de existir entidades oficiales de asistencia social por no ser estos suficientes e idóneos, gran número de menores son objeto de abandono y peligro.

- El servicio de hogares sustitutos es aquel que prestan las instituciones de bienestar social, a niños y jóvenes que carecen de hogar adecuado donde vivir, proporcionándoles un hogar adecuado donde vivir, un hogar que sustituye el propio por un periodo de tiempo planteado de antemano, que puede ser corto o largo dependiendo de las circunstancias que motiven la separación del niño de su propia familia.

- Se entiende por hogar sustituto aquel que es estudiado, supervisado, y evaluados que ofrece a los niños que le son confiados aquellas experiencias de la vida en familia que se consideran esenciales para alcanzar la madurez, para hacer un buen ajuste a la sociedad y para iniciar y asumir la responsabilidad en el futuro de una familia propia

- Es la institución de asistencia y protección infantil mediante en la cual se proporciona al menor necesitado de este tipo de cuidado, un hogar bien constituido, que reúna condiciones satisfactorias de afectos, estabilidad, seguridad económica, favorable nivel cultural y otras condiciones que se estimen convenientes para ofrecer al menor la oportunidad de participar en la vía ordinaria de la familia, siendo considerado como miembros de ella, pero sin producir efectos jurídicos de naturaleza familiar

Dentro de la estructura gubernamental, existe la Secretaria de Bienestar social de la Presidencia de la República, encargada a través de sus dependencias de la dirección de tratamiento y orientación de menores, de brindar la adecuada protección a los menores en situación de abandono, mediante la orientación, rehabilitación y educación sin embargo como se dijo anteriormente, por los escasos recursos humanos y materiales de dichas dependencias, las mismas no cumplen a cabalidad con sus objetivos, por lo que para suplir parcialmente dichas deficiencias, existe el programa de hogares sustitutos, subvencionados o sin subvención.

Al conocer de casos de menores en situación irregular, abandono o peligro, los juzgados de menores, ordenan el internamiento según la edad, en el hogar temporal Elisa Martínez de menores comprendidos de cero a siete años o bien el Rafael Ayau de menores comprendidos de siete a 18 años edad, cuando no existe recursos familiares o existiendo no sea idóneo para la orientación y forma integral de la personalidad del menor con el objeto de brindarle dichos centros, la orientación adecuada para el desarrollo armónico de la personalidad. En estos casos, se hace la evidente necesidad de integrar a los menores a un núcleo familiar, que aun no siendo el propio, puede de alguna manera proporcionarles el afecto, la atención y comprensión adecuados para la formación integral de la personalidad.

El programa de hogares sustitutos, se presenta como una alternativa de muy buenas expectativas para la solución de los problemas de orfandad, abandono y en peligro en muchos casos de menores que no pueden vivir en su hogar natural, por la mala conducta de sus padres esto quiere decir que el fin primordial de estos es reemplazar el hogar natural.

El niño iniciará una relación por un periodo de un mes y máximo dos, previo a la colocación definitiva, comprometiéndose los padres sustitutos a su

guarda y custodia, brindándoles afecto y orientación, así como también alimentación, educación, vestuario, salud, y recreación.

En Guatemala esta figura consiste cuando un menor de edad sufre de maltratos en su familia o cuando se les deniega la guarda y custodia a los padres o bien carecen de estos.

Estos son sustraídos de su domicilio legal, para ponerlos o depositarlos a una familia, quienes a parte de hacerse cargo de ellos, garantizan y aseguran el estado físico y moral de la misma protegiéndolo de malos tratos o por actos reprobados por la ley la moral y las buenas costumbres. La menor pasa a vivir con una familia sustituta habiéndose agotado todas las instancias con la familia de origen eso debe de quedar bien claro. La tarea de estos hogares o familias, es tratar de que los vínculos familiares se fortalezcan.

En Nicaragua: Se da el concepto de hogar sustituto, que es una persona o pareja adulta natural, que asume temporalmente y con responsabilidad el cuidado, crianza y educación de uno o varios niños/ niñas, con quienes no tiene vínculo consanguíneo o de afinidad y quien por sus condiciones socio familiares requiere protección especial, fuera de su hogar de origen.

Este programa se capacita a familias dispuestas a brindar su hogar, apoyo y cariño de manera temporal a niñas, niños y adolescentes menores de dieciocho años en situación de riesgo (abandono, maltrato, orfandad), ofreciendo un ambiente familiar de manera temporal, en su propia casa para no extraerlo de su ambiente cultural y evitar la institucionalización.

Al igual que en Guatemala aquí la familia biológica recibe atención psicosocial para los niños se reintegren a su familia de origen y reciban la atención y cuidado que se merecen.

En Guatemala cualquier persona particular que quiera hacerse cargo del niño y que además pueda tenerlo, puede solicitar que se le entregue al niño igual que en Nicaragua, no es necesario que exista un vínculo de consanguíneo.

Quedando este en supervisión mientras no se dicte sentencia en el proceso en el que se solicitó. La familia o persona que tiene a su cargo a un menor puede adoptar a este siempre que llene los requisitos que establece la ley de la Procuraduría General de la Nación.

Aquí se da también instituciones que se dedican al cuidado de los menores como son: Casa Alegría de Bienestar Social, Hogar Rafael Ayau, Emiliani, Remar, como se estableció anteriormente.

Sin embargo estas instituciones deterioran al niño porque no le da contención afectiva ni contexto familiar: Allí a los niños no les falta nada material, pero no tienen con quien identificarse porque los adultos que los cuidan entran y salen por turnos.

Tanto en las familias sustitutas como en los pequeños hogares hay un seguimiento por parte de la Magistratura de Menores en forma permanente de los niños. Los menores permanecen en las instituciones sustitutas hasta que pueden volver con sus padres o hasta que los dan en adopción. Y en los hogares sustitutos o familias sustitutas hasta que cumplan dieciocho años y decidan quedarse con la familia sustituta o con la biológica.

Para formar una familia sustituta, puede ser una pareja con o sin hijos o bien una mujer que ha criado a sus es buen indicador de lo materno, siempre que cuente con sus propios recursos económicos, y deben tener un equilibrio emocional, sin patologías familiares graves como adicciones o antecedentes de violencia.

Los sistemas de colocación familiar denominados hogares sustitos, u hogares de crianza, constituyen el sistema asistencial que más se acerca a las condiciones naturales de la familia natural, habiéndose demostrado, en muchos años de experiencia, excelentes resultados.

Los hogares sustitutos presentan múltiples indicaciones para la atención de los niños en las más variadas situaciones, pero en nuestro país, me parece más conveniente limitar su aplicación a la atención de niños que de manera temporal o definitiva, se encuentran privados del sostén de su familia

La organización de los hogares sustitutos, debe ponerse bajo la dependencia del centro educativo asistencial, por las razones de orden práctico siguientes:

- Ser una institución conocida en el país por su atención al niño huérfano o abandonado.
- Las múltiples ventajas que presenta para la organización técnico administrativa; locales, equipo, personal.
- Reducir el mínimo de gastos iniciales
- Constituir la atención al niño huérfano o abandonado una necesidad imperativa.

Esta implantación de hogares sustitutos, en nuestro país debe ser precedida de un estudio de la familia guatemalteca y de acuerdo con nuestras condiciones sociales, nuestra posibilidad económica y técnica asistencial.

La selección de un hogar sustituto es muy delicada y requiere de un estudio minucioso por trabajadores sociales bien entrenados. En principio son las condiciones morales de los futuros padres de crianza los verdaderamente importantes, pasando a segundo plano las condiciones físicas del hogar.

En la colocación familiar no solamente es necesario conocer a fondo a los padres de crianza sino asegurarse de las características del niño que se desea colocar, estén lo más acorde con las características de la futura familia.

La supervisión minuciosa por parte del trabajador social del juzgado en los hogares sustitutos es indispensable y debe ser periódica, imprevista y

continuada. La principal dificultad de los hogares sustitutos es su fácil tendencia a comercializarse con menoscabo de su función social; este inconveniente debe evitarse con una buena selección inicial y a una supervisión ulterior cuidadosa.

2.7.8. Desarrollo histórico de los hogares sustitutos

El hogar es el sitio que ofrece la mayor garantía al desarrollo normal del niño. Es por eso que ningún niño debe ser separado de su hogar o de aquellos parientes o amigos que en ausencia de sus padres le han brindado albergue y protección, sin haber considerado cuidadosamente este paso y sin antes haber agotado todos los medios para ayudar al hogar y evitar separar al niño de él.

Antes de proceder a la remoción de un menor de su hogar propio, el trabajador social debe asegurarse de que los problemas que la situación presenta no pueden ser resueltos mediante la orientación y la supervisión del niño o de sus padres en su propio hogar, además nunca se le debe separar únicamente por pobreza

Cuando los esfuerzos por conservar al niño en su hogar fracasan o cuando se considera deseable separarlo del seno de la familia, por factores que

posteriormente se analizarán, el hogar sustituto presenta la mejor solución, a menos que el niño, por razones especiales necesite vivir por un tiempo en una institución.

El hogar sustituto se usa generalmente para los niños que carecen de hogar propio y para aquellos que no reciben en el que tienen, la atención que necesitan, debido al abandono, inmoralidad, crueldad, incapacidad física o mental de sus padres o parientes.

También se utiliza para cuidar niños por corto tiempo, cuando por circunstancias especiales tales como problemas de salud u otros de índole similar, los niños no pueden ser atendidos debidamente en su propio hogar.

La meta que se persigue al establecer este servicio, es proporcionar a los niños un ambiente emocional propicio y condiciones físicas satisfactorias, pues únicamente así se garantiza el desarrollo normal de los niños, tanto físicos como mentales y emocionalmente.

En Guatemala hay millares de niños que privados de su hogar natural, caen en situaciones irregulares que obligan a instituciones privadas o estatales a tomar medidas de protección para suplir siempre imperfectamente, ese hogar del que carecen.

Pero se ha comprobado a través de experiencias en otros países más adelantados que el nuestro, en cuanto a la protección a la infancia se refiere, que es la colocación familiar u hogar sustituto, la institución que más se aproxima al hogar natural del niño, pues reviste características muy superiores para su desarrollo integral a las que podrían ofrecerle a los internados, albergues, hogares colectivos etc., por eso tanto el servicio social como las

modernas legislaciones se han preocupado por darle técnicas y normas que garanticen su aplicación práctica en beneficio de los menores.

Esta forma de atender niños desamparados, abandonados o necesitado de la protección familiar, en hogares de crianza, colocaciones familiares y hogares sustitutos, es tan antiguo como la institución de la familia.

Hace muchos años era costumbre de los parientes, de cualquier otra persona conocida o amiga de la familia, tratar de buscar un hogar sustituto para un menor cuando sabían que este carecía de uno adecuado o había quedado huérfano.

Con frecuencia los llevaban a sus propias casas, esta fácil y lógica disposición continuó hasta el siglo XIX, constituyendo una solución informal sin el beneficio de un método organizado de supervisión.

El individuo que llevaba a cabo su decisión en esta forma, estaba en muchos casos menos interesado en el bienestar del menor que en su deseo como adulto de tenerlo en casa, por compañía, para que le desempeñara algún trabajo simplemente para esperar más tarde de él una recompensa.

La colocación del niño en instituciones es otro tipo de asistencia infantil, que requiere la colaboración de asistentes sociales bien preparadas.

Nunca se insistirá suficientemente en la necesidad de que cada niño ingrese a una institución después de un estudio previo y muy cuidadoso de su situación especial y de la de su familia, y una vez en la institución, es deber fundamental de la asistencia social conocer y saber interpretar las reacciones del niño mantener la relación constante del niño con su hogar.

Cuanto más estrecha y continua sea esta relación, es seguro que será más breve la permanencia del niño en dicha institución.

No hemos de entrar en el análisis detallado de cómo deben de ser las instituciones para niños que necesitan tutela. Varían según el tipo de niños que albergan, pero es ya doctrina universal que todos deben tener un tipo aproximado al de un hogar.

Las instituciones siempre serán necesarias para determinado tipo de niños y en determinadas circunstancias. Si siempre los niños pequeños, que no pueden estar en su hogar propio, necesitan del cariño y cuidado individual en un hogar sustituto, muchos adolescentes, en su afán de independencia reaccionan fuertemente contra el cuidado que les brinda un hogar sustituto y se adoptan más fácilmente a la vida en una institución donde pueden desarrollar su espíritu de grupo.

El problema básico en el tratamiento social en las instituciones reside en que ellas tengan la debida flexibilidad y den a los niños al mismo tiempo que la oportunidad de desarrollar normalmente su personalidad, la capacidad de poder adoptarse después a la colectividad.

Cada vez se tiende más a abolir el tipo de instituciones cerradas en las que todas las actividades de los niños se desenvuelven dentro de los muros herméticos fríos de su propio edificio y que, más que instituciones para niños, parecen cárceles.

Al salir de estas instituciones los niños sufren un duro choque con el ambiente, y al incorporarse a la colectividad frecuentemente son desadaptados sociales.

En cambio que diferencia si por ejemplo los niños de un asilo o de un establecimiento de tutela asiste a las diversas escuelas del barrio, fraternizan con otros niños y establecen con ellos ese intercambio de ideas, experiencias y afectos que crean lazos fuertes que alegran y duran toda la vida.

No es fácil llegar a estos resultados, pero tampoco es imposible si se llega a despertar el sentido de responsabilidad y de dignidad de los niños y se cuenta con servicios adecuados a cargo de trabajadoras sociales competentes.

El deseo de que los niños los ayudaran a desempeñar algunas tareas, es muy ventajoso por cierto, pronto fue reconocido, constituyendo la más poderosa y valiosa razón para la acogida de niños en casa de familia.

Esta razón es considerada como base del programa de contrato de obligaciones por manutención y enseñanza, el cual tuvo efecto bajo las famosas leyes pobres, emitida en Inglaterra el siglo pasado.

Este contrato se llevaba a cabo haciendo constar que los menores que se recibían bajo tutela tenían la obligación de servir como empleados, durante un periodo determinado de años, generalmente hasta la mayoría de edad, que en Inglaterra se fija a los 21 años, teniendo los adultos que los recibían la obligación de costear su manutención y educación, incluyendo enseñanza religiosa y el aprendizaje de un oficio o profesión.

Se sobreentendía que todo aquel que brindara protección de este tipo a un niño, esperaba ser remunerado con creces por la labor o el trabajo que el niño desempeñara, compensando así los gastos que ocasionara.

Algunos de los niños así colocados encontraron verdaderos hogares, que les brindaron cariño y protección, otros, los menos afortunados fueron explotados y sometidos a malos tratos, pues se carecía de supervisión y ellos por sí mismos no estaban en capacidad de cambiar esta situación.

De Inglaterra este programa pasó a Estados Unidos de América, en donde tuvo gran aceptación y difusión, pero aquí en vista de que los resultados que se obtenían no era precisamente los que se deseaban, el señor Martin Van Arsdale, ministro de la iglesia de Illinois, pensó en la posibilidad de establecer hogares sustitutos pensionados por el Estado.

Creó en 1883 la American Educational Aid Society, esta asociación logró establecer sucursales en otros estados de la unión, las cuales desarrollaron el programa de colocaciones familiares en hogares subvencionados por el estado.

La primera conferencia de la Casa Blanca, celebrada en Washington en 1909, impulsó poderosamente el programa de colocación familiar de acuerdo con las resoluciones que se emitieron.

Uno de sus frutos inmediatos fue la creación en 1912 del Children Bureau, que desde su creación ha ejercido mucha influencia en todos los aspectos relacionados con los niños en todo el continente americano.

Posteriormente en junio de 1927 fue fundado el Instituto Interamericano del niño, con sede en Montevideo Uruguay, el cual desde 1949 es un organismo especializado de la Organización de Estados Americanos. El instituto también considera los programas de colocaciones familiares, como una de las mejores soluciones al problema de los niños sin hogar.

2.7.9. Tipos de hogares sustitutos

Dentro de los programas de bienestar social encaminados a la colocación de menores en hogares sustitutos, existen diversos tipos hogares, para llenar sus diferentes aspectos y necesidades, ya que su propósito es proporcionar un ambiente familiar y condiciones de vida que propicien el desarrollo normal de los niños atendidos bajo este sistema.

Están establecidos varios tipos de hogares, pero cada uno de ellos está condicionado a las necesidades de los menores y a las capacidades y limitaciones que posean los niños que van hacer colocados.

- Hogar pensionado:

Es aquel que recibe a los niños mediante el pago de una cantidad de dinero mensual, la cual debe ser pagada por la agencia o institución patrocinadora por la edad, necesidades y problemas del niño, los cuidados que el hogar puede ofrecerle, los ingresos y los egresos de la familia sustituta y el costo de la vida en la comunidad donde radica el hogar.

Generalmente esta colocación tiene carácter temporal, dependiendo de la causa que obligó a la colocación del niño, el período de tiempo que durará la misma.

- Hogar gratuito:

Es aquel en el cual los padres sustitutos no reciben remuneración alguna de la agencia o la institución patrocinadora del programa, a cambio de los servicios que presta al menor.

Los padres sustitutos cuidan del niño bajo la supervisión de la agencia, por que están en posición económica holgada que les permite sostenerlo adecuadamente. En este tipo de hogar generalmente el fin que se persigue con la colocación, es la adopción legal del menor, confiado a su cuidado. Se

considera como hogar sustituto y necesita siempre de la supervisión periódica mientras transcurre el período de prueba previo a la adopción legal, ya que al llenar este mientras este proceso se verifica es la agencia la que asume y retiene la responsabilidad por el menor, tal como ocurre en los otros tipos de colocaciones familiares.

- Hogar remunerador o de trabajo:

Este tipo de hogares solamente se utilizan en el caso de adolescentes que necesiten del hogar, ya sea porque no tienen hogar propio ni parientes y que debido a su edad y generalmente al hecho que no logra despertarse en ello interés por la escuela ya fuese porque carecen de aptitud para el aprendizaje escolar o por alguna otra razón se considera necesario que debe encaminarse en dirección que les permita aprender a ganarse el sustento y a independizarse económicamente.

Debe ponerse especial cuidado al hacer este tipo de colocaciones que el menor sea tratado por la familia sustituta como uno de sus miembros y no como a un criado o empleado, ya que la agencia no va a pagar nada al hogar, sino que es el menor el que presta algunos servicios a la familia sustituta que le protege. En algunos casos recibe remuneración, en otra solamente le dan una pequeña suma de dinero para sus gastos personales, además de proveerle comida.

Debe utilizarse solo para jóvenes de 14 años, un aspecto muy importante y que no debe olvidarse en ningún momento es que este tipo de colocación debe obedecer a un plan de servicio Social de Casos, el cual se elaborará teniendo en mente los intereses actuales y futuros del menor, permitiéndole aprender un oficio decoroso que le permita posteriormente enfrentarse con todas las garantías posibles, a la vida como un adulto consciente, preparado y responsable.

En otros países existen los llamados hogar de grupo, el cual es un hogar que como mínimo debe tener cuatro menores en colocación, se utiliza para adolescentes con problemas, por ejemplo que no pueden tener relaciones estrechas de familia, pero que sí pueden relacionarse con una familia como parte de un grupo.

En este hogar debe tener la autoridad y la responsabilidad un matrimonio que llene los requisitos establecidos (edad, situación económica, educación, etc.), los cuales pueden estar habitando su propia casa o una casa seleccionado por la institución o agencia patrocinadora del hogar.

Deben estar dispuestos a aceptar cualquier menor y colaborar en el tratamiento que se trace para dichos menores. Existe el llamado hogar

hospedaje, en el cual se ofrece albergue, hospedaje y otras facilidades a jóvenes de 16 años o menos; los cuales están en vía de independizarse pero necesitan por un tiempo limitado que les provean, de un lugar donde vivir.

Este hogar es adecuado para jóvenes que pueden vivir con cierto grado de independencia, que son responsables y que no tiene serios problemas de personalidad o de conducta. Es ideal por ejemplo para jóvenes que recién egresan de una institución de tipo cerrado y permanecen en el hogar durante su período de adaptación a la comunidad.

El servicio de hogares sustitutos para los niños que lo necesitan no puede presentarse sin tomar en cuenta los derechos, responsabilidades, valores, problemas y necesidades biológicas de los padres naturales de los niños, como individuos y como padres aunque soliciten voluntariamente o no el servicio para sus hijos.

Pues debe preservarse y fortalecer la relación de los padres naturales con los niños principalmente cuando se trata de colocaciones temporales, pues debe ayudárseles a que reasuman positivamente sus responsabilidades y funciones de padres al desaparecer la causa que motivo la colocación.

Otro de los aspectos importantísimos de un programa de esta naturaleza, es que toda colocación familiar debe hacerse con la asesoría y supervisión de trabajadores sociales idóneos para este tipo de trabajo; el trabajador social tiene la responsabilidad de tratar que cada colocación que haga sea un éxito, pensando siempre en el niño colocado; para tener un mínimo de garantía que así será, debe ceñirse a las normas y reglamentos establecidos por las instituciones que llevan a la práctica este tipo de programas.

2.7.10. Breve reseña histórica del hogar Rafael Ayau

El edificio que actualmente ocupa el Hogar Rafael Ayau, se construyó gracias al entusiasmo del señor Rafael Ayau, filántropo guatemalteco quien efectuó la donación del terreno para construir una institución donde pudieran ser asistidos adultos y menores desvalidos.

Logro que colaboran en este proyecto la iniciativa privada con cuya ayuda se construyó, el estado al ver la gran trascendencia de la obra emitió un acuerdo Gubernativo el 16 de Enero de 1857 autorizando el presupuesto de gastos de dicha institución, la cual fue inaugurada ese mismo año.

La institución fue creada principalmente para asilar menores huérfanos, pero siempre se atendió a ancianos o desvalidos. En 1944 este establecimiento cambió su nombre de Hospicio Nacional por el de Centro Educativo Asistencial, quedando exclusivamente para la atención de menores huérfanos y abandonados.

Por Acuerdo Gubernativo emitido el 28 de diciembre de 1967, la institución se denomina "Hogar Rafael Ayau", El 10 de enero de 1968 se integró a la Dirección de Bienestar Infantil y Familiar, por considerar que debía formar parte de las instituciones de Bienestar Social, ya que hasta entonces había dependido del Ministerio de Salud Pública.

El hogar Rafael Ayau y el hogar Elisa Martínez son instituciones que forman parte de la dirección de bienestar infantil y familiar de la Secretaría de Asuntos Sociales de la Presidencia de la República su finalidad es proporcionar asistencia integral a menores comprendidos en las edades de cero a 18 años, quienes por diferentes causas carecen de un hogar propio y de toda protección moral y material.

En estos centros se trata de lograr una mejor formación de cada niño, dándoles la oportunidad de realizar estudios primarios y en algunas oportunidades estudios secundarios u oficios que los capaciten para obtener medios de vida al egresar de la institución.

Existen casos de menores que ingresan a la institución de nueve a doce años de edad, analfabetas, pero durante su estancia en el centro tiene la oportunidad de cursar por lo menos la educación primaria.

Los reglamentos establecen que al cumplir los 18 años, deberán egresar por considerar que ya son adultos capacitados cronológica y mentalmente para enfrentarse a la vida.

En ambos centros se confortan problemas siendo uno de ellos el ingreso de menores retardados o débiles mentales, que necesitan recibir educación especial, lo que implica más esfuerzos y mayor tiempo para lograr su capacitación y aprendizaje.

De acuerdo al avance que se ha tenido en el campo del bienestar social ya que se considera se ha hecho necesario transformar los programas de asistencia, tomando en cuenta que la afirmación de características de la personalidad y establecimiento de los mecanismos reguladores de los impulsos y la conducta, se establecen en los primeros años de vida, es necesario que los niños se desarrollen en un ambiente adecuado que les permita el pleno desarrollo de su personalidad individual social.

Se ha comprobado que cuando los menores se encuentran en el desamparo por el fallecimiento de sus padres, por abandono, o por razones, no es la institución cerrada la que les brinda el ambiente mas favorable y por ello se hace imperante la necesidad de poner en práctica programas de hogares sustitutos donde el menor tendrá además de los factores materiales que tendría en la institución el factor vital e insustituible para el ser humano como lo es el afecto, la protección emocional que solo puede lograrse dentro de una familia.

2.7.11. Breve reseña del hogar Elisa Martínez

En 1945, gracias a la iniciativa y al dinamismo de la señora Elisa Martínez de Arévalo, primera dama de la nación en esa época, fueron creadas algunas

instituciones de Bienestar Social bajo el patrocinio estatal, con el objeto de atender a los niños que permanecían abandonados durante las horas en sus madres trabajaban.

Se organizó la asociación de Guarderías y Comedores Infantiles que estableció las guarderías con asistencia abierta y el hogar temporal con asistencia cerrada. Se fundó además un hospital de maternidad en el cual se daba servicio eran gratuitos y para beneficio de las personas necesitadas de la ciudad.

En 1952, siendo primera dama de la nación la señora María Vilanova de Arbenz, fundó el primer hogar cuna, que funcionaba en lo que hoy es la guardería de Pamplona, su finalidad era la de prevenir el abandono de los menores a quienes se presentaba asistencia temporal en casos de hospitalización, encarcelamiento, etcétera, de uno o ambos padres, siempre que no existiera quien velara por ellos.

El 15 de diciembre de 1965 se inauguró el nuevo edificio en el año de 1968 se le cambió el nombre de hogar temporal por el de "Hogar Elisa Martínez", en honor a ex esposa del ex presidente Arévalo, quien realizó una gran obra en el campo del bienestar social.

2.8. El triángulo padres reales, niños y padres sustitutos.

Si el servicio social en el hogar del niño debe realizarse con un conocimiento profundo de las características particulares de cada niño y de su ambiente, el servicio social en la colocación familiar en hogares sustitutos debe realizarse teniendo constantemente presente el triángulo, padres reales, niño, padres sustitutos.

Para colocar a un niño a un hogar sustituto se debe tener una comprensión clara del niño, de su vida física, psíquica y emocional y un conocimiento profundo de los padres del niño; de sus deseos y propósitos de la causa del problema o problemas que han originado la colocación fuera del propio hogar; se debe saber que cuidados y qué intereses ha tenido el niño en su hogar; conocer el ambiente en el que el niño ha vivido con su familia. Es necesario que la trabajadora social ayude al niño a comprender claramente lo que la colocación significa y ayuda a los padres a establecer las bases para una relación constante con su hijo.

En cuanto a la selección de un hogar sustituto, la trabajadora social necesita hacer un estudio muy cuidadoso y objetivo de las características en ese hogar en relación con cada niño determinado; un hogar bueno para un niño puede resultar un fracaso para otro; es indispensable conocer las condiciones materiales, emocionales y culturales del hogar sustituto en perspectiva. ¿Qué propósitos tienen los padres sustitutos al aceptar a un niño? ¿Qué pueden ofrecerles? ¿Su interés es solamente económico?

La asistencia social debe obtener la respuesta a estas preguntas comprender los deseos tanto del niño como de los padres sustitutos, mantener relación con ambos con los padres reales, teniendo siempre presente que todo niño separado de su hogar sufre una crisis de adaptación social y emocional.

CAPÍTULO III

3. Evolución histórica del derecho menores

El menor de edad ha sido considerado a lo largo de milenios sin una personalidad propia, por lo que careció de un Derecho que regulara su circunstancia personalísima.

En el antiguo testamento se encuentra innumerables pasajes de la dureza con que los niños habían sido tratados. “Quien detiene la vara odia a su hijo, pero quien lo ama lo castiga con ardor” “Si le castigas con la vara no morirá” “Castiga mientras haya esperanza”

En la fe pública de Platón se detecta una actuación inhumana, en tanto que se limitó la vida corporal, pues se negó el derecho de vivir a quienes nacieren débiles y enfermos. En lo que se refiere al desarrollo cultural, únicamente los guerreros y los magistrados tenían derecho a la educación superior. Aristóteles, con su pensamiento diáfano intuye ya los derechos de los hombres, en el aspecto físico se preocupó de la educación antes de que el niño nazca y aun antes de que sea concebido; cuando reglamenta el matrimonio, trata de la higiene de la madre durante la gestación y del amamantamiento materno, así como otras varias cuestiones que las suscribirían.

Con la aparición del cristianismo, surge la iluminación con una nueva luz, la existencia del hijo, reconociéndole un valor y un significado original. La familia será contemplada en función de los hijos y de su educación.

El derecho del niño a la libertad en el siglo XVIII, es reafirmado por el movimiento iluminista, así como el respeto debido a la naturaleza y a las características propias de la infancia.

Es importante recordar al representante Juan Jacobo Rousseau citado por el tratadista español Luis Mendizábal, en su obra derecho de menores teoría general sostenía el valor absoluto de la personalidad del niño, en su significado de autenticidad y de autonomía y que como sujeto de modo de vida, presentaba un ritmo de desarrollo propio y particular.

Finalmente llegamos al siglo XX la época en que impera un conocimiento científico bastante superado en pro de nuestros menores, se denota un progreso sensible no ya por los aportes de los siglos anteriores, sino por el impacto de la revolución pedagógica iluminada con el progresismo avance de los conocimientos medico – sociológico

Se considera como la primera declaración de Derechos de Niño la denominada Carta de Ginebra, suscrita el veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, más conocida internacionalmente como La Declaración de Ginebra, es de vital importancia toda vez que se ratificó se abrió el campo internacional para fomentar la creación o configuración del Derecho de Menores estimulando inquietudes y preocupaciones de hombres y mujeres, a efecto de que la protección de la minoría sea más efectiva. Este importante documento en su redacción dice:

Por la presente declaración de los Derechos del Niño, los hombres y las mujeres de todos los países reconocen que la humanidad debe dar al niño lo que ella tiene de mejor; afirman sus deberes de toda consideración de raza nacionalidad y creencia:

- El niño debe ser puesto en condiciones desarrollarse de una manera normal, material, y espiritual

- El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser asistido, el retardado debe ser estimulado, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.
- El niño debe ser el primero en recibir socorro en época de calamidad
- El niño debe ser dotado de medios con que ganarse su vida y debe ser protegido de toda explotación.

En la conferencia de la Casa Blanca celebrada en el año 1930, en Washington se aprueba La Declaración de los Derechos del Niño. Cabe mencionar que dicho documento, por su contenido, constituye un cuerpo legal completo de derechos, pues en el se contemplan todos los deberes sociales de la familia de la comunidad y del Estado para la defensa de la salud, de la educación y del bienestar del niño.

Acercándonos al área de la organización de los Estados Americanos hay que destacar en nuestro trabajo de tesis que por su relevante importancia, las declaraciones siguientes.

- **La Declaración de Oportunidades para el Niño;** En el VII congreso celebrando en el mes de mayo de 1942 en Washington, por la que se regula la vida de familia, la salud, la educación, la responsabilidad y el trabajo, la formación ciudadana y las oportunidades para todo niño
- **La Declaración sobre la Salud del Niño;** aprobada por el IX Congreso, en su reunión en Caracas el año de 1948, en el que se refleja el alcance de derecho a la salud del niño, que se resume en tres obligaciones importantes; que vienen a constituir la plataforma del bienestar del niño

- Asistencia
 - Alimentación
 - Defensa de salud
-
- La declaración Sobre La Protección Del Menor Abandonado en América, Adoptada en seno del congreso XI celebrado en Bogota en el mes de noviembre de 1959.

 - La Declaración Sobre la Protección Del Menor de Conducta Antisocial en América, aprobada por el congreso XII reunido en Mar de Plata 1963. Esta declaración inspira e influye grandemente en la redacción de Códigos de Menores.

Asimismo dentro de estos documentos de trascendental importancia, se encuentra La convención Americana de los Derechos Humanos, firmada en San José de Costa Rica la cual precisa los siguientes alcances reconoce la personalidad jurídica del individuo, el derecho a la vida, integridad personal, y prohibición de la esclavitud y la servidumbre, el derecho a la libertad y a la seguridad personal así como las garantías judiciales. Como se puede observar son principios relevantes sobre la personalidad humana.

3.1. Contenido del derecho de menores

Dentro de la amplia temática que constituye el contenido cada vez más creciente del Derecho de Menores, profundizaremos en la consideración de algunos de sus temas. Lo haremos desde el punto de vista de la teoría sobre los menores en situación de amenaza o violación a sus derechos en virtud de ser un tema que ha cobrado mayor importancia en la actualidad. Cabe mencionar

que nuestra legislación, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula estos aspectos principales en torno a la minoría de edad que se

encuentra en esta situación cumpliendo con la finalidad del derecho de menores que consiste en la protección integral del menor.

Abordaremos cada uno de los aspectos en que se puede dar:

Abandono: Se dan dos clases de abandono el abandono material y el abandono moral. Material: Aquí se encuentran aquellos menores que carecen de hogar conocido y en consecuencia permanecen en las calles deambulando, por carecer de padres o recursos familiares que se responsabilicen de ellos.

Puede definirse como un descuido del menor en su alimentación e higiene, vestuario por incumplimiento de los deberes sociales correspondiente a los padres, tutores, guardadores.

Moral: Es el rechazo de los padres hacia los hijos. Asimismo las carencias de educación vigilancia o corrección del menor, suficiente a convertirlo en un ser inadaptado para convivencia social, por incumplimiento de los padres o a quienes esté confiado su guarda.

3.2. Definición de derecho de menores

Previo a establecer la definición considero que es necesario dar el significado de menor. Esta proviene de la voz latina *minor*, adjetivo comparativo que referido a un ser humano, matiza para diferenciarlo, una circunstancia que inexorable concurre en la persona individual durante las primeras etapas evolutivas de su desarrollo, diferenciándolo de una parte, a la colectividad que aun no alcanzo el pleno desenvolvimiento de su personalidad, de aquella otra que ya logro su plenitud existencial.

Guillermo Cabanellas, define al menor así: “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”. Asimismo afirma que el menor de edad denota estrictamente la situación de incapacidad jurídica plena o atenuada en que se encuentren todas las personas desde el nacimiento hasta llegar a la mayoría de edad.¹²

También se establece aquel que no ha cumplido aun la edad fijada en la ley para gozar de la plena capacidad jurídica, reconocida con la mayoría de edad.

El tratadista español Luis Mendizábal Oses dice “Etapa de la vida que esta caracterizada por la situación de heteronimia frente a esa otra situación se autonomía, que es consustancial a quienes ya normalmente desarrollados, alcanzaron la necesaria madurez de su personalidad para regir su propio destino.

Se es menor así en comparación con la persona que ya es menor y de este modo nos hayamos ante un adjetivo comparativo que al ser recogido por el derecho determina una situación concreta de la vida humana a la que de denomina minoria de edad”.

El derecho de menores es un conjunto de disposiciones que tiene por objeto reglar la actividad comunitaria en relación con el menor, para favorecer en la medida de lo posible el mejor desarrollo de la personalidad del mismo y para integrarlo, cuando llegue a su plena capacidad, en las mejores y más favorables condiciones físicas, intelectuales y morales, a la vida normal.

¹² Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, pág 85

3.3. Características del derecho de Menores

El derecho de menores tiene sus propias características, para nosotros, las más importantes son las siguientes:

3.3.1. Tutelaridad y proteccionista

Es tutelar porque como hemos mencionado las normas jurídicas referidas a la minoría de edad, son de caracteres tutelar; y tienen que ser interpretadas, aunque de hecho no acontezcan siempre así, a favor de los menores. Y a la finalidad del Derecho de Menores es otorgar a los menores una protección integral y de ninguna manera su objetivo será castigar a los mismos sino por el contrario protegerlos, educarlos y readaptarlos a la sociedad.

3.3.2. A formalidad

Esta es una de las características que diferencian al Derecho de Menores con el Derecho Común. Si analizamos, cuáles son los principios que fundamenta el Derecho de Menores, comprobaremos que son antitéticos a aquellos otros principios que informan el Derecho Común.

El Derecho de Menores con aformalismos pretende romper los esquemas del proceso, busca hacer un trabajo eficaz y positivo en pro de la minoría.

3.3.3. Oralidad

La oralidad en el derecho de menores tiene como objetivo ser más rápido en la acción y menos oneroso en su aplicación.

3.3.4. Sui – generis especialísimo

Decimos que es especialísimo, por que bajo ningún punto de vista, ha de prevalecer en el Derecho de Menores, otro interés que el que la propia tutela el menor, o sea que su protección está orientada a ese ser humano que aún no posee pleno discernimiento, que le falta madurez física y mental, de experiencia, de percepción a situaciones de conocimiento.

CAPÍTULO IV

4. Funciones que desempeñan las instituciones encargadas de proteger a los menores

4.1. Juzgados de paz

Conocer y resolver las solicitudes de medidas cautelares que sean necesarias para el cese de la amenaza o violación de un derecho humano de la niñez y adolescencia pudiendo dictar las medidas establecidas en la ley.

También supervisa la ejecución de las medidas cautelares y definitivas que el juez dicte y así se le haya solicitado.

Una vez decretada la medida cautelar, el expediente deberá ser remitido a la primera hora hábil del día siguiente al juzgado de la niñez y adolescencia: Entre otras funciones.

4.2. Juzgados de primera instancia de los juzgados de la niñez y adolescencia

La colocación de los menores en instituciones o establecimientos para su tratamiento y educación, la viven realizando los juzgados de primera instancia de menores. Aquellos menores que han sido abandonados, o que sufren de violencia en el hogar.

Conocer y tramitar y resolver aquellos hechos o casos remitidos, denunciados o conocidos de oficio que constituyan una amenaza o violación a

los derechos de la niñez y adolescencia y que a través de una resolución judicial, se restituya el derecho violado o cese la amenaza o violación al mismo.

4.3 Juzgados de adolescentes en conflicto con la

Conocer y tramitar y resolver con relación a aquellas conductas que violen la ley penal atribuibles a adolescentes decidir sobre las medidas aplicables a los adolescentes, considerando su formación integral y su reinserción a su familia o grupo de referencia. Ejercer el control jurisdiccional de la investigación que efectúe el Ministerio Público.

4.4. Sala de la corte de apelaciones de la niñez y adolescencia

Conocer y resolver las excusas recusaciones que se presente por la aplicación de esta ley. Controlar el estricto cumplimiento de los plazos fijados por esta ley, así como conocer de los recursos de apelación que se interpongan contra las resoluciones que dicten los jueces de primera instancia de este ramo. Resolver conflictos de competencia que se presente por la aplicación de esta ley.

4.5. Procuraduría General de la Nación y el Ministerio Público

La Procuraduría de la Nación a través de la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia, tendrá las siguientes atribuciones: Representar legalmente aquellos niñas y niños y adolescentes que carecieren de ella.

Dirigir de oficio o a requerimiento de parte o del juez competente la investigación de los casos de los niños niñas y adolescentes amenazados o violados en sus derechos interviniendo en forma activa en los procesos judiciales de protecciones. Para efecto deberá tener como mínimo, un procurador de la niñez y adolescencia.

Evacuar audiencias y emitir opinión jurídica en todos los procesos judiciales, notariales y administrativos que la ley señala, haciendo valer los derechos y garantías que la Constitución Política, tratados y convenios internacionales, aceptados y ratificados por Guatemala, y esta ley, reconocen a la niñez y adolescencia.

Corresponderá al Ministerio Público a través de la fiscalía especializada de la adolescencia, la investigación en aquellos hechos contrarios a la ley penal atribuibles a los adolescentes.

La jurisdicción de menores es un organismo específicamente destinado a intervenir en asuntos relativos a menores en situaciones irregulares, como competencia tanto en derecho de menores, como en asistencia y protección del mismo. De acuerdo a un procedimiento con características propias y antiformalistas como establecimos anteriormente, a cargo de un personal especializado.

Se han creado cinco juzgados de menores, tres se encuentran en la ciudad capital y dos en los municipios de Mixco y Amatitlán. La magistratura de menores, es la encargada de distribuir los procesos y expedientes de menores equitativamente a los juzgados que se encuentran en la capital.

El juez dirigirá el proceso con celeridad, sin perjuicio de la aplicación de las medidas que tiendan a proteger a los menores. Teniendo las facultades discrecionales amplias, para resolver la situación del menor en el mismo momento de su presentación al tribunal si así lo permite el caso.

4.6. Trámite del proceso de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus Derechos Humanos

El procedimiento de menores puede iniciarse:

- a) **De oficio:** Por el propio juez de menores
- b) Por remisión de la comisión municipal de la niñez y adolescencia respectiva y/o del juzgado de paz;
- c) Por denuncia presentado por cualquier persona o autoridad.

Recibido el expediente el juez de la niñez y adolescencia deberá dictar inmediatamente las medidas cautelares que corresponda entre las cuales encontramos:

- Amonestación verbal o escrita al responsable de la violación o amenaza del derecho humano del niño, niña, adolescente.
- Declaración de responsabilidad a los padres tutores o responsables.

- Remisión de la familia o programa oficiales o comunitarios de auxilio, orientación apoyo y seguimiento temporal.
- Colocación provisional del niño, niña o adolescente en familia sustituta.
- Abrigo temporal del niño, niña, adolescente en entidad pública o privada, conforme las circunstancias particulares del caso.

Señalar día y hora para la audiencia que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes.

Notificación: Debe notificar a las partes por lo menos con Tres Días de anticipación a la celebración de la misma.

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

- Determinará si se encuentran presente las partes
- Instruirá en el idioma materno al niño, niña, adolescente sobre la importancia y el significado de la audiencia. Cuando se trate de asuntos que pueden causarle perjuicio psicológico, el juez podrá disponer su retiro transitorio de la misma.
- Oirá en su orden al niño, niña, adolescente, al representante de la Procuraduría General de la Nación, al representante de otras instituciones, terceros involucrados, médicos, psicólogos, trabajadores sociales, maestros o testigos que tengan conocimientos del hecho: y a los padres tutores o encargados. En caso de ausencia injustificada de las personas citadas a la audiencia, se certificara lo conducente a un juzgado penal.

- Habiendo oído a las partes, el juez podrá proponer una solución definitiva; y en caso de no ser aceptada por las partes se suspenderá la audiencia, la que deberá continuar dentro de un plazo no mayor de treinta días.
- Si se prorroga la audiencia el juez deberá revocar, confirmar o modificar las medidas cautelares dictadas, en caso contrario dictara de inmediato la resolución que corresponda.

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

Medios de prueba: La Procuraduría General de la Nación, proporcionara la información requerida y podrá realizar o solicitar las siguientes diligencias:

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

Ofrecimiento de pruebas: Cinco días antes de la continuación de la audiencia las partes y el representante de la Procuraduría General de la Nación, deberá presentar al juez un informe de los medios de prueba recabados que se aportarán en la audiencia definitiva.

En esta diligencia las partes podrán proponer los medios de prueba siguientes:

- Declaración de las partes
- Declaración de testigos
- Dictamen de expertos
- Reconocimiento judicial
- Documentos
- Medios científicos de prueba

Audiencia definitiva: El día y hora señalados para la continuación de la audiencia el juez procederá de la siguiente manera:

- a) Verificar que se encuentre las partes.
 - b) Oír en su orden al niño, niña, y adolescente, al representante de la Procuraduría General de la Nación.
 - c) Una vez recibida la prueba el juez declarará por finalizada la audiencia
- Inmediatamente después el juez dictará la sentencia valorando la prueba en base de la sana crítica, en la misma se pronunciara y declarara si los derechos del niño, niña o adolescente se encuentran amenazados o violados y la forma como deberán ser restituidos: en la misma confirmara o revocará la medida cautelar decretada

4.7 Trámite del juicio oral de guarda y custodia

Este proceso puede iniciarse verbalmente, en cuyo caso el secretario levantará el acta respectiva. Podrá también presentarse por escrito.

- Emplazamiento: entre el emplazamiento y la primera audiencia del demandado debe mediar como mínimo tres días.

- Primera audiencia; aquí se realiza las etapas de conciliación, actitudes del demandado frente a la demanda y se propone prueba.
- Si en la primera audiencia no se diligencia la prueba se dan una segunda en el plazo de quince días solo para diligenciar la prueba.
- Tercera audiencia solo para diligenciar la prueba en plazo no mayor de diez días
- Sentencia se dicta cinco días de la última audiencia o bien a los tres días si se da el allanamiento o confesión.

4.8. Diferencias entre patria potestad, guarda y custodia, tutela, familia sustituta adopción

Los diferentes tratadistas han dado por analizar la guarda y la custodia dentro de la patria potestad, no existiendo conceptos unificados respecto de la primera. Por esa razón ambas tienen mucha similitud y la primera forma parte de la segunda, dando lugar a confusión en algunos casos.

Ambos padres aún pueden seguir teniendo inherente la patria potestad de los hijos, pero solamente uno de ellos podría tener la guarda y custodia de los hijos, porque esta significa su protección y cuidado.

Entre la guarda y custodia y patria potestad existe un vínculo, además que la primera esta incluida en la segunda, según la doctrina y el ordenamiento legal. La guarda y custodia tiene como funciones principales la vigilancia y protección del menor o incapacitado, mientras que en la patria potestad sus funciones principales son la representación y la administración de los bienes.

Esta separación se observa en la práctica de los tribunales de familia, sin existir en la doctrina ni en la legislación. Existe en estos juzgados el denominado juicio oral de guarda y custodia que no tiene base legal, pero el juzgador se ha

visto obligado a recurrir a la costumbre y a la analogía con el juicio de patria potestad, además de la discrecionalidad de los jueces de familia.

La nota fundamental de la tutela es el fin de protección, puesto de relieve por su misma etimología y que hace de ella la más importante institución de guarda legal, establecida para defender y prestar asistencia a los incapaces cuando falte la patria potestad.

Es, pues, una institución subsidiaria de ésta diferenciándola, en que la patria potestad es de derecho natural, porque esta organizada directamente por la naturaleza y sancionada por el derecho positivo, mientras que la tutela esta organizada directamente, por el derecho positivo sobre la base del derecho natural.

La tutela es una patria potestad restringida, el tutor tiene límites mayores por inspirar mayor confianza y esto tanto por lo que se refiere al contenido patrimonial como personal.

El objeto de la tutela es la guarda se la persona y de los bienes o solamente de los bienes de los que no están bajo la patria potestad, o son incapaces de gobernarse por si mismos. Esto quiere decir que comprende la tutela el cuidado, defensa y protección, no solamente de la persona del tutelado, sino también de sus bienes, siendo esta una institución casi familiar y subsidiaria de la patria potestad.

Es posible enumerar una serie de diferencias entre tutela y la patria potestad: En la patria potestad el vínculo de afección es derivado de la sangre, inmediato y por lo mismo, influye en los padres en el deseo de proteger y beneficiar al hijo en todo sentido, mientras que en la tutela, si bien es cierto que

en algunos casos también es derivado de la sangre, algunas otras es lejano, no inmediato y a veces hasta extraño, como sucede en la tutela judicial o la legal.

Los poderes que confiere la ley a los padres son superiores que los que da a los tutores, los padres pueden corregir a sus hijos libremente y representarlos sin limitaciones, excepto las legales, en cambio el tutor está vigilado por los demás órganos tutelares.

Los padres al llegar a la mayoría de edad sus hijos, no están obligados a rendir cuentas, el tutor sí tiene que rendir cuentas de la tutela.

Por no existir control sobre la representación que del menor hacen sus padres, pudiera darse el caso de que resultare malos administradores de los bienes del menor, la vigilancia que se ejerce sobre el tutor en la administración de su patrimonio asegura al menor o incapaz la conservación del mismo.

El ejercicio de la patria potestad no es remunerada, en cambio el ejercicio de la tutela sí lo es, los padres tienen el deber de alimentar a los hijos, el tutor no los gastos que realizan corren de acuerdo con el patrimonio del menor o incapaz, o bien a las posibilidades de una persona obligada a proporcionar alimentos.

La tutela es sustituto de la patria potestad, pero una tutela solo puede substituirse por otra tutela. Mediante la adopción, el adoptante adquiere la patria potestad del adoptado, existiendo la filiación civil, diferenciándose de la patria potestad que tiene los padres biológicos en que esta es adquirida por medio de la filiación natural.

La adopción es un acto jurídico entre dos personas que crea relaciones análogas, aunque no idénticas, a las que resultan de la paternidad legítima. Se

diferencia no sólo de la patria potestad ejerciendo representación, defensa y asistencia a los menores o incapaces.

Las familias u hogares sustitutos, tienen la tutela temporal de los niños que han sido colocados en ellas así también tienen la guarda y custodia de estos. Al igual que en la adopción ambos tienen hijos no biológicos pero en la adopción nace el parentesco civil, que se da entre el adoptante y adoptado. La familia sustituta tiene la facultad de adoptar al menor a su cargo.

Estas familias no son remuneradas, como la tutela, siempre y cuando los menores no se encuentren en una institución. La diferencia entre la tutela y familia sustituta en la primera no tienen obligación de alimentar a los menores mientras que en la segunda tienen la obligación de alimentarlos, educarlos, igual que los hijos biológicos.

CONCLUSIONES

1. Desde el punto de vista jurídico, la familia es una institución, una entidad autónoma que crea mutua dependencia socioeconómica, y es la célula fundamental de toda sociedad humana.
2. Modernamente la patria potestad está limitada por preceptos expuestos, y por temor al abuso y arbitrio de los padres, es por eso que se somete a la inspección de una autoridad protectora. Mientras que la guarda y custodia se encuentran inmersas dentro de la patria potestad, teniendo efectos específicos en su funcionamiento.
3. Cuando existe discrepancia entre los padres para determinar a quien corresponde la guarda y custodia de los hijos debe ser sometida a un juez de familia, quien decide en sentencia ese extremo. Aunque en la práctica la población acude a un tribunal de menores, cuando un menor está sufriendo de maltrato y desea que se le dé la guarda y custodia, o que se le otorgue un hogar sustituto.
4. En el concepto moderno, la adopción es una institución jurídica que se establece en beneficio de los menores, porque se trata de darle a un niño una familia. Al igual que la adopción, los hogares sustitutos desean dar un hogar a los menores que carecen de ellos; o bien, que sufre maltratos en el de éste, pudiendo las personas que obtienen la colocación de un menor optar por la adopción.
5. En el transcurso del tiempo, los términos patria potestad y guarda y custodia, han originado confusión, pero hay que establecer claramente las diferencias para poder distinguirlos, evitar errores en su aplicación y tramitación. Se debe tener cuidado en aplicar esos términos, porque en algunas oportunidades, los

abogados litigantes en los tribunales de familia, utilizan ambos como si fuera un mismo concepto

6. La protección a la infancia constituye la preocupación esencial en todos los países, expresamente establecida en diversos códigos y declaraciones internacionales sobre los derechos del niño.
7. Para que la protección a la infancia sea eficaz, debe ser integral y coordinada; es decir, que debe cubrir todas las edades de la infancia y todas las instituciones en las cuales éstas pueden encontrarse; debe existir perfecta coordinación de las labores estatales entre sus diversos organismos y con las actividades de la iniciativa privada hacia un objetivo común.
8. Los sistemas de colocación familiar, denominados hogares sustitutos u hogares de crianza, constituyen el sistema asistencial que más se acerca a las condiciones naturales de la familia, habiendo demostrado, en muchos años de experiencia, excelentes resultados.
9. La selección de un hogar sustituto es muy delicado y requiere un estudio minucioso por trabajadores sociales, bien entrenados. En principio son las condiciones morales de los futuros padres de crianza los verdaderamente importantes, pasando a segundo plano las condiciones físicas del hogar.
10. En las colocaciones familiares no solamente es necesario conocer a fondo a los padres de crianza, sino asegurarse que las características del niño que se desea colocar, estén lo más acordes con la de su futura familia.
11. La supervisión minuciosa por parte de la trabajadora social de los hogares de crianza es indispensable y debe ser periódica, imprevista y continuada.

RECOMENDACIONES

1. Es importante dar a conocer a la población a dónde acudir en caso de maltrato a un menor de edad, para que no se confunda con un juicio de guarda y custodia.
2. Los abogados litigantes deben tener presente la tramitación de la patria potestad y guarda y custodia, pues requieren un procedimiento separado; no deben mezclarse o confundirse, ya que quien ejerce la patria potestad generalmente tiene la guarda y custodia, pero en ocasiones el que tiene la guarda y custodia no es precisamente quien tiene la patria potestad.
3. Sería conveniente que se legislara expresamente la institución jurídica de guarda y custodia, definiéndola en nuestro Código Civil, señalando específicamente su tramitación en nuestro Código Procesal Civil y Mercantil. En esa forma se evitaría las confusiones con los juicios de la patria potestad, que actualmente se han observado en la práctica.
4. En nuestro país los sistemas de protección al niño no son integrales y su coordinación deja mucho que desear. Se hace sentir la necesidad de un organismo central, que controle las actividades estatales y privadas con especial atención por parte del Estado para desarrollar, mantener y estimular la iniciativa privada, en beneficio del niño.
5. Mientras se establecen métodos asistenciales más acordes con las tendencias actuales y con las necesidades del niño, debe continuarse la reorganización iniciada en el Centro Rafael Ayau, con especial atención a la educación integral de los alumnos y su debida preparación para el futuro.

6. Los hogares sustitutos presentan múltiples indicaciones para la atención de los niños en las más variadas situaciones, pero en nuestro país me parece más conveniente limitar la aplicación a la atención de niños que, de manera temporal o definitiva, se encuentran privados del sostén de su familia.
7. La implantación de hogares sustitutos en nuestro país debe ser precedida de un estudio de la familia guatemalteca y de acuerdo con las condiciones sociales, nuestras posibilidades económicas y técnico-asistenciales.
8. El principal inconveniente de los hogares sustitutos es su fácil tendencia a comercializarse con menoscabo de su función social; este inconveniente debe evitarse gracias a una buena selección inicial y a una supervisión ulterior cuidadosa.
9. Estos hogares deben contar con el personal adecuado debidamente entrenados.

B I B L I O G R A F Í A

AGUIRRE GODOY, Mario, **Derecho procesal civil de Guatemala**. Reimpresión de la ed. de 1973, Guatemala: Ed. Vile, 2003.

ALSINA, Hugo, **Tratado práctico de derecho procesal civil y comercial**. 3ª. ed; Argentina: Ed. Ediar, 1974.

ARELLANA LEIVA, Nery. **Medidas de protección en el derecho de menores**. Guatemala: 1989. Tesis Universidad de San Carlos de Guatemala.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 2ª. ed.; Guatemala: Ed. Fénix, 2003.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 7ª. ed; Argentina: Ed. Heliasta, 1976.

ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. 2ª. ed; Vol. Iv Madrid; 1963.

GUIER, Jorge Enrique. **Historia del derecho**. 4ª. ed; San José de Costa Rica.: 1975

MORALES TRUJILLO, Hilda. **El derecho de familia, su posición en sistemática jurídica en la legislación guatemalteca** Guatemala: 1970. Tesis Universidad de San Carlos de Guatemala.

PALLARES, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. 7ª.ed; México D.F., 1980.

PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. 4ª. ed; Francia; 1984.

SOLARES SOLARES, Flora del Rosario. **Carencia del sustrato legal para el trámite de asuntos de guarda y custodia.** Guatemala: 1988. Tesis Usac.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106 Enrique Peralta Azurdia, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107, Enrique Peralta Azurdia, 1964.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Ley del organismo Judicial. Decreto número 2-89 del Congreso de la República.

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

Ley de Tribunales de Familia. Decreto Ley número 206, Enrique Peralta Azurdia, 1964.