

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



**ANÁLISIS JURÍDICO DEL INTERÉS DEL MENOR COMO CRITERIO SUPERIOR EN  
EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA**

**EVELYN ROSSANA RECINOS CONTRERAS**

**GUATEMALA, JUNIO DE 2009**

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL INTERÉS DEL MENOR COMO CRITERIO SUPERIOR EN  
EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA**

**TESIS**

**Presentada a la Honorable Junta Directiva**

**de la**

**Facultad de Ciencias Jurídicas Y Sociales**

**de la**

**Universidad de San Carlos de Guatemala**

**Por**

**EVELYN ROSSANA RECINOS CONTRERAS**

**Previo a conferírsele el grado académico de**

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**Y los títulos profesionales de**

**ABOGADA Y NOTARIA**

**Guatemala, junio de 2009.**

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando 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. Gerardo Prado
Vocal:	Licda. Vilma Esperanza Perdomo Venegas
Secretaria:	Licda. Laura Consuelo Montes Mendoza

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt
Vocal:	Lic. Erick Gustavo Santiago de León
Secretario:	Lic. Luis Emilio Orozco Piloña

**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).”

**Licda. Cecilia Dorina López Suntecun**  
**Abogada y Notaria**  
**11 calle 7-35 z.1 Of. 403 Edif. Lido**



Guatemala, 16<sup>a</sup> septiembre de 2008

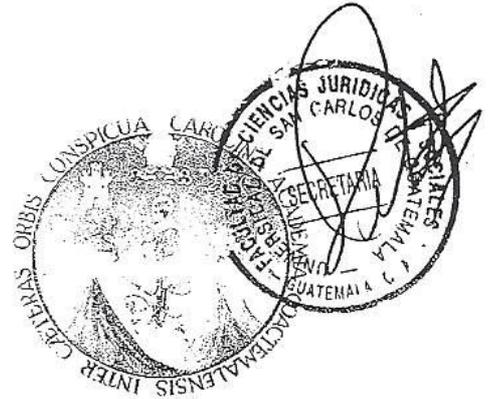
Licenciado  
Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Licenciado Castro Monroy:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que por designación de dicha Unidad, se me nombró como Asesora de Tesis de la Bachiller Evelyn Rossana Recinos Contreras, quién elaboró el trabajo titulado: **“ANALISIS JURIDICO DEL INTERES DEL MENOR COMO CRITERIO SUPERIOR EN EL AMBITO DE DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA”** a la estudiante en mención, se le brindó la orientación y la asesoría que se requiere para la elaboración de este tipo de trabajo, dando como resultado, que la versión final resulte por demás interesante y un valioso aporte investigativo con el objetivo de asegurar al niño y al adolescente la protección y el cuidado necesario para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley.

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos, viéndose los mismos reflejados en la redacción final del mismo el cual establece la clara necesidad de abogar por el establecimiento de unos mínimos criterios en defensa de los derechos subjetivos atribuidos a el interés del menor, método que sin duda reduciría la inseguridad jurídica que se percibe en la actualidad en los juzgados de familia en Guatemala.

**Licda. Cecilia Dorina López Suntecun**  
**Abogada y Notaria**  
**11 calle 7-35 z.1 Of. 403 Edif. Lido**



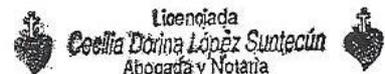
La metodología y técnicas de investigación utilizadas fueron las idóneas en mi opinión y conforme a lo establecido en el normativo correspondiente, la redacción es clara y sencilla lo cual permite entender que si bien la normativa legal establece principios y garantías a favor de los niños y adolescentes esta debe contar con la aplicación positiva de la misma en base a criterios que sustenten el interés del menor prioritariamente a los intereses controvertidos en los casos planteados ante los juzgados de familia guatemaltecos. Las conclusiones y recomendaciones a que arriba la autora y bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, estos evidencian que el Estado de Guatemala debe resguardar a los menores de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo; es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, estimo procedente aprobar el trabajo de tesis asesorado.

Atentamente,

**CECILIA DORINA LOPEZ SUNTECUN**

**ABOGADA Y NOTARIA**

**No. de Colegiado 6,114**



UNIVERSIDAD DE SAN  
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12  
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintitrés de septiembre de de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARÍA ELISA SANDOVAL DE AQUECHE, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante EVELYN ROSSANA RECIOS CONTRERAS, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL INTERÉS DEL MENOR COMO CRITERIO SUPERIOR EN EL ÁMBITO DE DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes."

  
LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis  
CMCM/ragm



Guatemala 13 de noviembre de 2008

Licenciado  
Carlos Manuel Castro Monroy  
Coordinador de la Unidad de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad Universitaria, Zona 12.

Distinguido Señor Coordinador,

En cumplimiento de la providencia en la cual consta mi nombramiento como revisora de tesis de la estudiante Evelyn Rossana Recinos Contreras, proferido por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de fecha veintitrés de septiembre de dos mil ocho, efectúe la revisión de la tesis de la estudiante antes mencionada, denominada "Análisis Jurídico del Interés del Menor como Criterio Superior en el Ámbito del Derecho de Familia en Guatemala."

El referido trabajo fue ampliamente revisado y se hizo necesario implementar algunas reorientaciones de fondo, las cuales fueron satisfechas completamente.

El contenido científico y técnico del trabajo reúne los requisitos necesarios, los métodos y técnicas de investigación utilizados fueron adecuados a la naturaleza de la misma, fue consultada la bibliografía pertinente al tema y en mi opinión adecuada en cantidad y calidad. Y las conclusiones congruentes con el desarrollo del trabajo de investigación.

---

*María Elisa Sandoval Argueta*  
Abogada y Notaria

*Licda. María Elisa Sandoval de Aquino*  
ABOGADO Y NOTARIA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12  
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiséis de marzo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante EVELYN ROSSANA RECINOS CONTRERAS, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL INTERÉS DEL MENOR COMO CRITERIO SUPERIOR EN EL ÁMBITO DE DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



## DEDICATORIA

- A DIOS: Por tomarme de su mano y guiarme con su gracia hasta este momento.
- A MI MADRE: Milagro de Jesús Contreras Orellana, por su ejemplo por su valentía y su lucha.
- A MI PADRE: Rene Clodoveo Recinos Orellana, por su confianza inquebrantable en mi.
- A MIS HERMANAS: Mauren Elizabeth y Ligia María, por su amor incondicional.
- A MI SOBRINA: Shawna Elizabeth por inspirarme a ser mejor.
- A MIS COMPANEROS Y AMIGOS: Jennifer Nowell, Gabriela González, Rafael Cruz, David Jerez y todos los Tukis, por compartir conmigo su amistad y cariño dentro y fuera de nuestra facultad.
- A MIS AMIGOS: Juan Miguel Miranda, Víctor González, Daniel Ovalle, Mandy Vásquez y Matthew Hamilton en agradecimiento por su paciencia y amor.
- A MIS CATEDRATICOS: En general y en particular a los licenciados Henry Arriaga, Jeanneth Gonzáles, y Freddy Orellana por su valioso aporte a mi formación profesional.
- A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES: Por hacer de mi una profesional consciente y comprometida con mi país.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA: Por ser mi alma mater, y permitirme el honor de ser sancarlista.

## ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. Derecho de menores.....	1
1.1. Generalidades.....	1
1.2. Definición.....	2
1.3. Características.....	2
1.3.1. Carácter tutelar y protector.....	2
1.3.2. Esencialmente realista.....	3
1.3.3. Derecho normativo.....	3
1.3.4. Derecho específico.....	4
1.3.5. Es un derecho que posee fundamentos históricos nacionales e internacionales.....	4
1.4. Principios doctrinarios del derecho de menores.....	5
1.4.1. Interés superior, prioritario y prevalente del niño, niña y adolescente.....	6
1.4.2. Aplicación preferente de la legislación de este sujeto.....	6
1.4.3. En la duda debe presumirse la minoridad.....	6
1.4.4. Toda actividad relacionada con el niño y adolescente, debe tener en cuenta el reconocimiento de sus derechos y protección, bajo el prisma de cooperación y protección.....	6
1.5. Principios que reconoce la Convención Americana de Derechos del Niño.....	7
1.5.1. Primer principio (igualdad) .....	8
1.5.2. Segundo principio (interés superior del niño).....	8
1.5.3. Tercer principio (nombre y nacionalidad).....	8
1.5.4. Cuarto principio (salud).....	9

	<b>Pág.</b>
1.5.5. Quinto principio (trato especial).....	9
1.5.6. Sexto principio (derecho a la familia).....	10
1.5.7. Séptimo principio (educación).....	10
1.5.8. Octavo principio (auxilio).....	11
1.5.9. Noveno principio (no tratos crueles).....	11
1.5.10.Décimo principio (no discriminación) .....	11

## **CAPÍTULO II**

2. El interés de los menores como criterio superior en la legislación Internacional.....	13
2.1. Generalidades.....	13
2.2. Alcances del término.....	17
2.2.1. Evolución histórica de la concepción del “interés superior del menor”.....	17
2.3. Definiciones.....	18
2.4. Legislación en América Latina.....	18
2.5. Análisis de jurisprudencia internacional.....	18
2.5.1. Principios generales.....	19
2.5.2. Jurisprudencia internacional sobre la restitución internacional de menores.....	20
2.5.3. Jurisprudencia internacional en caso de la Adopción.....	23
2.5.4. Guarda y custodia en la jurisprudencia internacional.....	25
2.6. El interés del menor en la constitución española.....	25
2.6.1. Repercusión de los principios constitucionales en normas de ámbito estatal y autonómico.....	26

### CAPÍTULO III

3.	Perspectiva integral del interés de los menores como criterio superior en el derecho de familia guatemalteco.....	29
3.1.	El principio general del " <i>favor minoris</i> " como criterio rector del derecho de menores y su incidencia en las resoluciones de los jueces de familia .....	31
3.1.1.	Naturaleza imperativa del estatuto jurídico del menor.....	34
3.1.1.1.	Trascendencia práctica .....	34
3.2.	Valor jurídico del principio del " <i>favor filii</i> ".....	35
3.2.1.	Normas de derecho internacional privado.....	36
3.3.	La eficacia vinculante del principio del " <i>favor minoris</i> ".....	38
3.4.	El contenido material del interés superior del menor y su concreción.....	39
3.4.1.	Contenido material del interés del menor desde el contexto normativo.....	41
3.4.2.	Contenido material del interés del menor desde el ámbito doctrinal .....	44

### CAPÍTULO IV

4.	Factores que intervienen en el proceso de individualización del interés del menor.....	47
4.1.	Necesidad de intervención del menor en la concreción de su propio interés.....	48
4.2.	La participación de los padres o de los tutores.....	49
4.3.	El criterio valorativo del juez.....	51
4.4.	La preceptiva intervención de la Procuraduría de los Derechos Humanos y la Procuraduría General de la Nación.....	52

4.5.	El juez de familia y la importancia de su adecuada formación en orden a la eficacia de su intervención en los asuntos de menores.	56
------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

## CAPÍTULO V

5.	Falta de aplicación del interés superior del menor como criterio superior en los Juzgados de Familia del municipio de Guatemala.....	57
5.2.	¿Qué es lo mejor para el menor en los asuntos de guarda y custodia en los Juzgados de Familia del Municipio de Guatemala?.....	58
5.2.1.	La guarda y custodia.....	59
5.3.	Criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor..	67
5.3.1.	Garantía del desarrollo integral del menor .....	67
5.3.2.	Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor.....	68
5.3.3.	Protección del menor frente a riesgos prohibidos .....	69
5.3.4.	Equilibrio con los derechos de los padres.....	70
5.3.5.	Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor.....	70
5.3.6.	Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno filiales.....	70
5.4.	Supuesto de crisis matrimonial o de la pareja de hecho.....	71
5.5.	Pensión alimenticia.....	71
5.6.	Guarda y custodia.....	71
5.7.	Conflictos convivenciales entre padres e hijos.....	72
	CONCLUSIONES.....	81
	RECOMENDACIONES.....	83
	BIBLIOGRAFÍA.....	85

## INTRODUCCIÓN

La hipótesis planteada para esta tesis fue: En Guatemala los jueces, al resolver asuntos en donde está en juego el interés del menor, no respetan que dicho interés debe ajustarse siempre a las concretas circunstancias fácticas del medio en que éste desarrolla de manera habitual su vida ordinaria; esencialmente su entorno familiar, en el orden de los factores intervinientes, y que en la concreción de este interés aparecen en segundo lugar los padres o, en su caso, los tutores o guardadores.

Para este trabajo se trazó el objetivo de evidenciar que en la actualidad los jueces ante quienes se tramitan asuntos de menores, no velan por el respeto del interés prevalente del menor en los tribunales de familia del Municipio de Guatemala; además de establecer la situación de indefensión del principio del interés prevalente del menor en los juzgados de familia; determinar que, actualmente lo que se defiende es el interés de los padres en los asuntos en los que se ven involucrados los intereses de los menores en Guatemala, aunque sean los progenitores quienes causen un sinnúmero de violaciones en contra de sus propios hijos; proporcionar estadísticas de la forma en la que los jueces de familia no han aplicado este principio reconocido por convenios internacionales y adoptados por Guatemala en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y proponer soluciones a la problemática de la falta de aplicación del interés del menor en los juzgados de familia.

Los métodos utilizados fueron: el analítico, que consiste en descomponer el todo en sus elementos o partes para estudiar cada una de éstas por separado con la finalidad de determinar el fenómeno; el sintético que, contrario al anterior, este método nos permite integrar las diversas partes en un todo significativo; el inductivo, con el cual se obtuvieron propiedades generales a partir de las propiedades singulares, enfocando el tema de manera particularizada o individual, tanto en aspectos doctrinarios, como legales y prácticos, para poder concluir en razonamientos generalizados relacionados al interés del menor como criterio superior en el ámbito del derecho de familia en

Guatemala. Y, por último, el deductivo que, contrario al anterior, parte de lo general hacia las características singulares o particulares del objeto de estudio.

Las técnicas utilizadas son las directas, por medio de las cuales a través de entrevistas condujeron el presente trabajo a la objetividad; las técnicas indirectas permitieron el auxilio de material bibliográfico y documental, como leyes, textos, documentos, diccionarios jurídicos e enciclopedias.

Esta tesis consta de cinco capítulos, los cuales detallo a continuación: En el primero, se desarrolla, de manera general, la definición del derecho de menores, sus características, principios doctrinarios y legales. El segundo, es de carácter comparativo, ya que evidencia la postura de la legislación internacional en lo concerniente al interés del menor en el ámbito del derecho de familia, haciendo una breve reseña de la evolución histórica del concepto. En el tercero, se señala una visión jurídica integral, en la cual se hace imperativa la aplicación del principio del “favor filii” o “favor minoris”. El capítulo cuarto determina una serie de factores, a tomar en cuenta por los jueces de familia del municipio de Guatemala, al conocer y fallar en casos concretos en los que se encuentre tutelado el interés de niños y adolescentes. Finalmente, el quinto, en el cual se establece claramente la necesidad de la aplicación del interés del menor, como criterio superior en el ámbito del derecho de familia en Guatemala y las consecuencias que éste tendría en las relaciones filiales y económicas de los niños y adolescentes.

## CAPÍTULO I

### 1. Derecho de menores

#### 1.1. Generalidades

El Estado de Guatemala debe asegurar al niño la protección y el cuidado necesario para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, con ese fin, tomará todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Resulta por ende que, la decisión de cualquier conflicto familiar suscitada en el marco de las relaciones de patria potestad -y, por extensión, todo conflicto o situación en que intervengan menores o de un modo u otro les afecte- el juez debe valorar el beneficio del menor como interés superior.

Este interés superior o principio del "favor filii" es un imprescindible criterio inspirador en la adopción de cualquier medida referente a los derechos de los hijos sometidos a la potestad paterna. El Estado de Guatemala debe de proveer los medios necesarios para el desarrollo pleno de la niñez, adecuando las instituciones y la legislación en base a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia; así como el cumplimiento necesario de lo establecido en dichas leyes, a fin que los menores sean sujetos primeros de derechos y no como objetos de un sistema jurídico pensado solo en la exclusiva finalidad del adulto.

El problema planteado en la presente investigación es enfocado desde el punto de vista jurídico pues tanto la legislación interna como los tratados internacionales contemplan el interés superior del menor como una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y adolescencia, asimismo es necesario que los jueces de familia apliquen este principio, en pro del desarrollo integral de los menores que viven en hogares desintegrados.

Desde el punto de vista económico la presente problemática, debe analizarse, porque el aspecto económico también es un punto importante en el desarrollo integral del menor, y muchas veces, los menores quedan bajo la custodia de la madre, quien no posee los suficientes recursos económicos para mantenerlos, en comparación del padre, a quien difícilmente le otorgan la custodia de un menor, solamente en casos extremos.

Desde el punto de vista social, y derivado de la investigación efectuada se considera que el incumplimiento de lo establecido en ley y en los tratados internacionales en cuanto al interés superior del menor en las decisiones de los jueces de familia, tiene un impacto directo en la sociedad guatemalteca, pues los menores que crecen en un hogar violento en donde han sufrido maltratos físicos y psicológicos, son personas vulnerables a manifestar su descontento con la sociedad de forma delictiva

## 1.2. Definición

El derecho de menores se puede definir como el conjunto de doctrinas, principios, convenios internacionales, y normas jurídicas que son el instrumento de integración familiar y promoción social, que persiguen lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos de la niñez y la juventud. Se considera niña o niño o adolescente, de conformidad con la Ley de Protección integral de la niñez y la adolescencia, en su Artículo 2 el cual señala, "a toda persona desde su concepción, hasta que cumple trece años de edad y adolescente hasta que cumple dieciocho años de edad".

## 1.3. Características

### 1.3.1. Carácter tutelar y protector

El derecho de menores se caracteriza por ser tutelar y protector además tiene por objeto, ante la desigualdad de condiciones de los niños frente a los adultos, mas concretamente frente a sus padres y demás familia y a la violencia que éstos por una u

otra razón, o bien, sin ésta, pueden ejercer sobre los niños, por lo tanto, presenta un marco jurídico que protege de manera integral a la persona del niño y del adolescente en sí.

El Estado se compromete a través de esta legislación, a velar por el estricto cumplimiento de esta, prohibiendo todo tipo de físico y mental que los niños y los adolescentes puedan sufrir, con el objeto de romper el círculo vicioso de violencia intrafamiliar de la cual seguramente vienen sus padres, y las personas que ejercen algún tipo de maltrato infantil.

El derecho de la niñez y la adolescencia es un derecho tutelar de los niños, niñas y adolescentes, otorgándoles una protección jurídica preferente. Nuestra Constitución establece, que "El Estado deberá velar porque los niños, niñas y adolescentes reciban entre otros:

- a.** Protección y socorro especial en caso de desastres;
- b.** Atención especializada en los servicios públicos o de naturaleza pública
- c.** Formulación y ejecución de políticas públicas específicas;
- d.** Asignación específica de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la niñez y la juventud adolescente."

### 1.3.2. Es esencialmente realista

El carácter realista del derecho de menores se debe a que, sin importar el nivel sociocultural de los padres, raza, condición social, religión; en un sin número de núcleos familiares se da el maltrato infantil, aún en los centros educativos, y deportivos, y con más frecuencia en el ámbito laboral donde los niños son explotados, y obligados a realizar trabajos forzosos y no acordes a su condición física y mental.

### 1.3.3. Es un derecho normativo

El derecho de menores, se encuentra regulado tanto en Convenios Internacionales como en la legislación nacional, y provee de una serie de normas jurídicas encaminadas a promover y adoptar medidas necesarias para proteger a la familia jurídica y socialmente, así como garantizarle a los padres y tutores el cumplimiento de sus obligaciones en lo relativo a la vida, libertad, seguridad, paz, integridad personal, salud, alimentación, educación, cultura; deporte, recreación, y convivencia familiar y comunitaria de todos los niños, niñas y adolescentes.

### 1.3.4. Es un derecho específico

El carácter específico del derecho de menores, indica que el Estado, en la planificación, coordinación, organización, ejecución y control de los proyectos que emprenda en pro de la niñez y de la protección de la misma ha de crear instituciones y órganos administrativos que velen específicamente por el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y realizar una asignación de recursos para su funcionamiento.

De ahí la creación de los diferentes órganos, como la Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia, la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia de la Procuraduría de los Derechos Humanos, La unidad de Protección a la adolescencia trabajadora y la Unidad de la niñez y la adolescencia de la Policía Nacional Civil; asimismo, de los Juzgados de adolescentes en conflicto con la ley penal.

### 1.3.5. Es un derecho que posee fundamentos históricos nacionales e internacionales

El derecho de menores es un tema que preocupa mucho en la actualidad por la cantidad de denuncias que diariamente se realizan, de niños, niñas y adolescentes maltratados por sus propios familiares, o por personas cercanas a ellos, desde maltratos físicos, psicológicos, hasta abuso sexual, y es un problema que aqueja

población mundial, porque este maltrato que sufren los niños dentro de su propias casas, provoca que los niños crezcan en un ambiente de violencia, y consecuentemente buscan en la calle, esa atención y apoyo que no encuentran en casa.

De ahí que han proliferado las pandillas juveniles que actúan con un desmedido ánimo de dañar a los demás, sin compasión ni principios, salen a las calles, con ese trastorno que los mismos padres han forjado; por esa infancia perdida en un martirio de gritos insultos y golpes.

Esta situación no solamente se da en nuestro país, pues se ha podido observar en los informes que presenta anualmente el Fondo de las Naciones Unidas para la infancia, creado con el mandato de promover la protección de los derechos del niño, de ayudar a satisfacer sus necesidades básicas y de aumentar las oportunidades que se les ofrecen para que alcancen plenamente sus potencialidades.

El Fondo de las Naciones Unidas para la infancia, se guía por lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, y se esfuerza por conseguir que esos derechos se conviertan en principios éticos perdurables y normas internacionales de conducta hacia los niños, y siendo Guatemala un Estado que forma parte de esta organización, debe velar porque se cumplan y se respeten los derechos de los niños, niñas y adolescentes de la nación, por medio de los órganos creados con ese objeto.

#### 1.4. Principios doctrinarios del derecho de menores

##### 1.4.1. Interés superior, prioritario y prevalente del niño, niña y adolescente

Como señala la Agencia de las Naciones Unidas “el interés superior del niño, es una garantía que se aplicara en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos respetando

sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez”.<sup>1</sup>

En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, Tratados y Convenios en materia de Derechos Humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en la ley de protección integral de los menores y adolescentes de Guatemala.

#### 1.4.2. Aplicación preferente de la legislación de este sujeto

Este principio establece que en cualquier situación en la que se involucre a un menor se debe aplicar la legislación específica, que para el efecto fue creada respetando la supremacía constitucional y el carácter supraconstitucional de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, así como de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

#### 1.4.3. En la duda debe presumirse la minoridad

Es claro el presente principio en establecer, que en el momento en el que alguna persona se encuentre en peligro, o bien, se encuentre en conflicto con la ley penal, y se desconozca su edad, pero se presume por su aspecto físico o por antecedentes que es menor de edad, y no porte algún documento de identificación, la doctrina establece que, en caso de duda acerca de la edad de un sujeto, se presuma su minoría, y que sea el Ministerio Público durante la investigación que establezca la verdadera edad del mismo. Esto con el objeto de evitar, que el mismo Estado, violente la legislación que ampara a la niñez.

---

<sup>1</sup>María Ester Caballero, **La paz no les ha llegado: Niños y niñas de la calle en Centroamérica**, pág. 37.

1.4.4. Toda actividad relacionada con el niño y adolescente, debe tener en cuenta el reconocimiento de sus derechos y protección, bajo el prisma de cooperación y protección.

Este principio establece que los derechos y garantías que otorga la ley de protección integral de los menores y adolescentes, no excluye otros, que aunque no figuren expresamente en el, son inherentes a los niños, niñas y adolescentes.

La interpretación y aplicación de las disposiciones de esta ley deberá hacerse en armonía con sus principios rectores, con los principios generales del derecho, con la doctrina y normativa internacional en esta materia, en la forma que mejor garantice los derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, los Tratados, convenios, Pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala.

#### 1.5. Principios que reconoce la Convención Americana de Derechos del Niño

La Convención Americana de los Derechos del Niño contiene un catálogo de los derechos reconocidos mínimos de los menores. Estableciendo que: “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Convención, su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y su determinación de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, y que las Naciones Unidas han proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Luis Felipe Polo, Mónica Melgar G., Maribel Echeverría, **Análisis Comparativo del Código de Menores con la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución Política de la República de Guatemala** . Pag.36.

El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, y la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

La humanidad le debe al niño lo mejor que puede darle, La Asamblea General de las Naciones Unidas, proclama la Declaración de los Derechos del Niño a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios que se desarrollarán en

#### 1.5.1. Primer principio (igualdad)

De conformidad con la Declaración de los Derechos del Niño, “los niños disfrutarán de todos los derechos enunciados en ésta. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia”.<sup>3</sup>

#### 1.5.2. Segundo principio (interés superior del niño)

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física,

---

<sup>3</sup> Ibid pag. 36.

mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Los estados parte, al promulgar leyes referentes a los niños lo harán con este fin, pues la consideración fundamental a que se atenderá siempre, será el interés superior del niño”<sup>4</sup>.

### 1.5.3 Tercer principio (nombre y nacionalidad)

Este principio contempla el derecho a tener un nombre, todos los seres humanos tienen ese derecho, que los hace únicos y distintos a las demás personas y aunque uno no lo crea, existen personas de ciertas condiciones de educación y pobreza que nunca fueron inscritos en un registro civil, por lo tanto aún no poseen un nombre ni existen básicamente para un estado. Por lo tanto, “el niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad”<sup>5</sup>.

Esto conlleva a ser inscrito en el Registro Civil del lugar de nacimiento o del lugar de nacimiento de los padres, pues esto lo hace obtener una nacionalidad. En caso un niño por diversas circunstancias no es inscrito al registro civil por sus padres, será una institución estatal o de beneficencia la encargada de darle un nombre y una nacionalidad, pero éste es un derecho irrenunciable que lo hace existir para el mundo.

### 1.5.4. Cuarto principio (salud)

Este principio contempla que el niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. “El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados”<sup>6</sup>.

### 1.5.5. Quinto principio (trato especial)

---

<sup>4</sup> Ibid. pag. 36.

<sup>5</sup> Ibid pag. 36.

<sup>6</sup> Ibid pag. 36.

Este principio es aplicable para aquellos niños, que se encuentren física o mentalmente impedidos, o bien que padezcan algún impedimento social, por lo que “obliga al Estado parte a otorgarle el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular”.<sup>7</sup> Esto es importante pues tiene conexión con el principio de la no discriminación por su padecer, al contrario debe tener un trato especial pues debe dársele una educación adecuada y todo el cuidado que necesite para que pueda desarrollarse de una forma óptima a sus condiciones de salud física y mental.

#### 1.5.6. Sexto principio (derecho a la familia)

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.

La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

#### 1.5.7. Séptimo principio (educación)

“El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad”.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Ibid pag 36.

<sup>8</sup> Ibid pag. 36.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

#### 1.5.8 Octavo principio (auxilio)

En aquellos siniestros o catástrofes se debe procurar que los niños sean los primeros que reciban auxilio. Esto en por el principio natural de la conservación de la especie, y porque por su condición es difícil que un niño pueda defenderse solo o cuidarse por sí mismo. Por lo tanto el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

#### 1.5.9. Noveno principio (no tratos crueles)

Los niños deben ser protegidos contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No deberán ser objeto de ningún tipo de trata. Asimismo, no deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

#### 1.5.10 Décimo principio (no discriminación)

El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

La discriminación contra niños y adolescentes debe ser perseguida y penada por la ley. La discriminación vulnera la dignidad de los seres humanos y esta contemplada dentro de el sistema jurídico guatemalteco como un delito, por lo tanto existen sanciones que serán aplicadas a las personas a quienes les sea comprobado mediante sentencia firme que han practicado este tipo de conductas.

Es evidente que existen una serie de principios doctrinarios y legales sobre los cuales basar la actuación de los Jueces de Familia que si bien no representa una guía concreta para cada caso en específico crea limitantes y directrices que permiten dictaminar a favor de el interés de los niños y adolescentes.

## CAPÍTULO II

### 2. El interés de los menores como criterio superior en la legislación internacional

#### 2.1. Generalidades

Para algunos autores la denominación interés superior del menor aparece por primera vez en Preámbulo de la Convención de La Haya de 1980 (best interest of the children). Por su parte el autor D'Antonio (Teoría del Stándar Jurídico) expresa que el interés superior del menor se trata de un "Standard jurídico" es decir un "límite autonómico de la voluntad decisoria, con caracteres cambiantes: flexible, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares", su naturaleza jurídica es la de un "principio o regla aplicable", que en forma clara la define como "medida media de conducta social correcta"<sup>9</sup>.

La Convención Americana de Derechos Humanos, definió el Interés Superior del Menor y fue adoptada por nuestra legislación en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia en su Artículo 5 donde establece que el Interés superior del niño "es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, y los Tratados y convenios en materia de Derechos Humanos aceptados y ratificados por Guatemala".

---

<sup>9</sup> Castillo Martínez, Carolina del Carmen. **El interés del menor como criterio superior en la mediación familiar**, pág. 21.

Dicho cuerpo legal también en el Artículo 5 define al interés de la familia, como a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos cumplidos dentro del ordenamiento legal.

"El interés del menor es un principio de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de la sociedad y momentos históricos, constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciarlo en concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso"<sup>10</sup> el mismo debe constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. En caso de conflicto frente al presunto interés de un adulto, debe priorizarse el del niño.

Agrega que mas allá de la subjetividad del termino interés superior del menor este se presenta como el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por si mismo. Por ultimo a la hora de hacer valoraciones hay que asociar el interés superior con sus derechos fundamentales.

El autor Rafael Rodríguez Moreno define que el interés del menor "Desde un punto de vista general la tarea de indagación del contenido material del interés del menor encierra la pretensión de fijar los diversos aspectos que lo integran, sus elementos definidores, que nos permitan ofrecer un mínimo sustrato conceptual del tan defendido *"favor filii"*"<sup>11</sup>.

En este proceso la peculiar naturaleza técnica de la fórmula legal empleada por el legislador se erige en necesario punto de partida"<sup>12</sup>. Esta dimensión resulta especialmente útil en la ponderación del interés del niño pues, como se señala, en este ámbito no pueden funcionar los mismos criterios de solución para todos los supuestos

---

<sup>10</sup> Álvarez Velez, Isabel y Calbo Blanco, Elena, **Derechos del niño: ONU, Conferencia de La Haya, derecho internacional humanitario, Consejo de Europa, Unión Europea, Organización de los Estados Americanos y Organización para la Unidad Africana.** pag.72.

<sup>11</sup> Rodríguez Moreno, Rafael. **Tratado sobre los derechos de la familia y la defensa del menor**, pág. 45.

<sup>12</sup> Ibid. pág. 47.

pues todo dependerá de la peculiar identidad de cada sujeto y de las circunstancias concretas que, desde la individualidad del menor, perfilan cada situación.

El autor Guillermo Herrera, en su trabajo “El interés superior del menor”, establece que únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular. El interés del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica”<sup>13</sup>.

Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza *real y relacional*, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.

“Por lo tanto, para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones:

- (i) fácticas: las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados, como
- (ii) jurídicas: los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil”<sup>14</sup>.

En ese mismo sentido, es necesario tener en cuenta que, según lo estableció el autor Eduardo Cifuentes Muñoz, citado por Eduardo García Sarmiento, el interés del menor *“debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”*<sup>15</sup>; no obstante, ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, no se puedan

---

<sup>13</sup> Ibid. pág. 49.

<sup>14</sup> Ibid. pág. 50

<sup>15</sup> García Sarmiento, Eduardo, **Elementos de derecho de familia**, pág. 15.

tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres. Por el contrario: el interés superior del menor prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos.

El autor Emilio García Méndez, establece que “el sentido del verbo prevalecer implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización; por lo mismo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se *deben* tomar en cuenta en función del interés superior del menor”<sup>16</sup>.

De hecho, sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados.

La Doctora Carolina del Carmen Castillo en su texto “El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar “ establece que la determinación de cuál sea el interés del hijo menor de edad en el contexto de la mediación familiar exige, como premisa necesaria, una referencia al criterio de protección integral del niño, consagrado constitucionalmente como principio general informador de nuestro sistema jurídico, de manera singular en los ámbitos del derecho de la persona y del derecho de familia.

## 2.2. Alcances del término

Nos proponemos mediante el presente trabajo precisar los alcances del término "interés superior del menor", el cual dada su reciente creación esta siendo elaborado por la doctrina y la jurisprudencia. El origen esta dado por la "Convención de los Derechos del

---

<sup>16</sup> García Méndez, Emilio, **Infancia, ley y democracia en América Latina**, Pág. 3.

Niño" (en adelante la Convención), así que por una parte haremos referencia a los pactos y convenios Internacionales referidos a los derechos humanos como el origen de la norma con su correspondiente correlato en nuestro país en el Derecho Constitucional y como su consecuencia la aplicación en el Derecho de Familia, que es la materia que nos ocupa.

### 2.2.1. Evolución histórica de la concepción del interés superior del menor

A nivel histórico el niño siempre estuvo considerado dentro del derecho de familia siendo solo a principios de siglo que aparecen mencionados en forma específica.

En el Derecho Internacional Público el primero que versa sobre la materia es la Declaración de Ginebra aprobada en 1924 por la Sociedad de las Naciones, en 1959 tenemos la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, pero no fue sino hasta 1979 cuando se celebró el Año Internacional del Niño que la Comisión de Derecho Internacional inició el proceso de redacción de las normas de la convención.

El proceso duró diez años y finalmente en 1989, la Asamblea General de la ONU aprobó el texto que hoy conocemos, la misma cuenta con un preámbulo y 54 artículos que en los hechos significa la obligatoriedad de aplicar normas en el territorio de los Estados que la han ratificado, tal es el caso de nuestro país, incurriendo en responsabilidad internacional ante su violación teniendo en cuenta el trato que den a los niños, vale aclarar que el termino "niño" comprende a todo "ser humano" menor de 18 años de edad .

En nuestra Constitución se le ha dado jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, entre ellos, la Convención, en lo jurídico eso significa que todos los principios plasmados en los tratados, por tener el carácter de principios constitucionales integran el orden público guatemalteco.

La convención ha tenido una recepción favorable por parte de los países desde su

origen, tanto es así que la firmaron 61 Estados con la ratificación de 20 países en 1990. En alusión a ello la Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada por la ONU reunida en Viena en 1993 ha expresado una suerte de directriz en los siguientes términos, "la efectiva aplicación de la Convención por los Estados Partes, mediante la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas o de otro tipo necesarias, y la asignación del máximo posible de recursos disponibles. La no discriminación y el interés superior del niño, deben ser considerados primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados"<sup>17</sup>.

### 2.3. Definiciones

La Convención de los Derechos del Niño habla de una consideración primordial hacia el interés superior del niño, descubrimos en esta pauta una orientación que no es un simple consejo o una mera recomendación, sino una norma jurídica con fuerza normativa para tener aplicación en cuanto ámbito deba funcionar eficazmente: al legislar, al administrar, al juzgar y, a la vez, en el área de las relaciones entre particulares.

### 2.4 Legislación en América Latina

En forma somera vamos a hacer referencia a las leyes que inspiradas en la Convención han dictado diferentes países en América Latina, lo cual no quiere decir que hayan variado las condiciones de la minoridad, solo las vamos a mencionar ya que su análisis excedería el marco de este trabajo:

- BOLIVIA: Nuevo Código de Menores (18/12/92).
- BRASIL: Estatuto del Niño y del Adolescente (13/07/90, Ley Federal 8069), asimismo ya existía la figura del ombudsman, a través del art. 129, inc. II de la Constitución de 1988, el mismo dice "velar por el efectivo respeto de los

---

<sup>17</sup> María Ester Caballero, **La paz no les ha llegado: Niños y niñas de la calle en Centroamérica**, pág. 40

derechos y garantías legales asegurados a los niños y adolescentes, promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales correspondientes" (ENA, art. 201, VIII).

- CHILE: no hay un cuerpo legislativo que regule la materia y las leyes en general son dispersas. Las reformas han sido la "Ley de violencia intrafamiliar" y la "Ley de Maltrato Infantil" (agosto 1994), asimismo la "Ley de erradicación de menores de las cárceles" (octubre 1994).
- ECUADOR: "Nuevo Código de Menores" (7/8/92) y la "Ley reformativa" (1994) a la ley orgánica de la función judicial y al Código de Menores a fin de modificar el Servicio Judicial de Menores hacia una función judicial propiamente dicha.
- GUATEMALA: Existe regulado el interés superior del menor en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.
- PERÚ: "Código de los Niños y Adolescentes" (Ley 26.102 del 24/12/92).
- URUGUAY: En 1993 se constituyó una Comisión en la Cámara de Diputados a fin de reformar el Código del Niño que rige desde 1934, en igual medida se ha dictado la Acordada 7236 del 29/7/94 para regular el proceso en la materia<sup>18</sup>.

## 2.5. Análisis de jurisprudencia internacional

Vamos a hacer referencia a diferentes casos que hacen aplicación de la convención, en todos ellos el "interés superior" es la meta que se tiene en cuenta a la hora del dictado del fallo, en algunos la referencia a ello es inequívoca, en otros se trata de armonizar nuestra actual legislación con la de la convención a fin de beneficiar el interés de los menores.

### 2.5.1. Principios generales

En materia de menores según la norma legal debe aplicarse con sentido funcional; el juez debe poseer un margen de discrecionalidad cuyo límite y justificación lo constituye

---

<sup>18</sup> María Ester Caballero, **La paz no les ha llegado: Niños y niñas de la calle en Centroamérica**, pág. 37.

el caso concreto a resolver del mejor modo posible para el bien del menor.

Las decisiones judiciales, cuando existen menores involucrados, deben consultar, primordialmente, su interés y están inspiradas en lo que resulte más conveniente para su protección. El niño tiene derecho a una protección especial. Por ello, la tutela de sus derechos debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que ocurra en cada caso.

Al apreciarse cada caso en particular, la idea de interés superior del niño, es una consideración que debe ser prioritaria sobre los demás derechos de los padres y de la familia, en el momento de decidir por parte del Órgano Judicial.

#### 2.5.2 Jurisprudencia internacional sobre la restitución internacional de menores

Tenemos dos normas de igual rango por un lado la Convención; y por el otro, la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, incorporada a nuestra legislación positiva a través de la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 46.

Por lo tanto, debe entenderse que en los litigios de esta índole es cuando el interés superior más se evidencia ya que hay dos padres en lugares muchas veces remotos peleando por un hijo, establecer qué es lo mejor para ese niño, es decisión de los tribunales que deberán decidir, es por ello que presentamos dos fallos que en orden al interés superior deciden en forma totalmente diferente.

a. El primer caso que analizamos, se trata de una solicitud de restitución de un niño de acuerdo con las normas de la Convención de La Haya, el caso es sobre un menor nacido en Kuwait en la época de la invasión de Irak, hijo de padre palestino, nacido en territorio hoy ocupado por Israel con pasaporte de Jordania; de religión musulmana e

inestable residencia en Londres ya que debido a su militancia antislámica fue sentenciado a muerte. La madre del niño es argentina, de religión cristiana y casada en Londres. Al poco tiempo de llegar la madre a su país (Argentina) con el menor, se tramita un exhorto que contiene la orden de la autoridad judicial del Reino Unido para que se proceda a la restitución del niño, este fallo contó con una solución que implica la defensa del interés superior del niño representada por el "derecho a la vida", pues cumplir con la rogatoria implicaba poner en riesgo de vida al niño dada la militancia y condena del padre. La cámara decidió no hacer lugar a la restitución, entre sus fundamentos leemos: "Habida cuenta de que en la jerarquía de valores que sustenta la Convención de La Haya, así como en la que consagra los Derechos del Niño, ocupa el primer lugar el interés superior de este - declaración del Preámbulo del texto de La Haya - corresponde interpretar que pese al criterio restrictivo con el que cabe considerar si se encuentran configuradas las causales de excepción que autorizan a rehusar la solicitud de restitución, se debe otorgar preeminencia a la protección contra un grave riesgo de vida" . "Si la restitución del niño a su padre lo expone a riesgos no solamente de carácter externo o generalizados en el país requeriente - como por ejemplo guerra civil - , sino también a riesgos concretos que pudieran derivarse de su reinstalación en la situación anterior al traslado ilícito, resulta procedente la denegación de la misma"<sup>19</sup>.

b. El segundo caso es el de una menor de nombre Daniela, que trata un pedido de restitución de una niña a instancias de su padre, la cual siendo de padres argentinos había nacido en Canadá y en ese país habían transcurrido sus primeros años de vida, en un viaje de vacaciones a Buenos Aires, la madre decide no regresar a Canadá con la menor, debido a diferencias conyugales. El padre de la niña obtiene una sentencia favorable en Canadá, la cual ordena la restitución. La madre hace su descargo en su país (Argentina) amparándose en el interés superior del niño. Con un fallo desfavorable de Cámara la madre acude en Queja a la Corte la cual hace notar que si bien existen deficiencias en su presentación hace lugar al mismo en razón de la materia. A través de su decisión final, la Corte Suprema plantea lo que entendemos deben ser principios rectores en la materia, sobre la cuestión el máximo Tribunal Argentino dijo: "El mandato

---

<sup>19</sup> Rodríguez Moreno, Rafael. **Ob. Cit.** Pág. 28.

establecido en el Art. 3.1. de la Convención, se dirige a los tribunales de todas las instancias llamados a intervenir en causas en que se discute la restitución de un menor por el procedimiento previsto en la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores y orienta la interpretación que debe darse a esta Convención, que procura la protección del derecho esencial del niño a no ser desarraigado por una vía de hecho de su medio habitual de vida familiar y social y parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al "statu quo" anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos. En consecuencia la mencionada Convención de La Haya armoniza y complementa la Convención sobre los Derechos del Niño".

Que la tutela del interés superior de la niña en el desarrollo de un procedimiento que, si bien ha sido íntegramente concebido para tutelar sus derechos, concluye normalmente con un nuevo desprendimiento, fruto de la sustracción de los lazos que hubiese tendido en el país requerido, entraña asimismo la necesidad de interpretar las causales que las autoridades judiciales o administrativas de dicho país pueden invocar para negar la restitución.

Que en atención a que el procedimiento se puso en marcha frente a un acto que la Convención de La Haya califica de ilícito, es fundamental la rapidez que se imprima al trámite, a fin de evitar que el transcurso del tiempo premie al autor de una conducta indebida, consolidando la integración del menor a un nuevo medio.

Que el Art. 13, parr. 1 inc. B, libera de la obligación de la restitución cuando B) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. El texto denota que en la jerarquía de valores que sustentan la Convención, el primer lugar lo ocupa el interés superior del niño que es incluso preeminente frente a los intereses personales y muy dignos de protección del guardador desasido por las vías de hecho". Que no es un imperativo la consulta a la niña en la medida en que ha intervenido el Asesor de Menores en ambas instancias y dado que de los informes psicológicos y de la asistente social surge que se trata de una niña psicológicamente vulnerable debido a

la edad que detenta, que atraviesa por un estado de “confusión afectiva por sentirse virtualmente tironeada por los reclamos de ambos padres”<sup>20</sup>.

Ello permite concluir qué hace a su interés superior el evitarle el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de los padres. La decisión confirmó el fallo de ambas instancias en restituir a la menor con su padre, pidiendo a la madre su colaboración en el cumplimiento de la sentencia. Creemos que la jurisprudencia citada marca una directriz en el tema que examinamos.

### 2.5.3 Jurisprudencia internacional en caso de la adopción

En el siguiente fallo el Juez de Primera Instancia de Argentina; desestimó el pedido de citación a la madre de sangre del menor adoptado. Existía a criterio del Asesor de Menores en la aplicación literal del Art. 11. inc c) de la ley 19.134, una vulneración de la Convención y de la Constitución. El mismo expresa: "El procedimiento aplicable al juicio de adopción no es asimilable a los procesos "convencionales" al estar dotado de particularidades propias previstas por el legislador al servicio de la finalidad esencial perseguida, que no es otra que determinar razonablemente si la adopción conviene o es contraria al interés del menor, independientemente o mas allá inclusive de la opinión de sus representantes"<sup>21</sup>.

El criterio o principio que esencialmente cabe tener en cuenta para abordar los difíciles y delicados aspectos procesales del juicio de adopción, debe basarse en el interés del menor que va a ser adoptado, es decir, su bienestar y protección, interés que está en primer lugar y desplaza a otro subyacente.

Otros casos sobre adopción, donde se aplica la Convención hacen referencia a la utilización del apellido biológico por sobre el del adoptante cuando las circunstancias

---

<sup>20</sup> **Ibid**; pág. 29.

<sup>21</sup> **Ibid**; pág. 30.

hacen que su interés superior sea éste y no la aplicación del Art. 23 de la 19.134. Se privilegia el Art. 8 inc. 1 de la Convención.

Habiéndose otorgado la adopción simple y teniendo en cuenta que el adoptado no se incorpora a una nueva familia sino que la adoptante fue la compañera del padre biológico, lo crió y educó y al fallecimiento de aquel decide adoptarlo, corresponde que el menor no pierda el apellido biológico, con el que además es conocido públicamente, y se agregue el de la adoptante, para evitar violar el derecho personalísimo del menor como es el de preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.<sup>22</sup>

En igual sentido se pronunció la Sala J, de la Cámara Civil española en un caso similar. Transcribimos algunos de los fallos que a nuestro criterio son ejemplificativos en la adopción a fin de determinar el standard jurídico que es el interés superior. "El interés superior del niño - en el caso - convive con los guardadores judiciales desde hace 4 años, recibiendo sus afectos de hijo, en armonía, debe prevalecer por sobre el interés externo o de su familia de sangre que se opone a la adopción". "Para una correcta comprensión de los delicados problemas que suscitan los casos de adopción en que se controvierten los respetables derechos de los padres y adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y la conveniencia del menor que es un factor ineludible de apreciación para los jueces"<sup>23</sup>.

La Convención de los Derechos del Niño tiene raigambre constitucional y en la misma se establece que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, por lo tanto cuando la madre biológica vive, el menor la conoce y ella ha mantenido contacto con el niño, debe otorgarse la adopción simple, ya que si se otorgara la

---

<sup>22</sup> Ibid. Pág. 33.

<sup>23</sup> Castillo Martínez, Carolina del Carmen. **El interés del menor como criterio superior en la mediación familiar.** Pág. 47.

adopción plena significaría extinguir los vínculos de sangre con la familia de origen lo que es inconstitucional.

#### 2.5.4. Guarda y custodia en la jurisprudencia internacional

En el siguiente caso trata de una menor de diez años quien vivió en el último año con el padre, este pide la tenencia provisoria ya que no existe un proceso de divorcio, al contestar la demanda la madre reconviene, finalmente el Tribunal le otorga la tenencia de la menor a la misma.

“A los fines de juzgar la idoneidad del progenitor a quien debe adjudicarse la tenencia debe tenerse esencialmente en cuenta el interés superior del menor pues así lo impone la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3) máxime en la actualidad en que la nueva Constitución Nacional le ha otorgado jerarquía constitucional, superior a las leyes mismas (art. 75 inc. 22 CN) y también la Constitución de esta Provincia (art. 36 inc 2 Buenos Aires) ha destacado el derecho a la protección y formación integral del niño”<sup>24</sup>. En la guarda judicial de menores debe tenerse en cuenta, primordialmente el beneficio del menor. Por ello deben supeditarse los reclamos de las demás personas a este superior interés, que se concreta en mantener un marco de estabilidad que les permita una solución favorable. Mas allá de buscar una solución ideal, se impone establecer un sistema de continuidad y seguridad para el menor, sin perder los vinculo afectivos con toda su familia.

## 2.6 El interés del menor en la Constitución española

### 2.6.1 Repercusión de los principios constitucionales en normas de ámbito estatal y autonómico

En España con anterioridad a 1931 ningún texto constitucional contenía en su articulado norma alguna dedicada a la protección de los niños o de la familia, siendo precisamente en la Constitución de 1931 donde por vez primera expresamente se

---

<sup>24</sup> García Méndez, Emilio. **Infancia, ley y democracia en América Latina**, pág. 36.

menciona a la infancia, disponiendo su Artículo 43 la obligación directa de los padres de alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos, ya fueran éstos matrimoniales o extramatrimoniales, y erigiéndose además el Estado en garante del cumplimiento de tales deberes.

Con tal precedente el Constituyente de 1978 incorporó a la Norma Fundamental un precepto esencial relativo a la protección de los niños y de la familia, cuyo contenido integra el Artículo 39 que, como el 43 de la Constitución republicana, establece una norma de carácter más formal que material<sup>25</sup>.

Y así, el apartado 1 del Artículo 39 con carácter general garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia por parte de los poderes públicos, declarándose en los dos apartados siguientes la igualdad ante la ley de los hijos, con independencia de su filiación.

Por otra parte se consolida la "protección integral de los hijos" por los poderes públicos, así como el deber de asistencia de los padres a los hijos. Finalmente el apartado 4 declara que los niños gozan de "la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". Además del Artículo 39 otros preceptos constitucionales aparecen involucrados en la defensa de los derechos de los niños y su específica protección.

Merece ser destacado el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, recogido en el Artículo 10.1 de la Constitución junto a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social, por su especial significación en orden a la determinación del interés del menor, puesto que tal principio, encabezando el título destinado a tratar de los derechos y libertades fundamentales, debe considerarse, dentro del sistema constitucional, como punto de arranque, como un prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos, según declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985.

---

<sup>25</sup> **Ibid**, pág. 39.

El principio constitucionalmente declarado del interés del menor encuentra amplia acogida en normas de orden estatal y autonómico, tanto en el ámbito del Derecho privado como fuera del mismo, que desde muy diversos aspectos incorporan menciones, más o menos destacadas, al beneficio del menor.

Quedó apuntado que son numerosos los artículos del Código Civil español que incluyen referencias al interés del niño. En este mismo ámbito la Ley Orgánica número 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, referida ya anteriormente, como novedad esencial incorpora en su Artículo 2 la consideración del "interés superior de los menores" como norma de solución de conflictos (sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir), reiterando el principio general del "favor minoris" en una buena parte de su articulado"<sup>26</sup>.

En el orden penal la Ley Orgánica número 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, declara como interés prioritario para la sociedad y para el Estado el interés del menor, consideración que se incorpora como contenido específico de alguno de sus preceptos.

Tal principio se erige asimismo en directriz en normas de ámbito autonómico, de entre las que destaca el Artículo 3 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, del Parlamento de Cataluña que se refiere, como criterios para determinar el interés del menor, a los anhelos y opiniones de los niños y los adolescentes, y su individualidad en el marco familiar y social.

Por su parte la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña dispone que: en todos los casos, los acuerdos que se adopten deben priorizar el interés superior y el bienestar de los hijos y, por consiguiente, establecer las soluciones más apropiadas para todos los aspectos referidos a la vida y al desarrollo de la personalidad de los hijos, estableciendo entre los deberes del agente mediador el de aproximar a las partes

---

<sup>26</sup> Castillo Martínez, Carolina del Carmen. **Ob. Cit**; pág. 53.

la necesidad de velar por el interés superior de los hijos menores y de los discapacitados.

De “lege ferenda”, el Proyecto de Ley Reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana dispone entre los deberes del mediador el de concienciar a las partes, en su caso, de la necesidad de velar por el interés superior de los hijos menores y de los incapacitados señalando que, en todo caso, los acuerdos que se adopten deben tener como prioridad el interés superior del menor, de las personas incapacitadas y el bienestar de los hijos.

### CAPÍTULO III

#### 3. Perspectiva integral del interés de los menores como criterio superior en el derecho de familia guatemalteco

La determinación de cuál sea el interés del menor de edad en el contexto del derecho de familia y el derecho de menores familiar exige, como premisa necesaria, una referencia al criterio de protección integral del niño, consagrado constitucionalmente como principio general informador de nuestro sistema jurídico, de manera singular en los ámbitos del derecho de la persona y del derecho de familia.

La actual potenciación de los valores individuales de la persona, propiciada por variadas razones de índole sociocultural y económica, que en el orden jurídico encuentra reflejo en la revalorización de los derechos de la personalidad, ha contribuido a reforzar la protección conferida por el derecho a la infancia, configurada no sin razón desde la psicología como etapa vital esencial en la formación de la personalidad del individuo y en la consolidación de su propia identidad.

Desde tal consideración se justifica la mayor atención prestada a las necesidades de la persona del menor, sin duda, valorada forzosamente en su propia dimensión pero también sin desatender su notoria proyección de adulto en formación, sometido por consiguiente a un mayor grado de vulnerabilidad en especial por parte de agentes y circunstancias externas.

En este sentido no es posible obviar la circunstancia de que, aun atendida su realidad cambiante, la familia constituye el principal centro de desarrollo de la personalidad del individuo ni las implicaciones de respeto hacia los derechos esenciales de cada uno de sus integrantes que conlleva la convivencia familiar. Por otra parte, el establecimiento constitucional de un orden familiar anclado en el principio de igualdad de los esposos, determinante de la atribución conjunta de la titularidad de la patria potestad a ambos progenitores, así como la previsión del ejercicio de dicha potestad paterna en exclusivo

beneficio del hijo y de acuerdo con su personalidad han incidido en esta renovada valoración del interés del menor, consagrado por imperativo constitucional como criterio preferente en abundantes normas.

Todos estos aspectos no pueden ser desatendidos por la mediación familiar que, como vía alternativa de solución a los conflictos familiares con criterios de autocomposición, asume el objetivo general de solventar las crisis sin adicionales costes económicos ni emocionales, especialmente para los niños, de tal manera que, existiendo hijos menores de edad, tanto la posible prevención como la reparación del conflicto planteado deberá tener como norte y meta la atención de los mismos, lo que determinará que el procedimiento de la mediación asiente sobre el concepto normativo de su interés.

No obstante, justificado su sentido y predeterminado su alcance como valor prevalente, la concreción del interés del menor no es tarea fácil. La utilización por parte del legislador de un concepto jurídico relativamente indeterminado impone al sujeto obligado a aplicarlo un complementario proceso de valoración en el que deberán ser ponderadas todas y cada una de las particulares circunstancias concurrentes a fin de conseguir determinar in concreto y de una manera efectiva cuál sea el interés del menor en la específica situación que se pretende resolver.

A lo que cabe añadir la amplitud del arco cronológico que jurídicamente enmarca el estado de minoría de edad, determinante de una insoluble dificultad en la pretensión de sistematizar situaciones caracterizadas por su evidente heterogeneidad. Es por lo que resulta imposible el establecimiento de pautas de solución válidas para todos los supuestos, ni siquiera para aquéllos que pudieran presentarse con engañosa apariencia de semejanza, pues la necesaria operación de discernimiento en la búsqueda del beneficio del menor siempre presupondrá la misión de descubrir su personalidad, y la identidad de cada persona -por supuesto también la del menor- ofrece un paisaje único e irrepetible.

Sentado lo antecedente y partiendo de la imprescindible consideración del valor jurídico del principio del "favor filii", debido a su expresa sanción normativa, en la fijación del concreto interés del menor en el ámbito de la mediación familiar el recurso a los criterios ofrecidos por la doctrina y muy especialmente por la jurisprudencia se convierte en labor ineludible.

Por ello el método que propongo arranca de una necesaria consideración del principio en general, conducente a la fijación de un mínimo contenido material del mismo, en cuyo ámbito adquiere relevancia la referencia a los posibles factores intervinientes en el proceso de su individualización y su diversa significación en el contexto de la mediación familiar. El resultado de esta primera parte del trabajo dará paso a la exposición de determinadas pautas que permitirán ponderar el interés del menor como criterio preferente de solución de conflictos en algunas de las diversas situaciones que dentro del ámbito aplicativo de la mediación familiar pudieran afectarle.

### 3.1 El principio general del "favor minoris" como criterio rector del derecho de menores y su incidencia en las resoluciones de los jueces de familia.

“Superada la clásica configuración romana, como poder determinante de la sujeción al “pater familias” quien ejercía una suerte de derecho subjetivo de naturaleza casi pública sobre los hijos y descendientes, en la actualidad la patria potestad, institución en cuyo ámbito habitualmente se plantean las cuestiones en las que se resuelve sobre el interés del menor, se concibe específicamente en interés y beneficio del hijo<sup>27</sup>. No obstante, en nuestra doctrina y también en nuestra jurisprudencia, con carácter general, el carácter intuitivo de la patria potestad aparece destacado incluso con anterioridad a la reforma del derecho de familia operada en 1981.

La conclusión inmediata que se deriva es que, en todo caso, la decisión de cualquier cuestión familiar suscitada en el marco de las relaciones de patria potestad -y, por

---

<sup>27</sup> Rodríguez Moreno, Rafael. **Tratado sobre los derechos de la familia y la defensa del menor**. Pág. 22.

extensión, todo conflicto o situación en que intervengan menores o de un modo u otro les afecte- debe valorar el beneficio del menor como interés prevalente.

Desde tal consideración los Tribunales han venido subrayando, con matices diversos, el esencial principio del "favor filii" como imprescindible criterio inspirador en la adopción de cualquier medida referente a los derechos de los hijos sometidos a la potestad paterna. Y, en tal sentido, con carácter general, la aplicación de este principio rector aparece sometida a las siguientes consideraciones fundamentales.

A. El contenido de la patria potestad comprende un conjunto de facultades y deberes, de ámbito personal y patrimonial, enunciados legalmente en abstracto pero cuya adecuada aplicación exige su ejercicio siempre de acuerdo con la personalidad de los hijos, lo que implica la acomodación de la potestad paterna a las concretas circunstancias y necesidades del menor, a fin de que éste pueda cumplir con el pleno desarrollo de su personalidad, para lo cual requiere -salvo en situaciones de carácter excepcional- tanto de la figura del padre como de la madre.

B. El esencial principio del "favor filii" de tal modo se erige en criterio fundamental orientador de la actuación judicial en los procedimientos afectantes a los menores que incluso las estipulaciones y pactos convenidos entre los progenitores no serán homologables si resultan lesivos para los hijos, de tal manera que pueden ser limitados o suspendidos de oficio de concurrir circunstancias que así lo aconsejen, por no imperar con todo rigor en este ámbito el principio de rogación que cederá siempre en beneficio del menor, cuya intervención en el procedimiento (audiencia) está prevista en determinadas condiciones como medio favorecedor de la búsqueda del prevalente interés de aquél

C. El principio de que el interés superior del niño debe presidir cualquier medida concerniente al mismo, consagrado tanto en el orden internacional como en el ámbito interno, demanda que, en esta línea de "favor filii", con carácter general debe procurarse que los menores tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores,

a no ser que el mismo se revele perjudicial para el hijo, razón por la que no cabe adoptar medios de general aplicación para todos los casos sino que siempre se habrá de estar a las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado.

En aplicación de las pautas anteriormente expuestas resulta que la concepción de la patria potestad -al igual que, en su propio ámbito, la tutela- como institución por excelencia protectora del menor, fundada en la relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza, y ejercida siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, es puesta de relieve por abundantes resoluciones judiciales.

Constatado el principio general del "favor minoris", cabría preguntarse por el fundamento de la creciente relevancia conferida a la persona del menor, motivador de la insistente búsqueda de su interés preferente por parte del legislador.

“Sin duda, la actual revalorización de la infancia emerge como reflejo de la general potenciación de los valores individuales de la persona, entendida como trasunto del reconocimiento de su propia dignidad que, respecto de los menores, presenta una peculiaridad determinada por el hecho de integrar la personalidad individual en una de las fases más esenciales de su desarrollo”<sup>28</sup>.

En esta línea se expone que el ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera

---

<sup>28</sup> Ibid. Pág. 59.

podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro.

Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansan las anteriores disposiciones, específicamente en las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección.

En el ámbito específico de la mediación familiar que es realmente la función que realiza el juez de familia, la consideración del interés del menor como principio general adquiere especial significación, atendida la circunstancia de que el genuino sentido de la mediación apunta a la búsqueda de aquellas soluciones que mejor se adapten a los intereses de las partes en conflicto a través del procedimiento de reconducir el enfrentamiento a sus justos términos, despojando a la controversia, en la medida de lo posible, de toda carga afectiva que suponga un peaje sobreañadido al ya de por sí difícil conflicto humano que se pretende resolver.

Considerando que las partes implicadas serán habitualmente los propios progenitores, cuya condición les aproxima de manera privilegiada a las concretas circunstancias y componentes personales del menor, la mediación familiar beneficiará, de manera esencial, a los hijos menores, pues en cualquier decisión que se adopte siempre deberá prevalecer el interés superior de la familia y el propio del hijo aún sometido a patria potestad.

### 3.1.1. Naturaleza imperativa del estatuto jurídico del menor

#### 3.1.1.1. Trascendencia práctica

El efecto inmediato, de que el principio informador de la patria potestad -como de todas aquellas situaciones afectantes a un menor- no es otro, que el beneficio de los hijos. Es la peculiar naturaleza de orden público, que con esencial fundamento revisten las normas sobre esta materia, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados dirigidos a modificarlas, con la consiguiente imposibilidad para los padres de renuncia a la misma, aspecto éste de *ius cogens* que aparece destacado por la doctrina y también por los Tribunales en numerosas resoluciones.

Precisamente, esta naturaleza de orden público se predica, en general, del conjunto de normas reguladoras de los derechos e instituciones afectantes a los menores y que, con mayor o menor relieve, configuran el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional.

Sin duda, la trascendencia práctica de la calificación es evidente, "porque esa naturaleza de normas de orden público, de *ius cogens*, justificará la interpretación (una interpretación determinada) de algunas normas concretas, la resolución de ciertos conflictos de intereses (del menor con otros), los límites legítimos de algunos derechos y libertades públicas de otras personas que deben ceder ante los del menor y su interés, y los límites también en el ejercicio de potestades y funciones normales (tal, la patria potestad, como más significativa), que sólo se comprende hoy, al cabo de largos siglos de existencia, desde la óptica recién aludida"<sup>29</sup>.

De esta última consideración necesariamente participará la institución de la mediación familiar que, configurada jurídicamente como un contrato, no se puede sustraer a la imperatividad en la aplicación de un principio que integra el orden público familiar.

---

<sup>29</sup> Tejeiro López, Carlos Enrique. Teoría General de la niñez y adolescencia. Pág. 12.

### 3.2. Valor jurídico del principio del "*favor filii*"

La referencia al valor jurídico del principio del interés del menor se conecta con su sanción expresa en los textos legales y, consecuencia de tal formulación normativa, con la vinculación a su cumplimiento, que se impone como criterio básico en la solución de cuantos conflictos afecten o puedan afectar a un menor de edad.

Anteriormente he tenido ocasión de señalar algunas normas que explícitamente recogen el principio del beneficio del hijo como criterio rector, de manera esencial en el ámbito del Derecho de Familia. No se trata ahora de reiterar lo indicado pero sí conviene sistematizar y completar las menciones expuestas que nos permitirán concluir la eficacia vinculante del principio del "favor minoris".

#### 3.2.1. Normas de derecho internacional privado

En este ámbito son muchos los convenios ratificados por Guatemala, que especialmente se manifiestan sobre la protección del menor y la defensa de sus intereses. Así, además de los ya indicados, por su importancia, en modo alguno mermada por su carácter general, cabe señalar también la Declaración Universal de los Derechos Humanos, emitida por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, aprobados por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

Específicamente hay que mencionar los "Convenios de La Haya de 1961 -que admite la intervención de autoridades distintas de las que prevé su Artículo 2 cuando así lo requiera el interés del menor (Art. 4), de 1993 -en materia de Adopción- y de 19 de octubre de 1996 -relativo a la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños-. Y también el Convenio de Bruselas, de 28 de mayo de 1998, sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial"<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> María Ester Caballero, **La paz no les ha llegado: Niños y niñas de la calle en Centroamérica**, pág. 37.

En materia de derecho de menores resulta de obligada mención la Recomendación Nº 1, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en fecha 21 de enero de 1998, que, a pesar de no tener carácter vinculante, ofrece el particular interés de constituir, además de un marco general para su posterior desarrollo legislativo, un claro exponente del movimiento, actualmente en expansión, tendente a la implantación y promoción de métodos de resolución de conflictos alternativos a los procedimientos judiciales.

En ella se aconseja a los Estados miembros que instituyan y favorezcan la mediación familiar, "considerando la necesidad de asegurar la protección del interés superior del menor y de su bienestar, consagrado en los tratados internacionales, teniendo en cuenta notablemente los problemas que entraña, en materia de guarda y derecho de visitas, una separación o un divorcio", "especialmente sobre los niños", y atendida la experiencia que evidencia que la mediación familiar puede "asegurar la continuidad de las relaciones personales entre padres e hijos".

Este principio del "favor minoris" se consolida como criterio general conforme al cual debe desarrollarse el proceso de mediación, y en tal sentido se confirma que se dispone que "el mediador debe tener especialmente en cuenta el bienestar y el interés superior del niño, debiendo alentar a los padres a concentrarse sobre las necesidades del menor y debiendo apelar a la responsabilidad básica de los padres en el bienestar de sus hijos y a la necesidad que tienen de informarles y consultarles"<sup>31</sup>.

También aparece en la referencia a la relación entre la mediación y los procedimientos judiciales, señalándose al respecto la necesidad de que los Estados establezcan mecanismos tendentes a "asegurar que en este caso la autoridad judicial u otra entidad competente conserve el poder de tomar decisiones urgentes relativas a la protección de las partes o sus hijos, o su patrimonio". Y se reitera de manera especial para todas las cuestiones concernientes a los niños, y en particular aquellas relativas a la guarda y al

---

<sup>31</sup> Tejeiro López, Carlos Enrique. **Ob. Cit.**; pág. 59.

derecho de visita en la consideración de aquellos supuestos en los que se presente un elemento de extrañeza, al tratar de la mediación internacional.

### 3.3. La eficacia vinculante del principio del "favor minoris"

La anterior exposición permite concluir que el del interés del menor constituye un principio vinculante para todos aquéllos que puedan influir o tomar decisiones respecto de situaciones en las que deban resolverse cuestiones que, de un modo u otro, afecten a menores.

Así, principalmente, el legislador en la fase de la elaboración de la norma, los Jueces y Tribunales en la interpretación y aplicación de las fuentes del Derecho, La Procuraduría General de la Nación, en su función de defensa y protección de los intereses del sometido a patria potestad, las entidades públicas como gestoras del funcionamiento de las diversas instituciones protectoras del menor, los progenitores o tutores en el ejercicio de sus funciones e, igualmente, el agente mediador es decir el juez; en la prestación de sus servicios orientados inicialmente a la creación de un clima propicio para que se produzca la comunicación entre los sujetos implicados, necesaria para la efectiva consecución de aquellos acuerdos que permitan satisfacer las necesidades de las partes y, prioritariamente, de los hijos menores.

A todos ellos, en su dimensión de factores intervinientes en la individualización del interés del menor, nos referiremos más adelante. Con precisa referencia a la mediación familiar, atendida su naturaleza contractual, entiendo que la sujeción al principio del "favor filii" aparece justificada por un doble orden de motivos.

De un lado, su naturaleza de contrato impone el pleno imperio de la autonomía privada que no encuentra más límite que la ley, la moral y el orden público; sancionado legalmente el criterio y declarada la imperatividad del orden público familiar, aspectos

ambos debidamente tratados en apartados anteriores, no cabe sino concluir la eficacia vinculante del principio.

Por otra parte, no se debe obviar el valor de fuente del Derecho de los principios generales, como el del interés superior del niño, y su dual posibilidad de aplicación, directamente, en defecto de ley o costumbre, o de manera indirecta, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

#### 3.4. El contenido material del interés superior del menor y su concreción

Desde un punto de vista general la tarea de indagación del contenido material del interés del menor encierra la pretensión de fijar los diversos aspectos que lo integran, sus elementos definidores, que nos permitan ofrecer un mínimo sustrato conceptual del tan defendido "favor filii".

En este proceso la peculiar naturaleza técnica de la fórmula legal empleada por el legislador se erige en necesario punto de partida. En efecto, la mención normativa del principio del "favor minoris" opta por la utilización de un concepto jurídico relativamente indeterminado que, a mi juicio, se impone al intérprete y eventual realizador de la norma a través de dos funciones primordiales.

En primer lugar, constituyendo causa esencial de cualquier acto o negocio que pudiera afectar a un menor. En segundo lugar, implantándose como criterio hermenéutico imprescindible para alcanzar el auténtico sentido de aquellas normas que impliquen a un menor de edad.

Ciertamente, la fórmula del concepto jurídico indeterminado (en este caso, en mi opinión, sólo relativamente) presenta aspectos positivos pero también destacados inconvenientes. Entre sus principales ventajas sin duda sobresalen las más amplias y mejores posibilidades de adaptación al específico supuesto que se pretende resolver ofrecidas por una genérica mención, que no constriñe al encargado de aplicar la norma

a hacerlo con sometimiento a la estrechez de unos parámetros predeterminados, permitiéndole una flexibilidad adecuada a las concretas circunstancias que se deben valorar.

Esta dimensión resulta especialmente útil en la ponderación del interés del niño pues, como apunté, en este ámbito no pueden funcionar los mismos criterios de solución para todos los supuestos habida cuenta de la peculiar identidad de cada sujeto y de las circunstancias concretas que, desde la individualidad del menor, perfilan cada situación.

Por otra parte, esta indeterminación normativa plantea el inconveniente de hacer depender la solución acordada esencialmente del criterio propio de su emisor, y ello determina la singular relevancia que en este ámbito adquiere la sensibilidad, formación y perspectiva personal del mismo en orden a la estimación de la situación planteada, lo que en definitiva se traduce en una palpable inseguridad jurídica manifestada en la disparidad de soluciones que respecto de un mismo caso se pueden llegar a ofrecer.

Es por lo que se entiende razonablemente fundado, abogar por el establecimiento de unos mínimos criterios de determinación del interés del hijo, método que sin duda reduciría la inseguridad jurídica que se percibe ante la señalada discrecionalidad judicial.

El descubrimiento de lo que sea beneficioso o convenga a un menor plantea inicialmente el problema de su genérica delimitación. En este contexto resulta que la cuestión esencial gravita en la definición de lo que se entienda por "interés", en este caso del niño.

Esta idea del interés, de amplia repercusión en el ámbito jurídico, conecta indefectiblemente con la defensa de los derechos subjetivos atribuidos a su titular. Al respecto hay que precisar que la protección del interés del menor puede plantearse en situación conflictual, es decir, en condiciones de enfrentamiento con otros intereses confluyentes, o bien sin conexión alguna con otros intereses de terceros.

En todo caso, resulta evidente que la razón última de la defensa prevalente del interés del menor aparece localizada en la circunstancia de su minoría de edad, es decir, en su condición de personalidad humana en desarrollo, que el legislador valora como susceptible de una mayor vulnerabilidad y, por consiguiente, merecedora de una mayor protección jurídica, puesto que la condición de persona de un menor no lo diferencia de un sujeto mayor de edad.

Desde la anterior consideración entiendo que la indeterminación del concepto del "favor filii" no es absoluta, pues el legislador se ha preocupado de declarar determinados derechos del menor que, implicando como todos los de su especie -derechos subjetivos- la consagración de determinados bienes como jurídicamente protegidos, en definitiva se presentan como elementos definidores del interés del menor genéricamente considerado.

También la doctrina ha realizado sugerentes aportaciones en la búsqueda del interés del menor en abstracto. Y en menor grado la jurisprudencia que, aunque reiteradamente invoca el principio general del beneficio del hijo como criterio que preside las decisiones judiciales atinentes a menores, no alcanza a exteriorizar de manera sistemática su contenido general siquiera mínimamente. Por tanto, dos son básicamente los campos desde cuyo ámbito se aportan componentes relevantes que permiten dotar de un cierto contenido material al genérico concepto del interés del menor: el normativo y el doctrinal.

### 3.4.1 Contenido material del interés del menor desde el contexto normativo

En este ámbito se localizan tímidas aportaciones por parte del Código Civil. Así, el Artículo 256 parece asociar inicialmente el interés del menor a las circunstancias estableciendo que: Siempre que haya pugna de derechos e intereses entre el padre y la madre, en el ejercicio de la patria potestad, la autoridad judicial respectiva debe resolver lo que más convenga al bienestar del niño.

Por su parte el Artículo 260 establece en relación al derecho de los hijos a vivir con sus padres casados o unidos: 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.

Sin embargo es interesante analizar el texto del Artículo 262 del mismo cuerpo legal, que establece específicamente: El interés de los hijos es predominante, no obstante lo preceptuado en los artículos anteriores, cuando la conducta de los padres sea perjudicial al hijo y se demande la suspensión o pérdida de la patria potestad, debe el juez, adoptar las providencias urgentes que exija el interés y conveniencia del menor y puede disponer también, mientras resuelve en definitiva, que salga de la casa de sus padres y quede al cuidado del pariente más próximo, o de otra persona de reconocida honorabilidad, o si fuere posible, de un centro educativo.

Por lo tanto, la misma ley guatemalteca reconoce el interés preponderante del menor, asegurando su bienestar y su desarrollo integral igualmente con sus padres o sin ellos, si la presencia de los mismos por su conducta, podría ser perjudicial para los mismos.

Asimismo la Ley de Protección Integral de la Niñez y la adolescencia en su Artículo 5 donde establece que el Interés superior del niño es una garantía que se aplicará en

toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, y los Tratados y convenios en materia de Derechos Humanos aceptados y ratificados por Guatemala si bien tal conexión no se plantea en términos absolutos pues las expresadas circunstancias pueden decaer si se manifiestan como contrarias a dicho interés.

Dicho cuerpo legal también en el Artículo 5 en el párrafo segundo define al interés de la familia, como a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos cumplidos dentro del ordenamiento legal.

En efecto, el contenido de los artículos antes mencionados interpretado en el marco básico del libre desarrollo de la personalidad del menor, constituye un ingrediente primordial en la delimitación del principio del "favor minoris" considerado desde una perspectiva general.

Así, hay que entender que integra el interés del menor el reconocimiento y consecuente defensa de los derechos que les reconoce la Constitución, las leyes ordinarias y los Tratados Internacionales de los que Guatemala sea parte, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen que comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones, el derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo el derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión, el derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa y el derecho de asociación y reunión, el derecho a la libertad de expresión en los términos constitucionalmente previstos, el derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o

judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social y el derecho a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto, todo ello en el marco de los principios rectores de la acción administrativa.

### 3.4.2 Contenido material del interés del menor desde el ámbito doctrinal

Abundando en las consideraciones ya expuestas anteriormente, con carácter general, se ha señalado que el concepto de interés del menor no es otra cosa que una proyección en las personas menores de edad de un tema más complejo que es el de la personalidad, pues todo hombre por el hecho de nacer es persona, y la personalidad se define hoy como el complejo de derechos que el ordenamiento atribuye al hombre por el hecho de serlo, es decir, coincide con la titularidad de los derechos fundamentales.

En semejante sentido a consideración de la ponente, el interés superior del menor se refiere al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad, a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural.

La salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, el sentido de la convivencia, la tolerancia y la solidaridad con los demás sin discriminación de sexo, raza, etc., la tutela frente a las situaciones que degradan la dignidad humana (droga, alcoholismo, fundamentalismos, sectas, etc.) son otros tantos aspectos que configuran el concepto más vivencial que racional del interés del menor. Por encima de todo, el interés del menor se respeta en la medida en que las funciones familiares o para familiares fomentan equilibradamente la libertad del menor y el sentido de la responsabilidad, la armonía imprescindible entre derecho y deber.

Sentado cuanto antecede y partiendo de un básico contenido material integrante del interés del menor, quedó apuntado que la indeterminación -si bien no absoluta- del

concepto exige una complementaria tarea de ponderación tendente a la subsunción de la situación concreta analizada en la categoría legal imprecisamente definida. Ello impone un necesario juicio de valor proyectado sobre las circunstancias configuradoras del específico supuesto a resolver, por lo tanto atendiendo siempre a las coordenadas particulares de cada caso.



## CAPÍTULO IV

### 4. Factores que intervienen en el proceso de individualización del interés del menor

#### 4.1. Necesidad de intervención del menor en la concreción de su propio interés

La participación del menor en la concreción de su propio interés resulta justificada en función del necesario reconocimiento de su autonomía como sujeto con capacidad de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades. A los efectos de cumplir tal propósito el legislador guatemalteco no ha previsto la intervención del menor de edad en aquellas situaciones, conflictos o procedimientos que pudieran afectarle a través del trámite procesal de la audiencia del menor.

Sin embargo en otras legislaciones, como el Código civil español, dispone la audiencia de los hijos "si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años". Realmente, no se trata de una norma aislada en el ámbito de los procedimientos familia sino que, en general, y especialmente desde la entrada en vigor de la Ley de Protección Jurídica del Menor de España, el derecho del niño a ser oído debe considerarse como una obligación en todos aquellos procesos, en materia de Derecho de Familia, y la legislación española lo considera importante porque regula la audiencia al menor en los siguientes casos<sup>32</sup>:

- a) En primer lugar, para el ejercicio ordinario de la patria potestad cuya titularidad, como norma general, se presume conjunta o dual. Al respecto, el Artículo 154, párrafo 5º del Código Civil español, establece que: si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten;

---

<sup>32</sup> Castillo Martínez, Carolina del Carmen. **Ob. Cit.** Pág. 45.

- b) En segundo lugar, ya en el ámbito del ejercicio conjunto de la potestad paterna y para el habitual supuesto de que los progenitores sean convivientes, el Artículo 156, párrafo 2º del Código Civil español, dispone que, en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos padres podrá acudir al Juez, quien atribuirá la facultad de decidir a uno o a otro, después de oír a ambos "y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años"<sup>33</sup>.

Se considera al respecto, que el menor tiene el derecho a ser oído tanto en el contexto familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Con acertado criterio se ha señalado en la jurisprudencia española que la audiencia del menor se ha convertido en un derecho inherente al mismo, que le acompañará siempre, tanto en situaciones procesales que le impliquen directamente, como cuando se adopten decisiones que afecten a su esfera personal, familiar o social, o sea, siempre; de manera que jueces, representantes legales, instituciones ... deben tener presente que la audiencia del menor se ha hecho en la práctica inevitable, resultando esencial cuidar el trámite de audiencia del menor para no ser acusado de violación de su intimidad.

Con semejantes premisas normativas se debe concluir que en todo proceso de mediación familiar, en donde se involucre el interés del menor; el menor deberá ser oído siempre que los acuerdos a adoptar pudieran afectarle, correspondiendo en todo caso al juez de familia; la cautela de evitar que los hijos se conviertan en parte activa de la controversia que enfrente a sus progenitores.

De todas formas parece oportuno precisar que el incumplimiento del trámite de audiencia del hijo menor en el proceso de mediación extrajudicial que se lleva a cabo ante la Procuraduría de Derechos Humanos; podrá ser subsanado por el órgano judicial que, deberá intervenir siempre que los acuerdos alcanzados en la mediación afecten al interés del menor por ser necesario en este supuesto su homologación.

---

<sup>33</sup> **Ibid**; pág. 48.

No obstante, si en Guatemala, se regula respecto a la audiencia del menor, para conocer su parecer sobre el conflicto puesto en conocimiento del juez de familia, el elemento decisivo de la norma que regule dicha audiencia, debe radicar en el "suficiente juicio" del menor, de manera que el Juez deba oír a los hijos, sean mayores o menores de doce años, siempre que tengan ese juicio suficiente, esto es, siempre que sean capaces de formarse una opinión y expresarla.

Se entiende que el mismo criterio debe regir en el ámbito de la mediación familiar, pues no sólo el órgano judicial debe escuchar al menor antes de acordar una decisión que le afecte sino también los padres que están obligados a ejercer su potestad siempre de acuerdo con la personalidad del hijo.

Conviene precisar que lo imperativo de la audiencia del menor cuyas opiniones, sin duda, serán tenidas en cuenta en función de la madurez con que sean expuestas, es el cumplimiento del propio trámite, ya que las manifestaciones que el niño vierta en ella en modo alguno vinculan al Juez -por consiguiente tampoco a las partes que intervienen en la mediación- para decidir.

Sin embargo la previsión de que la audiencia no sea vinculante para el juzgador no puede inducir a considerar que la misma constituye sólo un mero trámite formal, ni para el Juez ni para los progenitores. Lo que sucede es que el valor que en cada supuesto se otorgue a las manifestaciones del menor deberá hacerse depender de las propias condiciones de autenticidad del niño y de su grado de discernimiento en relación con las circunstancias concretas; todo ello, inevitablemente, desde la perspectiva propia de quien deba decidir.

#### 4.2. La participación de los padres o, de los tutores

Atendido el dato de que el interés del menor debe ajustarse siempre a las concretas circunstancias fácticas del medio en que éste desarrolla de manera habitual su vida ordinaria, es decir, esencialmente su entorno familiar, en el orden de los factores

intervinientes en la concreción de ese interés aparece en segundo lugar los padres o, en su caso, los tutores o guardadores.

En efecto, es precisamente en el marco del ejercicio de las funciones tuitivas donde ordinariamente se verifica la fijación de lo que en cada situación específica conviene a un menor. En este contexto jurídico de manera habitual corresponde a los padres, tutores o guardadores la orientación de la realidad vital de los hijos sometidos a su potestad, como contenido propio de esta potestad paterna, lo que implica la necesidad de tomar continuas decisiones en aquellos aspectos más cotidianos que van entretejiendo la vida real del menor: educación y formación integral, alimentos, representación y administración de sus bienes, inserción social .

Por lo tanto son los titulares de la patria potestad quienes más directamente van a participar en la decisión de los intereses personales de un menor, pudiéndose presumir que también generalmente van a ser ellos quienes con más acierto van a actuar al respecto, pues son quienes se encuentran en situación de conocer mejor los rasgos conformadores de la específica personalidad del hijo.

Sin embargo, tal intervención en modo alguno puede implicar la anulación o desplazamiento personal del niño pues, los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por completo a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda o custodia o, en este caso la patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar.

En el contexto de la mediación familiar las anteriores consideraciones resultan especialmente significativas pues, concebida tal vía alternativa con carácter esencialmente voluntario y en el marco de un genérico propósito de autocomposición

excluyente de la intervención vinculante de un tercero en el caso del juez de familia, ello determina un amplio margen de actuación para la autonomía de las partes.

Y es precisamente en este ámbito donde la intervención de los progenitores en modo alguno se va a ver constreñida por la injerencia externa que la modalice (singularmente la judicial), alcanzando plena eficacia las decisiones adoptadas en orden a los menores siempre y cuando éstas se ajusten a lo que verdaderamente suponga su interés. En caso contrario tendrá que ser el Juez quien decida acerca del interés del menor.

#### 4.3. El criterio valorativo del juez

Concebida la potestad paterna con finalidades básicamente instrumentales orientadas de manera exclusiva en beneficio de los hijos, concurre en el seguimiento de su adecuado ejercicio un evidente interés público que justifica la intervención de los poderes del Estado, singularmente del judicial, en orden a su control, especialmente cuando la conducta de quienes de modo natural están llamados a ostentar su titularidad se distancia gravemente del fin último perseguido por la institución o las circunstancias familiares resultan adversas o inconvenientes para tal propósito.

Por ello la función definitoria del interés del menor por parte de los órganos judiciales se potencia especialmente en las situaciones de crisis familiares. Es aquí donde radica el fundamento de la intervención judicial en la determinación del beneficio o interés del hijo menor de edad.

Desde la anterior consideración el carácter voluntario de la mediación familiar, valorada especialmente como institución insertada en el actual contexto progresivo de desjudicialización que viene presidiendo importantes reformas legislativas, adquiere especial dimensión por cuanto que, admitida la posibilidad de separación o divorcio consensual, el convenio de mediación alcanzado al margen del procedimiento puede llegar a ser homologado por un Juez, resultando por otra parte indispensable dicha homologación judicial siempre que los acuerdos adoptados afecten a menores.

Precisamente en este aspecto de su necesaria homologación por afectar a los intereses de menores se concreta la intervención del órgano judicial en los supuestos de mediación desarrollada fuera del ámbito del proceso y sin influencia alguna en el mismo (mediación extrajudicial). De manera que el Juez aprobará el acuerdo si el mismo respeta el interés de los hijos, de conformidad con la previsión normativa, rechazando la propuesta si alguno de sus pactos resulta lesivo o contrario al interés de los menores y remitiéndola a las partes a fin de que alcancen un nuevo pacto ajustado a dicho interés.

En el supuesto de la mediación familiar desarrollada en el seno de una contienda judicial la relevancia de la intervención del Juez se percibe más directamente por cuanto que éste, de oficio o a instancia de parte -que puede ser incluso el propio hijo-, podrá acordar cualquier medida que estime oportuna con el propósito de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Precisamente en este ámbito la participación del Juez adquiere una dimensión adicional en orden a la mediación pues, el órgano judicial puede orientar su actuación a advertir a las partes acerca de la oportunidad y conveniencia de esta vía. Esta posibilidad resulta especialmente interesante pues en la regulación del ejercicio de la patria potestad compartida sobre los menores de edad el mutuo acuerdo de las partes se erige en criterio preferente.

Y en este orden de cosas, como quedó explicado, se debe resaltar que son especialmente los padres quienes con mayor acierto van a poder intervenir en la toma de las decisiones acerca de lo que interesa al menor.

#### 4.4 La preceptiva intervención de la Procuraduría de los Derechos Humanos y la Procuraduría General de la Nación como garantía de la defensa de los intereses del menor

La función de tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley se le ha

otorgado a la Procuraduría General de la Nación, y en ocasiones en los que se ven violentados los derechos de los menores, interviene a la vez, la Procuraduría de los Derechos Humanos a través de la Secretaría de Derechos del Niño por lo tanto, es su deber asumir o, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establecen, y formar parte de aquéllos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos.

Por lo expuesto, resulta fácilmente apreciable que las posibilidades de actuación de estas instituciones en orden a la defensa de los intereses de los hijos menores de edad son muy amplias. Además, la ausencia de las mismas en aquellos procedimientos en los que debe intervenir producirá la nulidad radical y absoluta de todas las actuaciones practicadas en los mismos, a partir del momento en que se le debió dar participación, cuando la misma sea debida a una violación de los principios de audiencia, asistencia y defensa productores de indefensión, de conformidad con lo prevenido en la ley.

Conviene tener en cuenta que la Procuraduría General de la Nación, carece de funciones decisorias en cuanto a las medidas a adoptar respecto de los menores de edad, aspecto éste que en modo alguno debe mermar la importancia de su intervención en orden a la protección y defensa de los intereses de los niños. En consecuencia, cabe concluir que en los procesos del orden familiar siempre que se resuelva sobre cuestiones relativas a los hijos menores de edad se producirá la intervención de la Procuraduría General de la Nación que participará en la concreción del interés del menor.

#### 4.5 El juez de familia y la importancia de su adecuada formación en orden a la eficacia de su intervención en los asuntos de menores

No es ésta la sede más adecuada para considerar la figura y condiciones del agente mediador en los procesos de familia. Ahora únicamente interesa poner de relieve la

trascendencia de su intervención en orden a la concreción del interés superior de los menores, principio al que necesariamente deberá someter su actuación en el supuesto de que en el conflicto que la mediación pretende resolver o, al menos, mitigar concurren hijos menores de edad.

Conviene tener presentes los principios conforme a los cuales debe desarrollarse un proceso en donde se pelee la tutela de un menor, pues el juez debe hacer el trabajo de un agente mediador, y debe tener especialmente en cuenta el bienestar y el interés superior del niño, debiendo alentar a los padres a concentrarse sobre las necesidades del menor y debiendo apelar a la responsabilidad básica de los padres en el bienestar de sus hijos y a la necesidad que tienen de informarles y consultarles.

Sin duda, en la consecución de este objetivo resultan esenciales los principios de neutralidad e imparcialidad que deben regir la actuación del agente mediador como encargado de orientar la solución del conflicto.

Ciertamente el mediador carece de poder decisorio pero en tanto en cuanto asume la misión de contribuir a la búsqueda de una solución pacífica que ponga fin al enfrentamiento de las partes, mitigando la conflictividad y facilitando la creación de un ambiente idóneo para la comunicación entre ellas, su posición se distancia en mucho de la condición de simple agente pasivo de la negociación.

En este sentido si relevante es su función en términos generales, lo es aún más si cabe cuando se trata de resolver cuestiones que implican, en mayor o menor grado, a los menores. Es entonces cuando la repercusión de una adecuada cualificación adquiere relieve, pues sus conocimientos se van a proyectar al servicio de un interés superior que necesariamente debe condicionar el sentido de los acuerdos que las partes adopten.

En este ámbito considero que, además de determinadas cualidades personales, tales como su capacidad empática y afectiva o su facilidad para la comunicación, la

formación psicológica del agente es fundamental, pues si lo relevante del mediador es que el ejercicio de su función se adecúe a los principios que deben regir la mediación siendo el del "favor filii", de entre ellos, el prevalente, difícilmente se va a poder determinar el concreto interés del menor si el profesional mediador, en su intento de aproximar a los interesados, ignora siquiera básicamente las estrategias y procedimientos que le permitan, por una parte, indagar de manera eficaz acerca de los rasgos definidores de la personalidad del menor (de sus apetencias, carencias, inquietudes y grado de madurez) cuyo conocimiento se hace necesario en la búsqueda de la satisfacción de sus específicas necesidades y, por otra parte, concienciar de una manera efectiva a los padres en la misión de alcanzar preferentemente el beneficio de sus hijos menores<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> García Sarmiento, Eduardo. **Ob. Cit.**; pág. 59.



## CAPÍTULO V

### 5. Falta de aplicación del interés superior del menor como criterio superior en los Juzgados de Familia del municipio de Guatemala

Tomando como base la definición legal del interés superior del menor, como es todo aquello que favorece su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad”; es posible afirmar que éste, se refiere a la plena satisfacción de sus derechos.

El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos en este caso se identifican. Todo interés superior pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo declarado derecho; por su parte, solo lo que es considerado derecho puede ser interés superior.

El principio del interés superior del menor engloba las siguientes características:

- Satisfacción de necesidades biosociales del menor
- Adecuada valoración por el Juez de familia de los hechos que justifican la utilidad y necesidad
- Falta de interés del padre por asistir a su hijo como causal que configura pérdida de autoridad parental
- Necesidad de tomarlo en cuenta al resolver conflictos de familia que afecten a hijos menores
- Busca favorecer desarrollo físico, psicológico, moral y social del menor
- Se concreta en el respeto efectivo de los derechos del niño
- Criterios en relación al cuidado del niño, valorados integralmente
- Busca favorecer desarrollo físico, psicológico, moral y social del menor
- Con base a este interés el menor tiene prioridad para recibir protección y socorro
- Garantiza al menor nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
- Favorecer el cuidado personal del menor

- Concretizado por el efectivo cumplimiento de sus derechos, por parte de quienes están obligados a satisfacerlos<sup>35</sup>

## 5.2 ¿Qué es lo mejor para el menor en los asuntos de guarda y custodia en los Juzgados de Familia del Municipio de Guatemala?

Uniendo las piezas pasando una separación o divorcio, o decidiendo salir de una relación marital abusiva no es fácil pues la vida de una persona está interrumpida, y dura mucho tiempo para juntar las piezas de nuevo. Hay que recordar que los primeros afectados en la separación de los padres, son los hijos.

Si la pareja tiene niños, los asuntos legales, financieros y emocionales son más complicados. También es un tiempo que produce tensión nerviosa para los niños además de un sin número de efectos psicológicos que se manifestarán con el paso del tiempo. Cuando empiezan las gestiones de una separación, siempre se encuentran en medio de la tormenta los menores y es el momento donde empiezan a actuar los jueces.

Entre las cosas más importantes que tienen que resolverse ante un divorcio o separación están:

- ¿Dónde vivirán los niños?
- ¿Quién tomará las decisiones importantes sobre de sus vidas?
- ¿Cómo se puede acordar para que los niños vean el padre con quien ellos no están viviendo?

Si los padres no se pueden poner de acuerdo sobre de como resolver estas preguntas antes de ver un juez. El juez tendrá que decidir como encargarse de custodia y el derecho de relaciones paterno o materno filiales. Sin embargo, es un derecho de los menores, el relacionarse con ambos padres.

---

<sup>35</sup> Suarez Franco, Roberto. **Derecho de familia**; pág. 25.

### 5.2.1 La guarda y custodia

Con precisa referencia a las medidas de guarda y custodia el beneficio del menor, único principio legal rector a valorar al tiempo de su acuerdo, es puesto de relieve por numerosas resoluciones que, no obstante, ofrecen fundamentos poco explícitos respecto del efectivo contenido material del mismo en la concreta situación resuelta.

Se destacan como argumentos para su concreción la estabilidad emocional y el bienestar psicológico del menor determinados por su adecuada integración en el contexto familiar.

La regla por la que se rige un juez, es la de que los menores permanezcan en el seno familiar siempre por estimar la falta de integración en su nuevo medio como perjudicial para ellos.

La pretensión de guarda y custodia por padres con problemas psíquicos compartida respecto de los hijos menores, es una cuestión que se evalúa toda vez que un informe médico aportado a las actuaciones sobre la personalidad de los solicitantes y acerca de su idoneidad para hacerse cargo de los menores sea alentador, al reflejar una mejoría en la recuperación de sus dolencias de orden psíquico, sin embargo es insuficiente para garantizar, una adecuada protección de la estabilidad de los menores, lo que no es impeditivo de una ulterior modificación de la medida en función de los acreditados avances de los recurrentes.

Cuestión de interés en este ámbito es también la referente al mantenimiento de todos los hijos, cuando éstos fueran varios, bajo la guarda y custodia de uno sólo de los padres. Sin duda, la regla de procurar "no separar" a los hermanos debiera encerrar la intención de los legisladores de apartar, en la mayor medida, a los hijos de la crisis que únicamente debe afectar a sus progenitores, preservándoles de cualquier circunstancia que pudiera perjudicar su desarrollo integral como sería la vulneración del derecho de

los hermanos a relacionarse entre sí que deberá quedar oportunamente garantizado aunque se llegara a acordar la separación de los mismos.

¿Qué significa “custodia”? En la ley, hay dos aspectos a custodia:

- Custodia física: refiere a con quien vive el niño.
- Custodia legal: refiere a quien hace las decisiones importantes en la vida de un niño, como educación, tratamiento médico, y crianza religiosa.

Existen varias formas de custodia en la práctica, que se pueden resumir en las siguientes:

- Exclusiva custodia física significa que el niño vive con un solo padre.
- Compartida custodia física significa que un niño vive con un padre parte del tiempo y con el otro otra parte del tiempo.
- Exclusiva custodia legal significa que un solo padre hace todas las decisiones mayores en la vida del niño.
- Compartida custodia legal significa que los dos padres conjuntamente hacen las decisiones mayores.

El tipo de acuerdo de custodia apropiado depende en la situación. Hay muchos asuntos a considerar, como habilidad de los padres de comunicarse, cual es lo mejor para el niño, donde cada padre vive, y sus relaciones con el niño.

Los tres acuerdos de custodia más comunes son:

- Exclusiva custodia física a un solo padre y custodia legal compartida con los dos padres: Esto significa que el niño vivirá con un padre, quien será responsable por hacer las decisiones diarias para el niño. Pero de esperarse que los dos padres hacen las decisiones juntos sobre de los asuntos importantes en la vida del niño.
- Exclusiva custodia física y legal para un solo padre: Esto significa que el niño vive con un solo padre quien es exclusivamente responsable por hacer las

decisiones importantes para el niño. Esto puede ser una buena idea cuando había violencia entre de la pareja y comunicación no es posible o aconsejable.

- Exclusiva custodia física y legal también puede ser apropiada cuando un padre tiene problemas serios con alcohol y/o drogas, un serio historial criminal, un historial de ser abusivo con un niño, o nunca ha tenido ninguna responsabilidad para el niño.
- Mutua custodia física y legal: Esto significa que el niño vive parte del tiempo con un padre y otra parte del tiempo con el otro, y que los dos padres juntos hacen decisiones sobre de asuntos importantes. Esto trabaja mejor cuando hay comunicación buena entre de los padres y uno vive cerca al otro.

En vista de lo anterior, es necesario conocer ¿Qué examina el juez cuando está considerando el asunto de custodia? Si los padres no pueden estar de acuerdo sobre de como resolver el asunto de custodia, el juez decidirá quien tendrá custodia. Mientras que nadie puede predecir como un juez en particular decidirá en su caso, hay varios asuntos que los jueces consideran cuando haciendo una decisión sobre de quien obtendrá la custodia.

El factor primordial que los jueces examinan cuando deciden la custodia física y legal es el interés del niño. Los jueces dan custodia al padre quien ellos creen puede mejor cumplir las necesidades del niño. Para determinar qué es en el mejor interés del niño el juez examina lo siguiente:

- i. ¿Quién ha sido el que ha ejercido la patria potestad de forma primordial?

Una cosa que los jueces consideran muy importante, especialmente en decidir con quien el niño vivirá, con quién vive el niño. El padre quien ha tenido la principal responsabilidad para el cuidado del niño, la persona quien ha tenido más tiempo con el niño, quien lo llevaba al médico, cambiaba sus pañales, le daba alimentación, y ha hecho los arreglos para la escuela y otras actividades. En algunas situaciones, es muy claro quien es el tutor primordial.

En su específica vinculación con el derecho de relacionarse en favor del progenitor no custodio, el interés del menor aparece caracterizado como una faceta del desarrollo de su personalidad en el marco de las relaciones paterno filiales, cuya concreción debe realizarse atendiendo a diversos factores tales como la edad del menor, sus condiciones educativas, las relaciones afectivas que mantiene con sus padres, así como las de éstos entre sí y el equilibrio psicológico de los progenitores.

Es un derecho de los progenitores a relacionarse con los hijos menores con sometimiento al principio del interés del menor que debe presidir cualquier comunicación paterno filial, de manera que "tal derecho de visitas constituye continuación o reanudación de la relación paterno filial, evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos", argumento sólidamente establecido que sólo cede, como el propio fundamento de derecho subraya, "en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del hijo".

## II. ¿Quién es incapaz de cuidar a su hijo?

Frecuentemente, los jueces dan custodia física al tutor primordial, a menos que el juez concluye que el tutor primordial es incapaz. Incapaz significa que el padre tiene un problema serio que pudiera poner el niño en riesgo o descuido. Algunos ejemplos de ser descuidado son:

- un problema serio con alcohol o drogas,
- un problema serio de la salud mental,
- un serio historial criminal,
- una historial haber cometido abuso a un niño o una pareja.

## III. Existencia de violencia intrafamiliar

Cuando hay historial de violencia doméstica entre los padres, los jueces tienen que considerar los efectos que esta violencia ha tenido en el niño antes de tomar una

decisión sobre de custodia. Muchas veces tienen como referencia los informes de las trabajadoras sociales, pero en otros casos no por lo que tomas las decisiones de acuerdo con las pruebas aportadas por la parte interesada como ocurre en las medidas de seguridad de personas.

La fuerza física entre la familia es insoportable, y tal violencia es “una violación del más básico derecho humano...el derecho para vivir en seguridad física.”<sup>36</sup> También los jueces tienen el criterio que un menor que crece mirando violencia doméstica, este factor negativo tiene un gran impacto en los niños y puede crear problemas psicológicos bien serios en ellos.

Lo que este caso significa es--si alguien ha sido una víctima de violencia doméstica y ha solicitado una orden de restricción o medida de seguridad en contra del otro padre, y el juez le da custodia física o legal al abusador, el juez tiene que explicar, por escrito, porqué su decisión es en el mejor interés del niño.

Sin embargo en otras legislaciones, como la española; recién se ha regulado que: “En promulgar cualquier orden de custodia, la Corte de Testamentario y Familia tiene que considerar la evidencia de abuso, del pasado o presente, en contra de un padre o un niño, es una acción en contra del mejor interés del niño.”<sup>37</sup>

#### IV. ¿Qué custodia tiene que ver con el derecho de visitas?

El derecho a relacionarse los padres y los hijos se refiere a los arreglos para un niño a ver el padre con quien él o ella no esta viviendo. En muchas situaciones donde un padre tiene custodia física, el otro padre tiene derecho de visitar a su hijo en las condiciones pactadas con el otro padre. Hay varias maneras diferentes para arreglar las visitas; y depende en cada situación.

---

<sup>36</sup> Garcia Mendez, Emilio. **Ob. Cit.**; pág. 48.

<sup>37</sup> **Ibid.**

En algunos casos, puede ser que los padres quieren establecer un horario muy claro de las visitas. Por ejemplo, si la comunicación no es buena entre de los padres, es mejor tener un horario fijo. Así los padres no tendrán que estar en contacto constante para tratar de estar de acuerdo sobre de cuando las visitas pasarán cada semana. Cuando estableciendo un horario de las visitas, los padres deben de basarlo por las necesidades del niño, tanto como el horario de los dos padres.

Si la comunicación entre de los padres es buena, otra opción es a dejar las visitas flexibles antes de establecer un horario en avance. Los padres se pueden arreglar uno con el otro cuando las visitas se realizarán.

En algunas situaciones, no es seguro para un niño a estar solo con un padre durante de las visitas. Si este es el caso, una opción es arreglar para que las visitas sean supervisadas. Visitas supervisadas significa que una tercera persona (no el otro padre) está presente durante de las visitas para asegurar que el niño esté bien y que el padre visitador actúa en forma apropiada. Si el supervisor cree que el niño no está seguro, él o ella puede terminar con la visita. Por ejemplo, visitas supervisadas pueden ser apropiadas cuando el padre visitando tiene un historial de abuso con respecto al niño o cualquier otro niño o con respecto al otro padre, o ha tenido un problema con alcohol o drogas, un récord criminal, o problemas de la salud mental.

El supervisor preferentemente debe de ser alguien quien los dos padres conozcan y puedan estar de acuerdo y con quien su niño se sienta cómodo. Un supervisor puede ser un amigo, pariente, o un profesional supervisor de visitas.

Si ha ocurrido violencia entre los padres, podría ser inseguro para los padres estar en contacto durante las visitas. Algunas veces las personas abusivas usan las visitas como una vía de continuar con el abuso después de la separación.

En este tipo de casos, se deben establecer ciertas normas:

- Establecer un horario fijo para las visitas. Cuando ha ocurrida violencia doméstica, es importante tener un horario fijo para las visitas, esto hace posible que las visitas se pasen sin que los padres estén constantemente en contacto. Este horario debe ser parte de su acuerdo de separación o divorcio.
- Determinar como una tercera parte puede buscar y devolver a los niños. Una buena manera a evitar contacto con una pareja abusiva o pareja anterior durante de la visita es tener una tercera persona para recoger y traer el niño. La tercera persona debe ser preferentemente alguien con quien los dos padres se pueden poner de acuerdo y con quien el niño se sentirá cómodo. Muchas veces, cuando ha existido un historial de violencia, es importante que los padres eviten de comunicarse sobre del horario de las visitas u otros cambios en el horario. Una buena manera para evitar de hablar con una pareja abusiva sobre del horario de las visitas es a seleccionar una tercera persona con quien las dos partes pueden contactar cuando tienen que cambiar los planes de las visitas.
- Se puede solicitar que las visitas sean supervisadas, si es apropiado para el niño. Muchas veces es importante para la seguridad del niño que las visitas sean supervisadas entre del niño y un padre quien ha abusado del niño o quien ha abusado del otro padre del niño. Esto es porque, en muchas situaciones donde un padre ha abusado del otro padre, él o ella ha abusado o podría abusar del niño. Además, puede ser que el niño ha sido testigo de el abuso de un padre y sentirá inseguro cerca al abusador si una persona no este allí. También, la visitas supervisadas son una buena manera para los padres a evitar contacto porque un padre puede dejar al niño en el lugar donde están las visitas y salir antes que el otro padre llegue para la visita.

- En algunos casos raros, puede ser el mejor interés del niño el no ser visitado por el otro padre. Por ejemplo, cuando el otro padre ha abusado del niño, el niño pudiera ponerse muy alterado o asustado por ver a aquel padre o estar en riesgo de sufrir más abuso.

V. ¿Qué examina un juez cuando él está haciendo una decisión sobre la guarda y custodia?

Si los padres no pueden consentir en las visitas, un juez decidirá cual acuerdo será apropiado. Como custodia, el juez decidirá lo que es en el mejor interés del niño.

Los jueces no basan sus decisiones en si el padre obligado está o no, pagando el sostenimiento de menores. La gente usualmente piensa que si un padre paga sostenimiento de menores o la pensión alimenticia como es conocida en nuestro ordenamiento jurídico; entonces él, automáticamente, tiene derecho a visitar a sus hijos. La gente también piensa que si el padre no está pagando sostenimiento de menores, ella o él, no tiene derecho a las visitas. Ninguno es verdad. Los jueces no consideran sostenimiento de menores y el derecho de visitas sean conectados entre sí.

Los jueces hacen decisiones de las visitas basados en lo que es lo mejor para el niño. Por ejemplo, si una persona está pagando la pensión alimenticia pero ha abusado del niño, puede ser que el juez no decidirá que las visitas estén en el mejor interés del niño.

Por otra parte, aunque un padre no esté pagando sostenimiento de menores, si un juez cree que las visitas con este padre serán buenas para el niño, el juez no negará la oportunidad al padre, para ver a su niño.

Lo que es importante tener en cuenta cuando se pelea por la guarda y custodia de un menor, es que los jueces de familia, no estarán velando por qué es lo mejor para el padre que lo solicita, sino que de lo que es lo mejor para el niño. Los jueces serán más

receptivos a la gente quien muestre que ellos están pensando sobre de los necesidades del niño.

### 5.3. Criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor

El orden público familiar, de naturaleza imperativa, aparece integrado por un básico contenido normativo, cuya adecuada efectividad práctica resulta garantizada por la intervención del órgano judicial, pues si la ley declara el Derecho (así, el principio del "favor minoris", según tuvimos ocasión de explicar) es en la jurisprudencia donde el destino de la norma culmina mediante su realización, en su aplicación al caso concreto posterior a su interpretación.

Desde este punto de vista las resoluciones emanadas de los Juzgados de Familia, deben contribuir a modelar el sentido último de las normas que configuran este particular núcleo de "ius cogens" en el que se localiza el principio del interés del menor. Son múltiples las reglas constitucionales y legales que pueden ser aplicadas para determinar en qué consiste el interés superior de cada niño, dependiendo de las circunstancias de cada situación particular. En lo que concierne al interés superior del menor, existen diferentes parámetros de análisis que resultan relevantes para adoptar una decisión<sup>38</sup>.

#### 5.3.1. Garantía del desarrollo integral del menor

Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad.

Esta obligación, consagrada a nivel constitucional, internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27) y legal, compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el

---

<sup>38</sup> Rodríguez Moreno, Rafael, Ob. Cit.; pág 56.

derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor.

### 5.3.2. Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor

Estos derechos, cuyo catálogo es amplio y se debe interpretar de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Guatemala, incluyen en primer lugar aquellos que expresamente protegen la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

### 5.3.3. Protección del menor frente a riesgos prohibidos

Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas.

No en vano la legislación interna ordena que los menores serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, y se precisa que los niños tienen derecho a ser protegidos de toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación.

En este orden de ideas, las distintas situaciones irregulares que un menor puede sufrir proporcionan un catálogo de riesgos graves para los menores que se deben evitar a toda costa; sin embargo, dicha enunciación no agota todas las distintas situaciones que

pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular, las cuales deberán determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

#### 5.3.4. Equilibrio con los derechos de los padres

Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. De allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso.

Sin embargo, como parámetro general, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, según se explica en el acápite anterior; cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el Estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo.

#### 5.3.5. Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor

Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por la legislación guatemalteca y los convenios internacionales, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes

derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección.

#### 5.3.6 Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno-materno filiales

El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir poderosos motivos adicionales, como los que se enuncian en los acápites anteriores, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y así justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica.

Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella.

Sentado cuanto antecede y partiendo de un básico contenido material integrante del interés del menor, quedó apuntado que la indeterminación -si bien no absoluta- del concepto exige una complementaria tarea de ponderación tendente a la subsunción de la situación concreta analizada en la categoría legal imprecisamente definida. Ello impone un necesario juicio de valor proyectado sobre las circunstancias configuradoras del específico supuesto a resolver, por lo tanto atendiendo siempre a las coordenadas particulares de cada caso.

Este proceso de individualización, de resultados irremediamente relativos, admite la intervención de muy diversos componentes, de carácter público o privado, cuya actuación en el ámbito de la mediación familiar va a trascender con relieve también distinto.

#### 5.4 Supuesto de crisis matrimonial o de la pareja de hecho

Son precisamente aquellas situaciones provocadas por una ruptura matrimonial o de pareja las que habitualmente ocupan a la mediación familiar y en tal contexto las principales cuestiones que se suscitan en relación con los hijos menores derivan de las medidas a acordar respecto de los mismos en tales casos.

Dichas medidas se concretan de manera esencial en la fijación de una pensión alimenticia para los menores, en la atribución de su guarda y custodia y, consiguientemente, en el establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio.

#### 5.5 Pensión alimenticia

La determinación de la cuantía de la pensión alimenticia en favor de los hijos menores convivientes con el progenitor custodio frecuentemente suele enfrentar a la pareja.

En su fijación, con carácter general y a fin de preservar el interés superior de los menores (traducido sin duda en la más amplia y mejor satisfacción de sus necesidades), debe ponderarse la dedicación personal del progenitor custodio vinculada con el nivel de ingresos y gastos de cada uno de los progenitores en relación con las necesidades, tanto materiales como afectivas, de los menores a fin de garantizar una cuantificación equitativa que evite situaciones de desigualdad y garantice su efectivo cumplimiento.

#### 5.6 Guarda y custodia

Con precisa referencia a las medidas de guarda y custodia el beneficio del menor, único principio legal rector a valorar al tiempo de su acuerdo, es puesto de relieve por numerosísimas resoluciones que, no obstante, ofrecen fundamentos poco explícitos respecto del efectivo contenido material del mismo en la concreta situación resuelta,

estas resoluciones destacan como argumentos para su concreción la estabilidad emocional y el bienestar psicológico del menor determinados por su adecuada integración en el contexto familiar.

#### 5.7 Conflictos convivenciales entre padres e hijos

La sujeción a la potestad paterna del menor nunca puede excluir su ejercicio en beneficio exclusivo de éste, siempre "de acuerdo con su personalidad". No obstante la previsión legal, en la práctica la complejidad de las relaciones humanas propicia la circunstancia de que entre el hijo menor de edad y sus padres surjan fricciones que, sin llegar a cuestionar gravemente el adecuado ejercicio de la patria potestad, dificulten la normal convivencia familiar.

En este tipo de situaciones, que por no llegar a constituir incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad no suelen plantearse ante los Tribunales, la mediación familiar puede desplegar una indudable eficacia, no sólo ayudando a los progenitores a descubrir cual pueda ser la mejor opción para el hijo en cada caso sino también, muy especialmente, concienciando a los menores de sus deberes en el seno de la familia, lo que en definitiva repercute también en su interés al contribuir a su completa formación como sujetos responsables dentro de su entorno más próximo.

Puede suceder que el conflicto no enfrente a los padres con el hijo sino a aquéllos entre sí respecto del menor persistiendo la convivencia. Así, cabe considerar la eventual situación en la que, originado por un desacuerdo entre los progenitores, se produzca un conflicto de intereses entre los cónyuges con relación al menor, lo que exigiría la intervención del Juez para decidir la atribución de la facultad de decisión a uno de los dos, distribuir entre ambos sus funciones o, en su caso, si el conflicto enfrentara gravemente al padre o la madre con el hijo el nombramiento de un defensor judicial a éste último.

De cualquier manera, nada parece impedir que esta previsión referida a los supuestos en los que se mantiene la convivencia familiar, pueda aplicarse a las situaciones creadas con la separación o el divorcio, en las que se conserva la titularidad de la patria potestad respecto de ambos progenitores, salvo los casos de privación total o parcial a uno de ellos, habida cuenta de que en las mismas es posible que las disparidades de los padres en orden a su ejercicio afloren con mayor frecuencia.

En todo caso, el juez encargado de determinar el mejor interés para los menores, debe guardar y velar por que se cumplan los siguientes preceptos, que son los que engloban el interés superior del menor:

- Garantizar al menor nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
- Imprescindible tomarlo en cuenta al decidir en los conflictos de familia sobre alimentos
- Prevalece en procesos donde se involucren derechos de menores
- Principio por el cual se resuelven disputas judiciales en que intervienen niños
- Posibilidad de aplicar tal principio cuando resulte lesionado
- Garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de los niños previstos en las diversas normativas
- Consiste en decidir en atención a aquello que favorezca el desarrollo bio-psico-social de los menores
- Frente a conflictos entre los progenitores, debe prevalecer
- Principio concretizado en el goce efectivo de los derechos de los menores
- Garantiza la estricta observancia de los procedimientos tendientes a velar por el derecho a la identidad
- Primordial para determinar un régimen de comunicación, trato y estadía
- Todo aquello que favorezca el desarrollo físico, psicológico, moral y social del niño
- Aspecto indispensable para el normal desarrollo de los niños
- Prevalece independientemente de los intereses y conflictos personales de los ex-convivientes

- Pleno y armonioso desenvolvimiento de la personalidad del menor
- Principio rector del derecho de familia
- Desarrollo físico, psicológico, moral y social del menor<sup>39</sup>

En aquellos casos en los que se concede una custodia monoparental se habla de que esta circunstancia jurídica, limita los derechos del padre y responde a patrones preestablecidos de tenencia monoparental, sin razones fundamentadas.

Esto expresa, por una parte, la creencia acerca de la incapacidad del hombre en la mejor atención de los hijos, y de otra parte, la ausencia de comprensión de la necesaria participación del padre en la formación integral de los hijos cuestión que podría o no, ser totalmente cierta, pues hay muchos casos en los que los menores son tan mal influenciados por los problemas psicológicos internos de la madre, que hubiera sido preferible que la custodia se la otorgaran al padre.

La realidad es que resulta difícil probar los trastornos psicológicos de la madre, pues siempre se tiene el concepto de que la mujer es la parte del matrimonio que más sale perdiendo en el caso de una separación, pues ella puede alegar violencia psicológica y física por parte de su cónyuge aunque no sea cierto; pero como es tan frecuente, se tiende a creerle a la madre, y muchas veces en perjuicio de sus propios hijos, le son concedidos en guarda y custodia.

Por parte de los tribunales de familia, se conoce que desde esta instancia judicial, en que "el conflicto se amplifica dando un carácter formal y oficial a la confrontación, sobre todo cuando el conflicto deriva en un litigio contencioso.

La administración de la justicia entra a formar parte de las luchas y escaladas simétricas entre las partes que se retroalimentan mutuamente. El hecho incluso de adquirir un lenguaje judicial propio (las partes, los menores, las pruebas) enfatiza la distancia y la

---

<sup>39</sup> Rodríguez Moreno, Rafael, Ob. Cit.; pág. 53.

polarización y en esta situación, los hijos se instrumentalizan como un elemento de poder para ganar o perder. Asimismo, la separación física no garantiza la finalización del conflicto, dado que estas confrontaciones tienen larga duración y un alto costo emocional. Las consecuencias a largo plazo son impredecibles, por lo que se requiere la implementación de un sistema alternativo de conflictos, denominado Mediación Familiar, que se utiliza en la mayoría de los países que han legislado el divorcio".<sup>40</sup>

La mediación familiar es un instrumento psicojurídico y social y constituye el espacio donde la pareja construye su propia separación compartiendo el reconocimiento de los problemas y aceptando las diferencias. Instancia que acompaña la disolución de la pareja, minimizando el coste emocional de la separación y favorece la implementación de la coparentalidad. Su objetivo es disminuir el enfoque y la cantidad de separaciones litigiosas lo que permite descargar a los Tribunales del exceso de demandas y trabajar en aquellas que sí ameritan atención por su carácter en extremo contencioso.

En este contexto, tras varias décadas en que han prevalecido unos regímenes de divorcio caracterizados por su alta litigiosidad y por crear una dinámica de parte ganadora y parte perdedora, las legislaciones más progresistas del mundo apuestan por la conciliación y el desarme de los contendientes, recurriendo para ello, en primer lugar, a la desincentivación del divorcio contencioso mediante el reconocimiento de los mismos derechos y obligaciones a las partes y, si las divergencias persisten, a la mediación familiar".

En este aspecto, el Derecho debe contribuir a que "las relaciones entre los ex cónyuges se encaminen del modo menos antagónico posible en bien de los hijos, al menos durante su minoridad, y de los propios ex cónyuges, en el plano de responsabilidad intransferible, de la relación personal y alimentaria. Asimismo, le cabe designar un tutor especial, ante la imposibilidad, comprobada por el Tribunal de una real comunicación de cada hijo con cada progenitor, causada por la irredimida conflictividad de las conductas adultas, y en interés del hijo como criterio central".

---

<sup>40</sup> Catala, Carlos, **El orden jurídico familiar**; pág 98.

Por lo tanto, en este ámbito, considerar al niño como sujeto de derechos implica generar una dinámica familiar donde se cuente con la participación del menor en los actos relativos a su persona, participación ésta que tendrá una forma distinta en cada etapa de su vida.

Este aprendizaje dentro del proceso de socialización contribuye a cimentar la responsabilidad familiar y social del niño, a través de su cooperación en los actos que lo afectan.

En nuestro país, en relación con la igualdad de los seres humanos, el derecho a la identidad que tiene toda persona y la supremacía del interés superior del menor está regulado en el Código Civil y en la Ley de Protección Integral de Menores y Adolescentes. Estas ideas matrices forman parte de la filosofía y de las normas y principios contemplados en los tratados de derechos humanos que Guatemala ha ratificado y que se encuentran vigentes, y que colocan a la persona humana como fin en sí misma, reconociéndole su dignidad, inviolabilidad y autonomía.

La idea de que consigné la protección del interés superior del niño, que prescribe la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Estas normas constituyen una declaración de principios que sirve para ilustrar todo lo que diga relación con las obligaciones paterno-filiales, pero también con las normas que regulan la patria potestad, el derecho de alimentos y cualquiera otra en que esté en juego el beneficio del hijo, el que debe tomarse en cuenta por sobre el interés de los padres.

El interés superior del niño "constituye una novedad en el Código Civil y es un criterio determinante que deberá tener en cuenta el juez en sus intervenciones, dado que la Convención sobre los Derechos del Niño contempla reiteradamente este criterio, señalando en su artículo. 3º. Nº 1 que: En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño.

El interés superior del menor, mira al menor como titular de derechos autónomos, susceptibles, si fuere necesario, de ser ejercidos contra sus padres. El menor es un sujeto de derecho, distinto de los padres. Por ello, en consecuencia, se considera al menor, cuando está en condiciones de formarse un juicio, como sujeto de opiniones propias y se establece la necesidad de oírlo. En cambio, si aún no tiene juicio propio, los mayores no podrán adoptar cualquier resolución a su respecto, ya que se le considera una autonomía en desarrollo.

Las resoluciones de los mayores deberán tener en cuenta el impacto de la decisión que se adopte en la autonomía futura del menor. El asegurar el desarrollo de la personalidad, la autonomía actual y futura e identidad del menor, aparecen indisolublemente ligados a ese criterio de la protección del 'interés superior del niño'.

Este principio tendrá especial relevancia a propósito de las decisiones que se adopten en materia de tutela, patria potestad y relaciones paternas filiales.

La actual potenciación de los valores individuales de la persona, propiciada por variadas razones de índole sociocultural y económica, que en el orden jurídico encuentra reflejo en la revalorización de los derechos de la personalidad, ha contribuido a reforzar la protección conferida por el derecho a la infancia, configurada no sin razón desde la Psicología como etapa vital esencial en la formación de la personalidad del individuo y en la consolidación de su propia identidad.

El denominado "interés superior" es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado "menos que los demás" y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida, por lo que esta consideración se justifica la mayor atención prestada a las necesidades de la persona del menor, sin duda valorado forzosamente en su propia dimensión pero también sin desatender su notoria proyección de adulto en formación, sometido por consiguiente a un mayor grado de vulnerabilidad en especial por parte de agentes y circunstancias externas.

No obstante, justificado su sentido y predeterminado su alcance como valor superior, la concreción del interés del menor no es tarea fácil. La utilización por parte del legislador de un "concepto jurídico relativamente indeterminado" impone al sujeto obligado a aplicarlo un complementario proceso de valoración en el que deberán ser ponderadas todas y cada una de las particulares circunstancias concurrentes a fin de conseguir determinar in concreto y de una manera efectiva cuál sea el interés de los menores en la específica situación que se pretende resolver, a lo que cabe añadir la amplitud del marco cronológico que jurídicamente enmarca el estado de minoría de edad, determinante de una insoluble dificultad en la pretensión de sistematizar situaciones caracterizadas por su evidente heterogeneidad.

Es por lo que resulta imposible el establecimiento de pautas de solución válidas para todos los supuestos, ni siquiera para aquéllos que pudieran presentarse con engañosa apariencia de semejanza, pues la necesaria operación de discernimiento en la búsqueda del beneficio de menor siempre presupondrá la misión de descubrir su personalidad, y la identidad de cada persona que ofrece un paisaje único e irrepetible.

Es pues necesaria la consideración del principio en general, conducente a la fijación de un mínimo contenido material del mismo, en cuyo ámbito adquiere relevancia la exposición de determinadas pautas que permitirán ponderar el interés del menor como criterio preferente del ámbito aplicativo en el derecho de familia.

Asimismo mediante el presente trabajo se precisaron los alcances del termino interés superior del menor, el cual dada su reciente creación esta siendo elaborado por la doctrina y la jurisprudencia con su correspondiente correlato en nuestro país en el área del Derecho Constitucional como su consecuencia inefable, la aplicación en el Derecho de Familia, que es la materia que nos ocupa.

Muchos son los casos en los que al dictar sentencia por los Jueces de Familia al dictar sentencia sobre lo concerniente a la patria potestad o la tutela queda a cargo de alguno de sus padres como consecuencia de la separación de los mismos, y precisamente han quedado a cargo de una persona que les inflinge daños psicológicos o físicos, situación difícil de decidir por parte de un juez, porque usualmente los menores quedan a cargo del padre que no dio ocasión a la causal de separación o divorcio que en su mayoría son las madres, y es difícil quitarle la custodia de un menor, a su madre.

El interés del menor constituye un principio vinculante para todos aquéllos que puedan influir o tomar decisiones respecto de situaciones en las que deban resolverse cuestiones que, de un modo u otro, afecten a menores. Así, principalmente, el legislador en la fase de la elaboración de la norma jurídica, los Jueces y Tribunales en la interpretación y aplicación de las fuentes del Derecho en su función de defensa y protección de los intereses del sometido a patria potestad, las entidades públicas como gestoras del funcionamiento de las diversas instituciones protectoras del menor, los progenitores o tutores en el ejercicio de sus funciones tuitivas e, igualmente, el agente mediador en la prestación de sus servicios orientados inicialmente a la creación de un clima propicio para que se produzca la comunicación entre los sujetos implicados, necesaria para la efectiva consecución de aquellos acuerdos que permitan satisfacer las necesidades de las partes y, prioritariamente, de los menores.

Se hace evidente la imperatividad de hacer positiva la normativa legal vigente en Guatemala aunada a que la aplicación de los criterios jurídicos tengan como prioridad el interés de los niños y adolescentes, teniendo en consideración que un alto porcentaje de la población es menor de dieciocho años y se encuentra en un estado de vulnerabilidad debido a circunstancias socioculturales y económicas, el estado de Guatemala a través de sus órganos jurisdiccionales esta obligado a brindar a este colectivo seguridad, libertad e igualdad.

## CONCLUSIONES

1. En Guatemala, los jueces de familia, al resolver asuntos en donde está en juego el interés del menor no respetan el que este debe ajustarse siempre a las concretas circunstancias fácticas del medio en que éste desarrolla de manera habitual su vida ordinaria, esencialmente su entorno familiar, en el orden de los factores intervinientes y que en la concreción de este interés aparecen en segundo lugar los padres o, en su caso, los tutores o guardadores.
2. El interés superior contempla dos aspectos importantes: uno por parte del Estado a fin de proveer los medios necesarios para el desarrollo pleno de la niñez, adecuando las instituciones y la legislación en base a los principios de la Convención de Derechos del Niño y, otro, por parte de los jueces de familia el cual consiste en escuchar a los menores a fin de que sean sujetos prevalentes de derechos y no como objetos de un sistema jurídico pensado sólo en la exclusiva finalidad del adulto.
3. La prioridad del “*favor minoris*” se plantea como un standard jurídico a tener en cuenta a la hora de legislar y de juzgar, y se evidencia para el presente trabajo que en la actualidad, los jueces ante quienes se tramitan asuntos de menores, no velan por el respeto del interés prevalente del menor, por lo que se establece la situación de indefensión del principio del interés prevalente del menor.
4. Actualmente, lo que se defiende en la mayorías de los casos en los juzgados de familia; y en los juzgados de la niñez y la adolescencia es el interés de los padres en los asuntos en los que se ven involucrados los intereses de los menores en Guatemala, aunque sean los progenitores quienes causen un sinnúmero de violaciones en contra de sus propios hijos.
5. El interés del menor constituye un principio vinculante para todos aquéllos que puedan influir o tomar decisiones respecto de situaciones en las que deban resolverse cuestiones que, de un modo u otro, afecten a menores. Así, el

legislador, los Jueces y Tribunales, las entidades públicas, los progenitores o tutores deben respetar la efectiva consecución de aquellos acuerdos que permitan satisfacer las necesidades de las partes y, prioritariamente, de los menores.

## RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala debe resguardar a los menores de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y debe protegerles frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, creando políticas orientadas a la creación de programas que tutelen esos derechos.
2. Los jueces de familia deben tener en cuenta, al momento de conocer un caso, si existe un historial de violencia doméstica entre los padres, tomando en consideración que la violencia doméstica ejercida sobre un niño o adolescente o en el ambiente en el que se desarrolla es una violación al derecho humano, de vivir en seguridad física, y emocional.
3. Los jueces de familia del municipio de Guatemala, ante quienes se tramitan asuntos de menores, deben velar por el respeto del interés prevalente del menor en los tribunales de familia porque esto prevendría alguna desviación de conducta de la personalidad del menor; en el caso crezca en un hogar violento.
4. Los legisladores guatemaltecos deben considerar al momento de la sanción y promulgación de leyes de preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; asimismo, los jueces de familia al conocer un caso en concreto donde este equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor.
5. Los jueces de Familia, al fallar respecto de el pago de alimentos, deben preservar el interés superior de los menores (traducido sin duda en la más amplia y mejor satisfacción de sus necesidades), debe ponderarse la dedicación personal del progenitor custodio vinculada con el nivel de ingresos y gastos de

cada uno de los progenitores en relación con las necesidades, tanto materiales como afectivas, de los menores a fin de garantizar una cuantificación equitativa que evite situaciones de desigualdad y garantice su efectivo cumplimiento.

## BIBLIOGRAFÍA

Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados, **Hoja informativa sobre protección y cuidado de los menores**. 1ra. Ed. (s.e.); Washington , Estados Unidos de América, 1998.

CABALLERO María Ester, **La paz no les ha llegado: Niños y niñas de la calle en Centroamérica** Casa Alianza UNICEF, Guatemala 2000.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen. **El interés del menor como criterio superior en la mediación familiar. Estudios sobre el matrimonio y la familia**. Ed. Sección española Universidad de Valencia: España, 2003.

GARCIA MENDEZ, Emilio. **Infancia, ley y democracia en América Latina**. 2da. ed; Ed. Temis- Depalma: Bogotá, Colombia.1999.

GARCIA SARMIENTO, Eduardo. **Elementos de derecho de familia**. Ed. Temis: Bogotá, Colombia, 1999.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. **Derecho de familia y de menores**. 4ta. ed; Ed. Librería Jurídica Wilches: Bogotá, Colombia, 1996.

POLO Luis Felipe, MELGAR G. Mónica, ECHEVERRIA Maribel, **Análisis Comparativo del Código de Menores con la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución Política de la República de Guatemala** Instituto de Investigaciones de la Universidad Rafael Landívar, UNICEF, Guatemala, 1999.

RODRIGUEZ MORENO, Rafael. **Tratado sobre los derechos de la familia y la defensa del menor**. T.I. Ed. Culco Ltda.: Bogotá, Colombia. 1993.

SUAREZ FRANCO, Roberto. **Derecho de familia**. T. II. Ed. Temis: Bogotá, Colombia 1999.

TEJEIRO LOPEZ, Carlos Enrique. **Teoría general de la niñez y adolescencia**. UNICEF, Colombia, 1998.

### Legislación:

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

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

**Ley de Protección integral para la niñez y la adolescencia.** Congreso de la República de Guatemala. Decreto Numero 27-2003, Guatemala, 2003.