

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

**ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA
PATERNIDAD Y LA FILIACIÓN MATRIMONIAL Y EXTRAMATRIMONIAL EN LA
LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE 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

BERÓNICA JUDITH DE LEÓN GUZMÁN

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2010

**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. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Luis Alberto Zeceña López
Vocal:	Licda. Mayra Yojana Véliz López
Secretaria:	Licda. Emma Graciela Salazar Castillo

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Vocal:	Licda. Crista Ruiz Castillo de Juárez
Secretaria:	Licda. María Lesbia Leal Chávez

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 Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



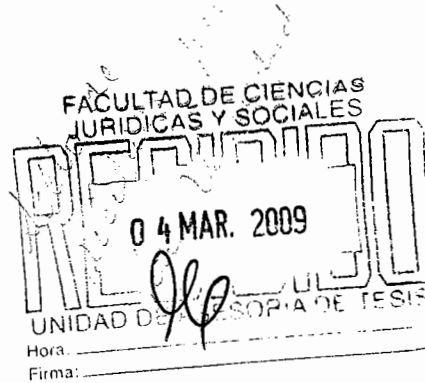
Lic. Manuel González Tiniguar
Abogado y Notario
Colegiado No. 6,155



Guatemala, 12 de febrero de 2009

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Distinguido licenciado Castro Monroy:

Como asesor de tesis de la bachiller: **BERÓNICA JUDITH DE LEÓN GUZMÁN**, con el camé estudiantil número: 9716775; en la elaboración del trabajo de tesis titulado: **“ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA PATERNIDAD Y LA FILIACIÓN MATRIMONIAL Y EXTRAMATRIMONIAL EN LA LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE EN GUATEMALA”**, me complace manifestarle que dicho trabajo contiene:

En ésta investigación de tesis, la bachiller De León Guzmán hace un análisis desde el ámbito jurídico y doctrinario, para determinar la regulación existente en materia de paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial; dada la actual integración familiar y sus repercusiones en la paternidad y filiación, resulta de suma importancia el aporte científico que en éste trabajo se hace, en virtud de que pone de manifiesto la problemática y su repercusión social y legal, en materia paterno filial, asimismo, expone la primacía que debe tener los derechos del niño a ser reconocidos en sus derechos de filiación y las pruebas científicas como la prueba de ADN, que en Guatemala ya se practican a tenor de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los cuales el Estado de Guatemala ha aceptado y ratificado, haciendo hincapié en el efecto que tienen estos sobre el derecho interno.

La bachiller De León Guzmán, utilizó técnicas como la de fichas bibliográficas para recopilar información bibliográfica y el resumen; debo destacar que en la bibliografía empleada a criterio del suscrito, es de considerable actualidad. Igualmente, se aprecia la relación del contenido técnico y científico, que abarca todas las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema de suma actualidad social y



jurídico y que a través del empleo del método deductivo que va de lo general a lo particular, logra sintetizar la temática objeto de ésta investigación en sus múltiples aportes personales, que fueron presentados dentro del rigor de la estructura metodológica y formal que impone el método y conocimiento científico, lógicamente converge en una serie de conclusiones y recomendaciones redactadas en forma clara y sencilla que facilitan el entendimiento del fondo temático de ésta tesis.

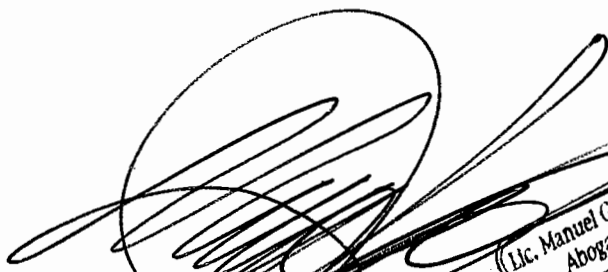
A lo largo del desarrollo capitular, se aprecio el buen uso del método analítico, ya que no es necesario pasar lectura a la parte conclusiva y recomendativa, para advertir el aporte científico del trabajo de tesis.

Éste trabajo concluye en un nutrido aporte científico, orientado a ofrecer a los estudiosos del derecho en general y a los operadores de justicia civil y concretamente de familia y menores, acerca de los múltiples aspectos sociales y elementos técnicos, jurídico-doctrinarios que permitan el reconocimiento de los derechos del niño y sus métodos y formas científicas y jurídicos para determinar la filiación.

He guiado personalmente al sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, quien atendió satisfactoriamente mis observaciones, correcciones y sugerencias que el suscrito considero oportunamente pertinentes.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de tesis de mérito, cumple 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, para ser discutido en el Examen Público, previo DICTAMEN del señor Revisor

Atentamente,



Lic. Manuel González Tiniguar
Abogado y Notario
Colegiado No. 6,155
Asesor de Tesis

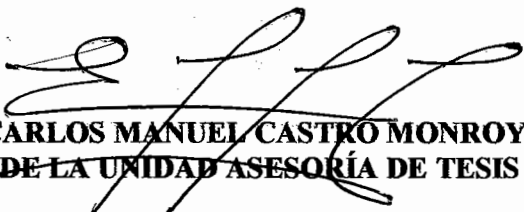
15 Avenida 15-16 Zona 1
Teléfono: 24429068



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, diecisiete de marzo de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) INGRID BETZABÉ ECHEVERRÍA PERMOUTH DE HERRERA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **BERÓNICA JUDITH DE LEÓN GUZMÁN**, Intitulado: "ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA PATERNIDAD Y LA FILIACIÓN MATRIMONIAL Y EXTRAMATRIMONIAL EN LA LEGISLACIÓN CIVIL 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



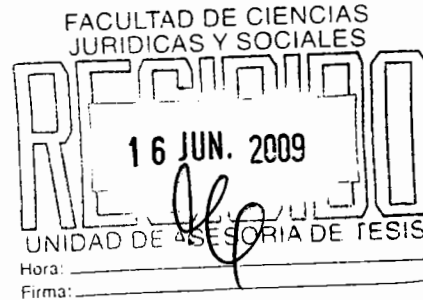
cc. Unidad de Tesis
CMCM/sllh

Licda. Ingrid Betzabé Permouth de Herrera
Abogada y Notaria
Colegiado No. 3,433



Guatemala, 10 de junio de 2009

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Distinguido licenciado Carlos Castro:

De conformidad con el nombramiento emitido por dicha dirección, de fecha diecisiete de marzo del año dos mil nueve, procedí a revisar el trabajo de tesis de la bachiller: **BERÓNICA JUDITH DE LEÓN GUZMÁN**, con el carné estudiantil número: 9716775, titulado: **“ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA PATERNIDAD Y LA FILIACIÓN MATRIMONIAL Y EXTRAMATRIMONIAL EN LA LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE EN GUATEMALA”**.

En este trabajo el ponente hace un excelente interpretación jurídico-doctrinaria de la paternidad y la filiación vistas desde los extremos subjetivos y objetivos; facilitando con ello la identificación de todos los elementos a considerar dentro de los actuales cambios cualitativos que se han hecho a la legislación civil y de familia y general. Este trabajo de tesis por ende presenta una sentida contribución científica a las instituciones del derecho de familia y civil, al reconocer la primacía que otorga los tratados internacionales sobre el derecho interno en materia de derechos humanos, donde justamente se ubican los derechos del niño en cuanto a la determinación de la paternidad y filiación no importando sea esta matrimonial o extramatrimonial; así mismo, de las pruebas científicas como la del ADN, para determinar la filiación.

Pude notar que la bachiller De León Guzmán, bajo el asesoramiento del honorable colega nombrado; hizo buen uso de las técnicas y métodos científicos tanto en la obtención de información que fueron de gran apoyo junto a una bibliografía actualizada y uso de un lenguaje altamente técnico en la redacción, como en la elaboración del presente trabajo de tesis.

Me permito destacar, en el presente trabajo de investigación la profunda relación del contenido científico con el técnico, que permite apreciar la concatenada estructura de las etapas del método deductivo y del conocimiento científico, en el planteamiento del



problema eminentemente social y jurídico de actualidad, que permite al lector la rápida comprensión de la temática; pues parte de lo general a lo particular, sintetizándose en una redacción muy clara en una serie de conclusiones y recomendaciones, que de forma clara y sencilla permiten explicar el fondo de la tesis en total congruencia con el desarrollo del tema.

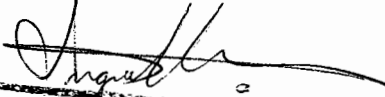
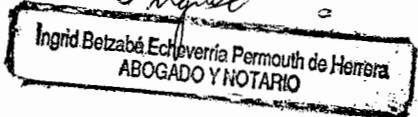
El uso del método analítico se aprecia a lo largo del contenido capitular, manteniendo buena armonía y unidad del fondo del tema, alcanzado así los objetivos planteados y el aporte personal con mayor presencia en el último capítulo.

El trabajo tiene una estructura metodológica formal y por consiguiente abarca las etapas conocimiento científico, así como del método científico; que se puede confirmar en la parte conclusiva y recomendativa que fue redactada congruentemente, con mucha claridad y sencillez, para facilitar la comprensión del tema de fondo.

He revisado con especial atención este trabajo de tesis y manifiesto mi satisfacción por forma en que mis observaciones, correcciones y modificaciones fueron apropiadamente atendidas por la ponente; donde como resultado final en su trabajo comprueba la hipótesis planteada con base a la proyección científica de esta investigación.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de tesis de mérito, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para los Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Examen General Público de Tesis, para ser discutido en el Examen Público.

Atentamente,

Licda. Ingrid Betzabé Permouth de Herrera
Abogada y Notaria
Colegiado 3,433
Revisora de Tesis

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, cinco de agosto del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante BERÓNICA JUDITH DE LEÓN GUZMÁN, Titulado ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA PATERNIDAD Y LA FILIACIÓN MATRIMONIAL Y EXTRAMATRIMONIAL EN LA LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE 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.-

MTCL/sllh.



DEDICATORIA



- A DIOS:** Por ser mi guía y la luz de mi vida.
- A MIS PADRES:** Lorenzo De León y De León y Elida Guzmán Morales, con mucho cariño, como mínimo reconocimiento a sus esfuerzos por el apoyo moral y espiritual a lo largo de mi vida.
- A MIS HERMANOS:** Jorge Mario, Claudio Roberto, María Teresa, Thelma Violeta y María Antonieta; por los momentos felices de nuestra infancia, en especial a José Alfredo de León Guzmán por su apoyo incondicional tanto económico y moral que me brindo a lo largo de mi carrera.
- A MIS ABUELOS:** Con mucho amor, por sus sabios consejos.
- A MIS TIOS:** Con mucho cariño y en especial a mi Tio Roen de León por brindarme su apoyo y confianza porque gracias a usted hice realidad mi sueño.
- A MIS SOBRINOS:** Que este logro le sirva de ejemplo para alcanzar su superación académica.
- A MIS AMIGOS:** Rebeca, Harry, Edgar, Rocío, Luis, Sara Sandoval, Cristi y Rosa María, por su amistad sincera y especialmente a Luis de León por apoyarme en los momentos difíciles a lo largo de mi carrera profesional.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala; en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

ÍNDICE



Introducción	1
--------------------	---

CAPÍTULO I

1 . La paternidad	1
1.1 La paternidad tradicional	7
1.2 La paternidad en transición	12
1.3 La paternidad moderna	12

CAPÍTULO II

2 . Filiación	15
2.1 . Filiación legítima o matrimonial	19
2.2 . Determinación de la filiación	20
2.3 . Acción de impugnación del estado de la filiación matrimonial	22
2.4 . Regulación de la filiación matrimonial en la legislación guatemalteca	29
2.5 . Efectos jurídicos de la filiación matrimonial	31

CAPÍTULO III

3 . El interés superior del niño	35
3.1 . La importancia del interés superior del niño	38
3.2 . La crítica al principio del interés superior del niño: el "Caballo de Troya" de la convención	39



3.3 . El interés superior del niño como principio jurídico garantista 64

3.4 . El interés superior del niño como pauta interpretativa 64

3.5 . Interpretación jerárquica 65

CAPÍTULO IV

4 . Paternidad y filiación matrimonial o extramatrimonial y el interés superior del niño 75

CONCLUSIONES 85

RECOMENDACIONES 87

BIBLIOGRAFÍA 89

INTRODUCCIÓN



En Guatemala, uno de los principales problemas sociales que enfrentan las mujeres y sus hijos, es que luego de que el hombre ha tenido relaciones sexuales con la mujer y ésta queda embarazada, el padre se niega a reconocer al hijo; lo cual implica una serie de problemas sociales y legales para la madre y el hijo desde su concepción.

Lo anterior ha determinado que los legisladores, a partir de la demanda de las organizaciones de mujeres y de los hombres solidarios, legislen para que en los procesos de filiación y paternidad sea aceptado como prueba científica, el examen de filiación a través del Ácido Disoxirribonucleico o ADN, con lo cual al presunto padre se le liga de manera legal la paternidad y, por lo tanto, las obligaciones alimentistas establecidas por el Código Civil.

Es debido a la promoción e implementación del interés superior del niño, como fundamento de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, que se han logrado estos avances en materia de la paternidad y filiación, los cuales ponen en el centro de las decisiones legales los derechos de la niñez.

Para la realización de esta tesis se hizo un profundo análisis jurídico de los elementos que informan a la paternidad, a la filiación y su relación con el interés superior del niño.

En este trabajo se recurre a la investigación bibliográfica y documental para encontrar, analizar y sistematizar los libros y documentos que permitieran establecer los elementos

jurídicos de estas tres figuras legales, así como establecer su relación.



El estudio fue orientado por la hipótesis planteada, que se refería a que el niño debe gozar del pleno derecho a ser reconocido por ambos padres para garantizarle su existencia legal dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, puesto que la filiación es un derecho directamente relacionado con la dignidad del niño dentro de la sociedad guatemalteca.

Esta hipótesis permitió, que se estableciera como objetivo general: determinar la relación jurídica entre paternidad y filiación desde la teoría del interés del niño, por lo que el proceso lógico de análisis de la información obtenida en el trabajo de campo, fue establecido por los principios que informan el interés superior del niño, lo cual incide en la explicación de los elementos culturales y personales de los padres.

Este análisis está contenido en cuatro capítulos. El primero, se encuentra elaborado a partir de explicar las características y particularidades que determinan la paternidad y los elementos que la configuran como parte del derecho civil. En el segundo, se describen las características de la filiación y su importancia en la construcción de relaciones paternofiliales; mientras que, el tercero se orienta a establecer los elementos esenciales de la teoría del interés del niño, sus orígenes y su situación actual. Para finalizar, en el capítulo cuarto, se relacionó la paternidad y la filiación con el interés superior del niño.

CAPÍTULO I



1. La paternidad

El término paternidad de conformidad con el Diccionario Larousse Esencial, tiene doble connotación:

1. "Estado y cualidad de padre.
2. Unión jurídica entre un padre y sus hijos."¹

A partir de la primera connotación, la ponente enfatiza que para que la paternidad se dé y se cumpla, primero la persona debe ser padre de un hijo o hijos; luego se desprende la cualidad de ser padre; la misma se da independientemente del conocimiento y compromiso que el estado de ser padre genera.

De esa cuenta y de manera concatenada se desarrolla la cualidad de ser padre, resultando que a mayor disposición, compromiso y conocimiento del estado de paternidad, este se desarrolla con la práctica o experiencia por medio del cariño y el amor, unido a la madurez que se vaya alcanzando tanto de manera individual como en pareja y familia; de tal cuenta que se van superando muchos obstáculos y exigencias, como:

- trabajar duramente para satisfacer las necesidades de los hijos y la familia,

¹ Larousse. **Diccionario esencial de la lengua española**. Pág. 494.

- desvelarse cada vez que sea necesario,
- apartar tiempo para atender las necesidades de los hijos,
- educarlos con amor, y
- prepararlos para la vida como padres responsables cuando ellos decidan formar su propia familia.



Aunado a lo anterior, se hace necesario para una mejor paternidad y desarrollo positivo de los niños, que los padres aseguren aspectos como:

- solvencia económica,
- sano compromiso de pareja,
- compartir las actividades del hogar y los hijos,
- buena comunicación basada en el respeto, comprensión y tolerancia entre la pareja y con los hijos,
- enseñar con el ejemplo y mantener un estado de alerta a todo lo que ponga en riesgo la seguridad y vida de los hijos,
- rechazar las malas influencias,
- estimular efectivamente a los hijos conforme a su edad, y
- garantizar a la medida de sus posibilidades la protección, educación, seguridad e higiene necesaria.

En el ejercicio de la paternidad, cada uno de los padres se siente a gusto o a disgusto con lo que le toca hacer, por lo que existen diferentes tipos de participación:



- Activa: cuando se colabora en el hogar económicamente.
- Consultiva: se toman las opiniones para el contexto integral de la familia
- Decisoria: se comparten las decisiones, los fines pueden ser transmitidos de un modo moral.

Es importante que la gente se de cuenta que la paternidad no es cosa de juego y tome con responsabilidad el papel de ser padre, además de que la vida de otro ser esta en nuestras manos, de la paternidad depende el futuro de las sociedades. Además, se hace necesario inculcar valores para que las nuevas generaciones no crezcan sin ellos y así evitar la perdida de moral y la indiferencia ante cualquier circunstancia.

Como tendencia general, la paternidad ocurre dentro de una relación matrimonial, la cual es la base de una familia tradicional, lo cual resulta fundamental para el desarrollo de la familia, pues la misma se plantea como el núcleo de la sociedad.

Sin embargo, también sucede la paternidad a partir de relaciones liberales o bien de parejas tradicionales pero que no han formado hogar, lo que muchas veces genera que el presunto padre no quiera asumir su responsabilidad paterna, sea por temor, porque no planeaba casarse o formalizarse legalmente con la futura madre, o bien porque la presión de la familia le impide responsabilizarse de su paternidad.

Cuando el padre no acepta la responsabilidad sobre el niño engendrado, la paternidad se establece en los tribunales de familia y puede ser determinada sin la asistencia del



padre. En el proceso de establecimiento de paternidad, la madre puede ser cuestionada sobre sus relaciones íntimas con el padre del infante. Estas preguntas pueden ser omitidas si el supuesto padre se presenta en las oficinas de Servicios de manutención al Menor para una entrevista, y admite la paternidad cooperando en el establecimiento de la paternidad. Si él acepta que es el padre puede firmar una forma declarando que él es el padre del infante. Si el supuesto padre se niega a contestar a una demanda legal de paternidad, o si el supuesto padre esta en desacuerdo o debate la demanda sobre su paternidad esta podrá ser determinada después de efectuarse un examen genético ordenado judicialmente.

"Es importante tener pruebas sobre la relación entre la madre y él, su embarazo y el nacimiento del menor; Si el supuesto padre alguna vez proporcionó dinero para el menor; Si alguna vez el supuesto padre admitió en alguna forma que el menor era suyo (por ejemplo: a través de cartas o regalos); Alguna foto del supuesto padre con el menor si está disponible; Cualquier información por parte de otras personas que puedan confirmar la relación entre la madre y el supuesto padre; La dirección de la casa y del trabajo del supuesto padre; Si el menor fue o no concebido en el domicilio del supuesto padre y si el menor ha vivido en dicho domicilio."²

En otros países, como en el estado de California en Estados Unidos, los nuevos padres que no están casados pueden firmar una forma de paternidad en el hospital, inmediatamente después del nacimiento del menor. Esta forma es llamada declaración

² Asociación de Investigaciones Multidisciplinarias. Guía para demandar la paternidad ante los tribunales. Pág. 3.



de paternidad. En la mayoría de los casos firmando esta forma hará más fácil el proceso legal para establecer la paternidad. Una declaración de paternidad puede también ser firmada por los padres después de salir del hospital.

Estas formas están disponibles en las oficinas públicas en dicho estado.

“En un esfuerzo de crear un vínculo legal entre padres fuera del matrimonio y sus hijos, el Departamento de Servicios Sociales del Estado de California se ha unido a otros estados, en sociedad con hospitales con licencia y clínicas equipadas para nacimientos, para establecer el Programa de Paternidad Voluntaria. Este programa voluntario de aceptación de paternidad en el hospital, se implementó en enero de 1995 y se llevó a cabo en aproximadamente 360 hospitales y clínicas con licencia en el estado de California. El programa ha sido expandido a clínicas prenatales, oficinas de Bienestar Social del Condado, oficinas locales de registros de nacimiento, y cortes.”³

Como resultado de la reforma a la legislación de Bienestar Social federal en Estados Unidos, que se hizo efectivo a partir del 1o. de enero de 1997, si los padres del infante no están legalmente casados el nombre del padre no aparecerá en el acta de nacimiento del menor a menos que ellos:

1. Firmen una Declaración de Paternidad en el hospital, o
2. Firmen la forma después o bien establezcan legalmente la paternidad a través de

³ Monzón, Ana Silvia. **Importancia de la paternidad responsable en la sociedad estadounidense. Estudio de casos.** Pág. 121.

la corte y paguen la cuota para arreglar el acta de nacimiento.



En este estado estadounidense, firmando una declaración de paternidad establece que el hombre es el padre y tiene el mismo efecto que el de una orden de la Corte en el establecimiento de la paternidad de un menor. Si el menor no vive con el presunto padre, y una demanda es registrada en la Corte el supuesto padre podrá recibir una orden de la Corte para pagar manutención al menor. Una demanda de la Corte puede ser registrada para asociarse con problemas de custodia, visitación o manutención al menor.

Para garantizar el principio de inocencia y el debido proceso, el supuesto padre tiene derecho a un juicio en la Corte para decidir el problema de paternidad, a que le informen de cualquier audiencia sobre el caso de paternidad, a tener la oportunidad de presentar el caso a la Corte, incluyendo el derecho de presentar e interrogar testigos, tener un abogado para que lo represente si no puede pagar uno , o solicitar un abogado designado por el condado para que lo represente si es que el supuesto padre no puede pagar uno. Al firmar esta declaración el supuesto padre está cediendo los derechos por su propia voluntad.

Si el presunto padre por alguna razón después cambia su forma de pensar sobre la firma de este documento, deberá llenar otra forma para anular o cancelar la declaración de paternidad y archivarla en el Departamento de Servicios de Manutención al Menor de California en un período no mayor de 60 días a partir de la fecha de que el presunto padre firmó esta forma.



Dicha declaración de paternidad y sus anulaciones deben ser llenadas en el Departamento de Servicios de Manutención al Menor de California. Esta forma puede ser impugnada sólo en los dos primeros años después del nacimiento del menor, utilizando exámenes genéticos que prueben que el hombre no es el padre biológico.

Esto también puede ser rebatido si el padre es capaz de probar que él o ella firmaron la forma cometiendo fraude, coacción o por un error. Si uno o ambos de los padres son menores de 18 años la Declaración de Paternidad no establecerá la paternidad hasta los 60 días después de que ambos hayan cumplido los 18 años o estén emancipados.

Estas dinámicas en donde el presunto padre evita reconocer a su hijo evidencia percepciones y concepciones dominantes, las cuales, dependiendo el tipo de ideología existente en el medio social, así será la idea de la paternidad y la responsabilidad paterna, las cuales dividiré en tradicional, en transición y moderna.

1.1. La paternidad tradicional

La paternidad tradicional sigue siendo dominante en Guatemala. La concepción que la sustenta es portada por un poco más de la mitad de los hombres del país. Sin embargo, a pesar de que esta mentalidad sigue predominando en la cultura masculina, es evidente que su hegemonía es cada vez menor y que su amplitud se ha venido reduciendo acorde con los cambios ocurridos en el país.

“La paternidad tradicional se basa en una referencia biológica de las diferencias



hombre/mujer. Concibe al padre en la cima de una pirámide familiar, con un estatus otorgado como natural e indiscutible. Su rol fundamental es el de proveedor y responsable de la autoridad y la disciplina familiar. Así, tienen un alto consenso en este grupo, las proposiciones que afirman la jerarquía del hombre sobre la familia, la importancia de que el padre atienda las necesidades materiales de los hijos cualquiera sea su relación de pareja con la madre, que el hombre es quien debe dar dinero para la crianza y cuidado de los hijos, y su dimensión educativa es fundamentalmente disciplinaria. Según esta mentalidad, no es necesaria ninguna preparación especial para ser padre, basta con contar con un empleo.”⁴

Esta concepción, de paternidad unidimensional, explica por qué estos hombres se consideran de acuerdo con la proposición que afirma que muchos hombres no se responsabilizan de los hijos por razones económicas; pero también por qué se muestran de acuerdo con la proposición que afirma que un padre no debe ser muy cariñoso y comprensivo porque puede perder autoridad y ser irrespetado por sus hijos e hijas.

Por el contrario, para estos hombres un buen padre es aquel que castiga y les pega a sus hijos cuando se portan mal. También es importante que los hijos lleven su apellido.

En esta mentalidad la coacción social juega un rol importante para inducir la responsabilidad paterna, por lo que una ley sobre paternidad responsable es vista como un factor necesario para obligar a los hombres a asumir su responsabilidad con sus

⁴ Zepeda López, Raúl. *La niñez guatemalteca en riesgo*. Pág. 54.



hijos e hijas. La responsabilidad paterna en este caso suele reducirse al proveedor.

Es necesario destacar cómo otras dimensiones de la paternidad como la crianza, el cuidado cotidiano, la procura de afecto y cariño para con los hijos, o se reducen a la proveeduría económica y se consideran cumplidas cuando esta se da, o sencillamente no son incorporadas en esta mentalidad.

En esta concepción se legitima el comportamiento sexual del hombre y se concibe como una necesidad únicamente biológica, propia del campo de lo natural y no sujeta al raciocinio: considera que por naturaleza el hombre necesita las relaciones sexuales más que las mujeres y que dichas relaciones en los hombres son una necesidad física que no se puede controlar. La irresponsabilidad de los hombres encuentra así un asidero de legitimidad en esta concepción.

“Cabe indicar, sin embargo, que se observan cambios muy importantes en las representaciones de los hombres sobre la sexualidad. En efecto, el análisis factorial revela al menos dos cosas importantes: primero, que la visión tradicional de la sexualidad ya no es la dominante en el área (42,8%); y, segundo, en relación con la anterior, los cambios se han venido produciendo en la dirección de las ideas y maneras de pensar que hemos denominado modernas, y que son vehiculadas cada vez por más hombres (46,18%).”⁵

⁵ Ibid. Pág. 56.



Pero la representación tradicional de la paternidad se corresponde igualmente con una visión particular de la familia. La misma es altamente valorada sin excepción, aunque los roles continúan siendo los propios de la división sexual del trabajo.

El rol tradicional asigna al padre la función proveedora y disciplinaria. En esa óptica, la única preparación que requieren los hombres para ejercer su rol de padre es tener la capacidad de trabajar, pues es vía el trabajo que pueden cumplir esa función proveedora. La función disciplinaria se aprende de forma natural, según la experiencia de vida.

Para esta función, el hombre cuenta con la legitimidad del uso de la violencia contra los otros miembros de la familia. En el caso de la mujer, en esta concepción, el rol fundamental por jugar es el de madre, que es visto como naturalmente asociado al cuidado cotidiano de los hijos y la procura de afecto. En esta óptica, otros roles de la mujer deben subordinarse a este rol natural en la familia.

En esta visión el hombre debe ser siempre el jefe del hogar y su espacio fundamental es el espacio público. La masculinidad se manifiesta en la inteligencia, la fuerza y la dureza en el trato, el control de la emotividad y de las decisiones. Este hombre considera que es parte de su masculinidad la permisividad sexual y que por lo tanto es más grave la infidelidad matrimonial en la mujer que en el hombre.

Esta mentalidad se asocia con una visión del mundo también tradicional, que considera que tanto la realidad natural (la naturaleza) como la realidad social (la sociedad) dependen y son regidas por una voluntad que se encuentra por encima de ambas



realidades (una voluntad sobrenatural y metasocial) frente a la cual muy poco pueden hacer los seres humanos.

Por ello en esta visión: “el mundo es regido por Dios, que se encuentra en una esfera lejana al ser humano; como todo depende de ese Dios lejano, las catástrofes naturales son un castigo divino, las personas no deben interferir en los procesos de la vida, ciertas enfermedades son producto de hechizos y el éxito en la vida es aleatorio, una cuestión de suerte; como la sociedad no depende de los seres humanos es natural que en ella haya ricos y pobres.”⁶

En esta mentalidad se naturaliza lo social (lo social aparece como no construido por los seres humanos sino dado por la naturaleza) y se socializa lo natural (hace que lo que ocurre en la naturaleza se explique por la existencia de seres sobrenaturales).

El análisis social está ausente de esta mentalidad y la responsabilidad social queda reducida en mayor o menor medida al cumplimiento de los dictados éticos que establezcan desde fuera los intermediarios o representantes (iglesias, jerarquías) de quien gobierna el mundo.

En este marco, el peso de la concepción religiosa del mundo es muy grande. De ahí que en esta mentalidad se considere que las iglesias tienen derecho de prohibir lo malo e impulsar lo bueno en la sociedad y que tienen derecho a sancionar moralmente a los padres que no cumplen con sus responsabilidades.

⁶ Alberdi, Inés. **La nueva familia española**. Pág. 13.



1.2. La paternidad en transición

La realidad social señala que la concepción de la paternidad no es estática sino que se encuentra en proceso de cambio. Como todo fenómeno cultural, las representaciones sobre las relaciones de los hombres con su descendencia, sea natural (padres biológicos), o social (padres adoptivos o similares) han venido siendo impactadas por los procesos de cambio en los diferentes campos de la sociedad, particularmente por los cambios en el campo cultural. Se sabe que estos cambios suelen ser lentos, como todas las transformaciones culturales, pero inevitables. Las ideas sobre la paternidad tradicional han venido siendo desafiadas por aquellas que han estructurado una concepción moderna de esta.

Este proceso de cambio de una mentalidad a otra es observable hoy a través de maneras de pensar y que hemos denominado en transición. Son construcciones que no logran aún una síntesis acabada del cambio, encontrándose en un sector de social una contradictoria convivencia de ideas tradicionales con ideas modernas.

1.3. La paternidad moderna

Un número significativo de hombres cuyas representaciones de la paternidad se encuentran en contradicción con la mentalidad tradicional, son portadores de una manera de pensar sobre la paternidad que es parte de la cultura contemporánea y que se ha constituido en una forma importante de entender esta relación en la sociedad actual. La realidad social indica que esta mentalidad es propia de los hombres en



edades entre 20 y 49 años, mientras la mentalidad tradicional es predominante en hombres mayores de 50.

“Para los hombres con mentalidad moderna sobre la paternidad, esta es integral. La función proveedora al igual que otras, como brindar afecto y cuidados a los hijos e hijas, son importantes. Por ello consideran que su autoridad como padres no sufre menoscabo por su actitud cariñosa y comprensiva con sus hijos e hijas y que la responsabilidad sobre la descendencia familiar es tanto de la mujer como del hombre.”⁷

Es importante señalar que para estos hombres, la responsabilidad paterna es un valor fundamental y no se extingue con las relaciones de pareja ni depende de la coacción legal. En esta manera de pensar, las razones de dificultad económica no deben excusar la falta de responsabilidad paterna. Por ello, no se considera que contar con un trabajo sea suficiente para asumir la responsabilidad paterna. Caracteriza, además, esta mentalidad, que la crianza y atención de los hijos es responsabilidad de ambos, y no sólo de la madre.

Estos hombres se manifiestan en desacuerdo con la violencia como método de educación familiar. En esta mentalidad se valora como prioridad el tener resueltas las condiciones materiales antes de asumir la responsabilidad paterna. Que la familia debe planificarse y contar con una preparación para ser padre. La paternidad moderna aparece asociada a una construcción de masculinidad concebida en términos de igualdad y de relaciones democráticas de género.

⁷ Ibid. Pág. 15.



La paternidad moderna aparece asociada a hombres que son portadores de una visión del mundo igualmente moderna o analítica. En este caso, por quienes consideran que la sociedad y en alguna medida la misma naturaleza, son responsabilidad de los seres humanos, quienes tienen toda la posibilidad de incidir en el curso de las cosas.

En general, en esta mentalidad el peso del factor religioso es menor que en el caso de la mentalidad tradicional o en todo caso el contenido religioso de sus creencias no es el contenido tradicional.

CAPÍTULO II



2. Filiación

La filiación es el vínculo que une al hijo con el padre y con la madre.

El Código Civil reconoce dos clases de filiación: la filiación por naturaleza y por adopción. A su vez la filiación por naturaleza puede ser matrimonial (cuando el padre y la madre están casados entre sí) y no matrimonial (cuando el padre y la madre no están casados entre sí, con independencia de que alguno de los, o ambos, estén casados con otras personas).

Ha desaparecido así en el Derecho civil guatemalteco el concepto de hijo ilegítimo (el nacido fuera del matrimonio) o natural (el nacido de personas que podían contraer matrimonio entre sí pero no estaban casadas). Actualmente no existe diferencia alguna ya que, según el Código Civil, la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva surten los mismos efectos.

“Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción en el Registro Civil del nacido. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la Ley, o sea se impondrá en primer lugar el primer apellido del padre y en segundo lugar el primer apellido de la madre. Ahora bien, el orden de apellidos establecido para el mayor de los hijos regirá para los que nazcan posteriormente.

No obstante, el hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos.”⁸



Tradicionalmente, la ley exigía que el primer apellido fuera el primero del padre y el segundo el primero de la madre, pero se dio facultad a los progenitores para decidir un orden distinto a partir del año 1999, al igual que se facultó al hijo para solicitar el cambio en el orden de los apellidos al llegar a la mayoría de edad.

La filiación materna queda determinada objetivamente por el parto. La filiación paterna queda, en principio, determinada por el matrimonio anterior con la madre en el caso de hijos matrimoniales, o por reconocimiento del padre en el caso de hijos no matrimoniales.

Según el Código Civil, se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

No obstante el marido puede impugnar la paternidad cuando considere que el hijo no es suyo, pero tendrá él que probarlo. Cuando el hijo nace antes de la celebración del matrimonio, el matrimonio posterior de los padres convierte en matrimonial la filiación que antes no lo era.

⁸ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 43.



Según el Código Civil, la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:

- 1º Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.
- 2º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil. Pero cuando un progenitor hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente.
- 3º Por sentencia firme.
- 4º Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

El reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia de la Procuraduría General de la Nación.

Se puede impugnar el reconocimiento de la filiación por quien lo hizo, siempre y cuando lo haya hecho por error, violencia o intimidación, siendo obligado a efectuar el reconocimiento. Ha de hacerlo dentro de un año a partir del momento en que conoció la existencia del error o cesó la violencia o intimidación.

Si fallece antes de que transcurra el año, la impugnación puede ser realizada por sus herederos.



“La filiación en sentido jurídico es definida como el lazo de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra; es decir, es la relación inmediata del padre o la madre con el hijo. Asimismo, la filiación es entendida como el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró (paterno-filial) y la mujer que lo alumbró (materno-filial).”⁹

Los caracteres esenciales de la filiación son la certeza y la estabilidad. Con la certeza la ley requiere que no haya dudas sobre la filiación, pretendiendo una paternidad indudable; y con la estabilidad la ley requiere que el estado que la filiación ofrece sea permanente, firme y duradero, que se traduce por garantía de firmeza por la no posibilidad impugnación o aceptación del padre.

“Comúnmente, la doctrina clasifica la filiación atendiendo al vínculo matrimonial existente entre el padre y la madre del hijo. De tal manera, que si es un hijo nacido de una relación en la cual padre y madre están unidos por matrimonio será filiación legítima o matrimonial; y si es un hijo nacido de una relación en la cual padre y madre no están unidos por matrimonio, será filiación ilegítima o extramatrimonial.”¹⁰

Algunos autores adicionan a esta clasificación clásica la filiación cuasimatrimonial, que es aquella que se da entre hijos nacidos de padre y madre que tienen unión de hecho legalmente declarada y registrada, y la filiación adoptiva, que es la que se da entre el adoptado y el adoptante.

⁹ *Ibid.* Pág. 45.

¹⁰ Valverde y Valverde, Calixto. *Tratado de derecho civil español*. Pág. 321.



2.1. Filiación legítima o matrimonial

“La filiación legítima o matrimonial es la relación que surge entre padres e hijos nacidos o concebidos dentro del matrimonio. Es la relación paterno filial existente entre los padres e hijos donde se cumplen los siguientes supuestos:

- Un lazo matrimonial de los padres.
- Se tiene como primer supuesto, que los padres del hijo estén unidos por matrimonio, siendo el matrimonio el soporte fundamental que delimita la naturaleza de la filiación legítima.”¹¹

Asimismo, la doctrina además de la filiación legítima propia, anteriormente descrita, distingue otros tipos de filiación legítima. Estas son las siguientes:

- “Legitimidad impropia, basada en la concepción inmediatamente anterior al matrimonio.
- Legitimidad impropia, basada en el nacimiento inmediatamente posterior a la disolución del matrimonio.
- Legitimidad imprecisa, en la que por la celebración de nuevas nupcias de la madre dentro del plazo prohibitivo establecido en la ley, se da un conflicto de paternidades entre el anterior marido y el actual.”¹²

¹¹ Valverde y Valverde, Calixto. **Tratado de derecho civil español**. Pág. 79.

¹² Bonnecase, Julián. **Elementos de derecho civil**. Pág. 80.



2.2. Determinación de la filiación

La determinación de la filiación se da en la legislación guatemalteca de diversas maneras dependiendo si se esta frente a una filiación matrimonial o legítima propia, una filiación matrimonial impropia o una filiación extramatrimonial.

El autor argentino Eduardo A. Zannoni clasifica en tres las maneras de determinar la filiación: determinación legal, determinación voluntaria o negocial y determinación judicial.¹³

La determinación legal de la filiación es la surgida por la propia ley con base a supuestos fácticos establecidos por aquella.

Con respecto a la paternidad, en la filiación legítima propia, el Código Civil en su Artículo 199, establece la presunción de que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio.

Adicionalmente dicho precepto legal establece que se presume concedido durante el matrimonio el hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y el hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

Asimismo, el Artículo 207 del mismo cuerpo legal establece que si disuelto el

¹³ Zannoni, Eduardo A. *Instituciones del derecho de familia*. Pág. 144.



matrimonio la madre contrajere nuevas nupcias dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la disolución, el hijo que naciere dentro de los ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio, se presume concebido en el primero.

Si el hijo naciere después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque este dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio, se presume concebido en el segundo.

En estos casos existe determinación legal de la paternidad, en los que la ley establece la filiación con base en presunciones, y no hay necesidad de reconocimiento por parte del padre, ni necesidad de declaración judicial para su determinación.

La determinación voluntaria o negocial de la filiación es la que nace en virtud del reconocimiento o declaración que hace una persona de ser padre de otra.

El Artículo 20 del Código Civil, establece que cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho declarada se prueba con respecto del padre por el reconocimiento voluntario del padre o por sentencia judicial que declare la paternidad.

Según el Artículo 211 del Código Civil, la determinación voluntaria o negocial de la filiación se da en el caso en que el padre reconozca voluntariamente la paternidad de un hijo, ya sea en la partida de nacimiento, por comparecencia ante el registrador civil, por acta especial ante el mismo registrador, por escritura pública, por testamento o por confesión judicial.



La determinación judicial de la filiación consiste en la resolución judicial definitiva que decide una controversia relativa a la filiación, declarando como padre a una persona.

La determinación judicial de la filiación está regulada en la legislación guatemalteca en el Artículo 220 del Código Civil, que establece que el hijo que no fuere reconocido voluntariamente tiene derecho a pedir que judicialmente se declare su filiación.

Esta disposición legal es aplicable para el caso del hijo nacido de una relación en la cual los padres no estén unidos por matrimonio o unión de hecho declarada.

Asimismo, el Artículo 202 del Código Civil establece que tanto el hijo como la madre tienen derecho a justificar la paternidad del padre, cuando el hijo fuere nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio.

En ambos casos, según el Artículo 220 del Código Civil, el derecho del hijo de pedir que judicialmente se declare su filiación, nunca prescribe.

2.3. Acción de impugnación del estado de la filiación matrimonial

La legislación civil guatemalteca, tal como fue expuesto anteriormente, contiene ciertas presunciones en cuanto a la filiación matrimonial.

Sin embargo, la ley establece la posibilidad de que el marido, contra quien se dirigen los efectos de dichas presunciones legales, pueda impugnar judicialmente la paternidad que le es legalmente atribuida.



“Esta acción es conocida doctrinalmente como acción de impugnación de la filiación legítima o matrimonial o impugnación de legitimidad.”¹⁴

La acción de impugnación de la filiación matrimonial tiene como objeto romper o desvirtuar las presunciones que la ley establece en cuanto a quién debe ser considerado padre del hijo concebido y/o nacido dentro del matrimonio.

La procedencia de esta acción se da en el caso que el nexo biológico entre el padre y el supuesto hijo no concuerda con el legal, de manera que la ley crea una filiación o nexo filial que biológicamente no existe.

“La doctrina al referirse a la impugnación de la filiación legítima por parte del padre suele denominarla también como impugnación rigurosa de la paternidad o por prueba de la no paternidad. El objeto de esta acción se reduce a descartar o excluir el nexo biológico entre el hijo nacido y el presunto padre.”¹⁵

La legislación guatemalteca mantiene el criterio doctrinario de conceder la acción de impugnación de la filiación matrimonial exclusivamente al marido, siendo éste el único con legitimidad procesal para ejercitar dicha acción. Sin embargo, se establecen casos de excepción en los cuales esta acción puede ser planteada por los herederos del marido.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.



El Artículo 204 del Código Civil, pone de manifiesto que dicha acción en principio solo corresponde al marido, estableciendo: "La acción del marido negando la paternidad del hijo nacido de su cónyuge..." Sin embargo, también se regulan los casos en que dicha acción puede continuarse o ejercitarse por los herederos del marido. Los casos de excepción son los siguientes:

- Si el marido muere después de presentada la demanda.

El párrafo segundo del Artículo 204 establece: "Los herederos del marido solamente podrán continuar la acción de impugnación de la paternidad iniciada por él, pero este derecho podrán ejercitarlo únicamente dentro de sesenta días contados desde la muerte del marido."

- Si el marido hubiere fallecido antes de transcurrir el plazo para deducir la acción en juicio.
- Si el hijo es nacido después de la muerte del marido.

La acción de impugnación de la filiación matrimonial debe intentarse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha del nacimiento, si el marido está presente. Sin embargo, si el marido estaba ausente, el término será de sesenta días contados a partir del día en que éste regresó a la residencia de su cónyuge. Si el nacimiento del hijo se le hubiere ocultado, la acción deberá intentarla sesenta días a partir del día que descubrió



el hecho del nacimiento. Así lo regula el Artículo 204 del Código Civil.

Para el caso de que dicha acción se ejercite por los herederos del marido, el Artículo 205 del Código Civil, señala el término de sesenta días contados desde que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia.

Nuestra legislación establece ciertos casos en los que por razones que giran en torno a la estabilidad que debe revestir la filiación y la paternidad, al marido le es negada la posibilidad de impugnar la paternidad que le es atribuida. Estos casos en los que no se puede impugnar la filiación se refieren a la paternidad que le es atribuida al padre del hijo que es nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, que en principio es impugnabile.

Estos casos son enumerados en el Artículo 201 del Código Civil, que establece:

"La impugnación no puede tener lugar:

1. Si antes de la celebración del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez;
2. Si estando presente en el acto de inscripción del nacimiento en el Registro Civil, firmó o consintió que se firmara en su nombre la partida de nacimiento;
3. Si por documento público o privado, el hijo hubiere sido reconocido".

En el primero de los casos la ley supone que desde el momento que tuvo conocimiento



de la preñez antes del matrimonio y mantuvo su decisión de contraer matrimonio es aceptando como suya la paternidad del hijo por nacer. El segundo y tercero de los casos se basan en que el supuesto padre, que a sabiendas que el hijo ha nacido dentro de un término en el cual no se presume hijo suyo, a reconocido ser el padre del menor.

El marido, o los herederos del mismo en su caso, que pretenda impugnar judicialmente la paternidad que le es legalmente imputada, deberán ejercitar la acción de impugnación de la filiación matrimonial. Para este efecto deberá probar exclusivamente una circunstancia: el de haber sido físicamente imposible tener acceso carnal con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento. El Artículo 200 del Código Civil establece:

"Contra la presunción del artículo anterior no se admite otra prueba que la de haber sido imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia"

La legislación guatemalteca admite prueba en contrario contra las presunciones de la filiación legítima; sin embargo, limita los extremos u objetos sujetos a prueba, reduciendo los mismos a probar la imposibilidad física del acceso entre los cónyuges dentro de un término. Para probar esta única circunstancia de la imposibilidad del marido de tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, ya sea por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia, el marido o sus herederos, en su caso,



pueden probarlo, sin limitación alguna, con todos los medios de prueba que son permitidos por nuestra legislación procesal civil.

El Código Civil mantiene la tendencia de restringir las causales o supuestos jurídicos que dan lugar a que el padre pueda promover la acción de impugnación de la paternidad. Esto no obstante la concurrencia de hechos fácticos que podrían dar lugar a impugnarla, tal como se evidencia en la normativa que establece que no le es permitido al marido alegar hechos como el adulterio de la madre, inclusive cuando la madre declare contra la paternidad del marido.

El Artículo 203 de dicho cuerpo legal establece:

"El marido no puede impugnar la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio, alegando adulterio de la madre, aún cuando ésta declare en contra de la paternidad del marido...".

Sin embargo, ese mismo precepto legal establece un caso de excepción en el cual el marido puede negar la paternidad y probarla con todos los hechos que justifiquen la impugnación. Este es el caso en que al marido se le hubiere ocultado el embarazo y el nacimiento del hijo. El Artículo 203 continúa estableciendo:

"...salvo que se le hubiere ocultado el embarazo y el nacimiento del hijo, en cuyo caso sí podrá negar la paternidad probando todos los hechos que justifiquen la impugnación."



Por lo que al amparo de lo establecido en la norma citada, el marido sí puede impugnar la paternidad de un hijo si se le escondió el embarazo y el nacimiento, y adicionalmente prueba los demás hechos que justifiquen la impugnación.

Son competentes para conocer de la acción de impugnación de la filiación matrimonial los Tribunales de Familia, que tienen jurisdicción privativa en todos los asuntos relativos a la familia. El Artículo dos de la Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley 206, establece que corresponde a la jurisdicción de los Tribunales de Familia los asuntos y controversias relacionados con la paternidad y filiación.

Asimismo, el Artículo nueve de dicho cuerpo normativo establece que los juicios relativos a la paternidad y filiación se sujetaran a los procedimientos que les corresponda según el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107. En dicho cuerpo legal no se establece específicamente una vía procesal para ejercer dicha acción, sin embargo, el Artículo 96 de dicha ley establece que:

"Las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en este Código, se ventilarán en juicio ordinario".

Por lo que en aplicación de dicha norma, la vía procesal para accionar la acción de impugnación de la filiación matrimonial es la vía ordinaria.



2.4. Regulación de la filiación matrimonial en la legislación guatemalteca

El Código Civil en el Artículo 199, párrafo primero, regula lo que en la doctrina se llama filiación legítima, estableciendo:

"El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable."

Asimismo, en el párrafo segundo, establece:

"Se presume concebido durante el matrimonio:

- 1) El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados: y
- 2) El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio"

En este Artículo la ley hace una conjugación de la filiación legítima propia y la filiación legítima impropia, ya que abarca tanto los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio, sin que haya cuestión de ninguna especie respecto a los límites cortos o máximos del embarazo, así como los hijos cuyo nacimiento o concepción solamente tuvo lugar en el matrimonio, es decir, el hijo concebido antes del matrimonio, pero nacido dentro del mismo, y del hijo concebido dentro del matrimonio pero nacido con posterioridad al mismo.



El Artículo 207 del mismo cuerpo legal regula lo que en la doctrina se denomina como la filiación legítima imprecisa, regulando el caso en el cual debido a nuevas nupcias de la madre dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la disolución del primer matrimonio, puede dar lugar a un conflicto de paternidades, para lo cual establece:

"Si disuelto el matrimonio, la madre contrajere nuevas nupcias dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la disolución, el hijo que naciere dentro de los ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio, se presume concebido en el primero.

Se presume concebido en el segundo matrimonio, el hijo que naciere después de los ciento ochenta días de su celebración, aunque se esté dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio."

Esta regulación soluciona el problema que se puede presentar por un conflicto de paternidades con apoyo a lo establecido por el párrafo segundo del Artículo 199, ya que en ciertos casos de no existir esta norma se podría imputar la paternidad del hijo tanto al marido del primer matrimonio como al del segundo matrimonio.

Asimismo, el Artículo 201 del Código Civil establece otra presunción relativa a la filiación matrimonial, estableciendo que:

"El nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio se presume hijo del marido, si éste no impugna la paternidad".



Esta norma establece que no obstante que el nacimiento de un hijo no se haya verificado dentro del término legal en el cual la ley presume que es hijo del marido (180 días después de celebrado el matrimonio), el mismo debe considerarse hijo del marido, si éste no impugna la paternidad.

2.5. Efectos jurídicos de la filiación matrimonial

Nuestra legislación civil concede determinados derechos en favor del hijo, derivados de la filiación legítima. Estos derechos concedidos en favor del hijo constituyen a la vez deberes jurídicos a cargo del padre. Dentro de estos derechos derivados de la filiación legítima podemos señalar los siguientes:

- Derecho a llevar los apellidos del padre y la madre.

El Artículo cuatro del Código Civil establece que la persona individual se identifica con el nombre con que se inscriba su nacimiento en el Registro Civil, el que se compone del nombre propio y del apellido de sus padres casados.

- A recibir alimentos del padre y la madre, de sus ascendientes y en su caso de sus hermanos.

Nuestra legislación civil establece que los padres del menor están obligados a proporcionarle todo lo que es indispensable para su sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación e instrucción. Asimismo, se establece que cuando el



padre o la madre no pudieren cumplir con proporcionar alimentos a sus hijos, dicha obligación corresponde a los abuelos paternos de los hijos, con lo cual se hace manifiesto que este derecho no solamente afecta al padre sino a sus familiares.

La obligación de prestar alimentos en favor de los hijos tiene protección constitucional, ya que el Artículo 55 de la Constitución Política de la República de Guatemala se establece que la negativa a proporcionar alimentos en la forma que la ley prescribe es punible, delito que está tipificado en el Código Penal en el Artículo 242, bajo la figura delictiva de Negación de Asistencia Económica.

- Derecho a la sucesión intestada de los padres

El Código Civil en su Artículo 1078 establece que los hijos son llamados en primer lugar a la sucesión intestada de los padres, juntamente con el cónyuge sobreviviente que no tenga derecho a gananciales, quienes heredan por partes iguales.

Asimismo, los hijos tienen derecho a suceder por derecho de representación en lugar de sus padres, en el caso que hubieren muerto antes que el causante, los mismos hayan renunciado a la herencia o la hayan perdido por indignidad.

- Derecho a la nacionalidad guatemalteca si el padre o la madre son guatemaltecos.

La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 144 establece que



serán guatemaltecos de origen los hijos de padre o madre guatemaltecos.

- Todos los derivados de la patria potestad.

La patria potestad es definida como el conjunto de derechos y obligaciones que la ley concede e impone a los padres de un menor para representar a sus hijos en todos los actos de la vida civil y en la administración de sus bienes, así como en la protección, asistencia y educación del mismo.

Estos mismos derechos y obligaciones son impuestos a los padres de un mayor de edad declarado en estado de interdicción.

El ejercer la patria potestad de un menor o de un mayor de edad que ha sido declarado en estado de interdicción impone a los padres una serie de deberes y obligaciones, que en términos generales se pueden resumir en los siguientes:

Guarda y vigilancia del hijo: este deber de los padres se traduce en la protección en cuanto a la persona del hijo, vigilancia en cuanto a sus actos y dirección en cuanto a su conducta.

- Prestación de alimentos.

Instrucción y educación: los padres tienen el deber de velar por la orientación educacional y religiosa del menor, así como prepararlo para el ejercicio futuro de una



profesión o industria.

- Representación legal en actos de la vida civil.

Administración de sus bienes: los padres tienen el deber de administrar fielmente los bienes de los hijos, sujetándose respecto de esos bienes a las obligaciones propias de todo administrador.

Responder por los daños y perjuicios que ocasionen: La ley establece que los padres del menor de quince años son responsables por los daños y perjuicios que causen a terceras personas.

Las obligaciones derivadas de la patria potestad tienen tal grado de protección por parte del Estado, que en la legislación penal se tipificó el delito de Incumplimiento de deberes de Asistencia (Artículo 244 del Código Penal) en el que se establece que "Quien estando obligado, incumpliere o descuidare los derechos de cuidado y educación con respecto a sus descendientes, de manera que éstos se encuentren en situación de abandono material y moral, será sancionado con prisión de dos meses a un año."

CAPÍTULO III



3. El interés superior del niño

El presente capítulo tiene como fin discernir las funciones normativas del interés superior del niño contemplado expresamente en el articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención). De este modo, se contribuirá a precisar el mandato normativo proveniente de esta fuente de derecho al momento de su aplicación por un órgano estatal.

La aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX.

El análisis histórico-jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y, el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los



Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria.

Por su parte, en virtud del principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños.

El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención.

La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios -nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas. Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

“En este sentido, cualquier pretensión de autonomía del derecho de infancia que no respete estos fundamentos, como la que se sostuvo hasta hace un tiempo por algunos autores que propiciaban un derecho de menores autónomo, es contraria a la concepción de los derechos del niño que emana de la doctrina universal de los

derechos humanos.”¹⁶



La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia.

Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de interés superior del niño.

Es en este marco que propongo analizar la noción del interés superior del niño, fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporada en el artículo tercero de la Convención.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que este mandato normativo, al momento de su aplicación, deberá confrontarse con las reservas a la Convención realizadas por el Estado parte obligado y el resto de la normativa internacional y nacional de dicho Estado respetando el principio de in dubio pro homine.

¹⁶ Cillero, Miguel. *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile*. Pág. 75.



“Se sostiene que a la luz del criterio pro homine, que informa todo el derecho de los derechos humanos, debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.”¹⁷

3.1. La importancia del interés superior del niño

Se ha considerado que el interés superior del niño, resulta ser de vital importancia para una interpretación y una aplicación racional de este cuerpo normativo. Al respecto, se señala que: “el comité de derechos del niño... ha establecido que el interés superior es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio 'rector-guía' de ella.

Cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el 'interés superior del niño' deberá regirse por la interpretación que se desprende de las disposiciones de la Convención.”¹⁸

Dada la importancia destacada por los órganos internacionales de control y la doctrina he decidido estudiar las funciones normativas cumplidas por este principio sobre la base de una interpretación de la Convención. Este estudio me ha permitido considerar que el

¹⁷ Pinto, Mónica. **Temas de derechos humanos**. Pág. 81.

¹⁸ Bustos Ramírez, Juan. **Perspectivas de un derecho penal del niño**. Pág. 97.



interés superior del niño cumple dos funciones normativas: en el Artículo tres es el principio jurídico garantista y en los demás artículos, actúa como pauta interpretativa para solucionar los conflictos entre los derechos del niño.

Antes de adentrarme en la explicación de estas funciones normativas, me detendré en la crítica a las normas que prevén en su articulado al interés superior del niño, ya que dicho cuestionamiento ha motivado y guiado este capítulo.

3.2. La crítica al principio del interés superior del niño: el “Caballo de Troya” de la Convención

Las normas de la Convención que hacen referencia al interés superior del niño han sido cuestionadas por su vaguedad, lo cual permitiría el ejercicio discrecional del poder estatal.

En este sentido, se ha considerado que es "una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico... Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en 'el interés superior' se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitan la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra."¹⁹

¹⁹ Cillero Bruñol, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*. Pág. 70.



Un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones otorgado a la autoridad pública resulta acorde con el paradigma de la situación irregular caracterizado por una relación autoritaria entre el Estado y los niños.

Indudablemente, este margen de discrecionalidad se contrapone con el paradigma de la protección integral, el cual tiene como una de sus principales consecuencias normativas la contención del poder estatal limitando la discrecionalidad de las autoridades públicas en la relación Estado-niños.

Esta relación entre la discrecionalidad y el paradigma de situación irregular es señalada por García Méndez cuando afirma que: "si consideramos el carácter de revolución copernicana del cambio de paradigma de la situación irregular a la protección integral, sobre todo en el sentido de disminución radical de la discrecionalidad de la cultura y prácticas de la 'protección' (recuérdese que la historia es muy clara en mostrar las peores atrocidades contra la infancia cometidas mucho más en nombre del amor y la protección, que en nombre explícito de la propia represión), es necesario admitir que el derecho (la Convención) ha jugado un papel decisivo en la objetivación de la infancia con los adultos y con el Estado."²⁰

En conclusión, parece ser que el interés superior del niño es el "Caballo de Troya" de la Convención al permitir cierto grado de discrecionalidad de las autoridades públicas al interpretar y aplicar sus disposiciones normativas.

²⁰ García Méndez, Emilio. *Infancia, ley y Democracia: Una cuestión de Justicia*. Pág. 17.



Esto permitiría la resurrección, o al menos, cierta supervivencia del paradigma de la situación irregular, con sus trágicas consecuencias en el ejercicio de la libertad de los niños seleccionados por el sistema penal juvenil.

En virtud de esta situación considero, en primer lugar, que el interés superior del niño está previsto normativamente en forma expresa y, por lo tanto, no puede ser desconocido por el saber jurídico.

Empero, teniendo en cuenta las críticas esbozadas en este punto, se le debe dar una función y un contenido que sea acorde al paradigma de la protección integral, lo cual implicará reducir los márgenes de discrecionalidad de la autoridad pública, y a su vez, asegurar la vigencia efectiva de los derechos de los niños. De este modo, se contribuirá a consolidar este paradigma dando menos espacios para la actuación tutelar del Estado.

3.3. El interés superior del niño como principio jurídico garantista

Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico.

Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las

resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica.



Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en el interés superior se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

En este capítulo se intenta desarrollar una interpretación que supere estas objeciones, favoreciendo una concepción jurídica precisa de interés superior del niño que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica.

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

Así lo ha reconocido el Comité de los derechos del niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio rector-guía de ella.

De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el interés superior del niño deberá regirse por la interpretación que se desprende del



conjunto de las disposiciones de la Convención.

No es posible permanecer indiferente ante interpretaciones del interés superior del niño que tienden a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce. El objetivo principal de este capítulo responde a la necesidad de aportar a la discusión hermenéutica sobre el interés superior del niño, una concepción garantista que promueva la conciliación entre interés superior del niño y la protección efectiva de sus derechos.

Durante el siglo XX la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos del niño es la aprobación de la Convención Internacional. En el ámbito internacional es posible destacar dos hitos fundamentales que le sirven como antecedente: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959. En el plano nacional se pueden encontrar numerosas iniciativas legales que, con mayor o menor eficacia, buscaron proteger a la infancia y promover sus derechos y bienestar.

Pese a las perspectivas culturales tan diversas y a la dificultad de la materia que aborda, la Convención es un instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y masiva aceptación social.

“Si bien el consenso como dice Lyotard es siempre un horizonte a realizar, se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de



los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado, y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos.”²¹

La Convención supera, por decisión de los propios Estados, visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todas las personas relativos a sus derechos fundamentales. Esta es una de las principales consecuencias de la positivización internacional de los derechos humanos, avance significativo de la humanidad en la segunda mitad del siglo veinte que también se hace extensivo a los niños a partir de la ratificación casi universal de la Convención.

“Se ha señalado, sin embargo, que el proceso de redacción de las normas internacionales no puede considerarse como un ejemplo de formación de un consenso universal, dada la diferente posición negociadora de los Estados. Esta objeción es particularmente débil en el ámbito de la infancia ya que no cabe duda de que los procesos de ratificación nacional unidos a la posibilidad de formular reservas específicas y a la existencia de una nueva legislación nacional que surge desarrollando los derechos de la Convención en diversos contextos culturales, demuestran que la debilidad de negociación de un Estado perteneciente a una cultura no dominante o minoritaria puede ser superada de diversos modos, y que el Estado que ratifica lo hace

²¹ García Méndez, Emilio. **Derecho de la infancia y la adolescencia: De la situación irregular a la protección integral.** Pág. 18.

adhiriendo al consenso reflejado en las disposiciones de la Convención.”²²



El problema de la universalidad o relatividad de las reglas jurídicas según las distintas culturas ha dado origen a un rico debate que ha acompañado toda la trayectoria de la filosofía jurídica moderna.

Esta polémica ha alcanzado también el ámbito de las relaciones sociales de la infancia y, en particular, a ciertas reglas relativas a la crianza, iniciación sexual u otras prácticas que según algunos autores parecieran ser especialmente significativas para defender una flexibilidad normativa atendiendo a las costumbres locales.

En este contexto han surgido argumentos que sostendrían que el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural.

“El estudio que dirigió Alston en 1994 recoge este debate en diversos contextos culturales con atención específica a la relación entre diversidad cultural, derechos del niño e interés superior. Pese a que los diversos estudios analizan casos de difícil conciliación entre derechos del niño y valores culturales, se concluye que se debe

²² Ibid.



aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos. Igualmente en la literatura especializada e incluso en autores que son adscriptos a la vertiente comunitarista -crítica del universalismo-, se abre paso la idea de un minimalismo que es el resultado de un mutuo reconocimiento, por los protagonistas de diferentes culturas morales de igual desarrollo, de reglas comunes que no son expresión de ninguna cultura en particular y regulan los comportamientos de todas las personas de una manera ventajosa o claramente correcta.”²³

En este sentido, si la única interpretación posible del principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, es posible afirmar que en aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo.

El principio del interés superior, entonces, no puede ser una vía para introducir el debate sobre el relativismo cultural que ha pretendido afectar la expansión de la protección universal de los derechos humanos.

“Durante el siglo XX, y particularmente en los últimos decenios en América Latina, los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin

²³ Palomba, Federico. **Tendencias evolutivas en la protección de los menores de edad, en la niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal.** Pág. 17.



discriminación. Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad, y por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social.”²⁴

Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad.

Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

“Uno de estos grupos es la infancia/adolescencia, el segmento de personas que tienen entre cero y dieciocho años incompletos, a las que se les denomina genéricamente niños. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello, con justa razón puede denominársele como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño.”²⁵

²⁴ Bidart-Campos, Germán. **Teoría general de los derechos humanos**. Pág. 71.

²⁵ **Ibid.**



Pero la Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia; también, es fuente de derechos propios de la infancia/adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos, y sus derechos y deberes recíprocos.

Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.

La Convención representa una oportunidad, ciertamente privilegiada, para desarrollar un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño con el Estado y las políticas sociales, y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños, y sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos.

Por su parte, la subsistencia de legislaciones y prácticas en el ámbito de la infancia que constituyen sistemas tutelares discriminatorios o que estructuran modelos de protección y control de las infracciones a la ley penal al margen de las garantías que la Constitución reconoce a todas las personas, exige una radical modificación de las



legislaciones de menores vigentes en América latina que entran en contradicción con los derechos de los niños reconocidos en la Convención.

La Convención, entonces, opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Siguiendo la tradición contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales.

En consecuencia, al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños -incorporadas a aquél por medio de la ratificación de la Convención y por normas de fuente nacional- cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños; establecer derechos propios de los niños -como los derivados de la relación paterno/filial, o los derechos de participación-; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia.

Se considera que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista, entendiéndolo como una obligación de la autoridad pública destinada a asegurar la



efectividad de los derechos subjetivos individuales. Lo cual, implica que los principios jurídicos garantistas "se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí se llama principio del interés superior del niño debe meramente 'inspirar' las decisiones de las autoridades."²⁶

Por lo tanto, el principio del interés superior del niño, reconocido en el Artículo tres de la Convención, implicaría un deber del Estado frente a los niños en aras de efectivizar sus derechos subjetivos.

Una vez determinado el deber del Estado, se considera que su contenido resulta ser la satisfacción de todos los derechos del niño. Agregándose que "reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño."²⁷

De esta manera, se pretende positivizar el contenido del principio sobre la base de todos los derechos enumerados en la Convención, lo cual parecería garantizar la objetivación necesaria para preservar el paradigma de la protección integral. Sin embargo, considero que este deber estatal de satisfacer los derechos ya surge del propio articulado de la Convención al reconocerlos expresamente y disponer un mandato al Estado de efectivizarlos en el Artículo cuatro.

²⁶ Ferrajoli, Luigi. **Derechos fundamentales**. Pág. 45.

²⁷ Cillero. **Ob. Cit.** Pág. 78.



En consecuencia, el mandato que derivaría de esta interpretación del principio no agregaría nada que ya no esté previsto específicamente en las normas jurídicas contenidas en la Convención. Esto hace necesario reinterpretar el principio y asignarle un contenido específico, que lo diferencie de las obligaciones originadas en las otras normas jurídicas previstas en la Convención.

En el presente análisis propongo interpretar al principio del interés superior del niño como un mandato al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas, en las que el Estado deba restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, el principio tendría contenido normativo específico implicando que determinados derechos de los niños son de un interés superior al contraponerse con otros derechos individuales y ciertos intereses colectivos.

El reconocimiento jurídico del interés superior del niño tendrá relación con estas dos últimas finalidades, en cuanto actuará como principio que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva, a través del conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales.

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado.



El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos.

Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres.

“En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres. Igual trayectoria se observa en el derecho francés. Esta segunda fase, tiene como característica principal que el Estado podía asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como ocurría con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona británica o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía que el Tribunal -para un mayor bienestar de los niños- pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio. En consecuencia, se puede decir que los intereses de los niños (y de algún modo una incipiente semilla de derechos) pasan a ser parte de los asuntos públicos.”²⁸

²⁸ Dworkin, Ronald. **Los derechos en serio**. Pág. 48.



En América Latina esta evolución se deja ver también en el derecho de familia, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo.

“El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido. Tanto en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares han sido refrendadas por legislación posterior.”²⁹

Una de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia es que si bien, en un primer momento, se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños.

“Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia. Sólo con el proceso iniciado con la Convención en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer

²⁹ Ibid.



sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado.”³⁰

También, la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los niños primero, hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

De este breve análisis se desprende que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este principio sea interpretado según este nuevo contexto.

Cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

³⁰ **Ibid.**



La Convención contiene principios -que a falta de otro nombre, denominaré estructurantes- entre los que destacan: el de no discriminación (regulado en el Artículo dos), de efectividad (Artículo cuatro), de autonomía y participación (Artículos cinco y 12), y de protección (Artículo tres).

Estos principios son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia.

Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Entendiendo de este modo la idea de principios, la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos.

En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente inspirar las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades. Más aún, si en este contexto se analiza el Artículo 3.1 de la Convención se comprueba que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades:



En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.

Es posible señalar que la disposición del Artículo tercero de la Convención constituye un principio que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el interés superior del niño como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos principio, se puede también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como garantía, entendida ésta última como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos.

Ensayando una síntesis podría decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

“Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las



expresiones programáticas del interés superior del niño y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido de 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, sólo lo que es considerado derecho puede ser interés superior. Antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de interés superior pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de derecho. Es cierto que, en ausencia de normas que reconozcan derechos y ante la precariedad del status jurídico de la infancia, una norma que remitiera al interés superior del niño podía orientar positivamente, aunque sólo fuera ocasionalmente, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad. Sin embargo, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño.³¹

En las legislaciones pre-Convención, y lamentablemente en algunas que siendo post-Convención no han asumido plenamente el enfoque de los derechos, la interpretación del contenido del interés superior quedaba entregada a la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales o a la judicial en el ámbito del control/protección de la infancia.

Desde la vigencia de la Convención, en cambio, el interés superior del niño deja de ser

³¹ Jiménez Eduardo y Gabriela García Minilla. *Los niños y adolescentes argentinos del nuevo milenio*. Pág. 74.



un objetivo social deseable -realizado por una autoridad progresista o benevolente- pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.

En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

“En el esquema paternalista/autoritario, el Juez, el legislador o la autoridad administrativa realizaba el interés superior del niño, lo constituía como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que el Juez se comportara de acuerdo a ciertos parámetros que supuestamente reflejaban su idoneidad. El ejemplo clásico es el Juez buen padre de familia presentado como modelo en las legislaciones y en la literatura basadas en la doctrina tutelar o de la situación irregular. En aquella orientación teórica, el interés superior tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes/deberes (potestades) a los adultos que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños.”³²

La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras

³² **Ibid.**



orientaciones jurídicas más concretas y específicas. La Convención propone otra solución.

Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos.

El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no constituye soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente.

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (regulado en los Artículos cinco y 12 de la Convención).

En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.



Esta interpretación, sin embargo, haría innecesario el principio del interés superior del niño, ya que lo único que expresaría es que las autoridades se encuentran limitadas en sus decisiones por los derechos fundamentales de los niños, asunto del todo evidente - aunque no por ello respetado- considerando la adhesión de las constituciones liberales al principio que establece que la soberanía se encuentra limitada por los derechos de las personas.

Sin embargo, al margen de otras funciones adicionales que el principio puede cumplir, la historia de la relación de la infancia con el sistema de políticas públicas y de justicia revela que esta reafirmación no es para nada superflua, sino que es permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño como un límite y una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general.

“Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo tercero de la Convención como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la Convención. Cualquier otra definición, ya sea de base bio-psicosocial como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez, o jurídica, identificándolo con la obtención de la plena capacidad, dificulta la aplicación de



los derechos, resta valor y eficacia a los catálogos de derechos que se reconozcan.

Hecha esta salvedad, señalaré que una concepción garantista del principio no sólo supera estas dificultades, sino que muestra la profunda utilidad del principio del interés superior del niño en el contexto de una nueva legislación de la infancia y adolescencia basada en el reconocimiento de los derechos de los niños.

El privilegio no puede operar como regla general garantizando todos los derechos de los niños en las situaciones conflictivas. Pese a que se ha sostenido que: "la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmadrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo... Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos. Agregando que: "en el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas... los derechos del niño deberán tener primacía no excluyente de los derechos de terceros."³⁴

Sin embargo, discrepo con esta opinión doctrinaria, ya que la propia Convención establece que hay ciertos derechos de los niños que ceden frente a determinados intereses colectivos y a derechos individuales de terceros.

³³ **Ibid.**

³⁴ García Méndez, Emilio y Mary Beloff. **Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño (1990-1998).** Pág. 127.



Por ello mismo, no se puede afirmar la verdad de una proposición normativa que diga que todos los derechos de los niños prevalecen sobre el resto de los intereses colectivos y sobre los demás derechos individuales. Más allá de lo que parezca deseable, esta proposición no se correspondería con el texto consagrado en la Convención y que limita la interpretación.

La Convención reconoce ciertos derechos sin permitir su limitación, lo cual implica, a mi juicio, la existencia de un conjunto de derechos que deben prevalecer siempre frente a los intereses colectivos y los derechos de terceros. Es decir, existiría un núcleo duro de derechos del niño dentro de la Convención, lo cual constituiría un claro límite a la actividad estatal impidiendo la actuación discrecional.

Por consiguiente, éste núcleo comprendería el derecho a vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del derecho penal y del procesal penal.

El principio jurídico tiene una consecuencia jurídica sumamente trascendente al obligar al Estado a otorgar prioridad a las políticas públicas destinadas a garantizar el núcleo duro de los derechos de la Convención.

En este sentido, se sostiene que reconociendo su carácter de grupo vulnerable, acentúa la necesidad de un redimensionamiento de las políticas públicas del Estado para articular debidamente las relaciones entre niños y adultos. Sin embargo, la



interpretación del interés superior del niño como principio jurídico garantista implica un asidero normativo a estas consideraciones.

Generalmente se admite que un límite inevitable de la implementación de las políticas públicas radica en la falta de recursos económicos del Estado, lo cual se constituiría en una valla para la efectividad del principio del interés superior del niño. Ante este planteamiento, considero que el redimensionamiento no debe verse estrictamente limitado por los recursos financieros recaudados por un Estado.

Al respecto, explica Baratta, que es necesario el agotamiento de todas las posibilidades de cumplir con la "obligación de procurar los recursos necesarios, a través de los instrumentos de la política fiscal y financiera. En consiguiente, el Estado viola su deber de satisfacer estos derechos cuando no realiza serios esfuerzos para regular el sistema de producción y de distribución social de la riqueza así como para racionalizar técnicamente y controlar jurídicamente el empleo de los recursos disponibles."³⁵

Esta visión se corresponde con la aceptación de que el objetivo último de la actividad financiera del Estado es la satisfacción de los derechos fundamentales. Sobre la base de esta conclusión, el Estado resulta ser el obligado a modificar su política recaudadora para satisfacer los derechos de los niños y no son éstos los que deben dejar de ser sujetos de derechos por no ser suficiente la obtención de recursos económicos.

³⁵ Baratta, Alessandro. *Infancia y democracia*. Pág. 76.



3.4. El interés superior del niño como pauta interpretativa

En otras normas jurídicas de la Convención, el interés superior del niño actúa como pauta interpretativa para solucionar conflictos entre los derechos de los niños. Esto acontece cuando el articulado de la Convención establece que un derecho del niño verá limitada su vigencia en virtud del interés superior del niño

Se sostiene en doctrina que el interés superior del niño consagraría, en estos casos, el criterio sistemático de interpretación. Al respecto, señala Cillero Bruñol que: "los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, a la supervivencia y el desarrollo del niño. Asimismo, el interés superior del niño permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño."³⁶

En relación con esta posición, debo decir que todo orden normativo se interpreta sistemáticamente en aras de una consideración y aplicación racional de sus preceptos normativos. En consecuencia, la Convención, también, debe ser interpretada sistemáticamente por ser un orden normativo. Si por un momento nos imaginamos que el principio no existiese, jamás se podría deducir que la Convención no debe

³⁶ Ob. Cit. Pág. 81.



interpretarse sistemáticamente, de lo contrario habría oposición a presupuestos básicos de la teoría general del derecho.

Por consiguiente, el interés superior del niño, en el caso que estableciera el criterio de interpretación sistemático, carecería de relevancia jurídica específica.

3.5. Interpretación jerárquica

Por mi parte, considero que cuando la Convención establece que un derecho reconocido legalmente para todas las personas, cede ante el interés superior del niño está disponiendo que determinados derechos puedan ser restringidos en aras de garantizar la eficacia de derechos de mayor jerarquía.

De este modo, se relativizan ciertos derechos en aras de garantizar los derechos que se consideran superiores dentro del sistema normativo diseñado. Estos derechos de jerarquía superior son los que constituyen el núcleo duro de la Convención.

El interés superior del niño como pauta interpretativa permitiría solucionar conflictos entre los derechos consagrados en la Convención dando privilegio a determinados derechos que la propia Convención entiende como superiores. Debe destacarse que esta propuesta permite evitar que se esgrima el interés superior del niño para limitar discrecionalmente derechos de los niños, sin proteger al mismo tiempo los derechos fundamentales consagrados en la Convención.



De este modo, cualquier limitación a un derecho del niño esgrimiendo el interés superior del niño deberá fundamentar la protección efectiva de un derecho perteneciente al núcleo duro de la Convención.

En definitiva, considero que el interés superior del niño debe ser interpretado como un complejo de derechos fundamentales, que se consideran el núcleo duro, consagrados en la Convención. De este modo, entiendo que he objetivado el contenido del principio.

Las funciones normativas del interés superior del niño serían, a saber:

- En primer lugar, es un principio jurídico garantista que establece el deber estatal de privilegiar los derechos de los niños pertenecientes al núcleo duro frente a otros derechos e intereses colectivos. Lo cual, implica un deber de privilegio de los derechos fundamentales de los niños en el diseño e implementación de las políticas públicas estatales.
- En segundo lugar, su función es resolver los conflictos entre derechos de los niños privilegiando los pertenecientes al núcleo duro de derechos. De este modo, se garantiza la reducción de los márgenes de discrecionalidad de los órganos estatales para restringir los derechos de los niños debiendo esgrimir como fundamento la protección de un derecho perteneciente al núcleo duro de la Convención.

Considero que esta interpretación propuesta resulta en gran medida acorde al paradigma de protección integral al objetivar las relaciones Estado-niños, limitar la



discrecionalidad de las autoridades públicas en estas relaciones y garantizar, en todo momento, la protección de los derechos de los niños consagrados en la Convención.

Además del cometido principal consistente en limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, expondré a continuación otras importantes funciones que cumple el principio tal cual se encuentra formulado en el artículo tercero de la Convención.

Sin duda el aporte más específico del artículo tercero es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño.

Es sabido que uno de los ejes fundamentales de la Convención es la regulación de la relación niño-familia, y en particular niño-padres; numerosas disposiciones regulan la materia. Los Artículos cinco y 18 reconocen el derecho de los padres a la crianza y la educación y, a su vez, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva de acuerdo a la evolución de sus facultades.

Por su parte, uno de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos o judicial, hacia instituciones privadas e incluso los padres. Así el Artículo 18, luego de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que los padres ejercerán sus



funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño (Artículo 18.1). Esta disposición debe interpretarse en conjunto con el Artículo quinto que señala que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención de acuerdo a la evolución de sus facultades.

Al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior.

El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes-deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior.

De las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos.



Los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. Durante la infancia/adolescencia la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención.

En segundo término permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño.

En estos casos el principio permite arbitrar conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención en diferentes situaciones de esta naturaleza toma una decisión y establece un orden de prelación de un derecho sobre otro- para luego relativizarla o dejarla sujeta al interés superior del niño.

El ejemplo más característico está dado por el Artículo nueve de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos; otro caso es el Artículo 37 relativo a la privación de libertad en recintos separados de los adultos a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, en el que la Convención toma una decisión y otorga una garantía pero deja abierta la posibilidad judicial de tomar una resolución diferente atendida la circunstancia de que se afecte, en el caso particular,



algún otro derecho del niño que justifique modificar la regla. Es evidente que este tipo de soluciones propuestas en algunos artículos de la Convención pueden aplicarse a otros casos similares en que aparezcan conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

En síntesis, el principio del interés superior del niño permite resolver conflictos de derechos recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Para evitar un uso abusivo sería conveniente establecer en la legislación nacional ciertos requisitos para la utilización del principio para resolver conflictos entre derechos como la reserva judicial y la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta.

También debe establecerse que, especialmente en el ámbito de las garantías frente al sistema de persecución de infracciones a la ley penal, se restrinja absolutamente la posibilidad de aplicar medidas en razón del interés superior del niño que puedan afectar su derecho a la libertad personal o su integridad.

El interés superior del niño puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley. Es decir, permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa.

La formulación del Artículo tercero de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que



la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo.

Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño -es decir, sus derechos- no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.

Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos. Por ejemplo, el derecho a la educación no puede ser desmedrado por intereses administrativos relativos a la organización de la escuela, o a los intereses corporativos de algún grupo determinado.

Por su parte, la formulación del principio en el Artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las



personas, niños y adultos.

En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en las infracciones a la ley penal, los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de los terceros.

Es materia de resolución de cada Estado el grado de prioridad que otorga a la infancia en un sistema social donde los diversos grupos compiten por recursos escasos, sin embargo, la Convención exige considerar con alguna prioridad a la infancia. En este sentido parece adecuada la solución que señala una prioridad absoluta referida a las materias más importantes y otorgar, para éstos y otros asuntos, la posibilidad de acciones de interés público que pueden ejercerse contra la autoridad en caso de no respetarse la prioridad de la infancia.

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el Artículo cinco de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado regulado en el Artículo 27.1 de la Convención.

Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos,



esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también importancia relativa.

La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible - siempre perfectible- de la intervención a través de recursos penales sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar; en efecto, este tipo de medidas, que afectan la libertad personal y el medio de desarrollo del niño, obstaculizan severamente el ejercicio no sólo de los derechos expresamente privados, sino también, de un conjunto de otros derechos que se hacen imposibles de satisfacer en privación de libertad o del medio familiar.

Este resulta ser el fundamento para señalar que la privación de libertad y del medio familiar son excepcionales y medidas de último recurso. Pero, incluso, en estos casos se deben proveer todos los mecanismos para que el niño pueda ejercer los derechos que expresamente no se le han privado.



()

()



CAPÍTULO IV

4. Paternidad y filiación matrimonial o extramatrimonial y el interés superior del niño

En la actualidad, los progresos de la ciencia han hecho que se reformulen las bases mismas del Derecho y así, antiguos aforismos que fueron casi dogmas jurídicos, han cobrado otro sentido. Resulta preciso recordar, a manera de ejemplo, el famoso aforismo romano en materia de filiación: “pater est is quem nuptia demonstrant” es decir, “padre es quien el matrimonio lo demuestra” que presume hijo al concebido en matrimonio dentro de determinado plazo.

Por el contrario, hoy en día, los juristas pueden afirmar que han abandonado el territorio de las presunciones y probabilidades que rigió el sistema romano de determinación de filiación y gracias a la genética, han podido reformularlo, para obtener una exactitud casi completa en dicha determinación, de tal manera que el aforismo en la actualidad podría enunciarse de la siguiente manera: “Pater est is quem sanguis demonstrat” (« padre es quien la sangre demuestra »).

El Derecho en sentido general es “el conjunto de reglas de conducta exterior que, consagradas o no expresamente por la ley en el sentido genérico del término, aseguran de manera efectiva en un medio dado y en una época dada la realización de la armonía



social.”³⁷, es decir que su rol fundamental es armonizar las relaciones humanas en sociedad.

Como tal, el Derecho no puede permanecer estacionario, sino que debe cambiar y dinamizarse para poder adecuarse a las diversas variables que influyen de una u otra manera en el ser humano. Dentro de estas variables se encuentra la ciencia médica.

Sin embargo, en sociedades como la guatemalteca, se observa que a veces el Derecho espera demasiado tiempo para regular determinada situación, quizás a efectos de prever cualquier consecuencia social que pueda generarse, pero esta espera hace que en la práctica se observe una separación total entre la realidad y la norma jurídica, la cual indudablemente genera inseguridad jurídica.

Situaciones, como por ejemplo las técnicas de reproducción asistida, practicadas por diversos laboratorios en las principales ciudades del mundo desde hace más de una década, aun no han sido reguladas, pese a sus importantes consecuencias jurídicas (pensemos en los embriones crio-conservados).

De esta manera, las ciencias y en especial, la ciencia genética, remueven las mismas bases de la sociedad y por ello el Derecho debe brindar respuestas a los cambios que ellas producen.

Por ello es evidente el nexo del Derecho con las demás ciencias, y dentro de ellas, muy

³⁷ González Ramírez, Augusto. **Introducción al derecho**. Pág. 15.



especialmente con la genética, pues temas como las técnicas de reproducción asistida, trasplantes de órganos para daciones entre vivos y cadavéricos, manipulación genética, son frecuentes en el foro jurídico-académico, pero lamentablemente no han cuajado todavía en el nivel legislativo, por lo que en nuestro país hay un vacío en esta materia dentro de las leyes secundarias.

Dentro de este panorama, el “Derecho Genético surge como una respuesta a los avances de la ciencia y la tecnología, así como a la necesidad de determinación de la ética que fundamenta los principios a seguir a fin de no vulnerar la esencia social. De esta manera, el Derecho Genético nace de la relación *ius-gen* fijando las pautas para la aplicación de las técnicas biogenéticas. Se encarga de regular el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano.”³⁸

En este contexto, resulta también importante definir que es Genética. Así, se entiende que se trata de “la ciencia encargada de estudiar la herencia biológica, es decir, la transmisibilidad de los caracteres morfológicos y fisiológicos de generación en generación”³⁹

Al derecho genético interesa la determinación de la filiación extramatrimonial, ya sea materna o paterna.

En efecto, en relación al tema de la determinación de la filiación materna, los juristas

³⁸ Varsi, Enrique. **Derecho genético**. Pág. 20

³⁹ **Ibid.**



tenemos siempre en mente otro célebre axioma romano: “mater semper certa est etiam si vulgo conceperit” tomado por Paulo en el Digesto, quien decía que la maternidad era siempre indubitable con una prueba sencilla y directa: el solo ver a una mujer gestante y después, con el o la infante en brazos, entenderíamos sin esfuerzo que ese hijo/a era suyo/a (partus sequitur ventrem Instituta 2.1.19)

Pero modernamente, las técnicas de reproducción asistida también han echado al trasto este axioma. En efecto, existe la posibilidad de que aplicando cualquier técnica de fertilización extra-corpórea, como complemento se utilice la llamada subrogación de útero, vulgarmente conocida como “vientre de alquiler” y en este caso, tengamos por un lado una madre que da el óvulo para que sea fecundado (madre genética) y por otro lado, la mujer que gesta y alumbra a ese niño o niña (madre gestante).

Ante esta situación se considera que el legislador debería mantener como regla general la maternidad determinada por el parto, y como excepción para los casos específicos de problemas por gestación subrogada que se pudieran presentar, conceder al juez especializado, el de familia, la facultad de que realice un análisis casuístico y resuelva la asignación de la maternidad conforme a las reglas de la sana crítica, con parámetros obligatorios como el principio del interés superior del niño y el respeto a su derecho a la identidad.

En este tema será importante usar la prueba del Ácido Desoxirribonucleico o ADN para confirmar si se trata efectivamente de un caso de maternidad subrogada o no, pues una acción de este tipo no podría plantearse cuando se trate de casos en que la madre

gestante es aquella que también dio su óvulo para la procreación asistida.

Para los casos de determinación de la filiación paterna, recordemos que si el axioma romano daba por sentado que la madre era “semper certa”, por el contrario, se afirmaba que el padre era “semper incertus”.

En efecto, podemos afirmar que la investigación de la paternidad ha sido una preocupación de todos los tiempos para la humanidad y si revisamos brevemente la Historia, encontramos que cada cultura estableció su propia práctica.

En materia de investigación de paternidad en la actualidad, el examen de ADN, sirve para determinación de la paternidad, e inclusive en otros países se permite realizarlo para la investigación de paternidad prenatal.

Cabe señalar que, pese a los avances de la genética, en Guatemala todavía hay cierta incertidumbre en la determinación de filiación, generada por la indefinición de las normas que regulan la materia en nuestro país.

La posibilidad de investigar la maternidad o la paternidad, constituyen un elemento positivo de la protección del hijo, no sólo en los aspectos tendientes a su reconocimiento y asistencia, sino también en otros casos en los que tal conocimiento de sus orígenes puede ser de vital importancia y con importantes consecuencias de carácter afectivo, familiar, social y cultural.

Desde esta perspectiva el interés superior del niño, se plantea para el Estado, la





sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. Es por ello que la perspectiva jurídica que debe prevalecer es la que parte de que los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad.

A partir de esta propuesta se entiende que el Estado debe asegurar y garantizar a la niñez y a la adolescencia el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten.

Para este efecto, la función principal del Estado es regular el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.

El interés superior del niño, esta por encima de los textos del Código Civil en lo atinente a la declaración de filiación, contribuyendo a esta preeminencia la realidad biológica donde actualmente es posible determinar la paternidad con precisión casi absoluta mediante el examen del ADN practicado de conformidad a la Ley; y así no deja duda, sobre la identidad del niño, niña o el adolescente y de sus progenitores.



Los avances logrados en la aceptación del interés superior del niño, así como de la paternidad responsable únicamente se pueden entender dentro de lo que ha sido el proceso de evolución social en Guatemala.

Tanto los cambios ocurridos en los sectores sociales y políticos, así como por los que han tenido los legisladores, responden a la modernización social, política, cultural, educativa y jurídica que ha venido experimentando el país en los últimos veinte años. Aunque han sido cambios lentos, es innegable que la Guatemala del presente se ha ido diferenciando de la que era a mediados del Siglo XX, puesto que los procesos de cambio han permeado todos los espacios sociales.

Lo anterior se debe a que las maneras de pensar tienen que ver con las experiencias de vida de las personas. Esa experiencia de vida se construye históricamente, a partir del tiempo y del espacio social que le toca compartir a cada persona. Variables como la edad, la condición social, la etnia, el lugar de residencia, el nivel educativo, el género, suelen constituir factores claves en dicha construcción.

El lugar de residencia de los hombres se ha mostrado significativo en su manera de pensar sobre la paternidad y la filiación. Muy claramente la mentalidad tradicional sobre la paternidad y sobre otros temas relacionados como la sexualidad, la familia, la masculinidad y la visión del mundo, aparecen asociados a la residencia rural de los hombres. Por el contrario, la mentalidad moderna o más analítica, sobre estos mismos temas, aparece claramente asociada a su residencia urbana.



Las grandes diferencias entre el campo y la ciudad en el país en términos de posibilidad de acceso a oportunidades y de capacitación para poder aprovecharlas explican en gran parte esta asociación. Pero también el hecho de que el campo cultural rural de la mayor parte del país suele verse muy influido por un espacio rural fuertemente natural y con poco desarrollo tecnológico y poca construcción humana añadida. Los procesos de producción y reproducción en este caso se ven influidos por altos componentes aleatorios, muy dependientes de los avatares de las fuerzas de la naturaleza.

Una existencia tal, signada por una alta dependencia de las personas de procesos naturales y fuerzas que no controla, facilita una visión del mundo tradicional, incluyendo en ella la concepción de una paternidad que es vista como un fenómeno más natural que producto de una construcción histórica.

El espacio urbano, por el contrario, además de ofrecer mayores oportunidades y posibilidades, crea una distancia de la persona con la naturaleza que las autonomías de esta en su supervivencia. La realidad social como construcción humana aparece como más evidente. Esto no significa que la residencia urbana como tal, sea un factor suficiente para cambiar las representaciones sobre la paternidad. Hay otros factores importantes de analizar. Pero es indudable que el espacio es una variable explicativa en las diferencias de mentalidades.

El otro factor que aparece como significativo en la manera de pensar sobre la paternidad y los temas relacionados es el tiempo. Este siempre ha sido relacionado con la mayor o menor experiencia de los actores sociales. Las representaciones sobre la



paternidad cambian según los tiempos, e incluso en un mismo hombre, según su edad.

De ahí que resulte significativa la importancia de este factor y encuentre asociada la edad de los hombres con su adscripción a una u otra mentalidad. En concreto, la mentalidad tradicional aparece asociada a hombres con más de 50 años de edad; por el contrario, la mentalidad moderna aparece vinculada a hombres en edades entre 20 y 49 años.

La edad para ser padres, por ejemplo, en una mentalidad tradicional de corte rural, es mucho más temprana que en una mentalidad moderna de corte urbano. Factores de complejidad social, tiempo de preparación para integrarse al mercado de trabajo y para atender diversas dimensiones de la paternidad, retardan la elección del momento oportuno para el ejercicio de la paternidad en el caso de los espacios urbanos.

El análisis posfactorial señala como significativo el factor educación formal en la manera de pensar sobre la paternidad y los temas relacionados. La mentalidad que hemos identificado como tradicional, por ejemplo, aparece portada por hombres analfabetos, con educación primaria e incluso con educación secundaria pero incompleta. Por el contrario, la mentalidad moderna o analítica aparece asociada a la educación secundaria completa y la educación superior en general.

Cambios en el campo cultural son decisivos en la transformación de la mentalidad. La realidad indica que el cambio de la mentalidad tradicional a la mentalidad moderna sobre la paternidad, aparece asociada a la secundaria completa. Este es un factor muy



importante porque indica que las metas educativas tendrán que plantearse más allá que en la educación primaria, si se quieren transformaciones importantes en las maneras de pensar.

Además, procesos jurídicos como la implementación de la Convención, ha sido posible, precisamente, porque el área urbana guatemalteca se ha modernizado, logrando que en materia de educación la mayoría de las personas, hombres y mujeres, tengan como tendencia la educación media finalizada.

De hecho, a partir de esfuerzos de organizaciones sociales y de instituciones estatales, la promoción de la paternidad responsable y los derechos del niño han permeado a muchas personas que aunque no terminan el diversificado, si recibieron formación e información acerca de los valores que implementa la cultura de la modernidad, lo cual implica una visión diferente, un poco menos conservadora que en el área rural. Siendo un ejemplo de ello, que las personas del área urbana, en los últimos diez años, por lo menos, han reducido la cantidad de hijos por familia.

Este constituye un importante avance, el cual, conjuntamente con la formación e información, puede generar a corto plazo padres responsables, tanto para evitar embarazos no deseados, como asumir una paternidad responsable. Sino, de todas maneras ahora existe el derecho de las mujeres y los presuntos hijos a someter al presunto padre a la prueba del ADN, la cual se considera legalmente como una prueba con un 99.99% de validez.



CONCLUSIONES

1. La paternidad, matrimonial o extramatrimonial, resulta fundamental para el desarrollo emocional y la formación social de los niños debido, principalmente, a las dinámicas sociales negativas que ocasiona sobre estas personas menores de edad, el desconocer a su padre; o bien, suponer que determinado hombre es el padre, sin tener certeza jurídica de la relación filial.
2. Debido a la trascendencia social de la paternidad, la filiación se convierte en el instrumento jurídico por excelencia, para lograr demostrar la relación de parentesco entre el supuesto padre y el supuesto hijo; por lo que la legislación guatemalteca ha sido modernizada para permitir que se utilicen exámenes de ADN para demostrar el vínculo de parentesco.
3. Los medios o mecanismos para establecer la paternidad y la filiación han evolucionado a través del tiempo, precisamente para garantizar que su establecimiento sea lo más objetivo posible, por lo que desde el surgimiento del derecho civil moderno, ya no se admiten presunciones como el parecido físico entre supuestos padre e hijo, debiendo recurrirse a las pruebas científicas.



4. El avance de los medios científicos de prueba para lograr establecer con elevada certeza la paternidad, permitirá que se reduzcan las prácticas de paternidad irresponsable, puesto que ahora la madre y el presunto hijo tienen el derecho de su lado, con medios de prueba irrefutable, tal es el caso del ADN; Prueba a la que la legislación guatemalteca le da una certeza del 99.99%, es decir produce plena prueba.

5. El Estado de guatemalteco al aceptar y oportunamente ratificar la Convención de los Derechos del Niño, incluidas dentro de los tratados y convenciones de internacionales sobre derechos humanos, realiza cambios cualitativos en la legislación civil y de familia en general, en virtud de que eleva al niño a interés superior y con ello se le da la preeminencia sobre el derecho interno.



RECOMENDACIONES

1. El Ministerio de Educación, a través de los programas de educación formal, ya sean públicos o privados; debe implementar en las escuelas, cursos y seminarios orientados a la promoción de la paternidad responsable, para fortalecer la concepción moderna sobre la paternidad que debe caracterizar a las zonas urbanas.
2. El Instituto Nacional de Ciencias Forenses –INACIF-, debe gestionar los recursos económicos que le permitan contar con el equipo técnico necesario para llevar a cabo la recolección del ADN de todos los guatemaltecos, para que cuando se requiera, en otros casos, buscar la relación filial entre el supuesto padre y el supuesto hijo, pueda llevar a cabo la prueba de manera científica.
3. El Gobierno de Guatemala, a través de la Comisión Nacional de la Niñez -CONANI-, debe promover, organizar y desarrollar campañas de sensibilización dirigidos a los todos jóvenes en edad núbil y a los padres de familia para que conozcan y pongan en práctica los derechos del niño en sus relaciones paternofiliales.



4. La Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial, debe implementar programas permanentes de formación a los jueces de familia y a los jueces de los juzgados de la niñez, para que se especialicen en el tema del interés superior del niño, puesto que de esa manera, los operadores de justicia tendrán las herramientas teóricas que les permitan operacionalizar la ley a favor de la niñez.

5. La Procuraduría General de la Nación, debe fortalecer a la Procuraduría de la Niñez, con abogados y notarios especializados en el derecho de la niñez; especialmente en la doctrina del interés superior del niño, para que cuando le corresponda actuar de acuerdo con la ley, sean verdaderos garantes de los derechos del niño, los cuales deben prevalecer sobre los derechos generales.



BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, Inès. **La nueva familia española. Guía para demandar la paternidad ante los tribunales** Ed. Taurus. España, 1999. Asociación de Investigaciones Multidisciplinarias. Ed. Tecnos. Guatemala, 2004.
- BARATTA, Alessandro. **Infancia y democracia**. Ed. Rumbos. Argentina, 2001.
- BIDART-CAMPOS, Germán. **Teoría general de los derechos humanos**. Ed. Rumbos Argentina, 1999.
- BONNECASE, Julián. **Elementos de derecho civil**. Ed. José Cajica. México, 1946.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Ed. Fénix. Guatemala, 1998.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Perspectivas de un derecho penal del niño**. Ed. Nueva Sociedad. Venezuela, 2005.
- CILLERO, Miguel. **Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile**. Ed. Jericó. Chile, 2004.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel. **El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño**. Ed. Jericó. Chile, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Ed. Planeta. México, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. Ed. Editorial Jurídica. Argentina, 1996.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. **Infancia, ley y democracia: Una cuestión de justicia**. Ed. Amanecer, Perú, 2003.



GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. **Derecho de la infancia y la adolescencia: De la situación irregular a la protección integral.** Ed. Amanecer, Perú, 2003.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Mary Beloff. **Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño (1990-1998).** Ed. Rumbos. Argentina, 1999.

GONZÁLEZ RAMÍREZ, Augusto. **Introducción al derecho.** Ed. Tecnos. Madrid, 1995.

JIMÉNEZ, Eduardo y Gabriela García Minilla. **Los niños y adolescentes argentinos del nuevo milenio.** Ed. Planeta. Argentina, 1998.

LAROUSSE. **Diccionario esencial de la lengua española.** Ed. Larousse Planeta. México, 1994.

MONZÓN, Ana Silvia. **Importancia de la paternidad responsable en la sociedad estadounidense. Estudio de casos.** Ed. IIPS. Guatemala, 2005.

PALOMBA, Federico. **Tendencias evolutivas en la protección de los menores de edad, en la niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal.** Ed. UCA. El Salvador, 2006.

PINTO, Mónica. **Temas de derechos humanos.** Ed. Editores del Puerto. Argentina, 1997.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Tratado de derecho civil español.** Ed. Valladolid. España, 1932.

VARSÍ, Enrique. **Derecho genético.** Ed. Tecnos. España, 2003.

ZANNONI, Eduardo A. **Instituciones del derecho de familia.** Editorial Astrea. Buenos Aires. Segunda Edición. Tomo II. 1989.

ZEPEDA LÓPEZ, Raúl. **La niñez guatemalteca en riesgo.** Ed. IIPS. Guatemala, 2002.



Legislación:

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

Código Civil. Decreto Número 106. Jefe del gobierno de la República. Guatemala, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Número 107. Jefe del Gobierno de la República. Guatemala, 1964.

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

Ley de Tribunales de Familia. Decreto Ley 206. Jefe del Gobierno de la República Guatemala, 1964.