

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONTRADICCIÓN ENTRE LA PATRIA POTESTAD
Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN TORNO A LA LIBERTAD
DE CULTO DE LA NIÑEZ**

CARLOS MATÍAS CASTELLANOS ARGUIJO

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2011

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONTRADICCIÓN ENTRE LA PATRIA POTESTAD
Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN TORNO A LA LIBERTAD
DE CULTO DE LA NIÑEZ**

TESIS

Presentada a La Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CARLOS MATÍAS CASTELLANOS ARGUIJO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre de 2011

**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. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Lic. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V:	Lic. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente:	Licda. Marisol Morales Chew
Vocal:	Lic. Luis Alfredo González Rámila
Secretario:	Licda. Magda Elizabeth Montenegro Hernández

Segunda fase:

Presidente:	Licda. Crista Ruiz Castillo de Juárez
Vocal:	Lic. David Sentes Luna
Secretario:	Lic. Héctor Orozco y Orozco

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. Jorge Luis Mayón Obregón
Abogado y Notario



Guatemala 17 de octubre de 2008.

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



Licenciado Castro Monroy:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que en cumplimiento de providencia de esa jefatura, de fecha dos de mayo de dos mil ocho, he asistido con carácter de Asesor o Consejero de Tesis al Bachiller **CARLOS MATÍAS CASTELLANOS ARGUIJO**, en la elaboración del trabajo titulado:

“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONTRADICCIÓN ENTRE LA PATRIA POTESTAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN TORNO A LA LIBERTAD DE CULTO DE LA NIÑEZ”

Al finalizarse la elaboración del mismo, atentamente le informo:

- a) Que dicho trabajo se realizó bajo mi inmediata asesoría, durante su elaboración le hice al autor recomendaciones y sugerencias con respecto a la bibliografía que debió ser consultada en la materia, así como sobre el cumplimiento de los requisitos que exige el reglamento respectivo para trabajos de tesis.
- b) En la elaboración del indicado trabajo, el autor siguió las instrucciones y recomendaciones que le hice en cuanto a la presentación y desarrollo del mismo.
- c) El trabajo de tesis, consta de cinco capítulos, los cuales en su orden tratan los siguientes temas: De la patria potestad; Análisis del artículo 36 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Artículo 13 y 14 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño; La libertad de Culto; Contradicción entre la patria potestad y el interés superior del niño en torno a la libertad de culto; así se finalizó el trabajo con las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

Bufete: 0 Avenida, 21 calle 0-14, edificio El Éxito, zona 1
Ciudad Guatemala
Teléfono: 59179141



Lic. Jorge Luis Mayén Obregón
Abogado y Notario



- d) Por tal razón, el trabajo se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnica de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público por lo que, **OPINO: Que el presente trabajo puede ser aceptado para seguir con el trámite correspondiente para su revisión.**

Atentamente,


Jorge Luis Mayén Obregón
Asesor de Tesis
Col. 5618



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) JOSÉ ISRAEL JIATZ CHALI, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CARLOS MATIAS CASTELLANOS ARGUIJO, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONTRADICCIÓN ENTRE LA PATRIA POTESTAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN TORNO A LA LIBERTAD DE CULTO DE LA NIÑEZ".

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



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



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ragm



Lic. José Israel Jiatz Chali

Abogado y Notario

15 avenida 9-69 Zona 13.

Tels. 22483245 y 52171003

Guatemala, 29 de julio de 2009.

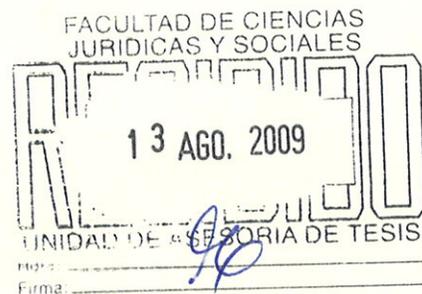
Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria

De mi consideración:

Atentamente me dirijo a Usted en mi calidad de revisor del trabajo de tesis del estudiante CARLOS MATIAS CASTELLANOS ARGUIJO intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONTRADICCIÓN ENTRE LA PATRIA POTESTAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN TORNO A LA LIBERTAD DE CULTO DE LA NIÑEZ". Al respecto me permito manifestarle que procedí a estudiar el citado trabajo y considero que cumple con las técnicas requeridas para su elaboración y que obtiene conclusiones que enriquecen el conocimiento del tema.

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

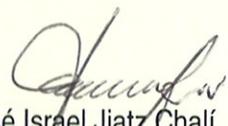
- 1) El tema es congruente con la estructura de la investigación, obteniendo un trabajo de tesis idóneo y suficiente.
- 2) El desarrollo del trabajo sintetiza el plan de investigación concretándose a su justificación, al planteamiento de problema y a los objetivos del mismo, sobre la disponibilidad de los métodos y técnicas utilizadas y la bibliografía empleada. En general, el mismo reúne los requisitos fundamentales adecuados y pertinentes inherentes a la materia en virtud de que se desarrolló con lógica y claridad.
- 3) El motivo de la investigación se adecua a la realidad e interpretación de las normas contenidas tanto en la legislación nacional como internacional.





En vista de lo anterior y en relación a las sugerencias que propuse y fueron aceptadas por el investigador y en lo que al respecto establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito en mi calidad de revisor de tesis, pronunciarme de manera favorable para que éste continúe con los trámites respectivos, pues la investigación es idónea en cuanto a los requisitos exigidos para el programa de grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente,


José Israel Jiatz Chali
Colegiado No. 5354
Revisor

Lic. José Israel Jiatz Chali
JEFE ABOGACIA LABORAL
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Guatemala, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintisiete de abril del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CARLOS MATIAS CASTELLANOS ARGUIJO, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONTRADICCIÓN ENTRE LA PATRIA POTESTAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN TORNO A LA LIBERTAD DE CULTO DE LA NIÑEZ. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



DEDICATORIA

- A Dios:** Por haberme dado la fuerza y la constancia para alcanzar una de mis metas.
- A mis padres:** Matías Castellanos Luque y María Rosa Arguijo de Castellanos, forjadores de principios y ejemplo de seres humanos.
- A mis hermanos:** Axel Bladimir; Sara Bernarda; Jaqueline; Mario Félix; Marco Benicio; Aida Jamileth; Rosa Elvira; Zonia Melecia; Lino Santos; Martha Julia; Keyla Maressa y Jossely Elenir, por todo su apoyo y porque siempre han estado pendientes de mí.
- A mi esposa:** Diana, por estar siempre conmigo brindándome su apoyo.
- A mis hijos:** Carlos, Javier y José Andrés por ser la razón de mi vida.
- A mi suegra:** Por su apoyo y consejos.
- A mi asesor:** Jorge Luís Mayén Obregón, agradezco su amistad y consejos para la elaboración de este trabajo.
- A mi revisor:** José Israel Jiatz Chalí, mi admiración y respeto por la calidad humana y profesional, porque a pesar de sus múltiples ocupaciones siempre encontró el tiempo para dedicárselo a este trabajo.
- A:** Mi amigo Belmar Augusto Espina. (Q.D.D.G)
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Por regalarme ese valor agregado para servir de mejor manera a mi prójimo y a mi país.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. De la Patria Potestad.....	1
1.1 Historia, definición, origen y características de la patria potestad.....	1
1.2 Derechos, obligaciones, suspensión y pérdida de la patria potestad.....	13
1.3 Funciones principales de la patria potestad: personales y patrimoniales...	17

CAPÍTULO II

2. Marco jurídico normativo en materia de libertad de culto.....	27
2.1 Métodos, características y clasificación de la interpretación de la ley.....	27
2.2 El adolescente y la libertad de culto.....	33
2.3 La garantía constitucional de la libertad de religión.....	36

CAPÍTULO III

3. La libertad de culto, la religión y su función social.....	39
3.1 Definición del concepto de religión.....	39
3.2 Síntesis de la evolución del concepto de religión.....	41
3.3 Regulación legal de la libertad de culto en la legislación guatemalteca...	47
3.4 Límites y alcances de la libertad de culto.....	51
3.5 La etapa de la adolescencia como limitante a la libertad de la religión....	55

CAPÍTULO IV

4. La contradicción entre la patria potestad y el interés superior del niño en torno a la libertad de culto de la niñez.....	59
4.1 El interés superior del niño: definición, regulación jurídica, características	

	Pág.
y su función social	59
4.2 Derechos del núcleo duro.....	66
4.3 El interés superior del niño como parte interpretativa.....	68
4.4 Análisis de la convención internacional sobre los derechos del niño en relación al interés superior del mismo.....	69
4.5 Características del principio interés superior del niño.....	74
4.6 ¿Qué institución jurídica debe prevalecer al contraponerse la patria potestad y el interés superior del niño cuando los derechos civiles del menor y/o adolescente están en peligro de ser violentados?.....	77
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89

INTRODUCCIÓN

A menudo cuando los padres profesan diferente religión, la opinión del joven y/o adolescente no es tomada en cuenta, en lo referente a expresar su libertad de culto. Pues dentro de tantos casos similares, se dio en Guatemala que, el padre y la madre eran de diferente credo religioso, dividiéndose a su menor hijo entre el culto de una iglesia y otra respectivamente, al cabo de unos años cuando el menor tenía entre 12 a 13 años, uno de los padres se convirtió a la religión del otro, quedando el menor obligado a asistir al culto escogido por sus padres aún sin ser el de su predilección. Siendo esta la motivación que me llevó a investigar sobre las contradicciones que existe entre el ejercicio de la patria potestad y el derecho a la libertad de culto del menor.

Es así como la hipótesis se sustenta en lo siguiente: en caso de existir contradicción entre la patria potestad y el interés superior del niño y/o adolescente entorno a la libertad de culto, la legislación actual no es clara en indicar a favor de quien debe resolverse. Por lo que considero que dicha minoría debe graduarse y legislarse al respecto. Como objetivo se persigue establecer la contradicción existente entre la patria potestad y el interés superior del niño en cuanto a la libertad de culto del menor, en la sociedad guatemalteca.

La legislación actual en materia de libertad de religión de los menores de edad es muy escueta, lo que cimienta una contradicción a los derechos consignados en la Carta Magna. Esto debido a la falta de claridad legislativa y al desconocimiento o inexistencia de líneas limítrofes entre principios jurídicos e instituciones jurídicas, la religiosidad y la moral. Fundamentándose el presente trabajo en lo anteriormente expuesto y en una realidad desde todo punto de vista evidente, la interposición de creencias y la imposición de dioses y/o rituales constituye un fenómeno social de carácter global, limitándose casi universalmente por quienes ejercen la patria potestad los principios elementales de Libertad e Interés Superior del Niño y/o adolescente.

En el primer capítulo se desarrolla lo concerniente a la patria potestad, institución

elemental dentro del llamado Derecho de Familia, tema principal dentro de esta investigación; en el capítulo segundo se realiza un análisis del marco jurídico normativo en materia de libertad de culto, Artículo 36 de la Constitución Política de la República de Guatemala, Artículos 13 y 14 de la Convención Internacional Sobre Derechos del Niño, a manera de entrelazar ambos cuerpos legales vigentes y encontrar las respuestas a las interrogantes planteadas en ese apartado; en el tercer capítulo se desarrolla lo concerniente a la libertad de culto, la religión y su función social; elementos de la libertad de culto, sus límites y alcances y su función social; finalizo con el capítulo cuatro, en el cual se describe lo relativo a la contradicción entre la patria potestad y el interés superior del niño y/o adolescente en torno a la libertad de culto del menor, abarcando para su desarrollo temas como: Interés superior del niño, regulación legal de la libertad de culto en la legislación guatemalteca, qué institución jurídica debe prevalecer al confrontar la patria potestad y el interés superior del niño cuando los derechos humanos del menor están en peligro de ser violentados, el interés superior del niño como límite al ejercicio de la patria potestad.

En el desarrollo de la presente investigación se utilizó: el método sintético, para entrelazar cada una de las instituciones principales del presente estudio y determinar la naturaleza autónoma de cada una; el analítico, en el desarrollo de los capítulos, en la asignación de subtítulos, en general para darle la concordancia lógica a cada tema; y el deductivo, para la comprobación de la hipótesis, tomando en consideración aspectos doctrinarios y jurídicos. Las técnicas de las cuales me auxilié fueron: La lectura y recopilación de información bibliográfica, fichero bibliográfico.

Pretendo que este aporte doctrinario sea de utilidad para la población guatemalteca, ya que en el se describen aspectos importantes que los padres en ejercicio de la patria potestad deben tomar en consideración para inculcar en el menor los valores religiosos y permitir luego de que estos al alcanzar cierto grado de madurez elijan el culto de su preferencia, pues es su derecho humano de libertad de religión.

CAPÍTULO I

1. De la patria potestad

Es una Institución jurídica por medio de la cual los padres asumen la dirección y asistencia de sus hijos menores en la medida que reclamen las necesidades de éstos.

También puede decirse que es el conjunto de facultades, derechos y obligaciones que tiene un padre, concedido por la ley para la protección y educación de sus hijos menores, así como la administración de sus bienes si los tuvieren.

Para poder decir que conocemos sobre un tema no basta con una definición, por lo cual trataré de adentrarnos un poco en esta institución.

1.1 Historia, definición, origen y características de la patria potestad.

Esta institución, fundamental en el derecho de familia tiene su origen en Roma, en donde el *pater familias* era el hombre de sexo masculino mayor en el hogar romano. Es un término latino para designar al padre de la familia.

El poder del *pater familias* era llamado patria *potestas*, patria potestad en español, o *paternal power* en inglés. La *potestas* (*potestas* o *poder*) es distinta de la *autoritas*, que también es tenida por el pater. Bajo la Ley de las XII Tablas, el *pater familias* tenía *vitae necisque potestas* el poder de la vida y de la muerte sobre sus hijos, su esposa, y sus esclavos, de todos los cuales se decía que estaban *sub manu*, bajo su mano: “Para que un esclavo se convirtiera en un ciudadano libre, tenía que ser liberado fuera de la mano del *pater familias*, de ahí los términos *manumissio* y *emancipatio* por ley, en cualquier circunstancia, su palabra era absoluta y final. Si un hijo no era querido, bajo la ley de la República Romana el *pater familias* tenía el poder o potestad para ordenar la muerte del niño por exposición”.¹ También tenía el poder para vender a sus hijos como esclavos:

¹ Fernández, Eusebio, **Teoría de la justicia y derechos humanos**, pág.15

“la ley romana preveía, sin embargo, que si un hijo era vendido como un esclavo tres veces, dejaba de estar sujeto a la *patria potestas*. El *pater familias* tiene el poder de aprobar o rechazar matrimonios de sus hijos e hijas; sin embargo, un edicto del Emperador romano *Caesar Augustus* indicaba que el *pater familias* no pudiera negar ese permiso levemente”.²

Sólo un ciudadano romano disfrutaba del status de *pater familias*. Sólo podía haber un hombre ejerciendo el oficio dentro de un hogar. Aún los hijos varones adultos seguían estando bajo la autoridad de su padre mientras éste viviera, y no podían adquirir los derechos de un *pater familias* mientras que éste todavía vivía; al menos en teoría legal, toda su propiedad era adquirida a cuenta de su padre, y él, no ellos, tenía la autoridad última para disponer de ella. Quienes vivían en su propia casa a la muerte de su padre adquirirían el status de *pater familias* sobre sus respectivas casas.

Con el tiempo, la autoridad absoluta del *pater familias* tendió a debilitarse, y derechos que teóricamente existían no eran aplicados ni se insistía en ellos.

Era una institución del derecho civil, que significó el poder del jefe de familia (*pater*), varón vivo más antiguo de la familia, por vía masculina, que importaba un conjunto de derechos sobre la persona y bienes de los *filius*, con pocas obligaciones.

Se entendía por *filius* no solo los hijos del *pater* sino también los nietos o bisnietos bajo su autoridad. Sólo podía ejercerla un ciudadano romano sobre otro ciudadano romano.

La familia siempre ha sido el núcleo de la sociedad, por ello se tendía a considerar que el hombre de la casa fuere el rey de un pequeño reino llamado familia.

Dado a la infinidad de definiciones de la palabra familia: "el caballero de *Jaucourt*, en la Enciclopedia, trató de condensarlos o reunirlos. Para él, la familia es una sociedad

² Fichte, Johann Gottlieb, “**Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos**”, traducción de Faustino Oncina Coves, pág. 74.

doméstica que constituye el primero de los estados accesorios y naturales del hombre”³. En efecto, una familia es una sociedad civil establecida por una naturaleza: esta sociedad es la más natural y la más antigua de todas, sirve de fundamento a la sociedad nacional.

En relación a las fuentes de esta institución se entiende por aquellos modos naturales, o creados por la ley, que la legislación romana reconoció como susceptibles de crear este vínculo. En el derecho moderno dicha concepción no ha cambiado pues en relación a la Patria Potestad puede afirmarse que emana de la ley, y particularmente en Guatemala en el Artículo 252 del Código Civil guatemalteco.

Los hijos procreados en justas nupcias: En esta etapa son sometidos a este poder los hijos legítimos, o sea los nacidos de justas nupcias, y también el resto de los descendientes nacidos de sus hijos varones. Para determinar si un hijo ha sido concebido dentro de las justas nupcias, establecieron una presunción sin admitir prueba en contrario (*iuris et de iure*) que determinó que el plazo mínimo de un embarazo era de 180 días y el máximo de 300.

En la legislación guatemalteca actualmente se toma en cuenta dichos parámetros en relación a la presunción de paternidad en el Artículo. 222 del Código Civil guatemalteco.

Según los romanos, la maternidad era indiscutible, pero el padre era simplemente el que estaba casado con la madre. Por lo tanto, el matrimonio debería haberse configurado en los períodos en cuestión, para que pudiese alegarse la paternidad, de lo contrario, éste podría impugnarla. Otro supuesto sería probar no haber tenido relaciones sexuales con su esposa en esos períodos (casos de ausencia o enfermedad): “Era necesario tener la condición de ciudadano romano para ejercer la patria potestad, la legislación romana, para favorecer esta institución, la concedió en

³ Diderot, Dennis, “**La enciclopedia**”, Traducción por Jesús Torbado, pág. 194

ciertos casos particulares. Cuando un liberto no cumplía los requisitos impuestos por la ley *Aelia Sentia*, siendo manumitido antes de los 30 años, no adquiría la condición de ciudadano romano. Si este liberto se casaba con una ciudadana romana, no era considerada esa unión como justas nupcias, y por lo tanto los hijos concebidos no estaban bajo su patria potestad⁴. En tales condiciones, se permitió al padre obtener la ciudadanía romana, y por consiguiente la potestad sobre sus hijos, si se presentaba al cabo del año de nacido el hijo, ante el magistrado, probando la existencia del vínculo matrimonial y del hijo nacido de dicha unión.

El ciudadano romano que contraía por error matrimonio con una no ciudadana, ignorando esa situación, probado tal situación, se le permitió que la esposa adquiriera la ciudadanía romana y el hijo concebido de dicha pareja, estuviera bajo la potestad paterna. También si la situación era inversa, es decir, la mujer, ciudadana y el hombre no, desconociendo tal circunstancia, se tomó la misma solución que en el caso anterior.

La legitimación fue otra forma de adquirir la patria potestad, en este caso, sobre los hijos nacidos de concubinato quedaban fuera de la posibilidad de legitimación los hijos adulterinos e incestuosos. Para que se produjera la legitimación que equiparaba a estos hijos naturales a los legítimos, se requería el consentimiento del legitimado, que en caso de no poder hacerlo por su corta edad, debía ratificarla posteriormente.

Los medios otorgados por la ley para que sea válida la legitimación, fueron: el matrimonio subsiguiente de los padres, la *oblación a la curia* (consiste en que el padre que desea legitimar al hijo, le ofrece en la curia de su pueblo natal para desempeñar el cargo de decurión) o el *rescripto del emperador*. El primer caso exigía que no existieran impedimentos matrimoniales al momento de la concepción del hijo. Si en este caso los padres contraían matrimonio, el hijo quedaba equiparado totalmente al hijo legítimo.

4

wikipedia.org/wiki/Pater_familias.http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secundarsmira*/Patria_Potestas.html (ví junio 11 de 2009).

La *oblación a la curia* significaba ofrecer un hijo natural para desempeñarse como decurión (decurión equivalía a cabo o a jefe de 10 soldados). O casar a la hija natural con un *decurión*. Los *decuriones* tenían la función, entre otras, de recaudar impuestos. Esta tarea tenía pocos candidatos dispuestos a ejercerla, ya que debían responder personalmente en caso de que no pagaran los contribuyentes. Esta forma de legitimación creaba un vínculo civil, entre el padre y el hijo, pero este último no era pariente civil de los demás parientes del padre.

Durante el mandato del *emperador Justiniano* surgió una nueva forma de legitimación, para aquellos casos en que no pudiera darse el subsiguiente matrimonio de los padres, por existir algún impedimento. La legitimación por *rescripto imperial*, o sea concedida por el emperador, a pedido del padre por presentación directa o por disposición testamentaria, tenía como único requisito, que el padre natural no poseyera hijos legítimos. Si el padre no los hubiera legitimado en el testamento, pero los hubiera instituido herederos, los propios hijos podían solicitar la legitimación pues se suponía que esa era la voluntad del testador, esta forma de legitimación equiparaba en todos sus efectos al hijo natural con los hijos legítimos.

La adopción, significaba, introducir al adoptado a la familia y crear un vínculo de patria potestad sin la existencia de un vínculo de sangre. Dentro de la adopción cabía distinguir la adopción de un *alieni iuris*, o sea de una persona que ya estaba bajo el poder de un *pater* y pasaba a depender de otro y la *adrogación*, más antigua que la adopción propiamente dicha, el cual era el nombre que recibía la adopción de los *sui iuris* (ósea persona no sujeta a otra patria potestad), obedecía a la forma primitiva en que el pueblo romano autorizaba la constitución de esa institución.

Para ser adoptante, se requería ser capaz, debiendo para ello ser un hombre *sui iuris* y ciudadano romano. No podían adoptar los tutores y curadores a sus pupilos mientras estos fueran menores de 25 años. Las mujeres no podían adoptar, pero sí ser adoptadas. Tampoco podían hacerlo los menores de 18 años, ni los castrados.

Para que se operara la adopción, el padre originario vendía ficticiamente a su hijo al adoptante, mediante tres *mancipaciones* (medio solemne y privado de transmisión del dominio mediante el procedimiento del cobre y la balanza). Las dos primeras compraventas eran lógicamente seguidas de manumisión, para que acto de compra venta pudiera volver a efectuarse. En el caso de hijas y nietos, bastaba una sola mancipación.

Luego de la última venta el hijo no quedaba bajo la patria potestad del nuevo *pater*, sino en *mancipium*, otra potestad inherente al *pater*. Para lograr la patria potestad, se requería entonces, que el *pater* adquirente, volviera a *remanciparlo* ficticiamente, para que no estuviera ya en *mancipium*.

En esa situación el *pater* adoptante intentaba contra el padre natural una reivindicación (acción por la cual se recuperaban las cosas robadas). Ante la falta de oposición del padre biológico el adoptivo adquiría la patria potestad, por decisión del magistrado. En época de Justiniano bastó con la presentación del padre adoptante, del padre biológico, y el adoptado, por la cual el primero manifestaba su decisión ante el magistrado y se labraba un acta ante el Juez. La adopción creaba un vínculo similar, entre padre e hijo, al derivado de la naturaleza, por lo tanto, se exigió que el adoptante fuera mayor que el adoptado por lo menos, en 18 años. En el derecho antiguo no se exigió el consentimiento del adoptado, lo que sí fue condición durante el derecho clásico.

Si la adopción fuera de un nieto, el abuelo que daba al nieto en adopción lo hacía por su propia voluntad sin ser necesario el consentimiento del padre de la persona a dar en adopción. En el caso de que el adoptante sea el abuelo, se requería la conformidad del abuelo y del padre adoptante.

El emperador Justiniano distinguió entre la adopción plena, que se daba en el caso de que el adoptante fuera a su vez ascendiente natural del adoptado, donde se producía la incorporación del adoptado bajo la patria potestad del adoptante, del caso de la adopción menos plena, o sea, cuando el adoptante fuera un extraño, el adoptado no

salía de la patria potestad con respecto a su padre natural. Sin embargo, tenía el adoptado derecho a concurrir a la sucesión intestada del padre adoptivo.

La adrogación era la incorporación a la familia de un *sui iuris*, o sea, de quien no estaba sometido a patria potestad. Fue de gran importancia pues este *sui iuris* al incorporarse como *alieni iuris* a otra familia, renunciaba a su propio culto familiar, para tomar el del adoptante, además de que se integraba con todas las personas que se hallaban bajo su propia potestad: “Además de los requisitos exigidos para la adopción, los pontífices debían realizar una investigación para determinar la causa por la que se efectuaba, que debía ser justa y beneficiar al adoptado. El *adrogante* debía tener al menos 60 años, y adquiriría la patria potestad sobre el *adrogado* y toda su familia”⁵.

- Facultades del *pater*.

En los primeros tiempos, su facultad era tan amplia que podía disponer totalmente de la persona y bienes de sus *filii*. Esta potestad fue moderándose muy paulatinamente en la República limitándose particularmente en la Roma imperial, y sobre todo bajo la influencia cristiana. A fines del siglo II, el *pater* sólo podía ejercer una facultad correctiva. Todo padre que diera muerte a un hijo, a partir del emperador *Constantino*, fue considerado parricida.

En ese sentido, en la actualidad normativa guatemalteca según lo estipulado en el Artículo 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala garantiza el derecho a la vida desde la concepción, y el Artículo 39 de la misma señala el derecho a la propiedad privada, el Artículo 267 del Código Civil guatemalteco Decreto Ley 106, contiene la prohibición de adquirir, directa o indirectamente, bienes o derechos del menor por quien ejerce la patria potestad, salvo el caso de la sucesión intestada el 254 nos indica, que comprende la patria potestad, y entre ellas señala la de representar legalmente al menor o incapacitado sujetos a esta; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios acorde con su edad y condición.

⁵ Pinto, Mónica, “**Temas de derechos humanos**”. pág. 36.

Al igual que los Artículos 264 bajo el enunciado Bienes de los hijos, que indica: “que los padres no pueden enajenar, gravar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer obligaciones que excedan los límites de la ordinaria administración” y el Artículo 265 del mismo cuerpo legal prohíbe a los padres dar en arrendamiento por más de tres años ni recibir rentas anticipadas por más de un año sin autorización judicial.

La posibilidad del padre, otorgada por la *Ley de las XII Tablas*, de vender al hijo, fue declarada ilícita por el emperador Caracalla, salvo por motivos de pobreza extrema. *Dioclesiano* y luego Constantino, lo prohibieron en cualquier caso, aunque este último emperador realizó una salvedad. Podía enajenarse el hijo si fuera recién nacido, en caso de padre indigente, pero reservándose la facultad de poder re-adquirirlo. Hasta el bajo Imperio era facultad del *pater* abandonar al *filius*, que podía vivir junto al que lo recogiera, como hijo o esclavo. Con Justiniano, el hijo abandonado adquiría la condición de libre y *sui iuris*. La potestad sobre los bienes de los hijos era total, ya que existía un solo patrimonio familiar del que el *pater* era titular. Durante el imperio, aparecieron los *peculios*, que eran bienes que se permitían fueran del hijo, quien los podía administrar.

Causa natural de extinción de la patria potestad era la muerte del *pater* o del *filius*. También la *capitis deminutio máxima* (pérdida de la libertad) de cualquiera de ellos extinguía el vínculo. Tenían esa consecuencia, además, la *capitis deminutio media* (pérdida de la ciudadanía) y la *capitis deminutio mínima* (pérdida de la calidad de *sui iuris*) ya sea por adopción o adrogación.

La emancipación fue otra causa de salir de la patria potestad que se realizaba haciendo ficticiamente, con la complicidad de un tercero, la triple venta exigida por la ley decenviral para perder la patria potestad. Al cabo de ellas, el padre lo readquiría y luego la *manumitía*, adquiriendo la calidad de *sui iuris*. Esto en el caso del varón, las mujeres para emanciparse, requería una sola venta. El emperador Anastasio simplificó este engorroso procedimiento, creando la *emancipación Anastasiana*, pudiendo otorgarse por rescripto imperial. La *emancipación* justiniana, finalmente permitió la emancipación con la simple declaración, de ambos interesados, ante un magistrado.

El espacio social de la patria potestad en la actualidad es la familia. Este entorno se concibe como un ámbito en el que se producen relaciones de consensos y desacuerdos, que acaban siempre por conducir a la aparición de diversas formas de dominación y de exclusión. La dote, el testamento, y el control sobre los bienes gananciales, son los fundamentos de una autoridad que se transmite siempre por vía masculina. Este espacio es en el transcurso del antiguo régimen una complejidad, que es analizable, por lo menos desde tres perspectivas:

a) La familia, como ámbito de lo privado, conforma y desarrolla un espacio físico que es la vivienda doméstica, y es en este espacio donde se proyecta el primer escalón del ejercicio del poder que define la patria potestad. Dentro del espacio doméstico, la autoridad paterna diseña y tolera una mínima división de las funciones que definen este espacio, y que principalmente son cinco: la función económica, la toma de decisiones, y el control de todo el patrimonio, corresponden al padre; la función doméstica, el trabajo y atención de la casa, corresponden a la madre; y la estrategia familiar, lo que define el comportamiento externo, económico y social de los miembros de la familia, también corresponde al padre, puede significarse que en el ámbito de lo privado la madre tiene una cierta autoridad; pero la proyección social de la familia siempre es derecho de la patria potestad.

b) La segunda perspectiva es la que define la familia como un espacio regulado por el Derecho. Este espacio se concibe formado por una comunidad extensa, desde el instante en que la reglamentación que se produce a lo largo de los tiempos modernos, institucionaliza formas de curaduría y de tutoría, que extienden en los países con reconocimiento de la patria potestad, caso de la mayoría del los Estados modernos la patria potestad, por línea masculina, a los abuelos y a los hermanos del titular, siempre que éste hubiera fallecido.

Si lo normal es el que nos hallemos ante familias de tipo nuclear, formadas por los padres y los hijos, la intencionalidad del derecho es perpetuar la institución de la patria

potestad, como forma de poder que diseña, controla, prohíbe, y en ocasiones permite, las actuaciones sociales y económicas de la mujer y de los hijos.

La familia, como espacio jurídico, limita su funcionalidad externa mediante tres controles que se establece desde su interior, y también desde su exterior: El primero, es el de la patria potestad. El segundo, es la legislación que produce el Estado en apoyo y fortalecimiento de la patria potestad; y el tercero, la conexión que se establece entre el poder estatal y el poder familiar, para formular la práctica del consentimiento.

Esta práctica es básica para comprender lo que desea en última instancia la coalición establecida históricamente entre la patria potestad familiar, y el poder real: producir una eficaz dominación y el sometimiento de la mujer y de los hijos. Pero, también, la ruptura de la práctica del consentimiento, lleva a los dominados, a los sometidos, a su exclusión forzosa del orden social establecido.

c) La última perspectiva es la que considera a la familia como un espacio sacralizado, como un espacio de moralización. La *sacramentalización* del matrimonio no fue una guerra fácil para la iglesia medieval; la aceptable institucionalización de la *barraganía*, que sería una institución próxima al matrimonio civil, y la también aceptable, por lo numerosa, práctica de los matrimonios clandestino (no regidos por la normatividad imperante), obligó en cierta manera al Concilio de Trento, a *sacramentalizar* una doble práctica del consentimiento; primero, el consentimiento libre de los cónyuges, que es principio de la indisolubilidad, lo que significa la preexistencia del consentimiento paterno, que se anuncia mediante moniciones públicas (texto breve que se lee en determinado momento del protocolo para la celebración de los actos religiosos. Llámese *liturgia*), con expreso llamamiento al consentimiento social. Si surge algún impedimento de la pública monición, el matrimonio no se celebra.

La iglesia también institucionaliza su consentimiento formal al exigir la presencia de un sacerdote y dos testigos y al separar temporalmente las celebraciones de la boda y de la velación, según la terminología de la época, y que hacen referencia a la celebración

matrimonial *in facie ecclesiae*, y a la recepción de las bendiciones nupciales. Una vez casados y velados se consiente en la consumación del matrimonio y el compartir mesa, casa y cama; pero cuando falta *la velación* se deja la puerta abierta a la posibilidad de un divorcio extraño, puesto que el matrimonio no se ha consumado, y como no lo ha unido Dios, sí lo puede separar el hombre.

Las relaciones entre los miembros que componen la familia se desarrollan a lo largo de la edad moderna en ese triple conjunto, que compone un sistema, y que funciona siempre gracias a la especialización. Historiadores del derecho y también los historiadores modernistas vinculados a la investigación sobre la familia, están de acuerdo en el reconocimiento de la práctica del consentimiento, y en la consideración de que la familia, además de ser un espacio al que se pertenece de derecho por los lazos de sangre, por la adopción, y por la legitimación, es también un espacio económico. La familia, es también un patrimonio, el patrimonio tiene una vida que supera la duración de la vida de la sociedad familiar.

1.2 Definición y origen del vocablo patria potestad.

Su origen en el Derecho Romano (en latín, *Patria potestas*), poder absoluto e indefinido del padre exclusivamente (*pater familias*) sobre los hijos.

Patria = *Pater* = Padre.

Potestad = *Potestas* = Poder o autoridad ejercida o por ejercer.

Constituye una relación paterno-filial que consiste en un régimen de protección de los menores, donde se encomienda la protección de éstos a sus padres.

La patria potestad no deriva de la institución matrimonial, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones naturales paterno filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él.

Es la institución jurídica por medio de la cual los padres asumen la dirección y asistencia de sus hijos menores en la medida que reclamen las necesidades de éstos.

Es el conjunto de facultades, derechos y obligaciones que tiene un padre, concedido por la ley para la protección y educación de sus hijos menores, así como la administración de sus bienes si los tuvieran. “Es, más que todo, una función eminentemente tuitiva, concedida por la ley al padre y a la madre para el debido cuidado y orientación de los hijos y para la correcta administración de los bienes de éstos”⁶.

La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos que no hayan alcanzado la mayoría y de los hijos mayores que hayan sido declarados en estado de interdicción, que tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos. De manera que la patria potestad va a comprender la guarda, representación y la administración de los bienes de los hijos sometidos a ella.

Las características de la patria potestad son: “Se aplica exclusivamente como un régimen de protección a menores no emancipados. Es obligatoria, pues los padres tienen la patria potestad a no ser que la misma ley los prive de la patria potestad o los excluya de su ejercicio. Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio”⁷.

La patria potestad es un régimen de protección que ofrece las mayores garantías de protección de los menores no emancipados porque cuenta con el concurso de los protectores naturales de éstos. Es tutelada por la ley, por lo tanto el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita.

⁶ Puig Peña, “Derecho civil español”, pág. 181

⁷ Velásquez, Mario Alexander, “Análisis de los casos de separación, suspensión y pérdida de la patria potestad y su correcta aplicación”.pág.6.

La patria potestad es irrenunciable y en todas las cuestiones relacionadas con el estado civil y el derecho de familia, sólo son válidas las convenciones expresamente autorizadas por la ley, de manera que las que no se amparan en las normas jurídicas conducentes, adolecen de nulidad. Esto significa que en tales casos, no existe ni funciona el principio de la autonomía de la voluntad, que opera en el derecho civil. Constituye una labor gratuita, porque es un deber natural de los padres.

Naturaleza Jurídica de la patria potestad es la de ser una función eminentemente tuitiva, ósea concedida por la ley al padre y a la madre para el debido cuidado y orientación de los hijos y dar la correcta administración de los bienes de éstos.

La patria potestad ha quedado enmarcada en un conjunto de preceptos normativos, que tiene una señalada y acusada naturaleza de orden público en razón de la debida protección que necesitan y merecen las personas que no pueden valerse por sí mismas, específicamente los hijos menores de edad.

Conforme lo dispone la legislación guatemalteca, la titularidad de la patria potestad corresponde tanto al padre como a la madre. En el caso de que el menor haya sido adoptado le corresponderá al adoptante o adoptantes. En el matrimonio o unión de hecho, la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre, la representación del menor o incapacitado y la administración de sus bienes la tendrán ambos.

El concepto de representación implica la dirección, representación propiamente dicha y defensa de los hijos menores, tanto en juicio como fuera de él.

1.3 Derechos, obligaciones, suspensión y pérdida de la patria potestad

A los padres les corresponde la obligación legal de cuidar y sustentar a sus hijos, educarlos y corregirlos. Representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil, administrar sus bienes.

Si los padres fueren menores de edad, la administración de los bienes de los hijos será ejercitada por quien tuviera la patria potestad o la tutela sobre el padre.

La patria potestad sobre el adoptado la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado. Los padres no pueden gravar ni enajenar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de su ordinaria administración los padres no pueden celebrar contratos de arrendamiento por más de tres años, ni recibir la renta anticipada por más de un año, sin autorización judicial.

Quien ejerza la patria potestad no puede, salvo los casos de sucesión intestada, adquirir bienes o derechos del menor. Los padres deben entregar a los hijos cuando estos lleguen a la mayoría de edad, los bienes que le pertenezcan y rendir cuentas de su administración.

En relación a los hijos: Según la legislación guatemalteca, los hijos menores de edad deben vivir con sus padres, no pudiendo sin permiso de ellos, dejar la casa paterna o materna; los hijos mayores de catorce años tienen capacidad para contratar su trabajo y percibir la retribución convenida, los hijos aún cuando sean mayores de edad, y cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y están obligados a prestarles asistencia en todas las circunstancias de la vida.

- Suspensión y pérdida de la patria potestad.

La patria potestad por ser una función tuitiva, como resulta lógico los lineamientos generales están plasmados en la ley como un medio de control de tan importante labor, teniendo la característica de ejercitarse tales controles sobre quien la ejerce, protegiendo por ende a la parte más débil de la relación.

La palabra suspensión proviene del latín *Suspensio* y significa acción y efecto de suspender dejar sin efecto. Al hablar de suspender nos referimos a la pérdida pero de forma temporal, es decir no definitiva de la patria potestad, por lo que nos referimos a

causas que pueden ser reparadas o subsanadas por parte del progenitor que cometa el error, por lo que es una sanción intermedia, el Decreto Ley 106, Código Civil, nos establece en su Artículo 273, cuales son las causas específicas por las que se puede suspender la patria potestad: por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente; por interdicción del mismo; ebriedad consuetudinaria; uso indebido y constante de drogas estupefacientes; tener el hábito del juego, uso constante de drogas; ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente.

Cuando hablamos de ausencia, el código civil nos explica que: “es ausente la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio en ella. Se considera también ausente, para los efectos legales, la persona que haya desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora”⁸.

Respecto de quien puede solicitar la declaratoria de interdicción, la legislación guatemalteca establece que cualquier persona capaz o Procuraduría General de la Nación puede enunciar la ausencia. Con esta denuncia, y luego del proceso respectivo, el juez declarará la ausencia. Declarada la ausencia, la suspensión de la patria potestad será por lógica decretada, ya que al no encontrarse la persona encargada de ejercerla, pues obviamente debe de encontrarse la persona idónea para cumplir con esta función.

Pueden ser declarados en estado de interdicción los que tienen enfermedad mental que les dificulta el discernimiento, las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o estupefacientes, se exponen ellas mismas o exponen a sus familias a graves perjuicios económicos.

“Las personas al ser declaradas interdictos, pierden su capacidad de ejercicio y el juez nombra a una persona para que se haga cargo de la administración de sus bienes y en su caso del cuidado de la persona, por lo que es materialmente. Imposible que una persona en este estado tenga la posibilidad de poder administrar los bienes o de cuidar

⁸ Art. 42, **Código Civil guatemalteco**, decreto ley 106, 1963

a otra persona”⁹.

Otra causa legal de suspensión de la patria potestad es la ebriedad consuetudinaria. En este caso, debe ser comprobada la rutinaria ebriedad de la persona que tiene la patria potestad, y es conocido que un problema que sufre la sociedad, sobre todo la guatemalteca, es los problemas familiares que genera el alcoholismo y que esto conlleva ya sea a la mala utilización de los bienes del menor, que pueden ser utilizados para comprar bebidas, así como el maltrato del que pueden ser víctimas los menores, incluso casos de violaciones como efecto de este flagelo.

Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes. Cuando una persona tiene el hábito del juego, se vuelve adicto a las apuestas, por lo que se encuentra en constante peligro el patrimonio y la formación integral del menor, ya que la persona puede utilizar en cualquier momento el dinero y bienes para pagar deudas de juego o bien para apuestas; con respecto al uso de drogas, pues es ampliamente conocido el problema que esto genera y como se explicó con el uso de alcohol, se considera en relación al tema según el licenciado Mario Vásquez que: “es un problema muy difícil de dimensionar, pues puede ocasionarse desde mala administración de bienes, hasta el maltrato o violaciones por parte de los progenitores al no encontrarse en pleno dominio de sus facultades mentales”¹⁰.

La palabra perdida se origina del latín tardío *perdīta*, significa pérdida o carencia, y lo podemos entender como la privación de lo que se poseía. En lo que respecta a la pérdida de la patria potestad debemos entenderla como definitiva, en comparación a la suspensión, y, por lo consiguiente, las causas que la provocan son de mayor magnitud que las que originan la suspensión.

El código civil guatemalteco señala, como causales de pérdida de la patria potestad las siguientes: Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza

⁹ Vásquez, Mario. **Ob. Cit.** Pág. 3

¹⁰ *Ibíd.* Pág. 20

excesiva en el trato a los hijos o abandono de sus deberes familiares; Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptos; Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos; Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos; Por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito; Por haber sido adoptado el hijo por otra persona.

Señala el mismo cuerpo legal que, solo mediante resolución judicial se pueda restituir al padre o a la madre en el ejercicio de la patria potestad en los siguientes casos: Cuando la causa o causas de la suspensión o pérdida hubieren desaparecido y no fueren por cualquier delito contra las personas o los bienes de los hijos; Cuando en el caso de delito cometido contra el otro cónyuge, no haya habido reincidencia y hubieren existido circunstancias atenuantes; Cuando la rehabilitación fuere pedida por los hijos mayores de 14 años o por su tutor.

1.4 Funciones principales de la patria potestad: personales y patrimoniales

Podemos afirmar que la patria potestad tiene como función principal, mediante la obligatoria tutela del estado, garantizar a los menores de edad y a los mayores interdictos sometidos a esta, una existencia digna que garantice su desarrollo integral, procurando su bienestar sobre el soporte legal adecuado velando por el cumplimiento y respeto a sus derechos. Reconociendo el interés superior del niño como principio fundamental.

Autores especializados coinciden en incluir una serie de funciones, prerrogativas y relaciones que informan el ejercicio de la autoridad de los padres. A las funciones expositivas, se les ha dividido en funciones personales y funciones patrimoniales, enmarcando derechos y deberes, siempre respecto de la persona del hijo menor de edad o declarado en estado de interdicción.

Dentro de las funciones personales de la patria potestad el quehacer del sujeto activo

de la patria potestad (padres de familia) se ejerce directamente sobre la esfera personal del sujeto pasivo (menor sujeto a esta), pudiéndose mencionar dentro de estas, las funciones siguientes:

Custodia como función de la patria potestad. Bajo este término, queda comprendidas las funciones de guarda y dirección de la vida del hijo menor de edad a medida que van adquiriendo una mayor autonomía personal. La guarda se ha caracterizado como: el poder de los padres de tener a los hijos consigo, que se traduce en la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar.

En este sentido, la guarda juega un rol activo en el ejercicio de la patria potestad, pero no autónomo, sosteniéndose que es el aspecto material por excelencia para que dicho ejercicio pueda desarrollarse armónicamente, y así, la ley otorga esta facultad en función del cumplimiento del deber de educación, es el gran deber que preside las relaciones entre padres e hijos (La guarda de menores).

Este carácter material de la guarda, la convierte en un derecho-deber dinámico, pues ésta puede ser delegable en terceros, si coadyuva al cumplimiento del fin superior. El derecho comparado ofrece diversos ejemplos de este carácter, cuyos extremos están representados en la autorización para salir del país, que exige la concurrencia de la voluntad de los titulares de la patria potestad, y el libre consentimiento manifestado, que requiere en la generalidad de las legislaciones, la intervención de la autoridad judicial o administrativa que garantice su observancia.

La delegabilidad de la guarda está rodeada de garantías para su efectividad, Por ejemplo: Si ocurre que el hijo abandona voluntariamente el lugar donde debe estar su residencia, las leyes prevén el recurso judicial para lograr el reintegro del hijo escapado, si éste carece de justificaciones para tal alejamiento, Las mismas garantías organiza la ley, cuando los padres pierden la patria potestad y sin consentimiento de aquel de quien la posee, extrae de su poder al menor en este caso, la ley penal castiga la sustracción del hijo e inclusive cuando esta circunstancia ha sido provocada por el padre que

detenta la tenencia del hijo.

La facultad de direccionamiento del hijo se compone de elementos educativos y de vigilancia, consistente en preparar y guiar al hijo durante el progresivo contacto con el medio social: elección de las amistades, de los círculos personales, del cuidado de la salud, etc.

Al asignar responsabilidades a los padres, la ley reconoce la autoridad de éstos para ejercer el control sobre las elecciones diarias de sus hijos (creencias religiosas, vestimenta, elección de colegios, actividades extracurriculares, participación en organizaciones estudiantiles, etc.

Cuando el ejercicio de esta facultad ha sido generador de conflictos, los jueces progresivamente han deslindado su correcta aplicación de los abusos que éste puede acarrear, como corolario del proceso que ha ido debilitando la esfera de clausura íntima que antaño poseía la familia.

A la guarda y al direccionamiento del hijo se lo ha acompañado con el poder de corrección, en una suerte de refuerzo de la autoridad.

La función personal de la patria potestad, denominada asistencia. Alude a los deberes alimentarios en sentido amplio, pues abarca los gastos derivados de la alimentación, la vestimenta, la vivienda, la recreación, los traslados dentro y fuera de la localidad donde vive el hijo menor, los tratamientos médicos, la educación, etc. “A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”¹¹. Se trata de una obligación unilateral de parte de los padres, pues no reconoce extensión recíproca al hijo menor de edad no emancipado, aunque estimamos que si los hijos ejercen

¹¹ Artículo 27 núm. 2.”**Convención sobre los Derechos del Niño**”, Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

profesión o realizan tareas en relación de dependencia remuneradas contrato de trabajo en actividad honesta, pueden ser obligados a asistir económicamente al padre que alegue imposibilidad de allegar recursos con su trabajo.

La importancia dada a este deber en las legislaciones de América reconoce el derecho a reclamar por parte de un tercero los alimentos que hubiese suministrado al hijo menor ante una necesidad urgente que los padres no pueden satisfacer en lo inmediato, inclusive cuando esta situación fuese provocada por la conducta del alimentado.

La educación: es una función de suma importancia, pues este término comprende extensivamente el desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del hijo menor de edad, el deber de inculcarle el respeto por los derechos humanos, su identidad cultural, los valores de su comunidad, el respeto al medio ambiente, y prepararlo para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena los padres están obligados a procurar la instrucción elemental de sus hijos, lo cual es obligación por imperativo legal de quien ejerce como sujeto activo la institución de la patria potestad.

Cabe preguntarse si este deber-derecho de los padres cesa una vez concluida la educación primaria. Se ha señalado en este sentido que el mismo persiste como exigencia hacia el hijo de proseguir con los estudios y de elegir una carrera o profesión, sin que estas decisiones sean revisables judicialmente mientras se mantengan dentro de límites razonables. Algunas legislaciones regionales imponen la obligación de los padres de sostener los estudios superiores de los hijos, aún después que éstos hayan alcanzado la mayoría de edad.

Cierta controversia gira alrededor de la educación religiosa de los hijos, más precisamente, la imposición del culto de los padres a los hijos. Si bien debe admitirse una influencia de los padres en la formación espiritual del hijo durante los primeros años

de su socialización, el límite a esta potestad nace con la propia determinación del hijo al alcanzar un nivel de madurez que según nuestra opinión y la legislación vigente debería regularse como un tipo de capacidad relativa, lo que viene a ser una laguna legal que debe subsanarse.

Al respecto, en la Convención Sobre los Derechos del Niño se expresa en su Artículo número 1. “Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”. Artículo. 2 que en su parte conducente manifiesta: “Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres...de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”. Los castigos corporales. Debe quedar claro que aunque se reconoce el derecho de corregir, esto no implica que en el ejercicio de tal derecho se inflijan a los menores actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psicológica o que impliquen actos de violencia familiar. El ejercicio moderado de la corrección de los hijos ha recibido consagración legislativa en diversas leyes de la región.

La representación legal de los padres en algunos casos suple el consentimiento del hijo, como la aceptación de una herencia, o la autorización para egresar del país, y en otros supuestos lo integra a través del asentimiento, como, por ejemplo, cuando contrae matrimonio; cuando el conflicto de intereses entre los padres y su hijo, las leyes apartan a los primeros de su representación legal, acudiéndose a la figura del tutor especial, sin que ello importe afectar el ejercicio de la patria potestad en todo aquello no vinculado al asunto en conflicto.

En relación a las funciones patrimoniales de la institución en mención. Cabe señalar que los padres son los responsables de administrar, en sentido amplio, los bienes que los hijos obtienen durante su menor edad, siempre en su nombre y beneficio. La doctrina especializada coincide en señalar que esta función participa de la naturaleza jurídica del mandato, con las excepciones que las diversas legislaciones establecen respecto de este contrato, como ser su fuente legal pues les corresponde asumir la administración de pleno derecho, o la obligación de rendir cuentas. Inclusive.

Los actos que en ejercicio de este deber pueden otorgar los padres, pueden ser clasificados en conservatorios, de administración y de disposición. La distinción importa, por cuanto el tipo de acto que se trate requerirá mayores condiciones para su otorgamiento y consecuente validez.

Actos conservatorios sobre los bienes del menor o incapacitado: Consiste esta función, en operaciones tendientes al mantenimiento en buen estado de los bienes del hijo, se trate de su reparación, o la enajenación de bienes perecederos sin que importe su comercialización, acciones judiciales que interrumpen plazos de prescripción, la aceptación de una donación no sujeta a cargo oneroso o prestación.

En síntesis, son los dirigidos a la preservación del patrimonio del hijo. En los sistema que contemplan el ejercicio conjunto de la patria potestad, los actos conservatorios pueden ser otorgados indistintamente por cualquier padre, en primer lugar porque no implica detrimento de los bienes del hijo, y en segundo lugar, para garantía de los terceros que contratan con los padres, interesados en la validez del negocio jurídico que celebran.

Actos de administración en el ejercicio de la patria potestad: Son aquellos que tienen por finalidad hacer rendir al patrimonio del hijo los frutos y utilidades que corresponde de acuerdo a su cuantía y valor, e inclusive, incrementarlo. Estos actos pueden consistir en inversiones sin riesgo, depósitos en cuentas bancarias, locación de las cosas del hijo, enajenaciones propias del giro comercial, mejoras en los bienes inmuebles.

Los actos pueden ser clasificados en: conservatorios, de administración y de disposición. La distinción importa, por cuanto el tipo de acto que se trate requerirá mayores condiciones para su otorgamiento y consecuente validez.

Actos conservatorios sobre los bienes del menor o incapacitado: Consiste esta función, en operaciones tendientes al mantenimiento en buen estado de los bienes del hijo, se trate de su reparación, o la enajenación de bienes perecederos sin que importe su

comercialización, acciones judiciales que interrumpen plazos de prescripción, la aceptación de una donación no sujeta a cargo oneroso o prestación.

Puede decirse que son los dirigidos a la preservación del patrimonio del hijo, en los sistemas que contemplan el ejercicio conjunto de la patria potestad, los actos conservatorios pueden ser otorgados indistintamente por cualquier padre, en primer lugar porque no implica detrimento de los bienes del hijo, y en segundo lugar, para garantía de los terceros que contratan con los padres, interesados en la validez del negocio jurídico que celebran.

Actos de administración: Son aquellos que tienen por finalidad hacer rendir al patrimonio del hijo los frutos y utilidades que corresponde de acuerdo a su cuantía y valor, e inclusive, incrementarlo. Estos actos pueden consistir en inversiones sin riesgo, depósitos en cuentas bancarias, locación de las cosas del hijo, enajenaciones propias del giro comercial, mejoras en los bienes inmuebles de los hijos, adquisición en su nombre de bienes o derechos por el principio de subrogación real, aceptar herencias o legados.

En aquellas legislaciones que reconocen el ejercicio común de ambos padres, los actos de administración deben ser otorgados conjuntamente. Es criterio general de las leyes en la materia, excluir a los padres de la administración respecto de ciertos bienes adquiridos por el hijo. Fuera del caso de pérdida de la administración por mal desempeño de la misma, se pueden identificar algunos casos típicos de exclusión:

a) Bienes transmitidos al hijo a título gratuito, cuando por cláusula del disponente los padres son expresamente separados de la administración de esos bienes. Así, una herencia, un legado o una donación pueden ser transmitidos bajo la condición de no ser administrados por los padres.

b) Bienes que recibe el hijo por sucesión, a causa de la indignidad o desheredación de uno o ambos padres. En Guatemala el ejercicio de la patria potestad no obsta para que

pueda disponer sin autorización judicial de los bienes de menores e incapaces por parte de quien la ejerza. Esto denominado según la doctrina actos de disposición, los que disminuyen el patrimonio de una persona, o tienden a comprometer su contenido. Una compra venta es ejemplo del primer caso, y los derechos reales de garantía, del segundo. La trascendencia de los mismos ha provocado que la ley rodee su celebración de las mayores garantías: intervención conjunta de los padres, autorización judicial, y en varias legislaciones, probar la necesidad o ventaja en la realización del acto de disposición.

En relación a los frutos de los bienes de los hijos, el ejercicio del deber de administración requiere una consideración particular, pues se observan dos tendencias manifiestas en el continente americano. Tradicionalmente, los padres han aprovechado los frutos, naturales, civiles o industriales, de los bienes de los hijos, en contraposición con los productos, en la medida que disminuyen la sustancia de la cosa; otra restricción al aprovechamiento consistía en emplear las ganancias que normalmente da el patrimonio del hijo en los gastos de manutención y educación. En consecuencia se puede afirmar que los padres incorporaban a su patrimonio el excedente de tales frutos. Este esquema aún se conserva en el derecho civil de algunos países, por ejemplo Argentina, Brasil, Ecuador, México, Chile, etc, que denominan patria potestad al ejercicio de la administración de los bienes del hijo; Y en contraposición, los Códigos de Familia de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, etc. Privan a los padres del usufructo de los bienes del hijo (excepto, en algunos casos como, extrema necesidad personal de los mismos) e inclusive exigen la confección de inventario de tales bienes y rendir cuentas al finalizar la administración.

En conclusión podemos decir que la patria potestad en el derecho romano era el poder atribuido al padre de familia sobre los hijos nacidos de justas nupcias por la legitimación o por la adopción y duraba toda la vida no solo sobre la persona sino también sobre su patrimonio. El padre tenía un poder disciplinario casi ilimitado sobre el hijo, derecho de vida y muerte, podía venderlos, exponerlos, abandonarlos o entregarlos para reparar el daño que estos hubiesen causado. (*Ley de las XII tablas*).

En la época imperial romana la figura jurídica de la patria potestad fue modificada, aquí el padre se convirtió en jefe supremo de la familia mas no en el propietario de ella. En el derecho actual de ese amplio poder del padre sobre los hijos no nos queda más que un moderado derecho de corrección.

En el derecho contemporáneo la patria potestad esta ligada a la minoría de edad; es decir concluye cuando el hijo alcanza la mayoría de edad (18 años), salvo casos de interdicción declarada. Actualmente, para quienes ejercen la patria potestad no solo son prerrogativas si no también obligaciones legalmente reconocidas como, dar alimentación, educación, protección, etc.

CAPÍTULO II

2. Marco jurídico normativo en materia de libertad de culto.

Siendo la libertad de culto un tema principal dentro de nuestro trabajo, considero pertinente el análisis de su fundamentación jurídica que lo cataloga como un derecho autónomo, el cual estando consagrado dentro de nuestra carta magna y reconocido además por convenios internacionales ratificados por Guatemala, no debe ser objeto de ninguna interpretación antojadiza en cuanto al goce del mismo por parte de los menores de edad, sin dejar de lado el grado de madurez y otras circunstancias que se describirán en adelante, por lo que considero debe enmarcarse dentro de la capacidad civil relativa.

2.1 Métodos, características y clasificación de la interpretación de la ley

Como en casi todo estado de derecho, Guatemala cuenta con un extenso catalogo normativo producto de la intensa búsqueda del bien común y por tener la ley como objeto regular la conducta del hombre en sociedad, regulando la conducta que se da entre el hombre con el hombre, el estado con el hombre y el estado con otros estados: “La ley (del latín *lex, legis*) es un precepto establecido por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia, y para el bien de los gobernados. Su incumplimiento trae aparejada una sanción”¹²

Las leyes son delimitadoras del libertinaje dentro de la sociedad. La ley es el medio de control externo que existe para la conducta humana, en pocas palabras, las normas que rigen nuestra conducta social. Constituye una de las fuentes del derecho, actualmente considerada como la principal, que para ser expedida, requiere de autoridad competente.

¹² [www.wikipedia.com/http://es.wikipedia.org/wiki/Lat%C3%ADn](http://es.wikipedia.org/wiki/Lat%C3%ADn) , Latín, Wikipedia, la enciclopedia libre.28 junio.2009.

Según César Quintero, en su libro Derecho Constitucional, indica: “la ley es una norma impuesta por una autoridad pública que a todos ordena, prohíbe o permite, y a la cual todos deben obediencia”¹³.

- Las características de la ley son:

a) Generalidad: La ley comprende a todos aquellos que se encuentran en las condiciones previstas por ella, sin excepciones de ninguna clase.

b) Obligatoriedad: Tiene carácter imperativo-atributivo, es decir, que por una parte establece obligaciones o deberes jurídicos y por la otra otorga derechos. Esto significa que siempre hay una voluntad que manda, que somete, y otra que obedece. La ley impone sus mandatos, incluso en contra de la voluntad de sus destinatarios. Su incumplimiento da lugar a una sanción, a un castigo impuesto por ella misma.

c) Temporalidad: Se dictan con carácter indefinido, permanente, para un número indeterminado de casos y de hechos, y sólo dejará de tener vigencia mediante su abrogación, subrogación y derogación por leyes posteriores.

d) Abstracta e impersonal: Las leyes no se emiten para regular o resolver casos individuales, ni para personas o grupos determinados, su impersonalidad y abstracción las conducen a la generalidad.

e) Se reputa conocida: Nadie puede invocar su desconocimiento o ignorancia para dejar de cumplirla

Interpretar una ley es establecer qué dispone, cuál es su espíritu y la intención del legislador al emitirla. Para realizar una interpretación justa del derecho, se deben

¹³ Quintero Cesar, “**Derecho Constitucional**”. Ctdo por <http://es.wikipedia.org/wiki/ley>, 2009, (ví: 28 junio.2009)

respetar principios fundamentales consagrados en la constitución, en los tratados y convenios internacionales y en las leyes ordinarias.

El texto de la ley debe confrontarse con la realidad nacional y el momento histórico que se vive para dar la respuesta que la sociedad espera. Es necesario que se tome en cuenta que al interpretar una ley, se debe analizar la intención del legislador, coordinar la norma con todo el sistema jurídico; contemplar la calidad económica que se ha querido regular y la finalidad que se ha perseguido. La interpretación de la ley es la operación que consiste en establecer el sentido de las normas jurídicas que conforman el universo legislado.

- Clasificación de la interpretación de la ley

Las clasificaciones más frecuentes de la interpretación de la ley, se realizan: a) desde el punto de vista del agente que la lleva a cabo, b) desde el punto de vista del resultado a que conduce y, c) desde el punto de vista de si la actividad interpretativa se encuentra o no reglada por el ordenamiento jurídico.

a) Desde el punto de vista del Agente: Se distingue entre interpretación pública e interpretación privada. La interpretación pública se clasifica en interpretación legal, judicial y administrativa. En cuanto a la interpretación privada, se trata de la que realizan los propios sujetos de derecho, los juristas y las que llevan a cabo los abogados en su condición de expertos en derecho;

b) Desde la perspectiva del resultado: Desde este punto de vista lo que se busca es llegar a lo que la norma conduce, la interpretación legal propiamente dicha, se clasifica en estricta, extensiva y restrictiva. Interpretación estricta es aquella que conduce a la conclusión de que el texto legal debe ser interpretado únicamente a los casos que el expresamente menciona, sin extenderse a más casos de los que este contempla ni restringirse a menos de los señalados por el legislador. Interpretación extensiva, en cambio, es la que como resultado de la misma se concluye que la ley debe aplicarse a

más casos o situaciones de los que esta expresamente menciona. Interpretación restrictiva, por último, es aquella en cuya virtud se desprende que la ley objeto de interpretación debe aplicarse a menos situaciones de las que ella menciona expresamente. Pues si bien es cierto que la norma establece un marco de acción interpretativa debe aplicarse en una relación de mayor a menor.

Otra clasificación de la interpretación legal es la que distingue entre interpretación reglada y no reglada. Interpretación reglada es aquella que en cuanto al método que debe seguir el intérprete para establecer el o los significados de las normas legales interpretadas se encuentra normado por el respectivo ordenamiento jurídico. Interpretación no reglada, en contraste, es aquella que no se encuentra regulada por el ordenamiento, de modo tal que el intérprete puede atribuir el significado a la norma legal de una manera más libre que en la anterior.

Métodos de interpretación de la ley, son los medios de que dispone el intérprete para establecer el o los posibles sentidos y alcances de la ley interpretada. Estos medios son comúnmente aceptados por la doctrina y en ocasiones consagrados expresamente por los propios ordenamientos jurídicos. Estos elementos son: 1) el elemento gramatical, 2) el histórico, 3) el lógico, 4) el sistemático y 5) teleológico.

1. El elemento gramatical, es aquel que permite establecer el o los sentidos y alcances de la ley haciendo uso del tenor de las propias palabras de la ley, es decir el significado de los términos y frases de que se valió el legislador para expresar y comunicar su pensamiento. Este método interpretativo parte del supuesto que la voluntad e intención del legislador está impregnada en la ley; y como la ley está escriturada, entonces la mejor manera de descifrar la verdadera intención legislativa es a través de las palabras de que hace éste.

2. El elemento histórico, permite interpretar el derecho legislado aludiendo para ello a la historia del texto legal que se trata de interpretar. Esta historia se ve reflejada en cada una de las etapas del proceso de formación de la ley.

3. El elemento lógico, es aquel que para establecer el o los sentidos o alcances de una ley se vale del análisis intelectual de las conexiones que las normas de una misma ley guardan entre sí o bien, con otras leyes que versen sobre la misma materia.

4. “El elemento sistemático, permite interpretar la ley atendiendo a las conexiones de la misma pero con la totalidad del ordenamiento jurídico del cual forma parte incluidos los principios generales del derecho. Así, este método no es sino un grado más avanzado del método lógico.

5. El elemento teleológico, por último, es aquel que permite establecer el sentido o alcance de un precepto legal atendiendo al fin de esta, es decir, a los determinados objetivos que se buscó conseguir mediante su establecimiento”¹⁴.

Respecto a la interpretación de la ley, indica el Artículo 10 de la Ley Del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, (reformado por el Artículo 1 del Decreto 59-2005) indica: “Interpretación de la ley: Las normas se interpretaran conforme a su texto, según el sentido propio de las palabras, a su contexto y de acuerdo a las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. El conjunto de una ley servirá para ilustrar su contenido en cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente:

- A la finalidad y al espíritu de la misma.
- A la historia fidedigna de su institución.
- A las disposiciones de otras leyes sobre situaciones o casos análogos.
- Al modo que parezca mas conforme a la equidad y a las principios generales del derecho.

De este modo se amplía la función interpretativa a la delimitación del campo de lo

jurídico, comprendiendo tanto la concreción de las fuentes tanto como la determinación de su sentido. En ese significado ampliado ha sido posible plantear, en torno de la interpretación, lo que se ha llamado problemática del método jurídico. En ella se ofrecen varias preguntas: detrás de las palabras de la ley, se puede buscar algo más: una voluntad real, una abstracción dogmática, una ponderación de intereses, lo que el juez entienda, lo que el vulgo piense, un mandato de orden moral y político. Interpretar es una operación del intelecto que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior. En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer.

- Desde el punto de vista de la persona quien la realiza, la Interpretación puede ser: a) auténtica o legislativa, b) judicial o jurisprudencial, c) doctrinal o científica y d) usual.

a) Interpretación legislativa. Es la que emana del legislador, el cual declara por medio de una ley, en forma general y obligatoria el sentido de las normas legales preexistentes.

b) Interpretación judicial. Es la realizada por los tribunales de justicia en sus sentencias. Ella sólo tiene obligatoriedad en el proceso en que se dictó el fallo.

c) Interpretación doctrinal. Es la realizada por los juristas y no posee obligatoriedad.

d) La interpretación usual. Es la que proviene de los usos o costumbres y no posee fuerza obligatoria: “Al interpretar una ley ya sea en forma auténtica, judicial, doctrinal, usual o las cuatro, es necesario ser objetivo, ecuánime y justo, por la importancia inobjetable que tiene la legislación en la sociedad, pero debe interpretarse sin vicios, ni ambigüedades”¹⁵.

¹⁴ es.wikipedia.org/wiki/Interpretaci%C3%B3n_de_la_ley”.2009, (ví: 4 abril de 2009)

¹⁵ Monterroso Gladis. Sección de opinión. “**Fiscalis iustitia**”. Interpretación de la ley. Diario Prensa Libre, 13 de junio de 2008.

2.2 El adolescente y la libertad de culto.

De la doctrina mencionada con anterioridad y del propio texto de los Artículos en cuestión, la letra muerta demuestra que en efecto, los adolescentes tienen derecho a la libertad de culto.

Dentro del contexto del análisis jurídico que se pretende efectuar en este apartado, considero conveniente la integración de las normas constitucionales relacionadas y la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, específicamente, pues nos permitirá un panorama más adecuado a la pretensión de esclarecimiento de la falta de legislación adecuada para el debido disfrute de este derecho humano.

La Constitución Política de la República de Guatemala. Artículo 36: “Libertad de religión: “El ejercicio de todas las religiones es libre. Toda persona tiene derecho de practicar su religión o creencia, tanto en público como en privado, por medio de la enseñanza el culto y la observancia, sin más límites que el orden público y el respeto debido a la dignidad de la jerarquía y a los fieles de otros credos”.

Partiendo de la Constitución Política de la República de Guatemala, en principio el Artículo 36 que nos ocupa, es una norma de aplicación general por estar dentro del marco de las garantías individuales, al indicar que. Toda persona tiene derecho a practicar su religión o creencia, hace referencia a la generalidad (toda), sin hacer distinción en cuanto a edad o cualquier otro criterio discriminatorio más que el respeto debido a la dignidad de la jerarquía y a los fieles de otros credos, tómesese también en consideración otros criterios como el orden público y las buenas costumbres como limitantes al ejercicio de dicho derecho y lo que viene a determinar el deber de cuidado inmerso en otra figura íntimamente ligada como lo es la patria potestad.

El Artículo 13 de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. Indica: “1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de

fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas”.

Cabe destacar la libertad de expresión como una máxima, pues no cabe hablar de ningún tipo de libertad si no existe ese derecho de demostración plena por los medios y las formas que se nos plazcan, sin obviar que todo derecho también trae como limitación los derechos de los demás.

Lo que considero toral en el texto de esta norma es el reconocimiento que se hace de la libertad de expresión y la manera de ejercer ésta, pues sin ellas sería imposible hablar de una expresión propia del sujeto, sin buscar y recibir información es imposible formarse un criterio, lo que nos conlleva a la interrogante y a la formulación de respuestas en nuestro subconsciente ¿Qué edad debe tener un menor para ser capaz de realizar dichas operaciones intelectuales? ¿Que tan conveniente puede resultar para un adolescente, buscar o recibir información sin ninguna frontera o limite? Algunas de las interrogantes se despejan al tenor literal de la norma, ya que en la misma se señalan algunos límites a esa libertad, además de lo señalado, considero que debió incluirse como limitante a la misma, la patria potestad y la moral del niño, así como legislar sobre la capacidad relativa para el ejercicio de la libertad de culto.

El Pacto internacional de derechos civiles y políticos, señala: “Art. 18.1) Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración en los ritos, las prácticas y las enseñanzas. 2) Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3) La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta

únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4) Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que estén de acuerdo con sus propias convicciones.

Art. 19.1) Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3) El ejercicio del derecho previsto en el párrafo dos de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”¹⁶.

El Artículo 14. Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. Señala: “1. Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. 3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

¹⁶ Asamblea general de las Naciones Unidas. “**Pacto internacional de derechos civiles y políticos**”.16 de diciembre de 1966.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su Artículo III. Indica: “. Derecho de libertad religiosa y de culto, Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado” El estudio del presente Artículo no puede realizarse sin la consideración de los anteriores, ya que guardan una relación estrecha, iniciando con el Artículo 36 constitucional (libertad de culto), el subsiguiente Artículo 13 y 14 de la Convención Sobre los Derechos del Niño (libertad de expresión), y el presente que señala la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión del menor.

2.3 La garantía constitucional de la libertad de religión.

Los derechos consagrados en la carta magna tienen el carácter de garantía, por lo tanto el Estado está en la obligación de velar por su estricto cumplimiento por ser una obligación auto impuesta y para garantizar su cumplimiento existen los mecanismos u órganos como la Corte de Constitucionalidad, la Procuraduría General de la Nación y Procuraduría de los derechos humanos. Por lo tanto, el estado garantiza su disfrute o goce sin más limitaciones que las expresamente consignadas en la ley, las buenas costumbres y el orden público, por estar en un estado de derecho donde los intereses de los particulares ceden ante los de grupo o sociales.

Lo anterior me conduce a concluir que el sistema normativo es vigente pero no positivo en gran parte de lo que a tratados sobre derechos humanos se refiere y sin temor a equivocarme aun mas en materia de libertad de religión de los menores de edad, derivado de que la labor legislativa no se realiza tomando en cuenta la idiosincrasia del guatemalteco, lo que abarca sus costumbres y tradición sobre protectora y equivoca de lo que es una correcta instrucción, pues esta se convierte en herencia y no en cimientos de formación de criterios propios para la toma adecuada de decisiones.

En el presente capitulo, se ha realizado un análisis somero de la legislación que considero sustenta la libertad de culto como manifestación del derecho de religión que jurídicamente le pertenece también a los menores de edad, igualmente sobre lo que es

la ley como norma o precepto, sus características, clasificación etc. poniendo de manifiesto la enorme brecha existente entre la norma escrita e ideal y la tradición que hace que el derecho ceda, pues a pesar de la ratificación de instrumentos internacionales sobre derechos humanos en los cuales claramente definen el reconocimiento de tales facultades al menor, en nuestra legislación interna no se ha tomado la previsión necesaria para su efectividad y goce autónomo por ser un tema sumamente delicado de legislar por los factores político - religiosos que le rodean.

CAPÍTULO III

3. La libertad de culto, la religión y su función social.

La libertad de culto, es un principio fundamental dentro de un estado de derecho, la neutralidad del Estado frente a los planes de buena vida de los ciudadanos y, dentro de éstos, de la opción religiosa de cada quien, pues, el hombre no es un medio al servicio del estado en la búsqueda de objetivos comunes, sino fin en sí mismo, libre para buscar su propia perfección.

Esta libertad es de contenido muy complejo, pues abarca no solamente los derechos individuales del sujeto considerados aisladamente, sino también derechos colectivos estrechamente relacionados.

Al partir de una definición un concepto ha de tenerse en cuenta que se ha llegado a dicha definición con base a innumerables datos y casos particulares. Aun teniendo el defecto de incluir en la misma la visión o interpretación de quien estudia los datos, la definición como punto de partida para una explicación constituye la segunda parte de un proceso inductivo-deductivo.

3.1 Definición del concepto de Religión.

La religión, por su universalidad y evolución a través de los tiempos y culturas, es un concepto de muy difícil definición. Se puede decir que hay tantas definiciones como estudiosos del fenómeno religioso. Pude agrupárseles en tres categorías: 1) históricas, 2) teológico – filosóficas y 3) antropológicas.

En el primer grupo tenemos interpretaciones de la religión como explicación racional de los misterios de la naturaleza, es la religión animista, también se ha visto en lo religioso una forma de controlar los fenómenos a través de la magia, o como respuesta a los sentimientos de soledad ante los fenómenos de la naturaleza o el misterio de la muerte. Cada época o entorno sociocultural hace un enfoque conceptual diferente del término

religión: "Para la cultura occidental hay religiones primitivas o politeístas y religiones monoteístas o de libro, por alusión a que se ha recogido en escrituras los dogmas de fe y de la moral"¹⁷.

Entre las definiciones teológico-filosóficas tenemos a una larga lista de filósofos, teólogos y estudiosos que enfocan la religión de forma escencialista. Tratan de definir lo religioso por su contenido, sus dogmas. La religión como sistema de creencias. Pero este tipo de definición al no llegar a explicar conceptos como lo sagrado, el misterio o lo absoluto dejan la puerta abierta a otro tipo de explicaciones.

Las definiciones antropológicas son funcionalistas, se fijan en la acción, la estructura social y los aspectos pragmáticos. Frente al escencialismo de lo sagrado y lo profano como explicación del mundo, se oponen la interpretación de las creencias y ritos como elementos activos de control, o la religión como una estructura social.

En los pueblos primitivos, la religión constituye el principal entramado social que brinda estabilidad y afán de supervivencia al grupo a través del mito. Estos grupos se sienten descendientes de un dios, semidiós o héroe y con un cometido místico (*ritos*). En las sociedades modernas, la religión ha perdido importancia en estas funciones. Ya no representa la única forma de moral, al desarrollarse el derecho; y las instituciones del estado desempeñan gran parte de las funciones que tradicionalmente venía realizando la religión.

En la definición nominal tampoco hay acuerdo entre los estudiosos de este campo. Unos la hacen derivar de la palabra latín *religer* en el sentido de preocupación, de prestar atención, de práctica intimista; del término *religere* como actividad social y legal perteneciente a lo público y a la esfera del Estado; y de *religere* como atadura y unión con lo divino a través de la moral.

¹⁷ Ortiz Antonio." **Pragmatismo religioso**". pág. 19.

La libertad de culto es una libertad que refiere a la opción de cada ser humano de elegir libremente su religión, de no elegir ninguna, o de no creer o validar la existencia de un Dios (*ateísmo y agnosticismo*) y poder ejercer dicha creencia públicamente, sin ser víctima de opresión, discriminación o intento de cambiarla: “En las democracias modernas generalmente el estado garantiza la libertad religiosa a todos sus ciudadanos, pero en la práctica la elección del credo está dada generalmente por costumbres familiares y sociales, asociándose frecuentemente ciertas sociedades a ciertas religiones. Además las situaciones de discriminación religiosa siguen siendo muy frecuentes en distintas partes del mundo, registrándose casos de intolerancia, preferencia de una religión por sobre otras y persecución a ciertos credos”¹⁸.

3.2 Síntesis de la evolución del concepto de religión.

El mundo romano concibe la devoción a los dioses como un sistema de prestación-contraprestación, como un culto público y privado. Por eso, la relación legal con los dioses dará una gran relevancia al derecho en la teología escolástica medieval. En la evolución de la religión romana se observan tres etapas claras:

1. Período itálico, en el que predominan las divinidades indígenas.
2. Periodo helénico. Tras el contacto con el mundo helenístico, el espíritu de piedad ingenua da paso a una religiosidad filosófica y formal.
3. Periodo oriental en el que se busca la felicidad y una vida eterna segura a través de *ritos místicos: Dioniso, Démeter, Cibeles, Isis, Osiris y Mitra*, entre otros.

En el mundo medieval conviven los restos de la religiosidad romana bajo la forma de elementos mágicos: *pócimas, conjuros, encantamientos, etc.* con la religiosidad cristiana que va haciendo calar su pensamiento religiosos en las nuevas sociedades recién cristianizadas. De aquí surge el fenómeno de la religiosidad popular en

¹⁸ G. Ana. “ **Aconfesionalidad del estado**”. Universidad de Deusto. España.
<http://apuntes.rincondelvago.com/derecho-de-libertad-religiosa>. 2009, (ví: 16 de marzo de 2009)

contraposición al de religiosidad oficial.

Durante el *Renacimiento* se inicia la separación entre teología y religión al ponerse de moda la mitología clásica aparece un elemento de referencia frente al absolutismo teológico medieval. La ilustración someterá a la religión a los límites de la razón, se traducen textos religiosos de otras culturas, aparece el *deísmo*, los diccionarios enciclopédicos, la crítica a los textos bíblicos, se combate la superstición y se ataca el poder de la iglesia.

Los deístas en general rechazan la religión organizada y los dioses personales revelados argumentando que Dios es el creador del mundo pero que no interviene de forma alguna en los quehaceres del mundo, aunque esta posición no es estrictamente parte de la filosofía deísta. Para ellos, Dios se revela a sí mismo a través de la ciencia y las leyes de la naturaleza.

El deísta no necesariamente negará que alguien pueda recibir una revelación directa de Dios, pero esa revelación será válida sólo para esa persona. Si alguien asevera que Dios se le ha revelado, será una revelación de segunda mano y no habrá obligación de seguirle. Esto implica la posibilidad de que se esté abierto a las diferentes religiones como manifestaciones diversas de una misma realidad divina hacia la que tiende nuestra naturaleza biológica, aunque no crea en ninguna en concreto como verdadera o totalmente verdadera. Para afirmar el uso de la razón en la religión el deísmo utiliza el argumento cosmológico, el argumento teológico y otros aspectos de la llamada religión natural. Las corrientes filosóficas deístas describen a un dios ajeno a la creación del mundo, a diferencia de la imagen que presentan religiones como el islamismo, cristianismo o judaísmo. Sin embargo la corriente filosófica deísta al promover el librepensamiento no pretende establecer ningún precepto ni dogma a seguir, por lo tanto, un deísta puede considerarse *deísta cristiano, deísta judío, deísta musulmán, etc.*

La interpretación de la religión toma un rumbo inesperado en el siglo. XIX con los trabajos de *Comte, Darwin y Freud*. Éste último considera el concepto de Dios como la

máxima creación cultural por dotar a la humanidad de un padre que ha de emparejarse de forma natural con la madre tierra.

Enfoques conceptual y funcionalista de la religión (qué es y para qué).

Las interpretaciones clásicas de lo que es religión hacen hincapié en los conceptos esenciales (*visiones esencialistas*) del fenómeno religioso: lo divino o sagrado, el misterio, la fuerza vital, el Tao, el mana, etc. Todas estas definiciones o interpretaciones del hecho religioso descansan en dos conceptos generales aceptados por los representantes de este enfoque *sustantivista*: las creencias y los rituales. Es decir, que los hechos religiosos que adolecen de alguno de estos dos elementos no deberían incluirse en la categoría de fenómeno religioso. Un sistema de creencias sin una estructura ritual no es propiamente un fenómeno religioso. Y, así mismo, una acción ritualizada que no va dirigida a algún tipo de entidad *suprahumana* no es un rito en el sentido religioso. Ejemplo: las costumbres sociales, algunas prácticas y técnicas *yóguicas*. ¿Es posible hablar de una *sacralidad* sin Dios como se ha interpretado el budismo? ¿Estarían algunas prácticas budistas en el límite del concepto de religión? Por todo ello, es necesario acotar el término religión para no acabar incluyendo en esta categoría los fenómenos psicológicos, mágicos o actuaciones terapéuticas. Sería un error epistemológico considerar la acupuntura, *el taichí*, el *Logos griego* o el ser *parmenídeo* como conceptos religiosos aunque coincidan sus atributos con algunos de los asignados al dios cristiano; o al *Dalai Lama* como el hijo de Dios cristiano, o a la *Ilíada* y la *Odisea* como libros sagrados a pesar de su alto contenido religioso, o a algunos filósofos griegos como creadores de sectas religiosas.

El principal escollo que encuentra este enfoque esencialista o conceptual del hecho religioso es que no se puede definir con claridad términos como divinidad, lo sagrado, el misterio o el más allá.

De esta forma, he retornado al inicio de la investigación: cómo definimos lo esencial del fenómeno religioso para saber si una acción es religiosa o no. Las interpretaciones funcionalistas no se preguntan qué es lo religioso sino el para qué, cuál es el objetivo

del hecho religioso.

El principio darvinista de que la función crea el órgano, hace preguntarse a los sociólogos de la religión si la finalidad no estará en el comienzo del proceso religioso. Si existe una necesidad de explicación del mundo, del más allá, surgirá la respuesta cultural idónea a esa inquietud básica, viene a decir que la integración es la función de la religión y, al revés, siempre que ocurra algún tipo de integración se esta ante un fenómeno religioso. Si se habla de integración del individuo en una sociedad atemporal o extramundana tendría pleno sentido aplicarle el término religioso. Pero si se aplica a los actos de integración social, entonces debería incluirse en lo religioso a los ateos y a toda acción social. El concepto de religión se vuelve inflacionista y llegaría a identificarse con sociedad.

En el caso de los líderes religiosos que, al prometer la salvación o un paraíso celestial, quedarían incluidos en la categoría de religiosos; a pesar de que en la definición conceptualista no lo serían por carecer de rituales y muchas veces de creencias ya que basan toda su actividad espiritual en su propio carisma. Los líderes religiosos cuanto más carismáticos son, menos utilización hacen de los recursos del ritual y de las creencias. Deberían considerarse religiosos en el sentido funcionalista, por ofrecer una salvación ultra terrena a sus seguidores. Estas soluciones de salvación quedarán plasmadas más tarde en forma textual y de rituales evocativos de las acciones y milagros del líder. Así pues, la religión está en germen en los movimientos carismáticos, y en pleno desarrollo al fijarse el dogma y creencias en forma de texto normativo.

El estudio grupal en la teoría social de la religión. Cuando se recurre a una definición lo que se busca es acotar y limitar el terreno a base de conceptos claros y distintos. Una definición funcionalista es maximalista al considerar la teoría de la religión como una parte de la teoría social. La religión se convierte así en algo práctico. Si se adopta definición muy general de lo religioso, se cae en el error de considerar religioso cualquier fenómeno de carácter espiritual o terapéutico como ocurrió con la acupuntura o como algunos artistas que atribuyen su genialidad a una influencia divina.

De una definición que parte del estudio de grupos pequeños o de comunidades que no representan a la mayoría del grupo social, no se puede alcanzar una visión completa del fenómeno religioso. El trabajo de campo debe hacerse sobre todo el grupo social considerando tanto los grupos mayoritarios como las minorías y la evolución de las ideas religiosas en paralelo a los cambios sociales.

Pero el problema más grave para una teoría social de la religión no es la amplitud del campo a observar sino el punto de partida. Se ha elaborado una teoría de la religión partiendo de una religión dada: el cristianismo, y en una sociedad dada, la occidental. Este punto de partida defectuoso está condicionando en gran medida una interpretación neutra del fenómeno religioso como se observa actualmente con la categorización de sectas que se aplica a todo movimiento religioso que disienta de la ortodoxia cristiana.

El concepto de religión surge como una generalización y exportación de rasgos del cristianismo occidental a otros fenómenos espirituales y sociales similares en otras sociedades, lo que lleva consigo el prejuicio etnocentrista típico de los comienzos de la antropología como ciencia social. De esta forma, no se concibe una definición de religión que no incluya al cristianismo. Cristianismo y occidente son conceptos inseparables.

Al aplicar el concepto occidental de religiosidad a las estructuras sociales de pueblos primitivos o de oriente entramos en la paradoja de que la religiosidad oriental, *confucionismo*, *budismo*, *hinduismo*, *jainismo* y *cinto*, no constituyen propiamente religiones sino sistemas morales, sabiduría sobre la vida y técnicas de interiorización; todo concepto de religión debe al menos cumplir el requisito de englobar las formas religiosas de oriente y de occidente.

Los principales conceptos para el estudio de la fenomenología de la religión: iglesia, secta, religiosidad popular frente a religiosidad oficial, líder carismático (*mesianismo*), práctica simbólica (*ritos*), ideología religiosa (*dogmas*), proceden de una experiencia histórica determinada, de una tradición cristiana y no son exportables a otras formas de

religiosidad o de espiritualidad. Para hacer una aproximación neutra a la religiosidad primitiva o al pensamiento oriental deben entenderse estos conceptos dentro del contexto de la cultura social del grupo al que pertenecen.

La generalización, en un tema tan complejo como este, es el mayor enemigo de esa veracidad a la que debe aspirar cualquier estudioso del fenómeno religioso. Así por ejemplo, los conceptos de *mana*, *magia*, *chi*, *energía universal* o *maestro* no coinciden con sus homólogos occidentales de *divinidad*, *oración*, *Dios* o *hijo de Dios*.

La idea *mesiánica* que encierra el concepto de hijo de Dios, como salvador único o renovador del orden establecido nos llega a través del *judaísmo*. No se puede aplicar este concepto a la idea que en oriente se tiene del maestro espiritual o del mahatma, como modo de alternativa al etnocentrismo la vemos en; cuando separa lenguaje religioso del lenguaje teológico. Tómese en cuenta que el lenguaje religioso es la manifestación simbólica de una ideología religiosa.

Cuando se toma una palabra del lenguaje de la vida cotidiana y se aplica a un concepto teológico, debe tenerse en cuenta que se ha dado una carga semántica extra. La religión, separada así de la teología con la que nada tiene que ver, permite un acercamiento al fenómeno religioso desde un planteamiento neutro. La teología es un discurso sobre Dios, mientras que la religión es una actitud, una creencia, una oración.

Un teólogo es un gramático del lenguaje religioso. Las *metafísicas* sirven de mucho pero no dicen nada. El lenguaje de la teología sin la experiencia de lo religioso se vuelve vacío. Otro intento de los estudiosos empiristas del fenómeno religioso por encontrar un concepto religioso que incluya oriente y occidente es reducir el concepto de religión a un comportamiento moral en el sentido de estilo de vida o de comportamiento ético. Otros autores reducen lo religioso a la función psicológica; de los *mitos* incluyendo la religión en el campo emocional.

La religión es aquel derecho del ser humano a la libre elección y practica tanto

individual como en forma colectiva de sus creencias, al respeto a la elección efectuada, a la no acreencia de ninguna y a la no imposición de credos. También como aquel derecho cuyo objeto es la fé como acto y como contenido, así como su práctica en todas sus manifestaciones personales o grupales, tanto públicos como privados, con plena libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión y profesión de la misma.

3.3 Regulación legal de la libertad de culto en la legislación guatemalteca.

En Guatemala no se considera que haya una religión oficial. Sin embargo, la Constitución Política de la República reconoce explícitamente la personalidad jurídica de la iglesia católica. El Estado no establece requisitos para el reconocimiento religioso, ni tampoco impone requisitos de inscripción para que los miembros religiosos practiquen el culto juntos.

“El Estado requiere que las organizaciones religiosas, así como asociaciones no religiosas y organizaciones no gubernamentales, se registren como entidades legales a fin de llevar a cabo negocios tales como el alquiler o compra de inmobiliarios, celebrar contratos y gozar del estatus de exentas de impuestos. El Estado no cobra cuota de inscripción a los grupos religiosos”¹⁹.

Guatemala cuenta con una muy buena regulación legal sobre la libertad de religión aunque se ha limitado a regularla en forma general, sin adentrarse en situaciones especiales como el tema que nos ocupa. A continuación hacemos una acotación sobre la legislación referida.

Constitución Política de la República de Guatemala. Artículo 34 menciona, Derecho de asociación: “Se reconoce el derecho a la libre asociación....Lo que viene a dar el asidero legal para la formación de grupos con fines religiosos”.

¹⁹ **Informe Anual Sobre Libertad Religiosa Internacional 2006.** Guatemala, Embajada USA. Guatemala. <http://spanish.guatemala.usembassy.gov/irf2006guatemala.html>. (vi 15 de septiembre de 2009)

Artículo 35. Libertad de emisión del pensamiento: “En virtud de este derecho no puede restringirse la exteriorización de los actos religiosos”.

Artículo 36: Libertad de religión:”El ejercicio de todas las religiones es libre. Toda persona tiene derecho a practicar su religión o creencia en público o privado, sin más limitantes que el orden público y el respeto a la dignidad y jerarquía y a los fieles de otros credo”.

Artículo 37. Personalidad jurídica de las iglesias. “Este derecho es de carácter general a todos los cultos, entidades y asociaciones de carácter religioso, lo que se hará efectivo conforme a las reglas de su institución y el estado no podrá negarlo sino cuando hubiese razones de orden público”. También se le otorga a las iglesias o entidades religiosas exención de impuestos, arbitrios y contribuciones.

Artículo 186. Inciso f. “Como prohibición para optar al cargo de presidente y vicepresidente de la república, a los ministros de cualquier culto o religión”.

Código Civil guatemalteco, decreto ley 106. Hace referencia a las personas jurídicas, enmarcando a las iglesias de todos los cultos en este tipo de personas. Artículo 15 de esa normativa.

El Código Penal guatemalteco Decreto 17-73. Artículo 224: “Quien interrumpa la celebración de una ceremonia religiosa o ejecute actos en menosprecio o con ofensa del culto o de los objetos destinados al mismo, será sancionado con prisión de un mes a un año”.

3.4 Elementos de la libertad de culto.

Los elementos de este derecho se extraen de su naturaleza jurídica que caracterizan a esta institución y la dotan de rasgos propios a saber:

a) Se suele señalar su carácter de derecho humano, lo que supone que su titularidad corresponde a toda persona por el hecho de serlo. Por este motivo, no se trata de un derecho de naturaleza pública del que sólo disfrutarían los grupos protegidos por los diferentes ordenamientos jurídicos, sino que todo individuo, nacional, extranjero o apátrida tiene reconocida y tutelada su libertad religiosa al entenderse que es un derecho previo incluso al Estado, por lo que si el Estado no lo reconoce o no lo garantiza adecuadamente podría considerarse que es un Estado ilegítimo.

El carácter de derecho humano también supone que todas las personas tengan libertad jurídica para guiarse según su conciencia en el caso concreto.

b) Se considera que es un derecho matriz, lo que supone la proliferación de derechos que forman parte del mismo, los que podrán ser objeto de distintas formulaciones siendo concretados en cada caso por el legislador, por la jurisprudencia constitucional y por la doctrina.

c) Es un derecho constitucional, lo que supone que está rodeado de una garantía constitucional.

d) Se considera la libertad religiosa como un derecho subjetivo de carácter fundamental, lo que implica el derecho del titular a actuar en un ámbito concreto de libertad, así como el deber que pesa sobre los demás de respetar esa actuación.

No se admiten las injerencias indebidas por parte del Estado, de la Iglesia o de ambos, sino que únicamente deberán limitarse a reconocer el derecho en toda su extensión, coordinándolo con los derechos de las demás personas y garantizando el ejercicio armónico de esos derechos.

Fundamentación de la libertad de culto: Se han asignado a este derecho varios fundamentos, de los cuales la consideración de la dignidad humana es su principal fundamentación. El primero es el basado en una concepción moral personal

desvinculada de toda regla objetiva de moralidad. Según esta concepción, la conducta religiosa responde a un juicio de conciencia personal que varía de unos individuos a otros. Esta doctrina no es admisible porque, según ella, debe primarse el respeto a la opción personal por lo que no cabe la imposición de normas objetivas de conducta en materia religiosa. Este fundamento atenta, incluso, contra la naturaleza de la norma porque debe aplicarse a todos los hombres por igual.

Se suele aportar como fundamento la necesidad de adoptar una actitud de tolerancia en esta materia. Esta fundamentación se le critica porque el concepto “tolerancia” implica un sentido peyorativo, un soportar, mientras que la libertad tiene un sentido positivo, optar. La tolerancia atiende la libertad religiosa como un mal que debe ser aceptado.

Otros autores consideran como fundamentación válida del derecho de libertad religiosa la estructura íntima propia de la adhesión o rechazo de un credo religioso. Esta doctrina es discutible porque, muchas veces, la aceptación o rechazo es fruto de determinadas presiones sociales.

Si se impone coactivamente una religión, aun cuando inicialmente se produzca resistencia finalmente se va a producir la aceptación plena. En este caso, no hay libertad religiosa porque hay una imposición previa.

La fundamentación más comúnmente aceptada es aquella que sitúa la razón última de la libertad religiosa en la dignidad de la persona, ya que con relación a los derechos humanos, resulta evidente su pertenencia al hombre con carácter previo incluso al derecho positivo.

La dignidad humana supone la capacidad del hombre de tomar por si mismo decisiones como consecuencia de estar dotado de entendimiento y de voluntad.

Será responsabilidad de cada persona y no de los poderes públicos el efectuar la opción en materia religiosa.

3.4 Límites y alcances de la libertad de culto.

El ejercicio de todas las religiones es libre. Toda persona tiene derecho a practicar su religión o creencia, tanto en público como en privado, por medio de la enseñanza, el culto y la observancia, sin más límites que el orden público y el respeto debido a la dignidad de la jerarquía y a los fieles de otros credos.

1) Orden Público como límite a la libertad de culto: El derecho de libertad religiosa, como derecho limitado, se encuentra sometido a una serie de restricciones dadas principalmente por razón del respeto a los demás, al orden público y a las buenas costumbres.

A la vista de la regulación legal, se observa como todos los límites se reconducen exclusivamente a uno, el orden público, concepto que no debe entenderse desde un punto de vista exclusivamente policial como la situación opuesta al caos, ni como una cláusula discrecional que pueda utilizarse arbitrariamente, sino que deberá interpretarse como un principio moral y jurídico esencial para el estado.

Así puede definirse como aquella institución dirigida a la protección de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y no simplemente a limitar el ejercicio de los derechos, motivo por el que resulta un deber ineludible de los poderes públicos poner fin a aquellas actuaciones perjudiciales para la sociedad, en general provenientes de los grupos religiosos que actúan más allá del ámbito de protección de la libertad religiosa: “El orden público es un concepto jurídico indeterminado, comprensivo de distintos aspectos como la justicia, la libertad, el reconocimiento de la dignidad de la persona, la garantía del recto orden social y el establecimiento de un carácter abierto a toda la sociedad, estando integrado el orden público por 4 elementos: a) Los derechos de los demás. b) La seguridad. c) La salud. d) La moralidad pública”²⁰.

²⁰ González Ana, “**Derecho Canónico Estatal**”. Apuntes universitarios www.rincondelvago.com. (ví 12 de mayo de 2009)

a) Los derechos de los demás: Hay que entenderlos como elemento integrante del orden público limitativo del derecho de libertad religiosa, ya que ese orden público busca la protección jurídica de un ámbito de derechos y libertades, su relación con la tutela de los derechos fundamentales resulta evidente, por lo que ante la posible colisión entre los derechos fundamentales pertenecientes a distintos grupos, deberá respetarse su contenido esencial para armonizar adecuadamente su ejercicio. El contenido esencial es el conjunto de facultades sin las que un derecho pierde su identidad y no resulta reconocible, es su esencia la que pierde. Debido a ello, cierto sector doctrinal identifica el orden público con la tutela de derechos y libertades.

b) La seguridad jurídica: Es un concepto que abarca acepciones muy distintas, utilizándose de dos maneras: Seguridad pública y seguridad Individual o ciudadana.

En el concepto seguridad jurídica actúan dos facetas como límite.

b.1. Cuando constituye una garantía contra los daños causados a bienes o intereses que merezcan la protección de los poderes públicos y del ordenamiento jurídico. Este sistema poco adecuado, por lo que se considera que debe primar un concepto conforme al cual el juez valore, en cada caso concreto los intereses en juego y decida en cada caso cual debe prevalecer.

b.2 Cuando la seguridad es concebida en un sentido estrictamente policial: publicidad, carteles. Desplazándose en el ámbito de protección de las personas y de los bienes que ejercen las fuerzas de seguridad, resulta fundamental en su apreciación como límite la determinación de que el peligro para la seguridad: aparezca probado y sea grave. En caso contrario, no resulta justificable la limitación del derecho fundamental.

c) La salud: como elemento integrante del orden público, constituye un límite que entra en colisión con la libertad religiosa. Hay que delimitar en qué casos actúa como límite legítimo y cuando no merece tal consideración.

Desde el punto de vista doctrinal, no es válida la opinión conforme a la que debe primar siempre el derecho de libertad religiosa frente a la salud porque este concepto no forma parte del listado de derechos fundamentales dentro de la constitución. Esta corriente de pensamiento considera que la salud tiene un carácter superior, por lo que es un derecho fundamental conferido en el Artículo 93 y 95 constitucional, conforme al que todos tienen derecho a la vida y se le otorga la categoría de bien público.

Una interpretación estricta del término vida e integridad física abarca la protección global a la salud hasta el punto de que el principio rector del Artículo 3 Constitucional. Se puede considerar que parte de que existe un derecho fundamental de las personas a la salud. Debido a que no se pueden separar los Artículos 3, 93 y 95 de la Constitución Política de la República de Guatemala, manifiesta su postura favorable a la primacía absoluta de la vida y de la salud en su confrontación con la vida religiosa.

Hay opiniones disidentes conforme a las que se estima que si bien el derecho a la vida es fundamental en nada aprovecha al hombre el respeto a la vida si no se le permite vivir como persona conforme a su naturaleza de ser racional.

La decisión judicial, en cada caso, establecerá la solución a aplicar, por lo que el juez ante una decisión de conciencia que pueda ser perjudicial para la salud deberá garantizar la libertad para la adopción y el encaje de tal actitud.

En todo caso deberá garantizarse la ausencia de todo perjuicio para terceros (incapaces y menores). La labor del juez es determinar la existencia de riesgo para la salud pública y el hecho de que tal situación sólo se pueda evitar a través de una medida contraria a las convicciones personales.

d) La moralidad pública: Debe entenderse como un mínimo ético que se identifica con la moralidad imperante en una determinada sociedad, lo que supone se esta ante un concepto jurídico indeterminado.

La moral pública limitadora del derecho de libertad religiosa posee un carácter marcadamente jurídico. La expresión práctica del concepto de moralidad pública aparece, sobre todo, en el campo del derecho público y, en concreto, en el ámbito penal.

En el campo penal Han de tenerse en cuenta las referencias establecidas con respecto a delitos de publicaciones obscenas que aluden a conceptos como las buenas costumbres y la moral pública.

La religión y su función social: Las funciones más elementales de la vida religiosa se pueden resumir en las siguientes: a) Cosmovisión o interpretación del mundo: origen, sentido, destino, salvación. b) Estabilidad social, dirigida al grupo como tal, a través de la sacralización de la familia y el trabajo, de la moral y la autoridad, instituciones, ritos de paso y de sacrificio, etc. c) Función económica y de control. Aparición del capitalismo. d) Función psicológica, de estabilidad emocional, dirigida al individuo: sentido a la vida, salvación individual mediante la gracia, integración en la comunidad celeste mediante la salvación.

Elementos subjetivos: La titularidad activa del derecho de libertad religiosa corresponde a los individuos y a las comunidades por lo que pueden ejercer como sujetos activos tanto las personas física como las personas jurídicas, entre las que destacan aquellos grupos cuya finalidad específica sea de tipo religioso.

Hay que entender que hay una forma de interpretar la titularidad colectiva: ya que la libertad religiosa es un derecho individual se entiende que la titularidad colectiva proviene del hecho de que tales grupos están integrados por individuos. La verdadera titularidad del derecho no corresponde estrictamente al grupo confesional, sino al individuo.

La titularidad pasiva o frente a quien se dirige la protección constitucional del derecho corresponde de manera amplia a los siguientes sujetos: a) al Estado y los Poderes

Públicos; b) a los demás grupos e individuos; c) al mismo grupo confesional.

Esta amplitud se debe al carácter *erga omnes* que posee el derecho de libertad religiosa en cuanto al derecho civil reconocido por el Estado, que tiene la obligación de proteger a sus ciudadanos frente a la actuación abusiva y arbitraria desplegada por los grupos religiosos.

3.5 La etapa de la adolescencia como limitante a la libertad de religión

En el transcurso de la investigación a quedado plasmado cuales son los limites a este derecho y repetidas ocasiones hemos enfatizado del carácter constitucional y que el alcance general de esta norma debe interpretarse atendiendo siempre a la institución de la patria potestad, las facultadas inherentes a la misma y el principio interés superior del niño.

Una vez posicionados a favor de la titularidad del derecho de libertad religiosa por parte de los adolescentes, aparece también en juego patria potestad. Esto es debido a varias razones, el ámbito en el que los hijos pueden ir ejerciendo su derecho de libertad religiosa es elementalmente el de la familia.

Los padres constituyen piezas claves en este ejercicio, y se pueden también producir situaciones de conflicto en el entorno familiar por motivos religiosos, de donde surge la cuestión acerca de si este derecho, del que es titular el hijo, lo ejerce el mismo o sus padres en virtud de la institución de la patria potestad.

En síntesis, los hijos no emancipados se encuentran bajo la potestad del padre y la madre. Por lo tanto, es obligación de estos prestar asistencia de todo orden a los hijos, y a partir de esta patria potestad resultan algunos deberes, como alimentarlos, educarlos o procurarles una formación integral, entre otros. Ejerzan o no la patria potestad los padres tienen la obligación con respecto a los hijos de sustentarlos, comprendiendo también este sustento su educación e instrucción mientras sean niños

y/o adolescentes y aun después mientras no haya terminado su formación por causa que no les sea imputable.

Los hijos deben, en virtud de esta patria potestad, obedecer y respetar a sus padres.

Las disposiciones de algunos preceptos nos ofrecen el marco adecuado para interpretar esta relación entre la libertad religiosa del adolescente y su capacidad para ejercerla y la patria potestad de los padres, en función de lo que, en su perspectiva, conviene más a los hijos.

En primer lugar, se considera que no debe partirse inicialmente de la idea de dos derechos habitualmente contrapuestos, si bien es cierto que se produce en algunos casos una situación de confrontación.

De este modo, el padre y la madre, aunque no tengan la patria potestad, deben velar por los hijos. Si se acude al Diccionario de la Real Academia se encuentran varias definiciones del término velar, casi todas ellas reveladoras acerca de cuál es la función de los padres con relación a los hijos por su relación de filiación. Del latín *vigilare*, velar significa, por ejemplo, hacer centinela o guardia por la noche; asistir de noche a un enfermo; observar atentamente algo; estar sin dormir el tiempo destinado de ordinario para el sueño; continuar trabajando después de la jornada ordinaria; cuidar solícitamente de algo.

Al introducirse el término velar, hace referencia a la noche, al tiempo del sueño, una visión acertada sobre patria potestad es la plateada por Maria Areces Piñol que manifiesta: “La menor edad es un estado civil que se caracteriza por su obediencia y dependencia de la persona o personas que ostentan oficios protectores de la misma, como es la patria potestad. Y ello es así, porque al adolescente se le considera incapaz de gobernarse a sí mismo, y sus representantes legales son los que actúan u obran por

él”²¹. Sin embargo, conviene señalar que en la actualidad la relación paterno-filial y tutelar se caracterizan básicamente por las obligaciones de protección y asistencia del padre y de la madre respecto a sus hijos.

La potestad constituye pues una función inexcusable y en el marco del interés general de la familia, se ejerce en beneficio del hijo para facilitar el total y pleno desarrollo de su personalidad.

En este capítulo se estudian los elementos de la libertad de culto que como se menciona son extraídos de su propia naturaleza jurídica, dentro de ellos: Tiene carácter de derecho humano; es un derecho matriz; es un derecho constitucional; es un derecho subjetivo de carácter fundamental. Debe relacionarse estos elementos con lo referente a los límites de este derecho, siendo estos: El respeto a los demás, las buenas costumbres y el orden público abarcando dentro de este: La seguridad; la salud y la moralidad pública. Siendo parte primordial del presente estudio la libertad de culto de la niñez y del adolescente debe recordarse que el sujeto titular activo indiscutible del mismo es la persona considerada en su individualidad y en comunidad, figurando el estado como sujeto pasivo, por lo cual es el responsable de salvaguardar la protección constitucional de este derecho humano, no puede esperarse menos que su efectividad, debiendo aclararse que en ningún momento se infiere o señala como límite a la libertad de culto y todo lo que ella conlleva como derecho matriz, la etapa de la adolescencia, debe considerarse que en este periodo de la vida el individuo ya posee el discernimiento adecuado para elegir su propia religión sin infringir los límites señalados.

²¹ Areces Pinol María Teresa, “**Notas sobre el derecho a la libertad religiosa del menor**”, pág. 43.

CAPÍTULO IV

4. La contradicción entre la patria potestad y el interés superior del niño en torno a la libertad de culto del mismo.

En el desarrollo de este trabajo, se ha analizado algunas instituciones y principios que deben prevalecer en el ejercicio de la patria potestad en torno a lo que se refiere a la libertad de culto. Sin embargo, el ejercicio de la patria potestad habitualmente conlleva el atropellamiento de otros derechos inherentes al menor, como lo es la libertad de culto, por el desconocimiento o inexistencia real de los límites y alcances de lo que es una institución jurídica y un principio jurídico.

4.1 El Interés Superior del niño: definición, regulación jurídica, características y su función social.

El derecho de menores se puede definir como el conjunto de doctrinas, principios, convenios internacionales, y normas jurídicas que son el instrumento de integración familiar y promoción social, que persiguen lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos de la niñez y la juventud.

Los principios constituyen postulados, bases sobre las cuales se regirá determinada institución o materia, es decir son elementos que servirán para dar a conocer la interpretación, la esencia de cierta materia. En el caso del principio interés superior del niño, este se encuentra textualmente establecido en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. La cual fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por Guatemala, el 10 de mayo de 1990, según el Decreto número 27-90 del Congreso de la República, y es el instrumento de derechos humanos que más ampliamente ha sido ratificado.

Este principio establece que en cualquier situación en la que se involucre a un menor se debe aplicar la legislación específica, que para el efecto fue creada respetando la

supremacía constitucional y el carácter supraconstitucional de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, así como de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

El objeto es proteger los derechos declarados en diversas leyes de orden interno e internacional y en este caso en particular, los derechos postulados en la convención, y otros cuerpos legales que cito en el desarrollo de este capítulo, como por ejemplo el Código Civil guatemalteco, Decreto ley número 106, los siguientes Artículos:

El Artículo 164 regula la obligación del juez, de velar por el debido cumplimiento de las obligaciones a las cuales han arribado los cónyuges, señalando: “Para el efecto expresado en el Artículo anterior, el juez, bajo su responsabilidad, debe calificar la garantía y si ésta, a su juicio, no fuere suficiente, ordenará su ampliación de manera que lo estipulado asegure satisfactoriamente las obligaciones de los cónyuges”.

Así también, respecto a quien se confía el cuidado y educación de los hijos, el Artículo 166 del Código Civil establece: “que los padres podrán convenir a quién de ellos se confían los hijos, pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores. En todo caso, cuidará de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos”.

El Artículo 167 del Código Civil señala: “Obligación de los padres separados. Cualesquiera que sean las estipulaciones del convenio o de la decisión judicial, el padre y la madre quedan sujetos, en todo caso, a las obligaciones que tienen para con sus hijos y conservan el derecho de relacionarse con ellos y la obligación de vigilar su educación”. El Artículo 168 del mismo cuerpo legal en cuanto a las obligaciones del juez, respecto de los hijos, indica: “En cualquier tiempo el juez podrá dictar, a pedido de uno de los padres o de los parientes consanguíneos, o Procuraduría General de la Nación, las providencias que considere beneficiosas para los hijos y que sean

requeridas por hechos nuevos”.

El Artículo 262: Especifica: “el interés de los hijos es predominante cuando se refiera a conductas perjudiciales de quienes ejercen la patria potestad sobre ellos, lo que obliga al juez a adoptar providencias urgentes, para su protección”.

El principio de interés superior del niño se encuentra literalmente establecido en la convención internacional sobre los derechos del niño, en el Artículo 3. El cual establece: “que en cualquier momento y circunstancia a quien corresponda decidir sobre cuestiones donde se encuentre en juego los intereses del niño y/o adolescentes, debe tomar en cuenta dicho principio”. Lo que facilita la comprensión de dicho principio, el cual puede definirse como: la preeminencia de los derechos y libertades fundamentales de los niños y adolescentes, frente a otros que perteneciendo a estos ceden ante la jerarquía de aquellos.

Este principio se recoge como se indicó anteriormente, de alguna manera en el Código Civil, y recientemente, tomando como base el Artículo 3 de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, se encuentra establecido en el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, que cita textualmente: “Interés de la niñez y la familia. El interés superior del niño es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta ley. Se entiende por interés de la familia, a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal”. El Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del interés de los niños, niñas, adolescentes y de la familia.

A los derechos humanos más elementales en la esfera individual del hombre se le denominan doctrinalmente. *Derechos del núcleo duro*. “El núcleo duro comprende 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 el menor las actividades propias de su edad. Las garantías propias del derecho constitucional, del penal y del procesal penal”²².

El principio jurídico interés superior, 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.

Un límite a la efectividad de la tutela estatal en la implementación de políticas públicas es la falta de recursos económicos siendo que el objetivo último de la actividad financiera del estado es la satisfacción de los derechos fundamentales. 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 las recaudaciones fiscales

La Convención Americana de Derechos del Niño, reconoce otros principios que aunque no son específicos de este trabajo, considero que vienen a reforzar su finalidad, y que constituyen derechos mínimos reconocidos de los menores. Indicando que: “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Convención, su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y su determinación de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, y que las Naciones

²² Freedman Diego. “**Funciones normativas del interés superior del niño**”. Jura gentium. Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global, 2009, (ví: 28 de junio de 2009) <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm>

Unidas han proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”²³

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

La humanidad le debe al niño lo mejor que puede darle, La Asamblea General de las Naciones Unidas, proclama la Declaración de los Derechos del Niño a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los principios que se enuncian a continuación: el de igualdad: De conformidad con la Declaración de los Derechos del Niño, “los niños disfrutarán de todos los derechos enunciados en ésta. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

²³ Luis Felipe Polo, Mónica Melgar G., Maribel Echeverría,” **Análisis Comparativo del Código de Menores con la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución Política de la República de Guatemala**” . Pag.36.

El segundo principio es el interés superior del niño, que indica: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Los estados parte, al promulgar leyes referentes a los niños lo harán con este fin, pues la consideración fundamental a que se atenderá siempre, será el interés superior del niño”²⁴

El tercer principio es el relativo al nombre y nacionalidad, Este principio contempla el derecho a tener un nombre, todos los seres humanos tienen ese derecho, que los hace únicos y distintos a las demás personas. El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad. Esto conlleva a ser inscrito en el Registro Civil del lugar de nacimiento o del lugar de nacimiento de los padres, pues esto lo hace obtener una nacionalidad. En caso un niño por diversas circunstancias no es inscrito al registro civil por sus padres, será una institución estatal o de beneficencia la encargada, sus hermanos mayores de edad, ascendientes o el Procurador General de la Nación serán los encargados de darle un nombre y una nacionalidad según el caso, pero éste es un derecho irrenunciable que lo hace existir para el mundo;

El principio número cuatro consignado en la declaración es la salud: Este principio contempla que el niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. Implica que tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados;

Otro principio es el de trato especial: El cual es aplicable para aquellos niños, que se encuentren física o mentalmente impedidos, lo que obliga al Estado otorgarle el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular, es

²⁴ Ibíd. pág. 36.

importante pues tiene conexión con el principio de la no discriminación por su padecer, al contrario debe tener un trato especial pues debe dársele una educación adecuada y todo el cuidado que necesite para que pueda desarrollarse de una forma óptima a sus condiciones de salud física y mental;

El sexto principio consignado es el derecho a la familia: El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

Séptimo principio educación: “El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio personal, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad”²⁵.

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

Principio de auxilio: En aquellos siniestros o catástrofes se debe procurar que los niños sean los primeros que reciban auxilio. Esto en por el principio natural de la conservación

²⁵ Ibíd. pág. 36

de la especie, y porque por su condición es difícil que un niño pueda defenderse solo o cuidarse por sí mismo. Por lo tanto el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

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

Décimo principio no discriminación: El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes”²⁶. “La discriminación contra niños y adolescentes debe ser perseguida y penada por la ley. La discriminación vulnera la dignidad de los seres humanos y esta contemplada dentro de el sistema jurídico guatemalteco como un delito, por lo tanto existen sanciones que serán aplicadas a las personas a quienes les sea comprobado mediante sentencia firme que han practicado este tipo de conductas”²⁷.

4.2 Función jurídica del principio interés superior del niño.

Teniendo la categoría de principio jurídico, el interés superior del menor debe tener siempre primordial importancia cuando los derechos de los mismos han de ser interpretados y ejercidos por estos, pues este presupone la preeminencia de los mismos. En virtud de lo siguiente: En primer lugar, es un principio jurídico garantista que

²⁶ Ibíd. pág. 36.

²⁷ Contreras Recinos Evelin Rossana, “Análisis jurídico del interés del menor como criterio superior en el ámbito del derecho de familia” pág 12

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, la función del principio en mención, es resolver los conflictos entre derechos de los niños privilegiando los pertenecientes al núcleo duro. 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 que hemos propuesto resulta en gran medida acorde al modelo 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.

“El interés superior del menor es un principio jurídico garantista: Lo cual se considera con base en el desarrollo teórico, entendiéndolo como: “una obligación de la autoridad pública destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales. Ello implica que los principios jurídicos garantistas se imponen a las autoridades, estos son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente a ellos o contra ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño debe necesariamente inspirar las decisiones de las autoridades”. En tal consideración, el principio del interés superior del niño, implica un deber del Estado frente a los niños en aras de efectivizar sus derechos subjetivos.

El interés superior del niño es un deber del estado frente a los niños, que se propone interpretar el 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. Sin embargo, Este 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 abandonada 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 principios. En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de los demás. Los derechos del niño deberán tener primacía no excluyente de los derechos de terceros.

4.3 El interés superior del niño como pauta interpretativa.

El interés superior del niño actúa como pauta interpretativa funciona como un instrumento para solucionar conflictos interpretativos entre los derechos de los niños y adolescentes y otros derechos en contraposición. Esto lo establece el articulado de la convención internacional sobre los derechos del niño cuando señala que cualquier otro derecho individual verá limitada su vigencia en virtud del interés superior del niño.

El interés superior como interpretación Sistemática: Se sostiene en doctrina que el interés superior del niño consagraría, en estos casos, el criterio sistemático de interpretación. 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. A la vez el interés superior del niño permite la resolución de conflictos. 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 para un mismo niño.

Interpretación Jerárquica del principio: Considero que cuando se establece que un derecho cede ante el interés superior del niño se está estipulando que determinados derechos pueden 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.

En conclusión, el interés superior del niño como pauta interpretativa permite solucionar conflictos entre los derechos consagrados como de núcleo duro dando privilegio a determinados derechos que la propia Convención internacional sobre los derechos del niño entiende como superiores. Debe destacarse que esta propuesta permite evitar que se manipule el interés superior del niño para limitar discrecionalmente derechos de los niños, sin proteger al mismo tiempo los derechos fundamentales consagrados en la Convención, en la Constitución Política y en el ordenamiento ordinario.

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 respetando la jerarquía de las normas.

4.4 Análisis de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño en relación al interés superior del mismo.

Este instrumento jurídico tiene naturaleza internacional que goza de relevancia para la observancia de los derechos de la niñez y Adolescencia, sus normas adquieren poder vinculante entre los Estados parte, como sucede en el caso de Guatemala.

A partir de su adopción, el estado parte, tiene la obligación de dar cumplimiento de todos y cada uno de los compromisos allí contraídos, y estos se traducen entonces en obligaciones que se encuentran definidas en su articulado por ejemplo: el Artículo cuatro de la convención indica: “Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente convención”. En lo que respecta a los derechos

económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medias hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario dentro del marco de la cooperación internacional.

En este instrumento, se exige a los Estados parte, como mínimo: la búsqueda del desarrollo integral del niño, asegurar que el niño sea protegido de toda forma de discriminación, lo cual se regula en el Artículo dos. Salvaguardar al niño contra toda forma de violencia, abuso físico, sexual o mental, descuido o trato negligente, tratos denigrantes o explotación, garantizar que, en el caso de adopción por personas extranjeras, la colocación del niño busque su interés superior y respete plenamente sus derechos, según lo señala el Artículo 21 de la misma Convención, lo cual se espera lograr con la nueva Ley de Adopciones, como un esfuerzo del legislador por salvaguardar ese bien jurídico tutelado. Artículo 22. Lograr que el niño que solicite el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado reciba la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de sus derechos. Artículo 24. Garantizar al niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, para lo cual deberá reducir la mortalidad infantil, asegurar la prestación de asistencia médica y atención sanitaria, combatir las enfermedades y la mal nutrición en el marco de la atención primaria de salud, asegurar atención sanitaria pre y post natal apropiada a las madres, garantizar que los padres y los niños conozcan los principios básicos de salud y nutrición, las ventajas de la lactancia materna, la higiene, el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes y desarrollar la atención preventiva de la salud. En el Artículo 44, Lograr la plena realización del derecho de los niños a beneficiarse de la seguridad social. Los Estados Parte, se comprometieron a presentar al Comité de Derechos del Niño, cada cinco años, un informe sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre los progresos que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos.

4.4.1 Ubicación del convenio en la legislación nacional.

El Artículo 46 de la Constitución Política de la República establece que en el caso de la

firma, aceptación y ratificación de convención o tratado que sea materia de derechos humanos, tiene preeminencia sobre el derecho interno. Como sucede en el presente caso, la convención internacional sobre los derechos del niño, se encuentra delimitada dentro del contexto de los derechos humanos, y debido a la aprobación y ratificación del mismo, resulta evidente que forma parte de la legislación interna en el país y que sus normas tienen, sobre todo rango constitucional.

4.4.2 Algunos Artículos de la convención, en los cuales se encuentra previsto el interés superior del niño que operan como pauta interpretativa.

El Artículo 9 numeral 1 establece que: "Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño". Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

El Artículo 18 numeral 1 dispone:" que los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño".

El Artículo 21 regula:"los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial"...

El Artículo 37 establece:” que Los Estados partes velarán por que:.. “c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana”. Artículo 40 numeral 2 dispone:”los Estados partes garantizarán, en particular: que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales”.

4.4.3 Artículos que imponen limitación de derechos de los niños por la protección de intereses colectivos y derechos de terceros. Contenidos en la convención.

El Artículo 10 numeral 2 establece que: "...los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio”

El Artículo 13 indica:"el niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo”.

El Artículo 14 numeral 3 regula:"la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

El Artículo 15 numeral 1 señala:”Los Estados partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas. Numeral 2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática”

Algunos derechos de los niños que en la convención no se prevé su limitación en forma expresa:

El Artículo 6 dispone que: "Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida...supervivencia y desarrollo".

El Artículo 7 establece:"El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad".

El Artículo 8 numeral 1 regula que: "Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas".

El Artículo 14 numeral 1 dispone que: "Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia".

El Artículo 24 numeral 1 indica:"Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios".

El Artículo 27 numeral 1 Indica: "Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social".

El Artículo 28 numeral 1: "Los Estados partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho".

El Artículo 31 numeral 1 Manifiesta:"Los Estados partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas...participar libremente en la vida cultural y en las artes".

El Artículo 40 numeral 1 dispone que: "Los Estados partes reconocen el derecho de

todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño”.

4.5. Características del principio interés superior del niño.

Las principales características de este principio y de lo que establecen las leyes respecto a los derechos de los adolescentes, se pueden mencionar:

- a) Este principio constituye una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a los adolescentes, la cual deberá asegurar el disfrute de sus derechos.
- b) Busca una transformación de la ley para proveer a los órganos del Estado y a la propia sociedad de cuerpos jurídicos orientados adecuadamente en beneficio de la niñez y la adolescencia, para que se adapten a lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala y los tratados, convenios, pactos internacionales que en materia de derechos humanos han sido aceptados y ratificados por Guatemala.
- c) Uno de los objetivos es la búsqueda del desarrollo integral y sostenible de la niñez, dentro del marco del respeto de los derechos humanos.
- d) Que respecto a este principio, existe una intervención directa y responsable de los padres de familia respecto a sus hijos, y es allí, en el seno de la familia, donde se puede ir consumando el respeto de este principio.
- e) El Estado tiene la obligación de intervenir directamente en la solución de la problemática que se plantea con relación a los derechos de los menores, y de adopción de medidas de todo tipo, respecto a la prevención y sanción.
- f) En general, porque los adultos de alguna manera tenemos relación de parentesco de

distinta índole con menores, se hace necesario la intervención directa de todos los sectores en la medida que corresponda para el desarrollo integral familiar.

g) Las normas nacionales ordinarias, regulan aspectos relevantes en cuanto a los derechos de los menores, sin embargo, debido a los niveles de concientización, especialmente a nivel internacional, se hace necesario adecuar la legislación a la realidad concreta de este país en el tema de los derechos de los niños.

Se debe hacer una distinción entre niño y adolescente, porque en la actualidad, no puede conceptualizarse como niño a un adolescente o viceversa.

En ese sentido la definición de ambos conceptos se recogen en el Artículo 2 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, que establece: “Para los efectos de esta Ley se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad, y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad.

Decreto No. 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Un aporte importante de este decreto fue la creación de la Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia. Que está formada por con un integrante de cada una de las áreas de educación, salud, trabajo y previsión social, gobernación, cultura, bienestar social, finanzas y de la Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia o la dependencia que tenga a su cargo la planificación en el Organismo Ejecutivo; un representante del Congreso de la República y del Organismo Judicial. Y por las organizaciones no gubernamentales destinadas al desarrollo de la niñez y la adolescencia, once representantes de: organizaciones de derechos humanos de la niñez y la adolescencia, religiosa, indígenas, juveniles, educativas y de salud.

Como su nombre lo indica, sus funciones van encaminadas a la protección de la niñez y

de la adolescencia, así como a la creación de políticas de capacitación y formación en materia de derechos humanos, así como supervisar a instituciones tanto gubernamentales como no gubernamentales para que no violen los derechos de los menores de edad, y ejercer la representación en conjunto con la Procuraduría de los Derechos Humanos, en todas las actividades que tengan relación con los derechos del niño. Se ha establecido que la fiscalización que se realiza es únicamente a nivel institucional, es decir, para velar por que no se violen los derechos de los menores en escuelas, hospitales, lugares de trabajo, etc.

Artículo 5. Interés de la niñez y la familia: El interés superior del niño es una garantía que se aplicara en toda decisión que se tome con relación a la niñez y adolescencia, que deberá asegurar el goce y disfrute de todos los derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión...

Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño

Artículo 13 El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias....

Artículo 14 Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Cabe mencionar que anteriormente estudiamos la institución de la patria potestad y las funciones de esta, y concluimos que no debe ser obstáculo para el disfrute de los derechos humanos del adolescente pues de ser así se estarían violentando estos. El Artículo anterior sirve de sustento a nuestra exposición.

.Artículo 15 numeral 1. Los Estados partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas...No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática...

Artículo 16 Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación...

Artículo 17 Los Estados partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales...

Artículo 30 En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Artículo 32. Autorización para tratamientos médicos: Los centros médicos públicos o privados tienen el deber de pedir autorización de los padres, tutores o encargado de los niños o adolescentes, salvo cuando corra grave riesgo la vida...

4.7 ¿Qué institución jurídica debe prevalecer al contraponerse la patria potestad y el interés superior del niño cuando los derechos civiles del menor y/o adolescente están en peligro de ser violentados?

Tomamos como punto de partida el indicar que la patria potestad es una institución jurídica y el interés superior de niño es un principio, para ilustrar de una mejor manera lo desarrollamos a continuación:

- Principio jurídico e institución jurídica.

Los principios cumplen la función de completar el ordenamiento jurídico, sino también la de orientar al intérprete y la de constituir las bases últimas de todo el derecho positivo. “Están dentro del derecho escrito como el alcohol está dentro del vino, representan el espíritu o la esencia de la ley”²⁸

La ciencia del derecho tiene principios de carácter general y especial de cada rama jurídica.

Así, en el Derecho Penal se encuentra el principio *in dubio pro reo*, por el cual, en caso de duda, se debe resolver a favor de la absolución del imputado o procesado; de igual modo en la interpretación de una ley.

En el Derecho del Trabajo de la misma forma, el principio de *in dubio pro operario*, que también, en caso de duda, debe resolverse de la manera más favorable para el trabajador. Y en el derecho privado el principio de *favor debitoris* por el cual, en caso de duda sobre la existencia o no de una deuda, debe resolverse a favor del deudor.

A su vez, en el derecho civil, el administrativo y el penal, rige el principio *non bis in idem* que dispone que una persona no puede ser juzgada dos o más veces por el mismo hecho. Sin embargo, puede ser juzgado varias veces por ese mismo hecho para determinar su responsabilidad administrativa, penal y civil. Pero dentro del mismo fuero no más de una vez.

Debe haber una coherencia, porque una persona no podría ser condenada penalmente por ejercicio ilegal de la medicina (por carecer de título de médico), y al mismo tiempo juzgado administrativamente por el Consejo Profesional de Medicina y civilmente por mala *praxis*. Cuando se requiere determinada competencia para un acto no se puede

²⁸ Carnelutti, “Sistema de Derecho Procesal Civil”, pág. 132.

condenar por ciertos delitos al que es incompetente. Una gran importancia tiene el principio de legalidad, que la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce en su Artículo 17: No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración.

Lo mismo ocurre en materia tributaria, pues no puede haber impuestos ni otras contribuciones si no es por ley emanada del Congreso de la República. Y en materia penal el principio *nullum crimen* por el cual no puede considerarse delito a una conducta que no haya sido previamente contemplado en el Código Penal y las leyes complementarias. A su vez, los órganos del Estado tienen su límite en el principio de competencia que dispone que tales entes sólo tengan aquellas facultades que les han sido atribuidas en las leyes.

La Corte Suprema y los tribunales inferiores deben administrar justicia dentro de la ley y motivar legalmente sus decisiones, porque de lo contrario éstas serán calificadas de arbitrarias. Toda resolución desprovista de apoyo legal, fundada en la sola voluntad de los jueces, es arbitraria.

También debe tenerse en cuenta el principio de relatividad de los derechos y libertades, consecuencia de la vida en sociedad. Nuestros derechos y libertades no son absolutos, sino que terminan donde empiezan los derechos de los demás.

Otro principio es el de la jerarquía normativa (principio de supremacía de la Constitución y otros están referidos a la validez de la ley en el tiempo y a su especialidad sobre una materia determinada.

Por aplicación de los principios de *lex specialis*, "*lex posterior*, la ley especial deroga la general, y la posterior a la anterior. Y el principio de la irretroactividad de la ley penal, salvo cuando sea más favorable para el acusado. La ley civil puede ser retroactiva, pero no debe afectar derechos adquiridos o, como debería decirse ahora, amparados por garantías constitucionales. En lo referente a los derechos adquiridos es conveniente

detenerse para diferenciarlos de los llamados en expectativa. Un derecho se adquiere legítimamente, cuando se han cumplido todos los requisitos establecidos por la ley.

Entretanto se trata de un derecho en expectativa. Así, por ejemplo, en materia de jubilaciones, se trata de un derecho adquirido cuando se reúnen las condiciones legales de años de trabajo, años de aportes y edad.

Por esta razón, las llamadas jubilaciones de privilegio no son derechos adquiridos, ya que por lo general sus beneficiarios carecen de los años de trabajo y de aportes; e inclusive de la edad.

La igualdad ante la ley más que un principio es un derecho natural que debe tenerse siempre presente. Lo contrario es discriminación. En igualdad de condiciones, todos somos iguales. Lamentablemente, muchas veces la realidad no muestra lo contrario.

Algunos autores agregan dentro de los principios el de la seguridad jurídica. Pero esto depende de cada país, porque en algunos, aunque formalmente sean democráticos o constitucionales, la seguridad jurídica no existe. De todos modos, es preciso definirla diciendo que hay seguridad jurídica cuando el sistema ha sido regularmente establecido en términos iguales para todos, mediante leyes susceptibles de ser conocidas, que sólo se aplican a conductas posteriores a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad, y que son dictadas por quien está investido de facultades para hacerlo. La seguridad jurídica es la que permite calcular razonablemente las consecuencias del derecho que tendrá en el futuro lo que se hace hoy.

El ejemplo del llamado *corralito financiero* instaurado en diciembre de 2001 en Argentina es una demostración de que la seguridad jurídica, más que un principio, es un anhelo.

Así, el ingreso por parte del estado por el principio de apertura religiosa, como principio básico de la libertad de culto, supone, necesariamente el reconocimiento pleno y el

consiguiente acatamiento del derecho de libertad religiosa. Al adoptar dicho principio, el Estado asume una posición más independiente y, en esa medida, menos sectaria respecto a las confesiones religiosas, imponiéndole, sobre manera, la obligación de respetar plenamente el derecho de los ciudadanos a profesar y practicar sus creencias y al mismo tiempo a su promoción.

De esta manera, el principio de libertad religiosa, como discernimiento de configuración por parte del Estado, encuentra reflejo en tres aspectos principalmente:

a) La exoneración de coerción se traduce en la absoluta ineptitud del estado para imponer, coaccionar o sustituir al ciudadano en el acto de fé y en las diferentes manifestaciones individuales o colectivas. Sin embargo, no se trata sólo de respetar la esfera de inmunidad personal, sino de reconocer que ciertas disposiciones son radicalmente particulares y que, por tanto, el Estado se presenta como una persona incompetente para adoptar estipuladas opciones e incluso para formular sobre ellas un juicio de valor.

b) La ausencia de concurrencia nos hace ver que el estado, si bien es cierto no puede coaccionar, reprimir, sustituir o coartar el ejercicio de la fe religiosa, es factible que pueda coexistir y concurrir junto con sus ciudadanos en la avenencia de la fe religiosa, asumiendo un criterio ante este fenómeno.

Sin embargo, cuando así sucede, acaba prevaleciendo el principio del Estado, por su convertibilidad en principio de orden público, lo que lleva al debilitamiento del derecho de libertad religiosa.

c) El impulso por el Estado en lo religioso tiene que ver con una nueva configuración de los derechos humanos; es decir, la función promotora del derecho. “En el caso del derecho de libertad religiosa (derecho humano), el estado debe suscitar y promocionar la libertad religiosa. En este sentido, su oficio no sólo es de carácter formal, de simple

reconocimiento del derecho, sino además de difusión”²⁹.

Institución, es todo ente inmaterial, pero exterior y visible, y es fruto de la naturaleza social y no, únicamente, individual del hombre. Depende de varias personas.

Institución Jurídica: Institución con incidencia jurídica. Una institución tiene singularidad e individualidad propia, aunque pueden estar en conexión con otras instituciones. Los rasgos que definen a la institución son evolutivos y cambiantes; puede renovarse siempre que mantenga sus principales características.

Una institución, jurídicamente hablando contiene en si misma un ordenamiento jurídico, es un subsistema del ordenamiento jurídico. No puede ser considerada aislada. Ej.: Matrimonio (Institución jurídica). Hay instituciones con mucha relación, como el derecho de información y el del honor.

“El universo jurídico es un universo sobre poblado. El derecho natural, los principios jurídicos, los principios generales del derecho, el derecho consuetudinario, los derechos subjetivos (derechos humanos o no), las obligaciones y deberes, la voluntad del legislador, la voluntad de la ley etc. Pueblan dicho universo. Según *J. Bentham*, nada de eso existe, pues la considera entidades jurídicas fingidas o ficticias”³⁰.

En la práctica se da la relación constante entre principios jurídicos e instituciones jurídicas, pues siendo el derecho una ciencia social, la sociedad se mueve y evoluciona al ritmo de la globalización, lo que ha dado origen a una gran cantidad de instrumentos de carácter internacional que han venido a desarrollar vertiginosamente esta ciencia creando o dando reconocimiento a teorías, unificando las doctrinas y jerarquizando las instituciones y principios.

²⁹ s/a “**Liberta de Religión vr objeción de conciencia**”. (ví 9 de junio de 2009), <http://www.monografias.com/trabajos13/liberrel/liberrel.shtml>.

³⁰ Ross, Alf, “**Sobre el Derecho y la Justicia**”, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1997

- El Interés Superior del niño como límite al ejercicio de la patria potestad.

Lo anteriormente expuesto nos ayuda a determinar que el interés superior del menor constituye un principio vinculante para todos aquellos que puedan influir o tomar decisiones respecto de situaciones en las que deban resolverse cuestiones que, de un modo u otro, afecten a la niñez y/o adolescencia

Así, principalmente, el legislador en la fase de la elaboración de la norma, los Jueces y Tribunales en la interpretación y aplicación de las fuentes del derecho en su función de defensa y protección de los intereses del sometido a patria potestad, las entidades públicas como gestoras del funcionamiento de las diversas instituciones protectoras del menor, los progenitores o tutores en el ejercicio de sus funciones tuitivas (patria potestad) deben regirse estrictamente por el principio de Interés superior del niño, tomando en consideración que las facultades concedidas por la ley a quienes ejercen la patria potestad son netamente de instrucción y de garantistas del goce de los derechos reconocidos, sin olvidar el principio de relatividad de los derechos.

Además la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño aprobada en 1989 por la Asamblea General de la Naciones Unidas hace reconociendo para que el niño y/o adolescente, tenga un pleno y armónico desarrollo de su personalidad, para lo cual debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; el Artículo 5, del mismo cuerpo legal indica: Los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o en su caso de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención

- Equilibrio con los derechos de los padres.

“Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de

los padres y los del menor y/adolescente que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor”³¹. De allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso.

Sin embargo, como parámetro general, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo La vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos innecesarios para su desarrollo. Según se explica en el acápite anterior; cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo. Siendo la libertad de culto parte de ese desarrollo integral a que nos referimos con anterioridad el que hacer de quienes ejercitan sobre ellos la patria potestad debe limitarse a la instrucción no a la imposición de credos.

Conclusión que se deriva de cuanto antecede es que, en todo caso, la decisión de cualquier cuestión familiar suscitada en el marco de las relaciones de patria potestad y, todo conflicto o situación en que intervengan menores y/o adolescentes que de un modo u otro les afecte se debe valorar el beneficio de los mismos como interés superior, desde tal consideración, con diferentes niveles de observancia, el esencial principio del favor filial y el interés superior del menor como imprescindibles criterios, cualquier medida referente a los derechos de los hijos subordinados a la patria potestad, también debe aplicarse en materia de libertad de culto.

³¹ “Bernardo Nespral”, ctda por revista Plus Valores, Ed. Hn. Manresa. pag 22.

CONCLUSIONES

1. El principio interés superior del niño, no es aplicado según sus postulados que señalan: I) Corresponde al Estado proveer los medios para el desarrollo pleno de la niñez, adecuando la legislación con base en el principio. II) Escuchar al menor para que sea sujeto y no objeto de derecho. Lo que limita y deja desprotegido el disfrute autónomo de algunos derechos del mismo, como la libertad de culto.
2. La mayoría de iglesias de los diferentes cultos en Guatemala, no le dan importancia a los conflictos que genera el que los cónyuges profesen diferente religión, lo que ocasiona la violación del derecho a la libertad de culto del menor por desconocimiento o fanatismo de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad.
3. Las instituciones encargadas de velar por el respeto de los derechos de los menores, no muestran interés en salvaguardar el disfrute del derecho a la libertad de culto del menor de edad. Lo que provoca que la costumbre se imponga aun existiendo la norma constitucional que garantiza este derecho autónomo.
4. La práctica invasiva de la patria potestad es una realidad en Guatemala, en la actualidad ha de plantearse como inaceptable por imperar un estado pleno de derecho, donde la discriminación y el autoritarismo no tienen cabida, pues en el caso de la libertad de culto del menor, es generalizado el imponer la autoridad de quien ejerce la patria potestad.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe tener presente los postulados del principio interés superior del menor, como principio rector de las relaciones en que el menor aparezca como sujeto de derecho al momento de legislar sobre cualquier materia referente a la niñez, porque solamente mediante la aplicación de estos postulados se garantizará el disfrute de sus derechos humanos.
2. Como parte de su función social, las iglesias deben promover el principio de interés superior del niño, sensibilizando o concienciando a sus feligreses adultos, en el respeto a los derechos del menor y especialmente en la libertad del niño/adolescente de elegir su propia religión, para generar en la feligresía la armonía con otros credos y porque únicamente fortaleciendo la función instructiva de los padres respecto a sus hijos garantizaremos el respeto a los derechos de los niños.
3. La Procuraduría General de la Nación debe tomar en cuenta la violación al derecho a la libertad de culto del menor, promoviendo su difusión, resguardo y disfrute, también el Ministerio de Gobernación debe exigir como requisitos para autorizar a las iglesias, la inclusión de la difusión del mismo derecho, mediante la colocación impresa de las normas jurídicas que garantizan el derecho en mención, en lugares visibles en los recintos religiosos.
4. Los padres de familia deben cumplir con la función formativa que impone la institución de la patria potestad, informando y educando al menor sobre las posibilidades del ejercicio de la libertad de culto y las opciones existentes dentro de Guatemala, respetando su derecho al mismo, y así formar ciudadanos con criterio propio.

BIBLIOGRAFÍA

DIDEROT, Dennis. “La **Enciclopedia**”, Traducción, Jesús Torbado, 1974 (s.e)

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de Derecho Civil Español**, 3ª. Ed.; Madrid España, Ed. Revista de derecho privado, 1974.

FERNANDEZ, E. **Teoría de la Justicia y Derechos Humanos**, España. Ed. Debate, 1984.

FICHTE, Johann Gottlieb. **Reivindicación de la Libertad de Pensamiento y Otros Escritos, Políticos**, traducción de Faustino Oncina Coves, Madrid. Ed. Tecnos, 1986.

G. Ana. **Aconfesionalidad del Estado**, Universidad de Deusto, España. <http://apuntes.rincondelvago.com/derecho-de-libertad-religiosa.html>. (11 de junio, 2009)

GONZÁLEZ, Ana. **Derecho Canónico Estatal**, apuntes universitarios. <http://www.rincondelvago.com.html>. (5 de mayo, 2009)

Informe Anual Sobre Libertad Religiosa Internacional, publicado por la oficina Pro Democracia, Derechos Humanos y Trabajo, Guatemala. Embajada de Estados Unidos de América, Guatemala, 2006.

LAQUIS, Manuel Antonio. **El Abuso del Derecho en el Ejercicio de la Patria Potestad; la Educación Religiosa de los Menores**, Buenos Aires, Argentina. Ed. Rubinzal y Culzoni, 1963.

MONTERROSO, Gladis. **La Interpretación y la Ley del IVA (SIC)**, Diario Prensa Libre, Guatemala, sección de opinión, 5 de mayo, 2006.

ORTIZ, Antonio. **Pragmatismo Religioso**, Madrid. Ed. Altamira, 1998.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. **Derechos de los Padres y de los Hijos**, Cámara de Diputados y UNAM, México, 2000.

PINTO, Mónica. **Temas de Derechos Humanos**, Argentina. Ed. Del Puerto, 1997.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de Derecho Civil Español**, 3ª. Ed; Tomo V, Madrid, España. Ed. Pirámide, 1976.

ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1997.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Ángel. **La Patria Potestad en el Antiguo Régimen**, Universidad de Salamanca. In memoriam. Version html. <http://www.tiemposmodernos.org/>. (28 de junio, 2009)

VELÁSQUEZ, Mario Alexander, **Análisis de los Casos de Separación, Suspensión y Pérdida de la Patria Potestad y su Correcta Aplicación**. Ed. Universitaria, 2007.

Legislación

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

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

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

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

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

Ley de Tribunales de Familia. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley Número 206-1964.