

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

**ANÁLISIS DE LAS FUNCIONES DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL
ESTADO Y LA FUNCIÓN QUE EJERCE EN EL DERECHO DE
MENORES**

JOSÉ LEONARDO REYNOSO LORENZO

GUATEMALA, FEBRERO DE 2009.

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

**ANÁLISIS DE LAS FUNCIONES DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL ESTADO Y LA
FUNCIÓN QUE EJERCE EN EL DERECHO DE MENORES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSÉ LEONARDO REYNOSO LORENZO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero de 2009.

**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. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana.

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Saulo De León Estrada
Vocal: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
Secretario: Lic. Luis Efraín Guzmán Morales

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. María Celsa Menchú Ulín de López
Vocal: Licda. Ileana Noemí Villatoro de Sandoval
Secretario: Lic. Marco Tulio Pacheco Galicia

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

BUFETE JURÍDICO PROFESIONAL

Lic. Edwin René Espina Donado
Abogado y Notario
Ave. Reforma 8-60 Edif. Galerías Reforma 3er. Nivel Of. 306
Tel. 51330438

Guatemala, 08 de septiembre de 2008.

Licenciado
Carlos Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria

Licenciado Castro:

En virtud de mi nombramiento como Asesor de fecha 28 de abril del año 2008 y en atención a la providencia de esa Unidad de la misma fecha, procedí a asesorar el trabajo de tesis que con el título de “Análisis de la Representación de los Menores, Incapaces y Ausentes ejercida por la Procuraduría General de la Nación”, elaboró el bachiller JOSÉ LEONARDO REYNOSO LORENZO.

En ese sentido, manifiesto que en uso de las facultades que me fueron conferidas y con la finalidad de mejorar la investigación me permití replantear el título de la misma para hacerla mas comprensible, quedando el mismo de la siguiente manera: “Análisis de las funciones del representante legal del Estado y la función que ejerce en el derecho de menores”, asimismo, se hizo algunas modificaciones al bosquejo preliminar de temas que en su momento fuera presentado, siempre velando por la claridad en el contenido de la tesis.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, hago constar que el tema elegido reviste especial importancia en virtud de las múltiples funciones que ejerce la Procuraduría General de la Nación, las cuales se encuentran dispersas en distintos cuerpos normativos, muchos de ellos pertenecientes al derecho de menores, rama esta que ha tenido auge en épocas recientes. El contenido del trabajo está acorde a la metodología y técnicas empleadas en las investigaciones modernas lo que complementado con la utilización de una bibliografía adecuada, le dan un carácter científico y técnico al mismo.

BUFETE JURÍDICO PROFESIONAL

Lic. Edwin René Espina Donado
Abogado y Notario
Ave. Reforma 8-60 Edif. Galerías Reforma 3er. Nivel Of. 306
Tel. 51330438

Por lo expuesto, APRUEBO el presente trabajo de investigación y emito
DICTAMEN FAVORABLE para el mismo.

Con muestras de mi consideración y respeto,

Colegiado No. 6,416

Licenciado Luis Efraín Guzmán Morales

ABOGADO Y NOTARIO
Edificio El Triángulo 6º. Nivel Of. 62
Tel. 58647000

Guatemala, 22 de septiembre de 2008.

Licenciado

CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.

De mi consideración:

Atentamente me dirijo a Usted en mi calidad de revisor del trabajo de tesis del estudiante **JOSÉ LEONARDO REYNOSO LORENZO** intitulado **“ANÁLISIS DE LAS FUNCIONES DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL ESTADO Y LA FUNCIÓN QUE EJERCE EN EL DERECHO DE MENORES”**, al respecto me permito manifestarle que procedí a estudiar el citado trabajo y considero que cumple con las técnicas requeridas para su elaboración y que obtiene conclusiones que enriquecen el conocimiento.

Para realizar mi labor se consideró, el plan de investigación aprobado por el docente consejero y el dictamen favorable del asesor de tesis, asimismo, se procedió a evaluar la forma y el fondo del trabajo de tesis, obteniendo el resultado siguiente:

- 1) Considero acertada y comparto la decisión del asesor de tesis en cuanto a replantear el título de la investigación, ya que la misma se empezó a elaborar con el título de “Análisis de la Representación de los Menores, Incapaces y Ausentes ejercida por la Procuraduría General de la Nación” y con la finalidad de mejorarla y hacerla mas comprensible el título se modifica de la siguiente forma: **“ANÁLISIS DE LAS FUNCIONES DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL ESTADO Y LA FUNCIÓN QUE EJERCE EN EL DERECHO DE MENORES”**. Esto redundo en la variación del bosquejo preliminar de temas presentado dentro del plan de investigación. Partiendo de ello, se puede establecer que el tema es congruente con la estructura de la investigación, obteniendo un trabajo de tesis idóneo y suficiente.
- 2) El desarrollo del trabajo sintetiza el plan de investigación concretándose a su justificación, al planteamiento del problema y a los objetivos del mismo, sobre la disponibilidad de los métodos y técnicas utilizadas y la bibliografía empleada.

Licenciado Luis Efraín Guzmán Morales

ABOGADO Y NOTARIO

Edificio El Triángulo 6º. Nivel Of. 62

Tel. 58647000

En general, el mismo reúne los requisitos fundamentales adecuados y pertinentes inherentes a la materia en virtud de que se desarrolló con lógica y claridad.

3) El tema, es de suma importancia en cuanto a establecer la regulación de las funciones ejercidas por el representante legal del Estado, específicamente en el derecho de menores, pues dentro de este evoca la importante obligación del Estado de legislar y crear instituciones públicas de protección de la niñez y la juventud.

En vista de lo anterior y en atención a las sugerencias que propuse y fueron aceptadas por el investigador y en lo que al respecto establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito en mi calidad de revisor de tesis, aprobar la investigación denominada “**ANÁLISIS DE LAS FUNCIONES DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL ESTADO Y LA FUNCIÓN QUE EJERCE EN EL DERECHO DE MENORES**” elaborada por el estudiante **JOSÉ LEONARDO REYNOSO LORENZO**, pues su investigación es idónea en cuanto a los requisitos exigidos para el programa de grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Colegiado No. 4700

DEDICATORIA

- A DIOS: Porque con su doble regalo de vida me ha permitido llegar hasta este momento trascendental en mi vida. Gracias por darme la sabiduría necesaria para culminar con bien este camino. ¡A ÉL sea la gloria!
- A MI MADRE: Ana Graciela Lorenzo, por los consejos y las bendiciones recibidas sin las cuales este momento no habría sido posible. Yo se que sus oraciones siempre estuvieron conmigo. Agradecimiento especial a Gloria Mendoza, porque en todo momento sentí su especial cariño hacia mí lo cual es recíproco.
- A MI PADRE: Fidel Reynoso, por ser mi ejemplo de superación a seguir. Que aunque a la distancia siempre sentí el apoyo que me brindó.
- A MI HIJA: Britannia Dayanara, pilar fundamental que me motivó para culminar mis estudios. Que Dios la guarde siempre.
- A MIS HERMANOS: Ana Judith y Fidel Estuardo, por todo el apoyo que me brindaron y porque sus oraciones siempre estuvieron conmigo.
- A MI FAMILIA: Abuelos, tíos y primos. A mi cuñado y a mi sobrino. Infinitas gracias por el apoyo y consejos recibidos.

A MIS AMIGOS: María Delfina, Paola, Erika, Uldrich, Jeymi, Juan Pablo, Paula, Claudia, Ana Raquel, Manuel, Yeshua, Alejandra y Sussan. Porque en diferentes momentos de mi vida, siempre estuvieron y continúan ahí para ayudarme. Gracias por su amistad sincera.

A LOS LICENCIADOS: Edwin Espina, Amílcar Vaides, Víctor Hugo Barrios, Karla Martínez y José Jiatz. Con todo respeto y admiración gracias por haberme permitido compartir algo más que el trabajo, la amistad.

A LOS LICENCIADOS: Sonia Borrarayo, Carolina Granados, Alejandra Gordillo y Efraín Guzmán. Por haber colaborado en mi formación compartiendo sus conocimientos conmigo.

A: La Procuraduría General de la Nación; a la cual me honro en pertenecer y en la que por varios años he prestado mis servicios.

A: La gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala.

ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. La capacidad	1
1.1. Estado de las personas	1
1.2. Consideraciones generales	2
1.3. Concepto	3
1.4. Clases	3
1.4.1. Capacidad de goce o capacidad de derecho propiamente dicha	4
1.4.2. Capacidad de ejercicio o capacidad de obra	4
1.5. Regulación legal	6
1.6. Capacidad de los menores de edad	7

CAPÍTULO II

2. La representación	11
2.1. Concepto	11
2.2. Clases	12
2.2.1. Representación convencional	12
2.2.2. Representación legal	14
2.2.3. Representación judicial.....	15
2.2.4. Representación general o amplia	15
2.2.5. Representación especial	16
2.3. La voluntad en la representación	16
2.3.1. Presentación de la voluntad	16
2.3.2. Capacidad en la representación	17
2.4. Vicios de la voluntad en la representación	18
2.4.1. La atribución indebida de la representación	18
2.4.2. El exceso de los límites o violación de la facultades	18

	Pág.
2.5. Pluralidad de representantes	19
2.5.1. Responsabilidad solidaria de los representantes	20
2.6. Efectos de la representación	21
2.7. La representación y el mandato	23
2.8. El poder o procura	23
2.9. Revocación del poder	24
2.10. Poder irrevocable	25
2.11. Renuncia a la representación	25
2.12. Sustitución de la representación. Sustitución del poder	26
2.13. Acto jurídico consigo mismo.....	28

CAPÍTULO III

3. Derecho de menores	31
3.1. Conceptualización	31
3.2. Autonomía	33
3.3. Naturaleza jurídica	34
3.4. Antecedentes históricos	34
3.5. Antecedentes históricos en el marco legal nacional	39

CAPÍTULO IV

4. Protección y cuidado de la niñez	43
4.1. Figuras jurídicas que se relacionan con la protección y cuidado de la niñez	43
4.1.1. Guarda y cuidado	43
4.1.1.1. Concepto	43
4.1.1.2. Guarda	43
4.1.1.3. Cuidado	44
4.1.1.4. Regulación legal	45
4.1.2. Patria potestad	45
4.1.2.1. Concepto	45

	Pág.
4.1.2.2. Diferencia con la guardia y cuidado	46
4.1.2.3. Regulación legal	47
4.1.3. Tutela	47
4.1.3.1. Concepto	47
4.1.3.2. Características	49
4.1.3.3. Casos de procedencia	49
4.1.3.4. Clasificación legal	50
4.2. El depósito	51
4.2.1. Concepto	51
4.2.2. Regulación en el anterior código de menores	53
4.2.2.1. Situación irregular	53
4.2.2.2. Menores en abandono	54
4.2.2.3. Menores en peligro	54
4.2.2.4. Declaratoria del menor en situación de abandono o peligro .	55
4.2.2.5. Doctrina de la situación irregular	56
4.3. Medidas de protección	57
4.4. Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño	59
4.4.1. Doctrina de la protección integral	60
4.5. La Constitución Política de la República de Guatemala	61
4.6. Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia	62

CAPÍTULO V

5. Procuraduría General de la Nación	65
5.1. Origen	65
5.2. Estructura	66
5.2.1. El Procurador General de la Nación	66
5.2.1.1. Oficinas de apoyo directo al Procurador General de la Nación	67
5.2.2. Sección de Procuraduría	68
5.2.3. Sección de Consultoría	70

	Pág.
5.2.4. Unidades de apoyo legal y social	70
5.2.5. Oficinas de apoyo administrativo	71
5.3. Ordenamiento jurídico	72
5.4. La Procuraduría General de la Nación y la carencia de una ley orgánica que rija su funcionamiento	73
5.4.1. Consideraciones generales	74
 CAPÍTULO VI 	
6. Análisis de las funciones del representante legal del Estado y la función que ejerce en el derecho de menores	77
6.1. Funciones del Procurador General de la Nación	77
6.2. Representación que ejerce el Procurador General de la Nación en el derecho de menores	80
6.2.1. Representación conforme el Decreto Número 512 del Congreso de la República	85
6.2.2. Representación conforme la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia	85
 CONCLUSIONES	 89
RECOMENDACIONES	91
BIBLIOGRAFÍA	93

INTRODUCCIÓN

La necesidad de abordar la presente temática radica en que mediante la realización de esta investigación se puedan establecer los alcances de la representación legal ejercida sobre los menores de edad, entendida ésta, como un medio idóneo de participación de ese grupo de la población en las relaciones sociales y jurídicas.

Por imperativo legal, el Estado de Guatemala tiene la obligación de brindar protección a todos sus habitantes, sobre todo a aquellos sectores de la población que, por una u otra circunstancia, son más vulnerables a sufrir cualquier violación en sus derechos, tal es el caso de los menores de edad, que por su condición física y mental no están en la completa disposición de interactuar en la vida social y jurídica de la nación; para este cometido el mismo Estado, en ejercicio de su poder legislativo y a través del Congreso de la República, ha emitido disposiciones legales para la creación de instituciones jurídicas y entidades públicas que tiendan a la protección de estos grupos vulnerables.

El presente estudio comprende un análisis de las funciones encomendadas al representante del Estado y cuáles son los efectos de la función que ejerce dentro del derecho de menores, desde una perspectiva jurídica, respecto de la niñez y la adolescencia de nuestro país. En este sentido, la hipótesis o suposición fundamental que guió este proceso investigativo se planteó de la siguiente manera: Para interactuar en el mundo de lo jurídico, los menores de edad lo hacen a través de sus representantes legales, sean éstos los padres o los tutores y a falta de ellos la Procuraduría General de la Nación. Dentro del derecho de menores, esta última ejerce la representación legal en aquellos casos de niños o adolescentes no sujetos a patria potestad ni a tutela, para hacer valer sus derechos y ejercitar sus obligaciones y con ello obtener un desarrollo integral y sostenible de los mismos.

Como objetivos de esta investigación, se planteó la necesidad de demostrar que la representación legal de los menores, ejercida por la Procuraduría General de la Nación, obedece al deber constitucional del Estado de brindar protección a sus habitantes, sobre todo de aquellos sectores más desprotegidos; así como precisar las razones que originan dicha representación y la importancia de la misma, señalando casos concretos en los cuales debe ejercerse.

Este trabajo consta de seis capítulos, en el primero, se trata lo relativo a la capacidad de las personas, enfocándonos en especial en la capacidad de los menores de edad que es el grupo humano pilar de esta investigación. El segundo capítulo, parte del estudio de la representación en general hasta llegar al análisis de la representación legal, que es la que nos interesa y más concretamente la representación de los menores de edad. En el tercer capítulo, la temática principal es el derecho de menores, siendo de vital importancia argumentar sobre su autonomía y haciendo, asimismo, una reseña del mismo a través del tiempo. En el cuarto capítulo, se trata la temática de los distintos ordenamientos legales que contienen normas e instituciones de protección de la niñez y la adolescencia. El quinto capítulo, es un panorama general para conocer la institución de la Procuraduría General de la Nación y la forma en que está estructurada tanto legalmente como administrativamente. Finalmente, en el sexto capítulo se analizan las funciones encomendadas a la Procuraduría General de la Nación y su función específica de representar legalmente a la niñez y adolescencia.

La metodología utilizada parte de los métodos analítico-sintético e inductivo-deductivo para la conformación de la temática tratada; asimismo, se empleó el método jurídico para interpretar las normas y analizar las instituciones jurídicas respecto de la niñez y la adolescencia. Finalmente, para la recolección de la información se ha empleado principalmente la técnica de investigación documental, complementada por la técnica de la entrevista.

CAPÍTULO I

1. La capacidad

1.1. Estado de las personas

Al referirse al estado de las personas el tratadista mexicano Edgar Baqueiro Rojas, expone: “El estado como atributo de la personalidad es la situación jurídica de un individuo en función de los grupos sociales de que necesariamente forma parte: la nación y la familia. Es la condición del individuo dentro del orden jurídico en relación con los grupos sociales a que pertenece, que implica derechos y deberes respecto del mismo”¹. Es decir que el estado de una persona es su situación jurídica, su estatuto jurídico. Determinar el estado de una persona es precisar sus contornos jurídicos, su situación frente al derecho.

El estado no es único sino diverso, la persona tiene tres estados diferentes:

- Estado personal: Es la situación de la persona frente a la sociedad. Así se es menor o mayor de edad, capaz o incapaz.
- Estado civil o familiar: Es la situación de la persona frente al núcleo familiar. Así se es soltero o casado.
- Estado político: Es la situación de la persona frente a la nación. Así se es nacional o extranjero.

Al respecto el citado tratadista expone: “En el estado personal no hay propiamente una relación sino una comparación entre el individuo considerado y los demás miembros de la comunidad y entonces se habla de que sea mayor o menor de

¹ Derecho civil, pág. 205

edad, capaz o incapaz.”². Es una comparación respecto a los miembros de una comunidad y se traduce en las situaciones jurídicas de capacidad e incapacidad.

1.2. Consideraciones generales

Con la personalidad la persona tendrá un estatuto jurídico por el cual regirse y por el cual comenzar a desplegar su actividad jurídica. Ya es sujeto de derechos y obligaciones, mas para ejercitarlos necesita algo más. “No le basta la cualidad de persona ni el atributo de personalidad. Con ello tiene una abstracta personalidad jurídica. Para la realización material de sus derechos le exige el ordenamiento algo que va mas allá: capacidad de obrar o aptitud para ejercitar válidamente derechos y obligaciones.”³. Tiene la persona física plena capacidad de obrar cuando, siendo mayor de edad, se encuentra en condiciones físicas y psíquicas para gobernarse por si misma.

1.3. Concepto

La capacidad ha sido definida por muchos autores, unos en forma amplia y otros mas restringida, sin embargo, citaremos algunos autores.

Federico Puig Peña, expone: “La capacidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y deberes”⁴. Refiriéndose a la capacidad jurídica o capacidad de derecho, la conceptualiza como la aptitud que tiene un hombre de ser sujeto de relaciones jurídicas, de tener o poseer derechos.

Por su parte Manuel Osorio, la define así: “Es la exigida por la ley para cada caso en lo civil, político y social”⁵.

² **Ibid.**, pág. 206

³ García Urbano, José María. **Instituciones de derecho privado**, tomo I, pág. 103

⁴ **Compendio de derecho civil español**, pág. 45

⁵ **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 123

Mario Efraín Nájera Farfán, hace una clasificación de la capacidad y nos dice: “Capacidad Jurídica y Capacidad Procesal, así capacidad jurídica o de goce, como también se llama, consiste en la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones”⁶. Para el la capacidad jurídica o de goce es un atributo de la personalidad humana y por consiguiente la tiene toda persona por el solo hecho de serlo, se nace con ella desde que se esta por nacer y solo se pierde con la muerte. “En cuanto a la capacidad procesal o de ejercicio, como también se le llama, consiste en la idoneidad que la ley reconoce para que la persona pueda obrar por su propia cuenta.”⁷. En nuestro medio se adquiere desde que se es mayor de 18 años.

Así también Eduardo Pallares, define la capacidad como: “Condición jurídica de una persona por virtud de la cual puede ejercitar sus derechos y contraer obligaciones, celebrar contratos y realizar actos jurídicos en general. También significa la aptitud e idoneidad que se requiere para ejercer una profesión, oficio, empleo o cargo público.”⁸.

El autor Carlos Alberto Ghersi, expone: “La capacidad es una segunda aptitud (la primera es la personalidad) que nos inviste el ordenamiento jurídico. La capacidad, como su inverso: la incapacidad, son una cuestión trascendental para el derecho, de ahí que la cuestión sea calificada como de orden público, es decir, indisponible para las partes.”⁹.

El sustentante conceptualiza la capacidad como la condición jurídica por virtud de la cual una persona puede ejercitar derechos y contraer obligaciones.

1.4. Clases

Las relaciones que es capaz de generar el hombre por medio de su interacción en la sociedad van de las más simples hasta las más complejas y para ello el derecho

⁶ **Derecho procesal civil**, pág. 192

⁷ **Ibid.**, pág. 193

⁸ **Derecho procesal civil**, pág. 134

⁹ **Derecho civil**, pág. 103

estructura lo que se denomina la capacidad en sus distintas fases, la capacidad de derecho y la capacidad de hecho y luego dentro de esta última, los distintos estadios, según la tipología del acto a realizarse.

La doctrina y la legislación son acordes en cuanto a la clasificación de la capacidad, la cual para su estudio y comprensión se clasifica en capacidad de derecho propiamente dicha o capacidad de goce y capacidad de obra o capacidad de ejercicio.

1.4.1. Capacidad de goce o capacidad de derecho propiamente dicha

También conocida como capacidad de derecho o capacidad jurídica.

“Es la aptitud de ser titular de derechos subjetivos y obligaciones. La titularidad implica, más que la actual existencia de derechos subjetivos o de obligaciones jurídicas, la aptitud de llegar a tener esos derechos o esos deberes.”¹⁰. La capacidad jurídica implica personalidad jurídica, como consecuencia toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene capacidad jurídica o de goce; la capacidad constituye la regla y solo admite restricciones en razón de la ley.

“Es la idoneidad o aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones.”¹¹. La idea significa, en otras palabras, estar en condiciones legales de ser titular de derechos y obligaciones.

1.4.2. Capacidad de ejercicio o capacidad de obra

También conocida como capacidad de hecho, capacidad de poder y capacidad de obrar.

¹⁰ Baqueiro Rojas, **Ob. Cit**; pág. 208

¹¹ Ghersi, **Ob. Cit**; pág. 104

“La capacidad de hecho está ligada con el ejercicio y no existe en todas las personas, sino solo a favor de aquellas a las cuales la ley se las concede, ya que a otros se las niega en su propio beneficio.”¹². El autor se refiere al caso de los menores y de los interdictos, a quienes como medida de protección se les designa un representante para que ejerza sus derechos, así el tutor del menor, etc.

En otras palabras la capacidad de ejercicio consiste en la aptitud para adquirir y para ejercitar con la propia voluntad, o sea, por sí solo, derechos subjetivos; o de asumir, con la propia voluntad, esto es, por sí solo, obligaciones jurídicas, es decir, de cumplir actos de naturaleza personal o patrimonial de la vida civil; o bien, la actitud de poner en movimiento, por sí mismo, los poderes y facultades que surgen de los derechos o la de cumplir por sí mismos, con sus deberes jurídicos y también la idoneidad de celebrar actos jurídicos o capacidad negocial.

Para el autor Edgar Baqueiro Rojas, “La persona con aptitud o capacidad de goce puede tener limitada su capacidad de ejercicio, estas limitaciones son las que constituyen las llamadas incapacidades y que han sido divididas en naturales y legales.”¹³. En realidad, todas las incapacidades son legales, pero desde luego, para establecerlas, la ley ha tomado en consideración que en la generalidad de los casos existe una incapacidad natural.

En este orden de ideas, tienen incapacidad natural y por lo tanto legal:

- Los menores de edad; y
- Los mayores de edad que han sido declarados en estado de interdicción

Es decir, que son causas de incapacidad la edad en el caso de los menores de edad y la salud en el caso de los interdictos.

¹² **Ibíd.**, pág. 105

¹³ **Ob. Cit.**; pág. 211

1.5. Regulación legal

El Código Civil, Decreto-Ley Número 106, regula la capacidad en el Artículo 8º, que preceptúa: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley”.

De la lectura de este Artículo se desprende que nuestro ordenamiento civil sustantivo reconoce la capacidad que corresponde a toda persona para poder actuar en el mundo del derecho y encontramos el fundamento de la capacidad de ejercicio al establecer que esta se adquiere al llegar a los dieciocho años. Interpretando a contrario sensu este Artículo se deduce que antes que las personas lleguen a esa edad (18 años) tienen únicamente capacidad de goce, siendo en consecuencia necesario para ejercitar sus derechos la representación legal a través de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad ó tutela, en su caso. En ese sentido, es importante establecer que no puede privarse, en lo absoluto, a ninguna persona de la capacidad, pues ello equivaldría a negarle su propia personalidad jurídica, que el derecho moderno reconoce a todo hombre.

Eduardo Pallares, al tratar el tema de los fundamentos de la capacidad expone: “La capacidad se funda en el hecho de que la persona que goza de ella posee determinadas cualidades físicas, intelectuales y morales que la hacen apta para ejercitar sus derechos. Quienes no la poseen son incapaces naturalmente o la ley los declara como tales, porque así conviene a la comunidad. Es naturalmente incapaz el menor de edad, que aún no posee discernimiento suficiente para tener el goce o disfrute de sus derechos y el interdicto o enajenado mental. En cambio el ebrio consuetudinario y el drogadicto, lo son por disposición legal”¹⁴.

¹⁴ Ob. Cit; pág. 69

1.6. Capacidad de los menores de edad

Federico Puig Peña, al tratar lo relativo al tema de la capacidad de los menores de edad, señala: “El derecho establece una separación entre la aptitud física y la aptitud mental determinada por la mayoría de edad y la incapacidad proveniente de la minoría”¹⁵. Esta incapacidad se graduaba en el derecho romano y en el histórico español atendiendo a los períodos en que se divide la minoría.

El Código Español, no ha seguido este sistema casuístico, pero no obstante, si bien establece la regla general de incapacidad de los menores de edad, sienta algunas edades especiales con relación a determinados derechos.

Si bien es cierto, nuestra legislación confiere capacidad a los menores de edad, lo es también que dicha capacidad es únicamente para ciertos actos determinados, los cuales se encuentran regulados en la misma ley. Algunos autores civilistas como Alfonso Brañas, le llaman a la capacidad de los menores de edad, capacidad relativa, en virtud de que es ejercitada únicamente para la realización de ciertos y determinados actos.

El Código Civil, en el libro primero que regula lo referente a las personas y a la familia, específicamente en el Artículo 8º, último párrafo, preceptúa que los menores de edad que han llegado a la edad de catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley. Ahora bien, ¿Cuáles son esos actos determinados por la ley? Al respecto en el mismo cuerpo legal encontramos los Artículos 81, 94, 218, 259, 303 y 1619.

En ese sentido, el Artículo 81 del citado cuerpo legal, establece: “La mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo, pueden contraerlo: el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, siempre que medie la autorización que determinan los artículos siguientes.”. La regla general es que puede

¹⁵ Ob. Cit; pág. 255

contraer matrimonio toda persona mayor de edad. El matrimonio de los menores de edad, comprendidos en las edades que el mismo Artículo determina, se condiciona a una autorización. Esta disposición necesariamente nos remite al Artículo 82 del mismo Código, que indica: “La autorización deberán otorgarla conjuntamente el padre y la madre, o el que de ellos ejerza, sólo, la patria potestad. La del hijo adoptivo menor la dará el padre o madre adoptante. A falta de padres, la autorización la dará el tutor.” Con esta autorización las personas enunciadas dan su venia para el matrimonio y sin ese consentimiento no podrá ser autorizado el mismo, siendo este ilícito de conformidad con el Artículo 89 del Código Civil. Sin embargo, cabe la posibilidad que no pueda obtenerse la autorización de los padres o del tutor, en este caso, puede un juez suplir el consentimiento, esto es lo que se conoce como dispensa judicial y cuyo trámite está regulado en el Artículo 425 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Por aparte el Artículo 218 del Código Civil, establece: “La mujer mayor de catorce años si tiene la capacidad civil necesaria para reconocer a sus hijos, sin necesidad de obtener el consentimiento a que se refiere el artículo anterior”. Se refiere al consentimiento de sus padres o de su tutor o de autorización judicial. Nuestro ordenamiento civil lo ha regulado de esta manera, en aras de mantener la certeza jurídica, en virtud de que en el caso de la madre la filiación se establece con el solo hecho del nacimiento, es decir, no hay duda de la maternidad; pero en el caso del padre la filiación se establece por el reconocimiento voluntario que haga este o por sentencia judicial que declare la paternidad y por ser el reconocimiento un acto que genera un sinnúmero de efectos jurídicos, es necesario en el caso del varón el consentimiento de sus padres o del tutor o en último caso de autorización judicial. Recordemos que el reconocimiento es un acto declarativo que no es revocable.

El Artículo 259 siempre del Código Civil, regula otro caso de capacidad relativa de los menores de edad y al respecto preceptúa: “Los mayores de catorce años tienen capacidad para contratar su trabajo y percibir la retribución convenida, con la que ayudarán a sus padres para su propio sostenimiento”. Dada la situación económica imperante en nuestro país son muchos los casos de menores de edad que día con día

están saliendo de sus casas en busca de un empleo, lo cual como vemos está legalmente permitido. El ejercicio de este tipo de capacidad relativa se circunscribe al hecho de que el menor de edad puede por sí suscribir un contrato de trabajo y recibir la retribución en él convenida, con la condición de que con la misma ayudará a sus padres y será destinada para su propio sostenimiento.

Asimismo, la ley comentada al regular lo relativo a disposiciones generales sobre la tutela en el Artículo 303, establece: “A los menores que hayan cumplido la edad de dieciséis años, debe asociarlo el tutor en la administración de los bienes para su información y conocimiento; y si carecieren de tutor testamentario tendrán derecho a proponer candidato entre sus parientes llamados a la tutela legítima, o a falta de estos, a persona de reconocida honorabilidad para que ejerza la tutela judicial”. Este precepto se refiere al derecho que les asiste a los menores de edad sujetos a tutela y que poseen bienes, en cuyo caso el tutor está obligado a relacionarlos con la administración de los mismos para su información y conocimiento. Hasta acá dicha regulación no tiene mayores implicaciones legales, las cuales si se dan al momento de facultar a los menores de edad, que carezcan de tutor testamentario, a proponer candidato para ejercer la tutela legítima o en su caso la tutela judicial.

Así también, el Artículo 1619 del cuerpo legal relacionado, regula: “Si el que recibe lo indebido fuere menor o incapaz, solamente restituirá lo que existe en su poder y lo consumido en su propio provecho; salvo el caso de mala fe imputable al menor, o de que lo haya recibido por medio su representante legal, casos en los cuales se aplicarán las prescripciones relativas a las personas capaces”. En este caso estamos ante una obligación proveniente de un enriquecimiento sin causa. La regla general se refiere al hecho de la persona que por creerse deudor paga alguna cosa por error, en este caso tiene derecho de recobrar la totalidad de lo pagado, de quien recibió el pago indebidamente, pero, si quien recibió el pago indebido fuere un menor de edad, este solo está obligado a restituir lo que exista en su poder en ese momento y lo consumido en su propio provecho, salvo que el menor haya actuado de mala fe, caso en el cual está obligado a restituir la totalidad de lo recibido indebidamente.

En consecuencia, el sustentante conceptualiza la capacidad de los menores de edad como la aptitud conferida por la ley a las personas que no han cumplido 18 años, en virtud de la cual, bajo determinadas circunstancias, pueden actuar en los actos regulados por la misma.

CAPÍTULO II

2. La representación

2.1. Concepto

Pueden distinguirse dos conceptos de la representación, uno amplio y otro restringido. En un sentido amplio, la representación es un hecho jurídico por el cual un sujeto realiza un acto en lugar de otro, en el encuadran tanto la representación directa como la indirecta. En este concepto destacan, a su vez, una idea de cooperación jurídica y otra idea de interés, ambas, conjunta o alternativamente, son constantes en toda clase de representación. En un concepto restringido la representación es una forma de sustitución por la cual una persona ocupa el lugar de otra para realizar un acto en nombre y en interés de ella. A este concepto corresponde la representación directa y es la que corresponde propiamente a la representación, por lo menos en sentido estricto. Así la representación es un hecho jurídico que consiste en la actuación jurídica mediante una declaración de voluntad propia y dando a conocer que se actúa en nombre ajeno, debiendo los efectos del acto celebrado repercutir en la esfera jurídica del representado. La verdadera representación implica la sustitución en la voluntad interna. El concepto de la representación, en su sentido estricto y propio, supone que el representante declare su propia voluntad (representación activa) o reciba una declaración de voluntad (representación pasiva) en nombre e interés ajenos, esto último nos vincula a la teoría de la cooperación jurídica.

La representación implica, por consiguiente, la sustitución de la voluntad de una persona por la de otra en la constitución o formación del acto jurídico, porque el representante, además de declarar su propia voluntad específica, lo hace por cuenta de otro y porque los efectos del acto se verifican inmediata y exclusivamente con respecto de este.

2.2. Clases

Por la fuente, la representación puede ser: convencional, legal o judicial.

Por la amplitud, la representación puede ser: general o especial.

2.2.1. Representación convencional

Tiene su origen en el mandato, por el cual, una persona se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta del mandante.

La representación convencional es la que emana de un acuerdo de voluntades en virtud del cual una de las partes le otorga a la otra su representación para la celebración de actos jurídicos, también se le llama voluntaria. Parte de la hipótesis de que alguien, aún estando en situación de gestionar por sí los propios negocios y de declarar por sí la propia voluntad, quiera conferirle a otro (representante) por comodidad propia; o para poder estipular negocios simultáneamente en varios lugares sin tener que participar en ellos personalmente; o porque tenga que ausentarse de un determinado lugar, cuando en este debe estipularse un negocio; o para evitarse el fastidio de ponerse en contacto personal con terceros. El adjetivo de “voluntaria” se adopta para indicar que la representación depende únicamente del consentimiento del interesado, el cual es árbitro de decidir en primer lugar si concertar o no el acto o contrato por medio de otra persona y además para escoger a la persona que le haya de sustituir en la celebración del negocio.

La representación convencional o voluntaria supone, pues, necesariamente que el “dominus” sea una persona capaz y tiene como sustento la autonomía de la voluntad. Por eso, la representación va dirigida a producir una duplicidad de efectos, tanto con respecto al dominus como con el tercero contratante; el primero, que declara y acepta como propios los efectos del acto concertado por su representante y el segundo, que

tiene conocimiento de que el acto celebrado con el representante interesa al representado.

Una de las características de la representación voluntaria es el otorgamiento del poder, lo cual, en doctrina es un acto jurídico unilateral y receptivo; el otorgamiento del poder es un acto jurídico autónomo relacionado con el negocio causal concluido entre el representado y el representante y por el cual es facultado u obligado el último a la representación y autónomo en relación con el negocio principal realizado por el representante. No es contrato entre poderdante y apoderado como el mandato, sino un acto jurídico unilateral. Esta distinción es de interés ya que siendo unilateral el acto de otorgamiento del poder, el representante podrá o no hacer uso del poder de representación.

El representado y su representante pueden vincularse jurídicamente por un contrato de prestación de servicios, por un contrato de mandato, por un contrato de obra o por cualquier otra relación contractual, respecto de la cual el otorgamiento del poder se constituye en un acto que se adiciona. A este acto se le denomina procura o acto del conferimiento del poder, describiéndose el mismo, como el acto por el cual se enviste a otro de la cualidad de representante, es decir, se le confiere el respectivo poder y se delimita el contenido del contrato y los límites caen de dicho poder. La doctrina lo denomina también acto de apoderamiento.

El apoderamiento se puede definir como el acto jurídico por virtud del cual el dominus negotii o principal concede u otorga voluntariamente a otra persona un poder de representación. Es un negocio unilateral, en la medida que para su existencia, validez y eficacia se requiere únicamente la declaración de voluntad del principal o poderdante y no se necesita la aceptación del apoderado, pues esta aceptación sólo será precisa para perfeccionar el contrato que pueda subyacer entre las partes y la relación representativa que entre ellas se crea (verbigracia mandato), por último, se estima que el apoderamiento se considera como negocio receptivo, en el sentido de que para su validez y eficacia no basta sólo la existencia de la declaración de voluntad

del poderdante sino que es menester que esta declaración de voluntad haya sido emitida y dirigida a otra u otras personas.

2.2.2. Representación legal

Tiene su origen en la ley, por la cual una persona debe realizar ciertos actos jurídicos en interés de otra cuando esta no puede o se incapacite. La representación legal, también llamada necesaria, tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico respecto de los derechos subjetivos de las personas naturales y de las personas jurídicas, las primeras que por carecer de capacidad de ejercicio o por situación de hecho requieren de la cautela de sus intereses; o por su condición de entes abstractos, las segundas, cuando en la ley de su creación se ha previsto el modo de ejercer sus derechos ante determinadas situaciones.

Se considera que la representación legal se funda en la necesidad de dar medios de manifestación a los incapaces, como por ejemplo a los menores y a los interdictos, a los ausentes y a los que no tienen personalidad física como las personas jurídicas.

Tratándose de personas naturales, la representación legal tiene por objeto hacer posible la participación de los incapaces en la vida jurídica. Por ello, la representación reposa en el derecho objetivo y esta supeditada a la ley, la que le impone las facultades de las que puede hacer uso el representante, así como sus obligaciones. Así, son representantes legales, los padres respecto de los hijos menores o incapaces y aún de los que están por nacer en ejercicio de la patria potestad; lo son también los tutores respecto de los menores no sometidos a patria potestad; en todos estos casos la capacidad de goce existe en la persona del representado, pero este por razón de su falta de capacidad de ejercicio no puede celebrar por sí el acto jurídico.

La falta de capacidad del sujeto requiere de la protección del ordenamiento jurídico, lo que da lugar a la representación legal, aun cuando, como en el caso de los tutores, pueden ser escogidos, pero sin que a su designación concurra la voluntad del

incapaz que va a ser representado. La voluntad del representante, de conformidad con las facultades que le confiere la ley, es la que da lugar a la formación del acto jurídico, cuyos efectos van a estar dirigidos al incapaz representado.

La representación legal, se da también respecto de las personas jurídicas, cuando ellas no han otorgado un poder de representación. En este caso la ley cautela sus derechos e intereses atribuyendo el carácter de representantes a quienes por razón de sus funciones se consideren llamados a ejercerla, como ocurre por ejemplo ante un emplazamiento judicial.

Puede apreciarse que a la representación legal concurren los elementos integradores del concepto de representación que hemos dejado delimitado, esto es, sus requisitos. Existe una declaración de voluntad propia que es la del representante legal, que interviene en nombre e interés del representado “contemplatio domini”, lo que es de conocimiento del destinatario de la declaración de voluntad, si es el caso y con facultades suficientes para que los efectos del acto celebrado se dirijan al representado.

2.2.3. Representación judicial

Se establece a través del mandato judicial que nombrará a un representante, con el nombre técnico de curador, que cuidará los intereses de las personas ausentes, en las particiones de los bienes, en el proceso, etc. La representación judicial se deriva de una resolución judicial dictada frente a una imposibilidad material como por ejemplo el ausente (persona que no se encuentra en su domicilio ni se tiene noticias de su paradero) que no tiene representante ni mandatario, en este caso, el juez a solicitud de parte interesada puede pedir que se le nombre un representante legal.

2.2.4. Representación general o amplia

Hay representación general o amplia cuando el representante está autorizado a realizar todo acto jurídico.

2.2.5. Representación especial

Hay representación especial cuando el representante está designado para realizar sólo ciertos actos jurídicos.

2.13 La voluntad en la representación

2.3.1. Presentación de la voluntad

Para que exista representación es esencial que el representante manifieste su propia voluntad y que quede trazada la distinción entre la voluntad de quien hace la declaración de la de aquel en nombre de quien la hace. Explica la doctrina, que es indispensable que el representante manifieste su propia voluntad en sustitución de la del “dominus”, puesto que de otra forma faltaría el elemento esencial para la formación de cualquier negocio jurídico: el consentimiento.

De no cumplirse este requisito y cuando quien interviene en un acto jurídico no emite su propia voluntad, sino transmite la voluntad de otro, es decir, declara la voluntad de quien recibe el encargo, es la figura de nuncio, emisario o mensajero. La misma doctrina dice que esta forma de intervención equivale al envío de una carta, de una carta parlante y que por ello queda en el fondo como un extraño a la celebración del negocio que se concierta en realidad por los interesados. El indicio característico que permite normalmente reconocer la figura del nuncio, consiste en la simplicidad del cometido que se le confía y en el hecho de que no goza de iniciativa alguna al dar forma a la declaración, ni de libertad de apreciación en cuanto a la oportunidad de celebrar el negocio; no la tiene tampoco cuando haya recibido instrucciones alternativas en previsión de situaciones diversas que hayan de constatarse por él, o incluso disfrute de libertad de elección dentro de una determinada órbita.

La representación sin voluntad propia no da lugar, pues, en sentido estricto, a la figura de la representación. El representante propiamente dicho no puede ser un simple

órgano trasmisor, ni siquiera cuando debe obrar dentro de los límites de las instrucciones recibidas, es la declaración de su voluntad la que da lugar a la formación del acto jurídico.

Ahora bien, atendiendo a que el representante declara su propia voluntad, es necesario detenerse en la capacidad por ser ésta uno de los requisitos de validez del acto jurídico.

2.3.2. Capacidad en la representación

Según la doctrina, el representante tiene necesidad de poseer la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio para el contrato que celebra a nombre de otro, aunque el efecto del mismo no se produce con respecto de su persona; va de sí que debe tener discernimiento bastante para hacer una declaración propia. Se considera que el representante requiere necesariamente capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce del representado, aún si se trata de sujeto incapaz de ejercicio, es la que le permite adquirir la titularidad de los derechos o de las obligaciones emergentes del acto celebrado por su representante. Por esto, la representación es posible en la generalidad de los actos jurídicos, salvo en aquellos en que por disposición de la ley no sea posible celebrarlos por representante. Así lo dispone el Artículo 1686 del Código Civil, que consagra la representación como una regla general con las excepciones que taxativamente señale la ley. Así, por ejemplo, el testamento, en cualquiera de sus formas, no puede ser otorgado por representante, requiere de la directa participación de quien desea dejar declarada su última voluntad (Artículo 1688 del Código Civil).

Situación muy particular se presenta con el matrimonio. Según el Artículo 85 del Código Civil, el matrimonio puede contraerse por apoderado especialmente autorizado por escritura pública, con identificación de la persona con quien ha de celebrarse y contener declaración jurada de las cuestiones que se señalan en el Artículo 93,

asimismo, establece que la revocación del poder en el presente caso no surte efectos si fuera notificada legalmente al mandatario cuando el matrimonio ya estuviere celebrado. Por consiguiente, el matrimonio es nulo si el poderdante revoca el poder o deviene incapaz antes de la celebración, siempre y cuando se hubiese notificado.

2.4. Vicios de la voluntad en la representación

2.4.1. La atribución indebida de la representación

Es el caso de que alguien se atribuya una representación que no tiene. Esto ocurre, cuando alguien, presentándose como representante, utiliza indebidamente el nombre del pretendido representado, del cual no ha recibido conferimiento de poderes. A un representante sin poder se le denomina pseudo-representante (*falsus procurator*), a quien algunos autores describen como la persona que lleva a cabo un acto de injerencia o de invasión de la esfera jurídica ajena, sin que nadie la autorice para ello y sin que concurra, por consiguiente, ninguna causa de justificación.

La doctrina es uniforme en señalar que esta injerencia indebida en la esfera jurídica ajena es ilícita. Sin embargo, pese a esta ilicitud y a la defensa que es menester llevar a cabo de la esfera jurídica invadida, el ordenamiento jurídico no debe adoptar medidas radicales y más bien debe esperar a comprobar cuáles son los resultados que de ese actuar ilícito se pueden derivar.

2.4.2. El exceso de los límites o violación de las facultades

Todo representante, legal o voluntario, tiene las facultades que le confiere la ley o le ha otorgado el interesado. Es así que la ley o el acto del conferimiento del poder le sirven de título para legitimar su actuación y al mismo tiempo, le determinan los límites de la representación, obligándolo a actuar con arreglo a las facultades de que se le ha investido. El exceso de los límites de las facultades o la violación de éstas, se produce cuando el representante no se atiene a los términos estrictos del título de su

representación o cuando no respeta los límites, tanto de contenido como temporales en el ejercicio del poder y extiende su actividad a extremos para los cuales no ha sido facultado. En tales casos, anota Nicolás Stolfi, “el negocio representativo no produce efecto alguno, ni favorable ni perjudicial, para el dominus, pues el representante no ha actuado dentro de los límites de la autorización”¹⁶.

Francesco Messineo precisa, “que el exceso de los poderes conferidos y la violación de la procura, no son idénticos. El exceso implica sobrepasar los límites de los poderes, principalmente en sentido cuantitativo, violación es obrar en disconformidad con tales poderes, principalmente en sentido cualitativo, esto es, del contenido”¹⁷.

2.5. Pluralidad de representantes

Un fenómeno frecuente en la práctica es el que la representación de una persona se otorgue o se confiera a más de un representante, esto es, que la representación puedan ejercerla varias personas, generándose, así, la figura de la pluralidad de representantes. El Artículo 1694 del Código Civil, establece: “No se puede ejercer al mismo tiempo poder de varias personas cuando entre estas hay colisión de derechos...”, es decir, si hay oposición de ideas o intereses entre ellas. Así el Artículo 1701 del mismo cuerpo legal, preceptúa: “El poder que se da a dos o más personas será ejercitado conjuntamente si el mandante no expresó que se ejercite por separado.”.

Al tratar sobre la pluralidad de mandatarios, se hace bajo las modalidades del mandato sucesivo, cuando es ejercido por una persona tras otra, en el orden en que aparecen nombrados; del mandato conjunto, cuando todos deben intervenir concordando una sola voluntad; del mandato independiente, cuando cualquiera puede actuar, sin requerir de la intervención de los demás mandatarios; y del mandato

¹⁶ **Derecho civil**, pág. 265

¹⁷ **Manual de derecho civil y comercial**, pág. 322

distributivo, cuando el encargo a cada uno de los mandatarios es para la práctica de actos diferentes.

Entonces se puede decir que la pluralidad de representantes consiste en que existen varios representantes que se presume lo son indistintamente, salvo que expresamente se establezca que actuarán conjunta o sucesivamente o que estén específicamente designados para practicar actos diferentes.

2.5.1 Responsabilidad solidaria de los representantes

Como puede apreciarse, porque así se infiere de lo hasta aquí expuesto, la representación directa con poder se centra en un variado sistema de relaciones: a) la relación entre el representado y el representante que da lugar al poder de representación; b) la relación entre el dominus y el tercero contratante; y c) la relación del representante con el tercero contratante. La representación se constituye, por ello, en una figura autónoma, que opera por sí misma y que legitima al representante para actuar en virtud del poder, quien debe hacerlo dentro de los límites del encargo recibido.

El representante asume, pues, responsabilidades respecto del representado y del tercero contratante, así como por la relación que propicia entre ambos. En cuanto a la responsabilidad del representante, cabe señalar que si el representante ha obrado en forma perjudicial al representado, éste no queda desobligado frente al tercero contratante pero tiene expedida su acción contra el representante por el perjuicio ocasionado. Por otro lado, si el acto practicado por el representante lo ha sido excediéndose de las facultades que le han sido otorgadas, en principio, *res inter alios acta*, queda obligado ante el tercero contratante a ejecutar la obligación -por no repercutir ésta en el esfera jurídica del representado- o a responder por los daños y perjuicios.

Si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común.

Como puede apreciarse se trata de responsabilidad solo frente al representado por la modalidad en que se ha ejercido la representación, pues la responsabilidad por el ejercicio de las facultades esta establecida en los Artículos 1690, 1691, 1692 y 1693 del Código Civil.

2.6. Efectos de la representación

El representante, en virtud de la autorización que recibe del principal, adquiere la facultad de adquirir derechos y asumir obligaciones sin que él devenga parte o interés directo en tales obligaciones y derechos, pero además la actuación del representante, al obrar por y a nombre del representado, es o debe ser conocida del tercero con quien trata. El efecto de la representación consiste, en que el acto realizado por el representante a nombre del representando produce efectos jurídicos, activos y pasivos, directamente en este último, quedando el representante absolutamente excluido tanto de los derechos como de las obligaciones. Desde el punto de vista subjetivo o funcional, se distingue la representación por la presencia de dos partes (representado y representante) y de un negocio cuando menos. Desde el punto de vista objetivo o interno, la representación es un negocio de relación que permite el comercio jurídico mediante la intervención de una persona que no es la realmente interesada en los negocios que celebra con terceros, sino un vehículo o instrumento de que se vale el representado para actuar y vincularse directamente con dichos terceros.

De acuerdo con lo anterior tenemos, en primer lugar, un negocio jurídico -el poder o apoderamiento- del que nace la atribución de poderes o facultades al representante, que siempre es unilateral, puesto que se otorga y perfecciona por la voluntad exclusiva del representado, sin que el consentimiento o la aceptación del representante agregue nada a la perfección de tal apoderamiento. En este sentido, se

argumenta que la aceptación del poder es una declaración indiferente para el derecho, o bien, la declaración de que se asume la obligación de ponerlo en práctica, es decir, un elemento que reside fuera del negocio constitutivo del poder y que pertenece a la relación de mandato. Tenemos, en segundo lugar, el negocio representativo mismo, es decir, aquel en el que interviene el apoderado -y no el poderdante- el cual, como dice Alfredo Rocco, “encierra únicamente la declaración de voluntad del representante”¹⁸.

El estudio de la representación, consecuentemente, plantea como temas fundamentales, el negocio del que surge (apoderamiento) y aquel en el que se manifiesta (el celebrado por el apoderado con el tercero); pero, además, como cosa secundaria si se quiere, pero conveniente y hasta necesaria, plantea y supone el estudio del negocio o relación interna del que surge o con el que se conecta la representación; es decir, el estudio de los negocios jurídicos voluntarios que normalmente sirven de fuente a la representación, de los que, los más frecuentes son el mandato, la comisión, la factoría, la ratificación, el contrato de sociedad, ninguno de los cuales se identifica con la representación. En dicha relación interna, principal y obligado son partes y generalmente ella tiene como objeto y contenido la gestión del representante por cuenta o interés del principal; es decir, la celebración de una actividad jurídica no en beneficio del gestor sino de aquél en cuyo interés éste obra. De esta relación, el poder o apoderamiento constituye un pacto autónomo que se agrega y que impone que el gestor, no sólo obre por cuenta o en interés del dueño, sino también que sustituya a éste y obre a nombre del principal o dueño. En todos los casos el representante y sólo él, formula y declara la voluntad inmediata y completa de realizar el negocio jurídico; la actividad jurídica del representante no consiste en completar la voluntad de apoderamiento, ni en transmitirla sin alteración sino en concebir y formular siempre la inmediata disposición jurídico-voluntario en su totalidad. El principal no tiene nunca la voluntad inmediata de la declaración, sino solamente la voluntad de que el representante cree el negocio jurídico mediante su propia decisión relativamente tanto el resultado como a la acción.

¹⁸ **La sentencia civil, la interpretación de las leyes procesales**, pág. 143

2.7. La representación y el mandato

La representación es una institución jurídica por la cual una persona actúa expresando su voluntad pero en interés de otra persona (el representado) recayendo los efectos jurídicos de esa actuación directa y retroactivamente en el círculo jurídico del representado.

El mandato se distingue de la representación y del apoderamiento, porque el mandato constituye la fijación de la naturaleza y contenido de las facultades y los efectos del ejercicio de la representación. El mandato constituye el contenido de facultades que una persona (física o jurídica) otorga a otra persona para su ejercicio.

El mandato es un contrato que tiene lugar cuando una persona da a otra el poder, que esta acepta tácita o expresamente, para representarla al efecto de ejecutar en su nombre y por su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esa naturaleza.

2.8. El poder o procura

El acto o manifestación de voluntad de una persona que concede facultades a otra para que la represente, constituye el poder o la procura. Se trata de un acto o negocio unilateral, pues deriva solamente de la voluntad del representado y a dicho acto es ajena, en cuanto a su perfección, la voluntad y el consentimiento del apoderado o representante; el poder otorgado es perfecto y nada disminuye su validez ni su eficacia el hecho de que el apoderado a quien se dirige, lo acepte o lo rechace o que ejercite o deje de ejercitar el poder relativo. Sin embargo, en algunos negocios representativos se exige, además de esta manifestación previa del representado, aceptación del representante, a efecto de que exista y se plantee la relación representativa; es el caso del administrador en materia de sociedades o del gerente de una empresa social. Es, por otra parte, la procura, un acto autónomo e independiente de otras relaciones a las que frecuentemente acompaña con las que suele manifestarse y que pueden precederla o concurrir con ellas, como son aquellos contratos de gestión

como el mandato en que el gestor o mandatario se obliga a realizar una cierta actividad (material o jurídica) por cuenta o en interés del dueño o mandante, o bien, aquellos otros negocios como la sociedad en que los órganos sociales requieren de personas que a nombre y por cuenta de la persona moral, celebren o ejecuten actos y negocios. El poder, como otorgamiento de facultades, es un negocio abstracto, ajeno al negocio que lo incluya o el negocio ulterior que tiende a realizar (y desde este punto de vista el poder es también un acto o negocio previo de otro posterior) y es frecuente que se identifique en la doctrina con la representación voluntaria misma, es decir, no se le consideraría como una de las fuentes de la representación sino como la única fuente de donde ésta surge. Hay negocios y actos esencial o naturalmente representativos, es decir, que otorgan y atribuyen al representante la facultad de celebrar actos a nombre del principal, los cuales obligan a éste, y que dichos actos son bilaterales, no constituyen el poder, ni consisten solamente en el apoderamiento, sino en esto y algo más, como el nombramiento de factor quien es un auxiliar del comerciante o empresario para el cual se exige la aceptación para que opere y se perfeccione el negocio representativo. No obstante, el apoderamiento o poder es ineludiblemente la fuente prevaleciente de mayor importancia y la que acompaña a los actos y negocios que tradicionalmente se han considerado como representativos.

2.9. Revocación del poder

El Código Civil establece que el mandato es esencialmente revocable. La revocación del poder es ad nutum, es decir, por simple acto de voluntad y por ello es un acto jurídico unilateral. En la representación legal la revocación puede producirse por voluntad del menor al alcanzar la mayoría de edad o por el incapaz al cesar en su estado de interdicción; puede además ser revocada por las personas que llamadas por ley, deben velar por los intereses del incapaz. En la representación convencional, es el propio interesado el llamado a revocar el poder. El fundamento de revocabilidad parece ser claro siendo la confianza la base de la relación representativa es justo que el representado pueda destruir aquella relación cuando esta confianza haya desaparecido, pues existe un evidente intuitus personae, es decir, la confianza es la razón de la

revocabilidad del poder. El Código Civil en el Artículo 1717 establece como una de las causas de terminación del mandato la revocación, consagrando el principio general de que “el poder puede ser revocado en cualquier momento”; además establece normas adicionales tales como que la revocación deberá ser notificada tanto al mandatario como a las personas interesadas en el asunto o negocio pendiente, así como que la revocación notificada únicamente al mandatario no puede oponerse a terceros que ignorándolo hubieren tratado con él y así lo prueben. O sea, la revocación comunicada solo al representante no puede ser opuesta a terceros.

La revocación implica la extinción del mandato. La regla general es la revocabilidad de la representación, aún cuando haya sido otorgada con cláusula de irrevocabilidad, pues como indica Nicolás Stolfi, “nada puede constreñir al dominus a tolerar, si no quiere, que otro contrate por él”¹⁹.

2.10. Poder irrevocable

Cuestión aparte es la irrevocabilidad del poder. La representación puede ser irrevocable, como señala Francesco Messineo, “en los casos en que haya sido conferida, o en interés predominante del mismo representante, o en interés común del representante y del representado, o en interés de un tercero, distinto del representado, o finalmente, en interés del representado y del tercero”²⁰.

2.11. Renuncia a la representación

La relación representativa también puede extinguirse por voluntad unilateral del representante y tiene su expresión en la renuncia. Luis Díez Picazo la funda en el *titulus personae* y en la confianza y sostiene: “Así como el representado puede poner término a ella mediante la revocación, también puede hacerlo el representante mediante la renuncia”²¹. La renuncia viene a ser, pues, una extinción del vínculo representativo por

¹⁹ **Ob. Cit;** pág. 225

²⁰ **Ob. Cit;** pág. 213

²¹ **Sistema de derecho civil,** pág. 120

obra de la exclusiva y libre voluntad del representante, constituyendo también, por ello, un acto jurídico unilateral que, al igual que el de la revocación, es también de carácter receptivo.

El Código Civil se ocupa de la renuncia del representante en el Artículo 1717 numeral 4º del tenor de la norma se deducen dos situaciones. En la primera situación, si con la comunicación de la renuncia del representante no se invoca un impedimento grave o una justa causa se asume responsabilidad por los daños y perjuicios que se irroge con el apartamiento al representado, pues el representante debe continuar con la representación hasta su reemplazo, habiendo que advertir que la comunicación es cualquier medio idóneo de poner la renuncia en conocimiento del representado; la justa causa puede consistir en el incumpliendo de obligaciones a cargo del representado generadas con la relación originaria de la relación representativa y que el impedimento grave puede consistir en causas de fuerza mayor o fortuitas. En la segunda, la notificación debe entenderse efectuada por conducto judicial o notarial.

No obstante el Artículo 1708 del Código Civil indica que el apoderado una vez haya aceptado el mandato no puede renunciarlo sin justa causa cuando hubiere negocios pendientes de cuya interrupción pueden resultar perjuicios al mandante y si lo renuncia, debe continuar con la gestión de los asuntos que estén pendientes hasta que se le reemplace. Así pues, también el Código regula la situación de las causas incompatibles para el ejercicio del mandato ya que si el mandante no ha designado nuevo mandatario lo nombrará el juez bajo su responsabilidad, pero con la salvedad que es únicamente para solventar los asuntos de carácter urgentes (Artículo 1709).

2.12. Sustitución de la representación. Sustitución del poder

La sustitución consiste en la delegación que hace el representante de todas o algunas de las facultades que ha recibido para ejercer la representación. La sustitución, en sí, es una facultad.

En la representación convencional la sustitución se presenta con toda nitidez y dentro del postulado de la autonomía de la voluntad, nada obsta para que el dominus faculte la sustitución.

El Código Civil se ocupa de la sustitución en los Artículos 1707, 1709, 1720 y 1721. Así, el Artículo 1707 establece que el representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución; el Artículo 1709 regula la inhabilitación e incompatibilidad del mandatario que no nombró sustituto, en cuyo caso lo nombra el juez; el Artículo 1720 preceptúa que equivale a revocación el mandato que no exprese que queda vigente el anterior y el Artículo 1721 la revocación implica revocación de poderes y sustituciones.

Como puede apreciarse de las normas citadas, la sustitución es una facultad que debe otorgarse al representante, pudiendo el representado designar o no a la persona del sustituto, en cuyo caso el ejercicio de esta facultad no acarrea responsabilidad para el representante. Si la persona del sustituto no es designada por el representado -en el acto del conferimiento del poder, pues de no ser así habría subapoderamiento y no una facultad de sustituir- el representante puede o no ejercer la facultad de sustitución; si lo hace, es responsable por las instrucciones que imparta y por los actos del sustituto, pudiendo el representante accionar directamente contra el sustituto sin perjuicio de acumular la acción contra el representante. Aunque la responsabilidad no es solidaria entre el sustituido y el sustituto por no haberlo así establecido el Código, puede el representado al conferir la facultad de sustitución, establecerla, si así lo hace constar expresamente.

Una situación especial plantea el Artículo 1721 del Código Civil, en relación al “pacto distinto” que le impide al representante, reasumir la representación cuando revoca el poder otorgado al sustituto. Se trata de un pacto vinculado a la relación representativa y sobre el cual Luis Díez Picazo, señala que “puede hablarse de una sustitución de poder en sentido propio y de un subapoderamiento, éste último como una

delegación revocable, que deja intacta la posición del apoderado”²². La sustitución de poder en sentido propio y específico, en cambio, consiste en un traspaso de facultades, no revocable, que el apoderado efectúa a favor de una tercera persona, quedando él, en virtud de tal acto, automáticamente fuera de la relación jurídica que mantenía con el dominus negotii. Puede entenderse, pues, que el Artículo 1721 citado plantea la sustitución como un subapoderamiento, como una delegación revocable que deja intacta la posición de apoderado o representante pero confirmada expresamente por el poderdante.

2.13. Acto jurídico consigo mismo

El acto jurídico consigo mismo es una figura necesariamente vinculada a la representación. Se presenta cuando el representante, en ejercicio del poder que se le ha conferido, celebra un acto jurídico en nombre de su representado y en el que se constituye, a su vez, en contraparte. Se trata, pues de un acto bilateral en el que las manifestaciones de voluntad que deben confluir emanan de una misma persona: de un lado la voluntad expresada en el ejercicio de la representación y de otro, la suya propia.

Se presenta también cuando una misma persona representa a otras dos que celebran un acto jurídico cuya conclusión se debe a la sola voluntad del representante común. Así, por ejemplo, en el primer caso, si el representante tiene facultad de vender una cosa de propiedad del representado y él la compra; en el segundo, si teniendo facultades de vender y comprar de dos personas distintas, el representante celebra el contrato en representación de ambas.

Por la convergencia de intereses en una sola persona, es que la doctrina considera que en el acto jurídico consigo mismo se puede producir un conflicto de intereses. Así, Francesco Messineo estima “que se da tal conflicto de intereses cuando el representante, en lugar de perseguir los intereses del representado, persigue, mediante la estipulación del negocio, intereses suyos propios, o bien intereses de otro

²² **Ibid**, pág. 312

que no sea el representado, sin que éste de su asentimiento”²³. Emilio Betti, que califica la figura como un abuso del poder en la representación, considera que “tal abuso se pone de manifiesto en el negocio celebrado por el representante para regular relaciones entre él mismo y el representado”.²⁴ En atención a que el poder-representación se da en la confianza de que el representante lo ha de utilizar sólo en interés del dominus, considera que tal proposición le impone cuidar escrupulosamente de que no surja ningún conflicto entre su interés y el del dominus.

El Código Civil no legisló sobre el acto jurídico consigo mismo cuya denominación mas difundida en la doctrina y la legislación es la de contrato consigo mismo o autocontrato.

El Código Civil establece que el negocio jurídico requiere para su validez capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto licito; así también establece que la manifestación de voluntad resulta de la presunción de la ley, además de ser expresa o tácita, anotando que es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, dolo, simulación o de violencia. Así pues, el ejercicio de la acción le corresponde al representado.

Nuestro ordenamiento civil no regula la figura del acto jurídico celebrado consigo mismo, pero es larga la discusión doctrinaria en torno a la posibilidad jurídica de que una sola persona pueda prestar las manifestaciones de voluntad requeridas para la eficacia de una convención o acto bilateral y el peligro que la misma doctrina ha señalado en cuanto a que el representante pueda hacer prevalecer su propio interés en detrimento del de su representado.

De lo anteriormente establecido se deduce que para que el representante pueda celebrar el acto jurídico consigo mismo, en nombre propio y como representante de otro, la ley debe permitirselo o el representado haberlo autorizado específicamente, o

²³ **Ob. Cit**; pág. 340

²⁴ **Teoría general del negocio jurídico**, pág. 152

que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses, ya que de no darse estos requisitos, el acto jurídico es anulable.

Puede apreciarse, en principio, que el acto jurídico celebrado consigo mismo puede tener eficacia. En el caso de la representación legal, debe la ley permitírsele al representante; en la representación convencional debe existir una autorización específica, es decir, designarse concretamente el acto para el cual se otorga la autorización, o que el contenido del acto haya sido determinado de modo tal que se excluya la posibilidad de un conflicto de intereses, esto es, que no de lugar a imputar al representante haber actuado en detrimento del interés de su representado.

CAPÍTULO III

3. Derecho de menores

3.1. Conceptualización

Describir al derecho de menores sin antes definir el elemento humano a quien se aplica sería tan cruel como la misma inquisición, condenando de oficio, sin derecho a defensa y sin presencia del autor; por lo que debemos primero definir lo que es niño, institución que en este trabajo de investigación se consignará así por razón de género.

De conformidad con el Artículo 1º de la Convención Sobre los Derechos del Niño "... se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad."

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República, en su Artículo 2, establece: "... se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad, y adolescente a toda aquella desde los trece años hasta que cumple dieciocho años de edad."

La Constitución Política de la República de Guatemala no emplea específicamente el concepto de niño o niña, utiliza el término de menores de edad para referirse a este grupo de personas.

En la legislación latinoamericana, aún se utiliza el término menores y toda la bibliografía también así lo refiere, no obstante, que la Convención Sobre los Derechos del Niño contiene la doctrina de la protección integral, la cual asume, que no se puede considerar a un ser humano inferior por motivo de edad. En muchos casos se aplica la palabra menor al tenor de la letra, o sea, menor en derechos, menor en garantías, etc.

Debido a lo anotado, nuestra investigación utiliza la palabra menor, sin intención de ofender o menoscabar los derechos de los niños y jóvenes, única y exclusivamente cuando se consideren notas textuales y leyes o doctrinas.

Del derecho de menores, doctrinariamente, existen un sin fin de definiciones, las cuales contienen diferentes elementos.

Se cree que las definiciones más acertadas, las refieren los siguientes autores:

Para Oseas Mendizábal “Es un derecho singular, eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que inicia con la mayoría de edad, para integrarla armónica y plenamente en la convivencia social”²⁵.

Al analizar la definiciones doctrinarias sobre el derecho de menores, apreciamos que los autores, solamente lo consideran, como un derecho tutelar y de protección de un sector de la totalidad de la población infantil, o sea, a los niños y adolescentes que transgreden la ley y los que están en riesgo o peligro social, olvidando que el derecho de menores atañe a toda persona menor de edad, sin hacer distinción de la situación en que se pueda encontrar.

Una definición un tanto más actualizada, podría estructurarse como el conjunto de principios, doctrinas, instituciones y normas jurídicas que, basadas en la protección integral, tienen por objeto regular las relaciones y el comportamiento de la niñez y juventud como personas, sujetos de derechos y miembros activos de la sociedad, sea de conducta transgresora, con necesidad de protección social o bien niños, niñas y jóvenes que se desarrollan normalmente en el seno de su hogar, con el fin primordial de garantizarles sus derechos y obligaciones.

²⁵ **La política de la juventud**, pág. 210

3.2. Autonomía

El derecho de menores, como cualquier otro derecho, goza de autonomía científica, legislativa y didáctica.

- Autonomía científica

Consiste en el sistema de categorías elevadas a teorías y las sugerencias formuladas por los especialistas que le dan una fisonomía propia al derecho de menores.

- Autonomía legislativa

Radica en que cuenta con un sistema normativo jerarquizado y tiene sus propias fuentes formales creadas por el legislador.

- Autonomía didáctica

Se refiere a la incorporación de esta rama del derecho dentro de los planes de estudio de las universidades.

El derecho de menores es una rama jurídica que debe formar parte de nuestra doctrina nacional y de la legislación interna, como un derecho autónomo y no como un derecho aleatorio al derecho penal o al derecho civil.

Asimismo, debe incorporarse al pensum de estudios de las distintas facultades de derecho de las universidades guatemaltecas, ya que la transgresión ha crecido, especialmente, en el sector de los jóvenes y niños.

3.3. Naturaleza jurídica

El derecho de menores es una rama relativamente nueva, por lo que no existe mucha doctrina acerca de la misma.

Algunos autores como D'Antonio y Daniel Hugo, consideran que pertenece a la rama del derecho privado.

Otros autores en cambio, sostienen que es parte del derecho público, debido a que la mayor parte de las instituciones que lo integran son de orden público.

Hay quienes lo ubican en una tercera posición denominada derecho social, en virtud de que contiene una parte pública y otra parte privada, en las que predominan cada día más las primeras, debido al interés que los Estados tienen de proteger integralmente al menor de edad.

En nuestro medio, el desarrollo y evolución del mismo depende totalmente de la planificación y ejecución de políticas que garanticen la protección integral de la niñez y juventud, basados en la observancia de lo que indica nuestra Carta Magna, así como los convenios internacionales ratificados y aprobados por Guatemala, en el marco de los derechos humanos.

3.4. Antecedentes históricos

Esta rama jurídica es relativamente nueva, a pesar de ello, siempre existieron disposiciones que regularon de alguna forma la conducta de la niñez y la juventud durante las diferentes etapas de la evolución histórica de la humanidad y del derecho.

Dentro de su historia, es importante mencionar algunos antecedentes como por ejemplo, las Leyes de Manú, en la India, que fueron leyes eminentemente represivas,

que dictaba el Rey y que eran aplicadas a los niños que depositaban basura o escombros en la vía pública.

En Siria y Persia, cuando los padres cometían algún delito, la responsabilidad alcanzaba a los hijos, pues estos sufrían los mismos castigos sin consideración alguna. Esta regulación también se observó en la civilización egipcia.

Por su parte el pueblo hebreo sancionaba con la pena de lapidación al hijo perverso y rebelde.

En la Antigua Grecia, la minoría de edad gozaba de ciertas prerrogativas, en algunos delitos, sin embargo, se aplicaba mucha severidad como en el caso de un homicidio; no contemplaban el principio de la ausencia de discernimiento entre lo bueno y lo malo ni excluía ni atenuaba la penalidad.

En Roma, las XII Tablas, distinguieron a los impúberes de los púberes, instituyendo límites para determinar la capacidad penal. Así, los delitos cometidos por púberes eran sancionados severamente, mientras que los impúberes sufrían de un castigatio (por vía de policía y eran obligados al resarcimiento del daño), o bien, se les aplicaba la verbatio (amonestación) por delitos menos graves.

Más tarde en el Derecho Justiniano, se distinguieron tres categorías de menores de acuerdo con la edad: la infancia, que llegaba hasta los siete años, época en la que el niño era considerado absolutamente irresponsable, aún cuando cometiera homicidio no era castigado; los impúberes, formaron la segunda categoría, que comprendía a los varones hasta los 10 años y medio y a las mujeres hasta los nueve años y medio, período durante el cual conservaban la condición de los infantes por considerarse que estaban proximus infantia; sin embargo, a partir de estas edades, hasta los 14 años para los varones y 12 para las mujeres (período en que se alcanzaba la pubertad) era necesario probar la falta de discernimiento para declarar la responsabilidad; y por

último, encontramos a los menores, cuyas edades oscilaban entre los 14 a los 18 años y se les penaba con menor rigor que a los adultos.

Durante la Edad Media, perdura la influencia romana, pero la punición de los menores por regla general era dura y cruel.

En el Siglo XVI, en algunos países aparecen disposiciones encaminadas a la educación y reforma de los jóvenes delincuentes, por ejemplo: la ordenanza de Nuremberg (1478) que ordenó que los niños no corrompidos sean alejados del padre inmoral y educados en la ciudad o en la campiña próxima. Sin embargo, se dan alternativas de suavidad y de humana dureza durante los Siglo XVI y XVII.

Así encontramos la Ordenanza del Emperador Carlos V, que ordenó que los niños fuesen juzgados por los tribunales comunes, quienes investigan si obraron con el discernimiento y en tal caso, se les penaba conforme a la Constitutio Criminales Carolina, que establecía para tales casos una atenuación.

Se vuelve al régimen de dureza en el Siglo XVIII, pues cuando los niños o los jóvenes incurrieran en algún delito por grave o leve que este fuera, era objeto de trato duro e inhumano, debido a que se les aplicaban sanciones o castigos más allá de lo imaginable para un ser humano.

El Siglo XIX representó una etapa de singular relevancia, como consecuencia de haberse gestado durante el mismo, acontecimientos de trascendental importancia para el posterior desarrollo del derecho de menores.

El primero de esos acontecimientos lo constituyó la división que se realizaba en el universo de la infancia, que colocaba de un lado a los niños y del otro a los menores, los primeros debían encontrarse en la escuela y los segundos en el reformatorio. Pero el momento crucial de esta división (entre niños y menores) se dio con la creación, en Chicago Illinois, del primer tribunal específico para menores, el 1º de julio de 1889. Este

tribunal, se inspiró en el modelo tutelar y reformativo y observó características esenciales, tales como: la especialización del local de las audiencias basadas en la doctrina de la situación irregular, convirtiendo al derecho de menores en un derecho tutelar.

A estos hechos históricos debemos agregar, que el régimen jurídico de los menores delincuentes en esta época mantuvo como principal fundamento la división de la minoría de edad en períodos:

- El período de irresponsabilidad, durante el cual a los niños se les aplicaban medidas de educación y de reforma;
- El período de irresponsabilidad dudosa, en el que era preciso considerar el grado de discernimiento del menor al momento de cometer el delito, de comprobarse la existencia de aquel se le penaba con una atenuación, pero de no ser así, era declarado irresponsable; y
- El período de responsabilidad atenuada, en el cual el menor quedaba sometido a penas retributivas de poca duración.

Este período es de transición, ya que se contempla el surgimiento de un derecho de menores inspirado en la tutela y la reforma, que abandona el modelo represivo, duro y bárbaro heredado en épocas pasadas del derecho penal. Esto significa, que este nuevo derecho tutelar y reformador se encuentra exento de errores y fallas en el tratamiento de los niños y jóvenes cuyas conductas están identificadas con la ley penal.

Eugenio Cuello Calón, refiere que “se observa un derecho de menores más humano (en cuanto a sanción se refiere), que busca dar respuesta, bajo el eufemismo de tutela y protección, a la problemática y necesidad que afrontan hoy en día tanto la

niñez como la juventud, en el seno de una sociedad adulta que nunca los ha considerado como personas sujetos de derecho sino como objeto del mismo.”²⁶

Los derechos del niño han sido regulados durante el presente siglo en tres momentos:

- En 1924, con la Declaración de los Derechos del Niño, también conocida como Declaración de Ginebra, en donde hombres y mujeres de todas las naciones reconocieron estos derechos. La declaración constaba de cinco artículos.
- El 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas por unanimidad aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, la declaración constaba de 10 principios.
- El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó la Convención Sobre los Derechos del Niño. La convención consta de 54 artículos.

Asimismo, el Fondo de las Naciones Unidas Para la Infancia (UNICEF), está clasificado dentro de la Organización de las Naciones Unidas, inicialmente para actividades de ayuda especial y durante su desarrollo ha tenido tres momentos bien definidos:

El primero, es su creación, el 11 de diciembre de 1946, con el propósito de proporcionar socorro de emergencia a gran escala a las víctimas jóvenes desamparadas de la Segunda Guerra Mundial. Nació con el nombre de Fondo Internacional de Socorro a la Infancia de las Naciones Unidas.

En 1953, la Organización de las Naciones Unidas prorrogó el mandato del UNICEF y dirigió su actividad para atender las necesidades inmediatas de los niños y

²⁶ **Derecho penal**, pág. 225

madres en casos de emergencia resultantes de grandes desastres naturales, luchas civiles o epidemias. Se omitió del nombre las palabras internacionales y socorro.

En 1979, se proclamó el Año Internacional del Niño y la Organización de las Naciones Unidas, designó al UNICEF como su organismo, con el carácter principal de enfocar su actividad para alentar a todos los países a examinar sus programas de promoción del bienestar de los niños y movilizar apoyo para las medidas nacionales y locales.

3.5. Antecedentes históricos en el marco legal nacional

Durante la época colonial, los infantes estuvieron a cargo de órdenes eclesiásticas, especialmente, de la orden de los dominicos y los franciscanos, quienes les brindaron protección, evitando que fueran sometidos a servidumbre por parte de los españoles.

En época posterior a la independencia, se formalizó la casa de corrección de menores, iniciada en el tiempo de la colonia.

La protección de la infancia desvalida, se estableció por Acuerdo de fecha 21 de junio de 1854, en donde el gobierno toma a su cargo la casa de huérfanos y niños desamparados.

Durante el gobierno del doctor Mariano Gálvez, se combatió la vagancia y se legisló sobre menores, en el sentido de no tomar como delincuentes a los menores de 15 años; aunque se les trató con consideración, no se les excluyó del derecho penal. Se creó la escuela de la reforma, en donde ingresaban los menores de 18 años, convictos de delitos leves y vagos.

En la época de la reforma liberal, se llega a legislar en forma técnica y sistemática y así, el Código Penal de 1877, en su Artículo 6º indicaba: “Están exentos

de responsabilidad criminal: 1º El menor de 10 a 15 años cumplidos, cuando se decida que no ha obrado con discernimiento. Sin embargo, en caso de delito, deberá el juez enviarlos a una casa de corrección en que serán educados y permanecerán el tiempo que fije la sentencia, pero el que no podrá exceder del que falte para llegar a la mayor edad”.

Se instituyó, en el Decreto Número 188, emitido el 15 de junio de 1887, que tanto los vagos como los infractores de leyes de policía y los menores de 18 años serían enviados a casas de corrección.

Posteriormente, por Decreto Legislativo Número 850 del Presidente José María Orellana, el 25 de diciembre del 1923, se declara el Día del Niño, pero cuyo fin va muy alejado de la realidad de esa época, pues no se perseguía proteger al niño desvalido sino incentivar a las madres acomodadas económicamente, quienes podían dar un buen cuidado y alimentación sus hijos, para someterlos a concursos de niño sano, olvidándose totalmente del niño carente de recursos materiales, económicos y morales.

En 1925, la sección de menores pasó a cargo de la policía nacional y en ese mismo año se creó una sección para niñas anexas a la prisión de mujeres.

En 1931, se trasladó la referida sección a un anexo de la penitenciaría central.

Luego 1934, se emite una Ley de Protección de Menores, cuyo fin aparente, era la de proteger a la infancia.

En 1937, el Presidente Jorge Ubico establece la minoridad hasta los 15 años al promulgar la Ley de Tribunales para Menores, por medio del Decreto 2043 del Congreso de la República, que actuaban bajo la presidencia de los jueces de primera instancia del ramo penal y que estaban integrados por cuatro miembros de la comunidad, en donde tenía jurisdicción el juez y que eran designados por la Secretaría de Gobernación de Justicia. Los procedimientos no requerían de formalismos y podían

integrarse en escuelas con absoluta privacidad, evitando toda clase de publicidad que afectara al menor, ésta disposición fue muy acertada, no obstante ser de tiempos pasados, en donde el derecho de menores empezaba a surgir. De acuerdo con esta ley, el menor de 10 a 15 años con temibilidad criminal, era enviado a casa de corrección y en otros casos, se le colocaba en hogares que pudieran hacerse cargo de su educación y custodia. Al hablar de temibilidad criminal en los menores, se habla de un período represivo y retrógrado que le corresponde a la época Ubiquista.

En diciembre de 1951, se lleva a cabo la Primera Conferencia Nacional de Defensa de la Infancia, que puso de manifiesto la necesidad de transformar el centro de prevención juvenil y surgen otros centros destinados al tratamiento de los menores inadaptados sociales y de conducta irregular.

En 1969, por Decreto Número 61-69 del Congreso de la República de Guatemala, se promulga el Código de Menores, el que empezó su vigencia en 1970; este tuvo su iniciativa desde 1966 por un grupo de profesionales que estaban integrados por médicos, abogados, trabajadores sociales, pedagogos y maestros, quienes dedicaron tiempo a elaborar un proyecto de ley.

Dicho proyecto fue revisado y aceptado por el Congreso de la República en el gobierno del Licenciado Julio César Méndez Montenegro y que entró en vigor el día uno de enero de 1970.

En diciembre de 1979, se aprueba el Decreto Número 78-79 del Congreso de la República, en el gobierno del Presidente Romeo Lucas García, el cual no se ajustó a las necesidades actuales, ni a los avances de la doctrina del derecho de menores.

La regulación de la situación legal de los niños y jóvenes de Guatemala se ha basado en prototipos de leyes latinoamericanas, por lo que de suma urgencia se puso en vigor la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto Legislativo Número 27-2003 del Congreso de la República, la cual se inspira en la Convención

Internacional Sobre los Derechos del Niño, dicha norma legal protege la salud física, mental y moral de la niñez y de la adolescencia, asimismo, regula la conducta de adolescentes que violan la ley penal.

Indiscutiblemente la actual legislación se basa en una doctrina de protección integral, que tiene su fundamento en un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia, ésta doctrina condensa la existencia de cuatro instrumentos básicos: a) La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño ; b) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil -Reglas de Beijing-; c) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad; y d) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil -Directrices de RIAD-.

CAPÍTULO IV

4. Protección y cuidado de la niñez

4.1. Figuras jurídicas que se relacionan con la protección y cuidado de la niñez

Entre las figuras jurídicas que se relacionan con la protección y cuidado de la niñez, tenemos la guarda y cuidado, la patria potestad y la tutela.

4.1.1. Guarda y cuidado

4.1.1.1. Concepto

Ambos conceptos pueden dar lugar a confusiones, pues podríamos pecar de interpretarlos como sinónimos, siendo figuras jurídicas totalmente diferentes y para una mejor comprensión de las mismas las estudiaremos individualmente, no obstante que nuestro ordenamiento sustantivo civil, Decreto-Ley Número 106, las regula conjuntamente.

4.1.1.2. Guarda

Guillermo Cabanellas, la define como “la persona que tiene a su cargo la conservación de una cosa, con la observancia y cumplimiento de un mandato de ley o estatuto.”²⁷. Este concepto es bastante ambiguo, pues se refiere únicamente a cosas materiales, sin embargo, lo que interesa en el presente trabajo es la conservación de un menor como ser humano.

Según Marcel Planiol, la guarda de un hijo “es el derecho de que habite en la casa de sus padres y si alguna persona retiene al hijo o lo detiene contra la voluntad del

²⁷ Enciclopedia jurídica española, Tomo II, pág. 273

padre, éste tiene el derecho de reclamarlo judicialmente.”²⁸. El padre guardián de sus hijos puede, por lo tanto, obligarlo a que habite con él y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza pública. Este concepto es mas claro, pues nos conduce a comprender mejor el concepto que nos interesa, ya que reúne los elementos necesarios al exponer que el padre es el guardián de sus hijos.

Para el sustentante la guarda es la figura jurídica mediante la cual el padre o la madre, individual o conjuntamente, o un tercero ejerce el poder y derecho de conservación sobre sus hijos o menores que tienen bajo su protección.

4.1.1.3. Cuidado

El término se refiere a vigilancia y protección. En toda la amplitud de la palabra caracterizan la custodia de personas y cosas la reservación del peligro y los daños, la evitación de amenazas y la posibilidad de ser sorprendido por ataques de cualquier tipo.

La custodia se ha planteado de manera más acuciante en los tiempos modernos, si de pequeño el niño no ve a su alrededor mas que realidades de hambre, de enfermedad, de vicio y de explotación, en nombre de qué derecho racional y humano se le va a pedir el día de mañana una virtud que no se le ha enseñado y un respeto a la sociedad que le negó la protección cuando mas necesitado estaba.

Con el cuidado no solo se confía la protección de los menores sino también su vigilancia. Esta no es más que la tarea de dirigir las acciones de resguardo para el desenvolvimiento moral del menor.

El sustentante define la custodia como la figura jurídica mediante la cual el padre y la madre, en forma conjunta, o la madre o padre que lo tenga a su cargo o un tercero, ejercen el derecho y la obligación de vigilar y velar por la seguridad de menor.

²⁸ **Derecho civil**, pág. 262

La guarda y cuidado son figuras jurídicas que revisten especial importancia, no cabe duda, pues son de las más importantes ya que de las mismas depende la formación educativa, cultural y moral de los menores; puesto que está en los encargados de estos la responsabilidad legal y moral de brindarles una orientación y formación adecuada.

4.1.1.4. Regulación legal

Nuestro ordenamiento sustantivo civil no da una definición de guarda y custodia, pero cuando se invoca esta figura en un juicio, por integración se citan los Artículos 253 y 260.

Al respecto el Artículo 253, prescribe: “El padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad”. Asimismo, el Artículo 260, establece: “Los hijos menores de edad deben vivir con sus padres o con el padre o la madre que los tenga a su cargo; no pueden sin permiso de ellos dejar la casa paterna o materna o aquella en que sus padres los han puesto; debiendo en todos los casos ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública, para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores”.

4.1.2. Patria potestad

4.1.2.1. Concepto

Para una mejor comprensión de esta institución jurídica, debemos partir de su significado y al respecto Guillermo Cabanellas, dice que: “Es el conjunto de derechos y

deberes que a los padres corresponde en cuanto a las personas de sus hijos menores de edad y no emancipados.”²⁹.

Por su parte el jurista guatemalteco Alfonso Brañas, señala que “Es la función concedida por la ley al padre y la madre para el debido cuidado y orientación de los hijos y para la correcta administración de los bienes de estos.”³⁰.

Federico Puig Peña, al referirse a la patria potestad indique que “Es aquella institución jurídica por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores de edad en la medida reclamada por las necesidades de estos.”³¹. Y la define como “El conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores de edad para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales.”³².

Como podemos darnos cuenta los conceptos planteados son uniformes, puesto que los mismos coinciden en que la patria potestad es una facultad o un derecho y en consecuencia una función otorgada por la ley a los padres para que estos puedan representar a sus hijos y cuidar los bienes de éstos.

4.1.2.2. Diferencia con la guarda y cuidado

Existe relación entre estas figuras jurídicas aunque las mismas pueden dar lugar a confusión y en consecuencia interpretarlas como sinónimos, pero no es así. La guarda y cuidado es el derecho y al mismo tiempo la obligación de cuidar, proteger y vigilar a menores de edad o incapacitados. Pueden ejercerla los padres también pueden ejercerla un tercero que puede ser cualquier persona que sea de reconocida honorabilidad, pero éstos últimos no tienen el derecho de representar legalmente al menor o incapaz, menos aún de administrar sus bienes, en todo caso, para

²⁹ **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 148

³⁰ **Manual de derecho civil**, pág. 79

³¹ **Ob. Cit**; pág. 205

³² **Ibid.**, pág. 267

representarlos legalmente tendrían que ser declarados tutores; la patria potestad de los hijos menores y de los incapaces la ejerce exclusivamente los padres aunque no tengan la guarda y cuidado de los mismos, estos si tienen la representación legal y administración de los bienes.

4.1.2.3. Regulación legal

Nuestro ordenamiento civil sustantivo no da un concepto de patria potestad, el Artículo 252 del Código Civil solo se concreta en establecer que se ejerce en el matrimonio y fuera de el y preceptúa: “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 otro caso. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.”. El Artículo 254, del mismo cuerpo legal citado, es mas claro al establecer que: “La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos lo actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición.”.

En conclusión, podemos decir que la patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones que la ley otorga al padre y a la madre de familia, para representar legalmente a sus hijos menores o incapaces y administrar los bienes de estos durante la minoría de edad.

4.1.3. Tutela

4.1.3.1. Concepto

Para Federico Puig Peña, la tutela “Es una función confiada a una persona y que consiste en cuidar de la persona de un menor o incapaz y administrar sus bienes.”³³. El mismo autor, agrega que la tutela “Es una función confiada por la ley a una persona del

³³ **Ibid.**, pág. 517

cuidado de un menor o incapacitado, administrar sus bienes y representarlo en los actos civiles.”³⁴.

Y para concluir el citado autor define la tutela como “Aquella institución jurídica que tiene por objeto la protección y cuidado de la persona o patrimonio de los que por su incapacidad legal están imposibilitados de gobernarse por si mismos.”³⁵.

El tratadista guatemalteco Alfonso Brañas, no da un concepto de tutela, únicamente se concreta en decir que “La tutela y la protutela son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas las personas que se encuentran en el pleno goce de sus derechos civiles. Se trata, en realidad, de cargos públicos de naturaleza muy especial, especialísima, toda vez que el tutor y protutor no tienen en el desempeño de sus funciones, ninguna participación atinente a las actividades estatales.”³⁶.

Federico Puig Peña, divide la tutela en: tutela por la minoridad, que es la que se ejerce sobre los menores de edad; y tutela a causa de incapacitación, que se ejerce sobre los mayores de edad que han sido declarados en estado de interdicción.”³⁷.

Para el presente trabajo de tesis interesa la primera (tutela por la minoridad) porque es la que está directamente relacionada con la temática tratada.

El sustentante conceptualiza la tutela como la institución jurídica de carácter social mediante la cual una persona llamada tutor y otra llamada protutor ejercen una función pública, personal y representativa de un menor o incapacitado cuando estos por algún motivo han quedado sin padres o bien por la pérdida o suspensión de la patria potestad, para protección de su persona y guarda de sus bienes.

³⁴ **Ibid.**, pág. 517

³⁵ **Ibid.**, pág. 517

³⁶ **Ob. Cit**; pág. 243

³⁷ **Ob. Cit**; pág. 526

4.1.3.2. Características

- Su función es eminentemente protectora de la persona que por su edad o por determinadas circunstancias físicas o mentales no pueden valerse por si mismas y no están bajo patria potestad;
- El cargo de tutor es un cargo público de naturaleza especialísima y de obligatorio desempeño por la propia función tutelar;
- La tutela es sustitutiva de la patria potestad, con las rígidas limitaciones que la ley impone a su ejercicio, para la debida protección de los intereses del tutelado.

4.1.3.3. Casos de procedencia

El Código Civil no tiene contemplada una definición de la institución tutelar, únicamente regula los casos de procedencia y en efecto el Artículo 293 de dicho cuerpo legal, regula: “El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedará sujeto a tutela aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres. El tutor es el representante legal del menor o incapacitado.”. Es decir, que procede en favor de menores de edad y de incapacitados, siempre que los mismos no estén sujetos a tutela. Asimismo, el Artículo 294 del cuerpo legal citado, regula: “La tutela se ejerce por un tutor y un protutor, cuyos cargos son personales y no pueden delegarse, pero pueden otorgar mandatos especiales para actos determinados.”. Ahora bien, por qué el Código obliga que para ejercer el cargo de tutor es necesaria la existencia de un protutor. En efecto, con el ejercicio del cargo de protutor nuestra legislación trata de garantizar y en consecuencia proteger la conducta del tutor y por que no decirlo los bienes del menor, puesto que éste ejercerá cierta vigilancia o inspección sobre el comportamiento y la administración de los bienes que el tutor haga, de lo que deviene la importancia de la existencia del protutor, puesto que es requisito indispensable que para ejercer el cargo de tutor haya un protutor.

4.1.3.4. Clasificación legal

Nuestro Código Civil, en el Artículo 296 admite expresamente tres clases de tutela, a saber:

- Tutela testamentaria: Esta clase de tutela es instituida por testamento, por cualquiera de los padres o abuelos sobrevivientes, para los hijos que estén bajo su patria potestad o nietos sujetos a su tutela legítima, respectivamente; por cualquier testador, para la persona que instituya como heredero o legatario, si la misma careciere de tutor nombrado por sus padres o de tutor legítimo; y por el adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo.

- Tutela legítima: Esta clase de tutela corresponde a las personas siguientes, en su orden: 1º al abuelo paterno, 2º al abuelo materno, 3º a la abuela paterna, 4º a la abuela materna y 5º a los hermanos. En el último caso, se preferirá a los hermanos que procedan de ambas líneas y de ellos al de mayor edad y capacidad. Establece el Artículo 299 del Código Civil, que será preferida la línea materna a la paterna para la tutela de los hijos fuera de matrimonio, cabe preguntarse ¿Cuál es la intención del legislador de darle preferencia la línea materna? En este sentido, es fácil deducir que la intención del legislador es que al preferir la línea materna se está garantizando la manutención y protección del menor, ya que dentro de nuestra sociedad hay mucha irresponsabilidad de parte de los padres e incluso abuelos, en consecuencia, los abuelos maternos es mas fácil que se hagan cargo de sus nietos, brindándoles el apoyo moral y económico necesario.

- Tutela judicial: Es la que procede por nombramiento de juez competente, cuando no haya tutor testamentario ni legítimo.

Además de ésta clasificación, nuestra legislación agrega:

- Tutela específica: Es la que se ejerce cuando existiere conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela, en este caso, el juez nombrará tutores específicos. Esta clase de tutela se encuentra regulada en el Artículo 306 del Código Civil.

- Tutela legal: Regulada en el Artículo 308 del cuerpo legal citado y es la que ejercen los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social que cobijen menores de edad o incapacitados, teniendo, en consecuencia, la representación legal de los mismos desde el momento en que éstos ingresan a dichas instituciones, no necesitando su cargo de discernimiento.

- Tutela especial: Que es la que se ejerce cuando surgiere algún conflicto de intereses entre varios hijos sujetos a la misma patria potestad o entre ellos y los padres, en consecuencia un juez competente nombrará un tutor especial. Esta se encuentra regulada en el Artículo 268 del Código Civil.

Podría crearse confusión entre la tutela específica y la tutela especial. Estas dos modalidades son totalmente diferentes pues la primera surge cuando hay conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela y la otra cuando surge conflicto de intereses entre hijos sujetos a una misma patria potestad, pues no obstante éstos estar sujetos a la misma patria potestad, el juez tiene facultades de nombrarles un tutor especial.

4.2. El depósito

4.2.1. Concepto

Término ambiguo que sirve para designar: 1º El contrato en virtud del cual una persona, denominada depositario, recoge de otro, denominado depositante, una cosa,

con la obligación de conservarla y restituirla; 2º El acto mismo de la entrega de la cosa; y 3º El objeto que se entrega en depósito.

Este concepto es ambiguo, pues el mismo se está refiriendo a las cosas puramente materiales y no humanas como el caso que nos interesa, pero de una u otra manera nos ayuda a, por lo menos, saber cómo la doctrina conceptualiza el depósito, dándonos los lineamientos para que más adelante podamos comprender en que consiste el depósito de menores.

Al referirse al depósito de personas, Guillermo Cabanellas, expone: “Es un procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto por el legislador con el objeto de proteger la libertad de ciertos individuos que por razón de su estado o de su incapacidad o situación necesitan de esta garantía.”³⁸.

Y sobre del depósito de menores, el mismo autor, agrega: “Cabe señalar también que el depósito de menores tiene por objeto la seguridad y custodia provisional del menor cuando este ha quedado desamparado o abandonado. Cuando los menores o incapaces sean maltratados por sus padres o tutores u obligados a ejecutar actos reprobados por la ley, podrá decretarse judicialmente el depósito de los mismo, si así lo solicita, verbalmente o por escrito, el propio interesado o de no poder hacerlo el mismo, otra persona en su nombre, siempre que ante juez se efectúe la oportuna ratificación, además el juez ha de adquirir el convencimiento de certeza de los hechos, bien por la información del interesado o por otros datos. Si constare la imposibilidad del menor o incapaz, el juez puede proceder de oficio. El depositario es designado por el juez”³⁹.

El depósito de menores es un medio para solucionar la situación de desamparo en que puede encontrarse un menor o incapaz y que consiste en su colocación en el lugar que el juez señale, el cual puede ser la casa de la persona a cuya custodia se

³⁸ **Ob. Cit**; pág. 93

³⁹ **Ibid.**, pág. 93

entregue el menor o en un establecimiento o institución específicamente destinada para ello, en tanto se soluciona el problema de fondo con el nombramiento de tutor.

De los conceptos anteriores se puede inferir que el depósito de menores es una institución jurídica de asistencia social, de carácter temporal, por virtud de la cual dada la situación de desamparo de un menor o incapacitado este queda protegido en el lugar que el juez señale, pudiendo ser una casa particular o una institución pública o privada.

4.2.2. Regulación en el anterior Código de Menores

Inicialmente es de hacer notar que el presente subtema será tratado únicamente como referencia, en virtud de que la legislación que será la base del mismo es el anterior Código de Menores, Decreto Número 78-79 del Congreso de la República, que fuera derogado por la actual Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República, que es la ley que actualmente regula todo lo relativo a la niñez y la adolescencia.

El citado Código de Menores, contemplaba tres situaciones por las cuales se podía ordenar el depósito de menores, a saber, la situación irregular, los menores en abandono y los menores en peligro.

4.2.2.1. Situación irregular

El Artículo cinco del Código de Menores, establecía: “Se consideran menores en situación irregular, aquellos que sufran o estén expuestos a sufrir desviaciones o trastornos en su condición fisiológica, moral o mental y los que se hallen en abandono o peligro”. Asimismo, se establecía que no eran punibles los actos cometidos por un menor en situación irregular, el mismo requería de tratamiento especializado y responsabilizaba directamente a los padres, tutores o encargados de los mismos. Contra estos últimos podían los terceros perjudicados accionar legalmente.

4.2.2.2 Menores en abandono

El Artículo 47 del citado Código de Menores, al tratar el tema de los menores en abandono, establecía: “Se consideran menores en abandono: 1. Los que careciendo de padres no tuvieren persona que los tenga a su cargo. 2. Los que por negligencia de unos u otros, se dedicaren a la vagancia o a la mendicidad”.

En nuestro medio es alarmante ver diariamente una cantidad exagerada de niños que deambulan por las calles en total desamparo, lo que nos deja pensar que no tienen una persona que se haga cargo de su cuidado y alimentación, dedicándose a pedir dinero para comprar alimentos y con ello poder subsistir el día a día, por ello, es urgente que el gobierno cree programas para darles asistencia a todos estos niños para que el día de mañana se rehabiliten y sean útiles a la patria.

4.2.2.3. Menores en peligro

El Artículo 48 del cuerpo legal en referencia, respecto de los menores en peligro, preceptuaba: “Se considera menores en peligro: 1. Los que sean víctimas de explotación por personas mayores, dedicándolos a la mendicidad o a trabajos en cantinas, garitos, prostíbulos y lugares similares. 2. Los que fueren inducidos o colocados en situación irregular por personas mayores o se aprovecharen del cuerpo de los efectos de hechos calificados como delitos cometidos por mayores de edad. 3. Los hijos de padres viciosos o inmorales o de prostitutas y los tuvieren en lugares a que se refiere el numeral 1. 4. Los que por cualquier motivo se pongan en peligro de adoptar una conducta irregular o viciosa”.

En nuestro país es muy frecuente ver como un gran numero de niños y adolescentes se conducen por las calles pidiendo ayuda económica, muchos de ellos, son enviados por sus padres, aduciendo éstos, que actúan de esa manera debido a la crisis económica que impera en el país y a la miseria en que viven o bien a la falta de

fuentes de trabajo. Algunos de estos menores, abandonan sus hogares para dedicarse a la drogadicción e integrar bandas delincuenciales, las cuales son dirigidas por personas adultas que los inducen a cometer toda clase de hechos delictivos. La mayor parte de estos menores vienen de hogares desintegrados cuyos padres son drogadictos, bebedores, prostitutas, etc.

4.2.2.4. Declaratoria del menor en situación de abandono o peligro

La declaratoria del menor en situación de abandono era una fase previa, para que posteriormente éste fuera protegido a través de la figura del depósito, ya sea internándolo en una institución pública o una institución privada o bien en una persona de reconocida honorabilidad. El Código de Menores, dentro del proceso de menores, regulaba en su Artículo 49 el trámite para declarar en abandono o en peligro a un menor y en efecto establecía: “Cualquier persona o autoridad podrá denunciar el caso de menores en situación de abandono o peligro. Al tener conocimiento de dicha situación, el Juez de Menores mandará hacer la averiguación correspondiente por medio de un trabajador social, oír al denunciante, al menor, a sus padres o a las personas que lo tengan a su cargo y dictará las medidas que este Código establece”. Este trámite era llevado mediante un procedimiento de medidas de protección ante un juzgado de menores.

Dentro del tema del depósito de menores es conveniente comentar que este constituyó un medio para la posterior colocación del menor en adopción, lo que fue profundamente discutido, en virtud de que muchas personas e instituciones se aprovecharon de la figura del depósito, para que los menores declarados en abandono o en peligro fueran posteriormente dados en adopción, obteniendo como producto de ello grandes ganancias. Inicialmente, solicitaban el depósito del menor, luego tramitaban en el juzgado de menores su abandono, para después promover su adopción internacional, desvirtuando con ello, lo social y humano de esta noble institución. Según estudios efectuados por el Centro de Documentación de la Sub

Comisión Regional de la Comisión Pro Convención Sobre los Derechos del Niño, la orfandad y el abandono familiar suelen ser los rasgos dominantes de los niños candidatos a la adopción. Los niños abandonados suelen ser hijos no deseados, por lo que gran cantidad de ellos sufren maltrato por abandono. En su mayoría provienen de familias que viven en pobreza extrema.

En conclusión, sin temor a equivocarnos podemos decir que la figura del depósito de menores fue parte importante en la tramitación de las adopciones, ya que como se apuntó, previo a declarar la situación de abandono del menor, este era entregado en depósito a la persona o institución que lo solicitaba, para luego tramitar la adopción correspondiente.

4.2.2.5. Doctrina de la situación irregular

Antes de la promulgación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, la mayoría de legislaciones, respecto del derecho de menores, contenían y aplicaban la doctrina de la situación irregular.

Esta doctrina contenía ciertos rasgos principales como: una profunda división al interior de la categoría infancia existiendo la clasificación entre niños, adolescentes y menores; centralización del poder de decisión en la figura del juez de menores, con competencia omnímoda y discrecional; judicialización de los problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo con base en una arbitrariedad normativamente reconocida para el tratamiento de los conflictos de naturaleza penal; criminalización de la pobreza disponiendo internamientos que constituyen verdaderas privaciones de libertad por motivos vinculados a la mera falta o carencia de recursos materiales; consideración de la infancia como objeto de la protección; negación explícita y sistemática de los principios básicos y elementales del derecho.

Por medio de esta doctrina jurídica, los jueces podían declarar en situación irregular al menor que enfrentaba dificultades, independientemente de que las mismas

podieran o no, ser atribuidas a su voluntad. Es de hacer notar, que las legislaciones que contenían esta doctrina se referían a menores con dificultades, situaciones que nunca definían, por lo que correspondía el juez de menores hacer su propia valoración para establecer cuándo era que el menor se encontraba ante una dificultad, lo que daba lugar a arbitrariedades al dejar al juez calificar tal situación.

Esta doctrina es sustituida y desechada al promulgarse la Convención Sobre los Derechos del Niño que contiene una corriente más humana y a la cual deben acoplarse todas las legislaciones de menores, esta es la doctrina de la protección integral, la cual será tratada más adelante.

4.3. Medidas de protección

En la actualidad, la protección y cuidado de la niñez están regulados en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, cuyo objeto es ser un instrumento jurídico de integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos.

La ley en referencia, establece que los derechos de los niños y adolescentes se ven amenazados o violados por acciones u omisiones de cualquier miembro de la sociedad; por falta, omisión o abuso de los responsables de los mismos; y por acciones u omisiones que contra ellos mismos cometieren los niños o adolescentes. Es en estos casos que, tomando como base la protección integral, el Estado ha establecido una serie de medidas de protección para la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos. Estas medidas vienen a sustituir lo que en el anterior Código de Menores se denominaba situación irregular y menores en abandono o peligro.

El Artículo 112 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece que para una protección integral efectiva los juzgados de la niñez y la adolescencia podrán aplicar, entre otras, las siguientes medidas:

“a) Amonestación verbal o escrita al responsable de la violación o amenaza del derecho humano del niño, niña o adolescente.

b) Declaración de responsabilidad a los padres, tutores o responsables.

c) Remisión de la familia a programas oficiales o comunitarios de auxilio, orientación, apoyo y seguimiento temporal.

d) Ordenar la matrícula de niños, niñas y adolescentes, en establecimientos oficiales de enseñanza y observar su asistencia y aprovechamiento escolar.

e) Ordenar tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internamiento en hospital o tratamiento ambulatorio.

f) Ordenar a los padres, tutores o responsables, su inclusión en programas oficiales o comunitarios de auxilio, que impliquen orientación, tratamiento y rehabilitación a cualquier desviación de conducta, problemas de alcoholismo o drogadicción.

g) Colocación provisional del niño, niña o adolescente en familia sustituta.

h) Abrigo temporal del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada, conforme las circunstancias particulares del caso.

i) En caso de delito o falta cometido por adulto o adolescente, certificar lo conducente a un juzgado correspondiente.”.

Estas medidas serán aplicables siempre que los derechos reconocidos en la Ley de Protección Integral sean amenazados o violados, podrán aplicarse conjunta o separadamente y ser sustituidas en cualquier tiempo.

Asimismo, la ley en referencia establece que la medida de abrigo será de carácter provisional y excepcional y se empleará como forma de transición para la colocación definitiva en la familia u hogar sustituto.

4.4. Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño

Es importante visualizar la clasificación existente, según se trate de legislaciones producidas antes o después de la vigencia de la Convención, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Esto significa afirmar que la misma, constituye la línea limítrofe en la historia de los derechos de la infancia en América Latina.

Antes de la Convención, todas las legislaciones de menores se inspiraban, sin excepción, en los principios de la doctrina de la situación irregular. Una doctrina que, aunque vagamente formulada, marcó decisivamente las legislaciones de menores de nuestro continente. En Guatemala, el derogado Código de Menores contenía esta doctrina.

Nuestro país suscribió el 26 de enero de 1990, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, la cual fue aprobada por el Congreso de la República, el 10 de mayo del mismo año. Dicho instrumento internacional proclama la necesidad de crear a la niñez y adolescencia en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad e igualdad, para que como sujetos de derechos se les permita ser protagonistas de su propio desarrollo.

Era necesario un texto jurídico que respondiera en buena medida a las exigencias de forma y contenido adaptadas al nuevo paradigma y que en términos de

técnica procesal fuera eficaz y protector de las libertades individuales y de los más exigentes parámetros de un verdadero garantismo.

Algunos países, a pesar de existir la Convención, han elaborado sus particulares códigos de menores, que proponen nuevamente en su contenido y forma de producción todos los vicios inherentes a las viejas legislaciones de menores; leyes que representan una adecuación más refinada y formal de los principios de la doctrina de la situación irregular.

4.4.1. Doctrina de la protección integral

La Convención, es el dispositivo central de una nueva doctrina: la doctrina de la protección integral.

Esta doctrina posibilita pensar profundamente en el sentido de las legislaciones para la infancia, convirtiéndolas en instrumentos eficaces de defensa y promoción de los derechos humanos específicos de todos los niños y adolescentes.

Autores como Emilio García Méndez de Argentina, Cillero Bruñol de Chile y Gómez Da Costa de Brasil son de los principales defensores de la doctrina de la protección integral. Ellos sostienen que los rasgos centrales de las nuevas legislaciones latinoamericanas están en la misma sociedad y que ésta, debe hacer eficaces los medios de defensa y deben llevar inmiscuidos la promoción de los derechos humanos específicos de todos los niños y adolescentes.

En las legislaciones más avanzadas de este tipo, no sólo se prevé la presencia obligatoria de un abogado, sino que además se otorga una función importantísima de control y contrapeso al Ministerio público; desvinculan las situaciones de mayor riesgo de patologías de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas; no es más el niño o adolescente el que se encuentra en situación irregular sino es la institución o persona

responsable por la acción u omisión; eliminan los internamientos no vinculados con la comisión debidamente comprobada de delitos o contravenciones; consideran a la infancia como sujeto pleno de derechos; incorporan los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos del derecho contenidos en la Convención.

4.5. La Constitución Política de la República de Guatemala

El preámbulo contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala indica que su fin es el de organizar jurídicamente y políticamente al Estado; afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; reconociendo a la familia como génesis primaria y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y al Estado como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad; impulsa la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes proceden con absoluto apego al Derecho.

Esta enunciación compromete al Estado a organizarse para proteger a la persona y a la familia (incluyendo por supuesto a los niños y adolescentes), teniendo como deber garantizarles la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral; asimismo, en sus Artículos 3º, 4º y 5º contiene los derechos humanos individuales como el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad así como a la libertad de acción.

El Artículo 46, enfoca el principio de preeminencia del derecho internacional, el cual también se ha desarrollado jurisprudencialmente y establece que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno; tal es el caso de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño y todos los demás tratados sobre derechos humanos que se refieran a los derechos de la niñez y la juventud, los cuales deben aplicarse y ser considerados con prioridad en nuestro derecho interno.

En el capítulo segundo, sección primera de la Constitución referente a los derechos sociales, específicamente en el Artículo 47, encontramos la protección social, económica y jurídica de la familia, promoviendo su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de los hijos.

Quizá el Artículo que enfoca directamente su compromiso con la niñez es el 51, que establece que el Estado se obliga a proteger la salud física, mental y moral de los menores de edad y les garantiza su derecho a la alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social.

Sobre educación el Artículo 71 compromete al Estado a proporcionar y facilitar educación a sus habitantes sin discriminación alguna y por último nuestra Constitución, en su Artículo 94 contiene la obligación del Estado de garantizar la salud y la asistencia social para todos los habitantes.

En conclusión, nuestra máxima ley asegura que toda la niñez y juventud debe tener garantizado su completo desarrollo físico, mental y social.

4.6. Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia

El recién derogado Código de Menores y la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, partían de dos concepciones totalmente diferentes de la niñez y se fundamentaban en dos doctrinas antagónicas, lo que producía, lógicamente, incompatibilidades entre ambas normas; la Convención parte de la doctrina de la protección integral, mientras el Código se fundamentaba en la doctrina de la situación irregular.

Debido al antagonismo existente entre una ley de carácter internacional (la Convención) y una ley de carácter interno (Código de Menores) fue necesario y de

urgencia poner en vigor una ley que garantizara a los niños y jóvenes el derecho a ser tratados como personas y no como menores sin derechos, a tener un debido proceso, en el caso de los jóvenes que tienen conflicto con la ley penal, en sí, a todos los derechos que la Constitución garantiza.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República, la cual entró en vigencia el 19 de julio del 2003, desarrolla una doctrina de protección integral de la niñez y adolescencia en Guatemala, cuya inspiración doctrinaria y jurídica se encuentra en la Convención y en el Artículo 2º de la Constitución.

Contamos ahora con una norma novedosa que contiene y respeta principios y enunciados de fondo de carácter nacional e internacional, que introduce a los niños y jóvenes a la participación, cuya ausencia era patente en la anterior legislación y reconoce explícitamente la necesidad de informar a estos sobre sus derechos, que contiene además normas sobre la victimización, explotación y crueldad hacia los niños y jóvenes y la obligación del Estado de tomar medidas y realizar los procedimientos penales juveniles con apego al derecho, así también para abolir prácticas tradicionales perjudiciales para la integridad de los niños, asimismo, contiene principios y normas relativos a la administración de la justicia de los jóvenes en conflicto con la ley penal o en situación de protección.

La nueva ley presenta, asimismo, dos elementos conceptuales con importantes implicaciones en cuanto a la valoración del niño-joven como un ser sujeto de derechos y obligaciones, primero, que se debe tomar en consideración el mejor interés o el interés superior de éste y segundo el principio según el cual los padres u otra persona responsable deberá orientar al niño para que ejerza sus derechos de acuerdo con la evolución de sus capacidades.

CAPÍTULO V

5. Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría General de la Nación es un órgano público que tiene su fundamento legal en la Constitución Política de la República de Guatemala, misma que le asigna las funciones de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales y la representación exclusiva del Estado.

El Jefe de la Procuraduría General de la Nación es el Procurador General de la Nación, quien ejerce la representación del Estado, por lo tanto, es el funcionario específico que tiene la función pública de representar al Estado y es el único que puede instruir sobre la delegación de esta representación y sus condiciones.

5.1. Origen

Previo a las reformas de la Constitución Política de la República de Guatemala, el 17 de noviembre de 1993, encontramos la institución del Ministerio Público bajo la dirección del Procurador General y observamos que al mismo le correspondían las funciones de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales, el ejercicio de la personería de la nación y además el ejercicio de la acción penal. Como consecuencia de dichas reformas constitucionales se produce la separación de funciones y se crean dos organismos diferentes del Estado, siendo estos la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio Público.

Las reformas a la Ley Fundamental, ya mencionadas, dan origen al Decreto Número 40-94 del Congreso de la República, el cual contiene la Ley Orgánica del Ministerio Público, misma que deroga parcialmente el Decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala; también nace a la vida jurídica el Decreto Número 25-97 del Congreso de la República, el cual expresamente indica que salvo en materia penal, procesal penal, penitenciaria y en lo que corresponda a la Ley de Amparo, Exhibición

Personal y de Constitucionalidad y en la propia ley orgánica del Ministerio Público, en toda norma legal o reglamentaria en que se mencione Ministerio Público, deberá entenderse que se refiere a la Procuraduría General de la Nación.

En ese orden de ideas, el Ministerio Público empieza su funcionamiento por mandato constitucional, con su propia ley orgánica y con autonomía funcional; contrario sensu, la Procuraduría General de la Nación, continúa su funcionamiento con una ley parcialmente derogada, bajo las instrucciones del organismo ejecutivo y sin presupuesto, con la agravante que no se le reconoce la autonomía que antes de las reformas ya indicadas tenía.

5.2. Estructura

Legalmente la Procuraduría General de la Nación esta integrada así:

- El Procurador General de la Nación
- Sección de Procuraduría
- Sección de Consultoría

Administrativamente la Procuraduría General de la Nación esta estructurada de la siguiente manera:

5.2.1. El Procurador General de la Nación

El Procurador General de la Nación es el Jefe de la Procuraduría General de la Nación, es a él a quien por mandato constitucional le corresponde el ejercicio de la representación del Estado.

Su nombramiento deviene del Presidente de la República, quien también puede removerlo siempre y cuando exista causa justificada. Durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones.

Debe ser abogado colegiado activo y poseer las mismas calidades de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia teniendo iguales preeminencias e inmunidades.

5.2.1.1. Oficinas de apoyo directo al Procurador General de la Nación

Dentro de las oficinas de apoyo creadas para el cumplimiento de los fines de la institución se encuentran:

- Asesoría del Despacho Superior
- Secretaría Privada
- Secretaria General
- Departamento de Recursos Humanos
- Departamento de Comunicación Social
- Unidad de Auditoria Interna
- Dirección Administrativa
- Inspectoría General

5.2.2. Sección de Procuraduría

Está a cargo del Jefe de la Sección de Procuraduría, a quien le corresponde suplir al Procurador General de la Nación y desempeñar todas sus funciones en los casos de falta temporal y subrogarlo en aquellos asuntos en que este se encontrare impedido. Lo ubicamos en el segundo grado de la escala jerárquica dentro de la institución.

Tiene a su cargo la representación y la defensa de los incapaces y ausentes, en virtud de que la representación de los menores la tiene la procuraduría de la niñez como veremos más adelante.

La Sección de Procuraduría es una de las dos secciones que forman parte de la Procuraduría General de la Nación, encuentra su origen en el Decreto 512 del Congreso de la República y a través de ella se ejerce la abogacía del Estado.

La Sección de Procuraduría se encuentra integrada por:

- El Jefe de la Sección

Para ser Jefe de la Sección de Procuraduría se requiere tener los mismos requisitos que se establecen para ser Procurador General de la Nación, ya que de conformidad con el inciso 1º del Artículo 15 del Decreto 512 del Congreso de la República, en ausencia de este lo suple aquel, lo que implica que en determinado momento el Jefe de la Sección de Procuraduría desempeñará todas las funciones que corresponden al Procurador General de la Nación,

Dentro del marco administrativo, organiza y ejerce observación directa y permanente sobre el personal a su cargo, con el objeto de mantener el orden disciplinario dentro de la sección que dirige.

- Asesores del Jefe de la Sección

Es un grupo de abogados que tienen a su cargo la revisión de los asuntos y de los expedientes antes de que los mismos sean signados con el visto bueno del Jefe de la Sección.

- Abogados o agentes auxiliares

Es el personal profesional con que cuenta la sección y que tienen a su cargo el análisis de los expedientes que diariamente les son asignados, debiendo emitir los dictámenes correspondientes, velando por el cumplimiento de la ley en todos los asuntos que sean sometidos a su consideración.

- Auxiliares jurídicos

Es un grupo de personas que están asignados para asistir a los abogados o agentes auxiliares en la elaboración de los dictámenes que aquellos deben emitir; también están encargados de llevar el control de los expedientes que les son asignados a los abogados o agentes auxiliares y elaborar los informes que les sean requeridos, ya sea por el Procurador General de la Nación o por el Jefe de la Sección.

- Personal de soporte técnico, administrativo y secretarial

Entre este recurso humano, la Sección de Procuraduría cuenta con asistentes jurídicos, secretarías y revisores de dictámenes. Estos brindan dentro del campo de sus funciones apoyo para el buen manejo y control de los expedientes y en general coadyuvan al buen funcionamiento de la sección y con la prestación del servicio a los usuarios.

5.2.3. Sección de Consultaría

Está a cargo del Jefe de la Sección de Consultoría. En la escala jerárquica lo encontramos ubicado en el tercer peldaño.

A la Sección de Consultoría le corresponde asesorar a los órganos y entidades estatales. De conformidad con el Artículo 35 del Decreto 512 del Congreso de la República la consultoría será ejercida por el Procurador General de la Nación, por el Jefe de la Sección y por los abogados consultores, todos ellos están llamados a opinar en los casos sometidos a su conocimiento, para lo cual deben emitir un dictamen.

La sección se encuentra integrada por el Jefe de la Sección, por un grupo de abogados consultores y por personal de apoyo (asistentes jurídicos, revisores de dictámenes, secretarías).

5.2.4. Unidades de apoyo legal y social

Existen diversas unidades en la Procuraduría General de la Nación, que a través de los años se ha dado la necesidad de crear, en virtud de la existencia de leyes especiales que regulan materias específicas y por la intervención que dichas leyes le dan a la institución, esto ha hecho imperativa su creación interna dado el volumen de actividades que se realizan en dichos ámbitos. Dentro de estas unidades se encuentran:

- Procuraduría de la Niñez y Adolescencia
- Unidad de Protección de los Derechos de la Mujer y la Familia
- Unidad de la Ancianidad y Personas Discapacitadas
- Abogacía del Estado, Área Laboral

- Abogacía del Estado, Área Civil y Económico-Coactivo
- Abogacía del Estado, Área Penal
- Abogacía del Estado, Área de lo Contencioso-Administrativo
- Abogacía del Estado, Área de Asuntos Constitucionales
- Unidad de Medio Ambiente
- Unidad de Derechos Humanos y Asuntos Internacionales
- Unidad de Psicología
- Unidad de Trabajo Social

5.2.5. Oficinas de apoyo administrativo

Encontramos otras oficinas de apoyo al funcionamiento de la institución, entre ellas:

- Dirección Administrativa

De esta dependen directamente Mantenimiento, Servicios Generales, Transportes y Logística, Departamento de Informática y la Biblioteca.

- Dirección Financiera

De esta dependen directamente Inventarios, Compras y Almacén.

- Secretaría Privada

De esta de dependen las Delegaciones Regionales.

- Secretaría General

De esta depende el Archivo General.

- Departamento de Recursos Humanos

De este depende la Clínica Médica.

5.3. Ordenamiento jurídico

En general, la Procuraduría General de la Nación se encuentra regulada por dos cuerpos legales, a saber, la Constitución Política de la República de Guatemala y el Decreto Número 512 del Congreso de la República. Asimismo, encontramos otras leyes que también contienen disposiciones sobre la institución que nos ocupa, cabe mencionar el Código Procesal Civil y Mercantil, la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la Ley de Nacionalidad, el Código Procesal Penal, entre otras.

Inicialmente comentaremos lo atinente a la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que de esta nace a la vida jurídica la Procuraduría General de la Nación como institución totalmente independiente al Ministerio Público y es precisamente por mandato constitucional que se le atribuye su función primordial.

En ese sentido, el Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: “La Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo la función de asesoría y consultaría de los órganos y entidades estatales. Su organización y funcionamiento se regirá por su Ley Orgánica. El Procurador General de la Nación

ejerce la representación del Estado y es el Jefe de la Procuraduría General de la Nación...”. Es en este Artículo en donde encontramos la función primordial de esta institución que es ejercer la asesoría y consultoría de las organizaciones públicas y ejercer la representación del Estado. Asimismo, es de hacer notar que la ley orgánica en referencia aún no ha sido promulgada, a pesar de ser un mandato constitucional.

El Artículo citado de la Constitución se complementa con lo establecido en el Decreto Número 512 del Congreso de la República, que da a la Procuraduría General de la Nación el carácter de institución auxiliar de los tribunales y de la administración pública. En el Artículo 2º encontramos regulado que “El Procurador General de la Nación es el Jefe de la Procuraduría General de la Nación, dirige la institución y tiene a su cargo la facultad a que se refiere el inciso 1º del artículo anterior...”. El inciso citado se refiere al ejercicio de la personería de la nación, misma que podrá delegar en uno o más abogados colegiados activos o en otros funcionarios de la institución u otorgar poderes para asuntos determinados cuando las necesidades los requieran.

Asimismo, debemos citar el Decreto Número 25-97 del Congreso de la República, el cual fue necesario promulgar en virtud de que no fue derogado en su totalidad el contenido del Decreto Número 512 del Congreso de la República y para lograr claridad en la aplicación de este se estableció que en toda norma en que se haga alusión al Ministerio Público, debe entenderse que se refiere a la Procuraduría General de la Nación, salvo en material penal, procesal penal, penitenciaria y en lo que respecta a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y Ley Orgánica del Ministerio Público.

5.4. La Procuraduría General de la Nación y la carencia de una ley orgánica que rija su funcionamiento

De conformidad con las reformas constitucionales del año de 1993, tanto el Artículo 251 como el Artículo 252 de la Constitución Política de la República de

Guatemala, establecen claramente que la organización y funcionamiento de las instituciones que crean dichos Artículos se regirá por su propia ley orgánica.

Atendiendo a ello, en el caso de Ministerio Público, nace a la vida jurídica el Decreto 40-94 del Congreso de la República el cual contiene la Ley Orgánica del Ministerio Público y que deroga expresamente lo concerniente a la Sección de Fiscalía que contemplaba el Decreto Número 512 del Congreso de la República.

En el caso de la Procuraduría General de la Nación, dicha ley orgánica nunca llegó, se continúa aplicando este último decreto, lo único que encontramos es la promulgación del Decreto Número 25-97 del Congreso de la República el cual se refiere a que en toda norma legal y reglamentaria en que se mencione Ministerio Público, deberá entenderse que se refiere a la Procuraduría General de la Nación, exceptuando la materia penal, procesal penal, penitenciaria y amparos.

Es así como ya han transcurrido mas de catorce años y a la Procuraduría General de la Nación aún no se le ha dotado de una ley orgánica que la rijan y que se adecúe a las necesidades del sistema y sobre todo que desarrolle expresamente las funciones y atribuciones del Procurador General de la Nación, así como de las Secciones que la conforman, lo anterior para defender los intereses del Estado, sin sujeción a ningún órgano o funcionario sino a la propia ley tal como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 154.

5.4.1. Consideraciones generales

Desde las reformas constitucionales realizadas en el año de 1993 a la fecha han sido nombrados seis Procuradores Generales y lastimosamente ninguno de ellos ha logrado obtener consensos dentro del Organismo Legislativo para alcanzar la tan anhelada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Nación, no obstante que existe más de un proyecto de ley, pero ninguno de ellos ha podido ser aprobado, permaneciendo engavetados en el Congreso de la República.

Otro dato no menos importante, que provoca que no exista tal ley orgánica, es el hecho de que el período para el cual es nombrado el Procurador General de la Nación es de cuatro años, mismo que no coincide con el período presidencial, pues el período de aquel inicia a la mitad del período presidencial, provocando por consiguiente, interferencia de funciones, dados los ideales o intereses políticos del momento y las políticas gubernamentales, lo que genera la remoción del Procurador.

Estas circunstancias impiden que a la fecha la ley orgánica de la Procuraduría General de la Nación sea una realidad, sin embargo se debe tomar conciencia, que las mismas no deben prevalecer y se procure entonces la promulgación de tan importante ley, dada la importancia que esta institución ha tomado en diversos campos, ya no solo en el jurídico.

CAPÍTULO VI

6. Análisis de las funciones del representante legal del Estado y la función que ejerce en el derecho de menores

Por imperativo legal la representación del Estado es ejercida por el Procurador General de la Nación. Este tiene a su cargo y dirige la Procuraduría General de la Nación.

El Procurador General de la Nación tiene el deber de representar los intereses de la nación, su principal atribución es intervenir en cualquier asunto en que este interesada la nación, entre otras atribuciones.

6.1. Funciones del Procurador General de la Nación

- Ejercer la asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales.

La asesoría implica que debe orientar al ejecutivo en todos aquellos asuntos en que se le mande oír.

La consultoría implica que debe atender todas aquellas consultas jurídicas que le haga llegar la administración pública.

Estas funciones se materializan en la elaboración de dictámenes, las mismas son ejercidas por el propio Procurador General de la Nación, por el Jefe de la Sección de Consultoría, por los abogados consultores adscritos a la Sección de Consultoría y por cualquier otro abogado en quien el Procurador General de la Nación haya delegado la representación para que dictaminen en casos específicos.

- Ejercer la representación del Estado.

Ejerce la personería de la nación.

Esto implica, representar y sostener los derechos de la nación en todos los juicios en que fuere parte y promover la oportuna ejecución de las sentencias que en ellos se dicten; intervenir en los negocios en que estuviere interesada la nación y de ser necesario formalizar los actos y suscribir los contratos que sean necesarios a tal fin.

El Decreto Número 512 del Congreso de la República, faculta al Procurador General de la Nación para que, en casos específicos, pueda delegar la representación que ejerce en uno o más abogados colegiados activos para la sustentación de cualquier acción judicial y administrativa o en otros funcionarios de la institución u otorgar poderes para asuntos determinados cuando así lo requieran las circunstancias.

- Ser el jefe de la Procuraduría General de la Nación.

Es la máxima autoridad dentro de la institución.

Lo que conlleva facultades para nombrar y remover al personal, sujeto únicamente al pacto colectivo de condiciones de trabajo vigente; intervenir personalmente en cualquier momento en los asuntos en que haya delegado la representación; imponer sanciones disciplinarias a los empleados que incurran en faltas en el servicio.

- Representar provisionalmente a los ausentes, menores e incapaces.

Función que se ejercerá mientras los ausentes, menores e incapaces no tengan personero legítimo de conformidad con la ley.

En estos casos la gestión debe limitarse a proveer de representación a los ausentes, menores o incapaces, a gestionar las medidas necesarias y urgentes para la salvaguardia de sus bienes y de sus personas, así como velar en los casos de exposición o abandono de menores o incapaces para que sean debidamente amparados.

Esta función implica que en determinados casos se deban interponer las acciones o recursos pertinentes.

- Intervenir ante los tribunales de justicia.

En los casos en que por disposición de la ley este llamado a hacerlo y en general involucrarse en todos los demás negocios que las leyes determinen.

- Gestionar para obtener una recta y pronta administración de justicia.
- Dirigirse al órgano administrativo correspondiente en caso de tener conocimiento de actos o hechos que afecten intereses de la nación.

En este caso debe exponer los hechos y sugerir la forma de proceder, solicitando para el efecto las instrucciones sobre el particular.

- Intervenir en la elaboración de proyectos de ley.

Cuando le sea encomendado por el congreso de la república, el organismo judicial o directamente del ejecutivo. Para ello se harán los estudios necesarios.

Para el cumplimiento de sus funciones el Procurador General de la Nación podrá pedir la ayuda o el auxilio de cualquier funcionario o empleado público e inclusive de las fuerzas de seguridad, en ese sentido podrá exigirles que cooperen en la práctica de

cualquier diligencia que se necesite llevar a cabo y que rindan los informes sobre asuntos de los cuales tengan conocimiento o en los cuales hayan intervenido.

6.2. Representación que ejerce el Procurador General de la Nación en el derecho de menores

Teniendo presente la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, nuestro país aprobó y ratificó el Convenio que contiene la Convención Sobre los Derechos del Niño, comprometiéndose con ello a respetar y asegurar la aplicación de los derechos en ella enunciados y a implementar las medias apropiadas para garantizar que la niñez se vea protegida contra toda forma de discriminación o castigo, atendiendo en todo caso el interés superior del niño.

El Estado de Guatemala se organiza jurídica y políticamente para proteger a la persona y a la familia, a las que reconoce como génesis primordial de la sociedad. La ley fundamental de protección de las personas es la Constitución Política de la República, cuya promulgación no hace más que consolidar el régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz e impulsar la plena vigencia de los derechos humanos.

Es obligación del Estado garantizarles a sus habitantes la vida, la integridad, la libertad, la igualdad, la justicia, la seguridad, la paz y un desarrollo integral. La Constitución Política de la República de Guatemala, dentro del capítulo de derechos sociales, específicamente en la sección de la familia, establece como deberes del Estado la protección de la familia, debiendo promover su organización sobre la base legal del matrimonio y los principios de igualdad de derechos de los cónyuges, de la paternidad responsable y de la planificación familiar y la protección de la salud física, mental y moral de los menores de edad, garantizándoles el derecho a la alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social.

Nuestra Constitución también contiene normas de protección del grupo social que nos interesa y que es objeto de estudio en este trabajo: los menores de edad. Véase que textualmente la Constitución utiliza el término de menores de edad. En el Artículo 51, preceptúa: “El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad... Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social.”. Y en el Artículo 20, establece: “...Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia de la niñez y la juventud... Una ley específica regulará esta materia.”.

En ese momento, es decir, al momento de ser promulgada la Constitución Política de la República, esa ley específica era el Decreto Número 78-79 del Congreso de la República, Código de Menores, el cual posteriormente fue derogado por el Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, como expresamente lo establece su Artículo 264.

En el Código de Menores encontrábamos regulación legal respecto de la protección y la representación de los menores de edad. Sus normas se aplicaban no solamente a los menores sino que también a sus padres, tutores o encargados, así como a las autoridades y personas que intervinieran en la conducta de estos. Esta ley creó los denominados Organismos de Protección a los Menores, siendo estos:

– El Consejo Nacional de Menores

El cual tenía a su cargo todo lo relativo con la función estatal de protección a los menores. El mismo se conformaba, entre otros integrantes, con un representante del Ministerio Público. Recordemos que para ese momento el Ministerio Público era una sola institución y ejercía las funciones que actualmente corresponden a dos instituciones diferentes, el Ministerio Público y la Procuraduría General de la Nación.

- Dirección General de Bienestar de Menores y la Familia

Era el ente ejecutor de los programas de protección de los menores.

- Procuradores de Menores:

Establecía el Código de Menores, que la procuraduría de menores correspondía al Ministerio Público y le asignaba las funciones de velar por el respeto de los derechos de los menores y representar a los menores que se encontraban en situación irregular y asumir su defensa legal. Este es el antecedente inmediato de la representación de los menores que ejerce la Procuraduría General de la Nación.

Con la entrada en vigencia, en nuestro país, de la Convención Sobre los Derechos del Niño se evidenció que el Código de Menores había dejado de responder a las necesidades de regulación jurídica en materia de niñez y adolescencia y que era necesaria una transformación profunda de la legislación para proveer a los distintos órganos del estado y a la sociedad en general de un instrumento jurídico que oriente adecuadamente el comportamiento y acciones a favor de este sector social. Atendiendo a ello en el año 2003 entró en vigencia la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia cuyo espíritu es adecuar nuestro ordenamiento jurídico al desarrollo de la doctrina y normativa internacional sobre la materia.

En la citada ley encontramos un libro dedicado a las disposiciones organizativas, en él se crean algunos Organismos de Protección Integral, entre ellos:

- Comisión Nacional de la Niñez y de la Adolescencia

Este es el ente rector en materia de protección integral de la niñez y la adolescencia. Tiene a su cargo la formulación de las políticas de protección

integral y velar por su cumplimiento, adoptando al efecto las acciones pertinentes que lleven a la mayor eficiencia dicha protección.

El Artículo 86 de la comentada ley, establece que la Comisión estará integrada por representantes del Estado y por representantes de organizaciones no gubernamentales que realicen acciones y desarrollen programas de la niñez y la adolescencia, al respecto preceptúa: "... a) Por el Estado: un representante de cada una de las áreas de educación, salud, trabajo y previsión social, gobernación, cultura, bienestar social, finanzas y de la Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia o la dependencia que tenga a su cargo la planificación en el Organismo Ejecutivo; un representante del Congreso de la República; un representante del Organismo Judicial. b) Por las organizaciones no gubernamentales destinadas al desarrollo de la niñez y la adolescencia, once representantes de: organizaciones de derechos humanos de la niñez y la adolescencia, religiosa, indígenas, juveniles, educativas y de salud. ...” Para el desarrollo de sus funciones la Comisión contará con una Secretaría Ejecutiva, que será el órgano encargado de ejecutar sus decisiones.

– Defensoría de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia

Órgano que depende directamente del Procurador de los Derechos Humanos y procuradores adjuntos. En general, la función de la Defensoría es proteger los derechos humanos de la niñez y la adolescencia establecidos en la legislación nacional e internacional. Así, el Artículo 90 de la citada ley, establece: "... cuyas facultades son la defensa, protección y divulgación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ante la sociedad en general, así como el efectivo cumplimiento de las disposiciones que en esta materia precisa el ordenamiento jurídico nacional, la Constitución Política de la República, y otros convenios, tratados, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala.”.

– Unidad de Protección a la Adolescencia Trabajadora

Adscrita al Ministerio de Trabajo y Previsión Social está encargada de ejecutar los proyectos y programas que este emprenda. Coordinará acciones con la Inspección General de Trabajo y la Dirección General de Trabajo y comunicará a las autoridades competentes de cualquier incumplimiento que al respecto tengan conocimiento.

– Unidad Especializada de la Niñez y la Adolescencia de la Policía Nacional Civil

En lo que la ley denomina cooperación institucional, la Unidad tiene como objetivo principal capacitar y asesorar a los miembros de la institución, sobre los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes, además, desarrollará programas de capacitación y asesoría.

En el Derecho de Menores fue urgente y necesario poner en vigor una ley que garantizara a los niños y adolescentes el derecho a ser tratados como personas, con todos los derechos que la Constitución garantiza a un adulto.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia desarrolla una doctrina de protección integral de la niñez y adolescencia, cuya inspiración doctrinaria y jurídica se encuentra en la Convención Sobre los Derechos del Niño y en el Artículo 2º de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Al contar con una norma novedosa, que contiene principios y enunciados de carácter nacional e internacional, que introduce a los niños y adolescentes a su participación en todo proceso que a ellos se refiera, cuya ausencia era patente en la anterior legislación y que reconoce explícitamente la necesidad de informar a estos sobre sus derechos.

La nueva ley, presenta dos elementos conceptuales con importantes implicaciones en cuanto a la valoración del niño y adolescente como sujeto de derechos

y obligaciones, tal es el caso que se debe tomar en consideración, en todo caso, el mejor interés o el interés superior de éste.

6.2.1. Representación conforme el Decreto Número 512 del Congreso de la República

De conformidad con este Decreto la Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo la representación provisional de los menores, mientras estos no tengan personero legítimo de conformidad con la ley. Esta función la ejerce a través de la Sección de Procuraduría siendo el titular de la representación el Jefe de la Sección. Así lo establece el Artículo 12 del citado cuerpo legal, a saber: “La Sección de Procuraduría tendrá a su cargo... la representación y defensa de las personas a que se refiere el inciso 2º del Artículo 1º.” Y el artículo 1º se refiere expresamente a los ausentes, menores e incapaces.

En estos casos, la gestión de la Procuraduría General de Nación se circunscribe a proveer de representación a los menores, debiendo al efecto procurar las medidas necesarias y urgentes para la salvaguardia de sus bienes y de sus personas, así como velar por el amparo de los menores en casos de exposición o abandono. Expresamente lo faculta para que en el ejercicio de sus funciones pueda interponer las demandas necesarias.

6.2.2. Representación conforme la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

El órgano dentro de la Procuraduría General de la Nación al que le corresponde la representación de la niñez y la adolescencia es la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia. Así lo regula el Artículo 108 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que en su parte conducente establece: “La Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia, tendrá las siguientes atribuciones: a) Representar legalmente a aquellos niños, niñas y adolescentes que carecieren de ella. ...”.

Véase que esta función según el Decreto Número 512 del Congreso de la República corresponde a la Sección de Procuraduría, sin embargo, por ser posterior prevalece la disposición contenida en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

En el cumplimiento de su función la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia de la Procuraduría General de la Nación tendrá las siguientes atribuciones:

- Instruir investigación en casos de niños, niñas y adolescentes amenazados o violados en sus derechos. Pudiendo actuar de oficio o a requerimiento de parte o de Juez. Al efecto debe realizar las diligencias que permitan recabar información necesaria para resolver los casos, entre otras, estudios socioeconómicos y familiares, informes médicos y psicológicos, etc.
- Actuar de manera activa en los procesos judiciales de protección de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos.
- Denunciar ante el Ministerio Público los casos de niños, niñas y adolescentes que carezcan de representante legal cuando sean víctimas de delito.
- Apersonarse en los procesos penales en los cuales las víctimas sean niños, niñas y adolescentes en defensa de los intereses de estos.
- Evacuar audiencias y emitir opinión en los casos notariales y administrativos que las leyes señalen.
- En general hacer valer los derechos y garantías que las leyes nacionales e internacionales reconocen a la niñez y adolescencia.

Por último, cabe mencionar el Artículo 6 de las Disposiciones Transitorias de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que ordena a varias instituciones,

entre ellas la Procuraduría General de la Nación, adecuar sus dependencias de acuerdo a los principios y disposiciones contenidas en dicha ley. Al respecto en la Procuraduría General de la Nación ya existía todo en engranaje organizativo en lo que se denominaba Procuraduría de Menores y que con la vigencia de la ley citada paso a ser la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia; lo que se hizo fue fortalecer los recursos existentes, dotándola de un mayor número de agentes auxiliares con sus respectivos auxiliares jurídicos, incrementando el número de investigadores, fortaleciendo la Unidad Penal y creando las unidades de Trabajo Social y Psicología.

CONCLUSIONES

1. Los menores de edad, por no poseer la aptitud física y mental necesaria para determinarse por sí mismos, deben actuar dentro de sus relaciones sociales y jurídicas a través de sus representantes legales.
2. La representación legal es la institución jurídica que permite la participación de los menores de edad en la vida jurídica de la nación; bien sea adquiriendo derechos o contrayendo obligaciones.
3. El derecho de menores es eminentemente tutelar y está constituido por principios y normas jurídicas de protección de la niñez y adolescencia; sector éste que hasta hace algún tiempo era una de las esferas más desprotegidas de la población.
4. Existen cuerpos normativos que contienen figuras jurídicas que regulan lo referente a la protección y cuidado de la niñez y adolescencia, tal es el caso de la patria potestad, la guarda y cuidado, entre otras.
5. La Procuraduría General de la Nación es el ente asesor y consultor de las entidades públicas y representante del Estado; sin embargo, carece de su propia ley orgánica, la cual debe ser promulgada en virtud de un mandato constitucional.
6. La Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia, es la oficina interna a través de la cual la Procuraduría General de la Nación ejerce la función de representar legalmente a la niñez y a la adolescencia.

RECOMENDACIONES

1. Que las autoridades judiciales y administrativas, en la medida de lo posible y de conformidad con la Convención Internacional sobre los Derechos del niño, garanticen el derecho de todo menor a ser escuchado en cualquier asunto que le afecte, siempre y cuando por su edad y madurez esté en condiciones de formarse un juicio propio.
2. Que las instituciones que velan por la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, coordinen esfuerzos para fiscalizar actos, cuyos efectos redunden en beneficio o perjuicio de menores de edad.
3. Debe procurarse la divulgación masiva del derecho de menores, e incorporar esta rama jurídica a los planes de estudios de las distintas facultades de derecho de las universidades guatemaltecas.
4. Es necesario que el Congreso de la República fortalezca la legislación nacional, respecto del derecho de menores, emitiendo normas de protección y cuidado de la niñez y adolescencia, que se fundamenten en el enunciado de que en todo caso debe prevalecer el interés superior del niño.
5. Atendiendo al mandato constitucional, el Procurador General de la Nación debe proponer consensos dentro del Congreso de la República, para lograr la aprobación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Nación, que regule la estructura y funcionamiento de dicha institución.
6. Para el cumplimiento de la atribución conferida a la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia de la Procuraduría General de la Nación, de representar legalmente a los niños y adolescentes que carecieren de la misma, el Procurador General de la Nación debe cuidar que su personal tenga la formación profesional

y moral, necesarias para una adecuada protección integral de la niñez y la adolescencia.

BIBLIOGRAFÍA

- BAQUEIRO ROJAS, Edgar. **Derecho civil**. Introducción y personas. (Colección textos jurídicos universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México) México D. F., México: Ed. Harla, 1995.
- BETTI, Emilio. **Teoría general del negocio jurídico**. Granada, España: Ed. Camores, 2000.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 2t.; Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 1998.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 6vols.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1979.
- CABANELLAS, Guillermo. **Enciclopedia jurídica española**. 2t.; 14a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2000.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1958.
- DIEZ PICAZO, Luis. **Sistema de derecho civil**. 2vols.; 8a. ed.; Madrid, España: Ed. Tecnos, S. A., 1994.
- GARCÍA URBANO, José María. **Instituciones de derecho privado**. 2t.; Madrid, España: (s.e.), 1995.
- GHERSI, Carlos Alberto. **Derecho civil**. Parte general. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1993.
- MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. 2t.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Jurídica, 1954.
- MENDIZABAL, Oseas. **La política de la juventud**. Madrid, España: Ed. Jurídicas, 1994.

NÁJERA FARFÁN, Mario Efraín. **Derecho procesal civil**. Guatemala, Guatemala: Ed. Eros, 1970.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 20a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1981.

PALLARES, Eduardo. **Derecho procesal civil**. 26a. ed.; México D.F., México: Ed. Porrúa, 2001.

PLANIOL, Marcel. **Derecho civil**. México D.F., México: Ed. Oxford, 1999.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 3t.; España: (s.e.), 1958.

ROCCO, Alfredo. **La sentencia civil, la interpretación de las leyes procesales**. México D.F., México: Ed. Stylo, 1994.

STOLFI, Nicolás. **Derecho civil**. (s.l.i.): Ed. Toriño, 1919.

Legislación:

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

Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley Número 106, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley Número 107, 1964.

Código de Menores. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 78-79, 1979.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 512, 1948.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 27-03, 2003.

Ley de Adopciones. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 77-07, 2008.