

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



**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA TUTELA LEGAL Y SUS  
REPERCUSIONES EN EL CASO DE LOS MENORES DE EDAD EXPÓSITOS**

**CLAUDIA ESTELA MUÑOZ ARANA**

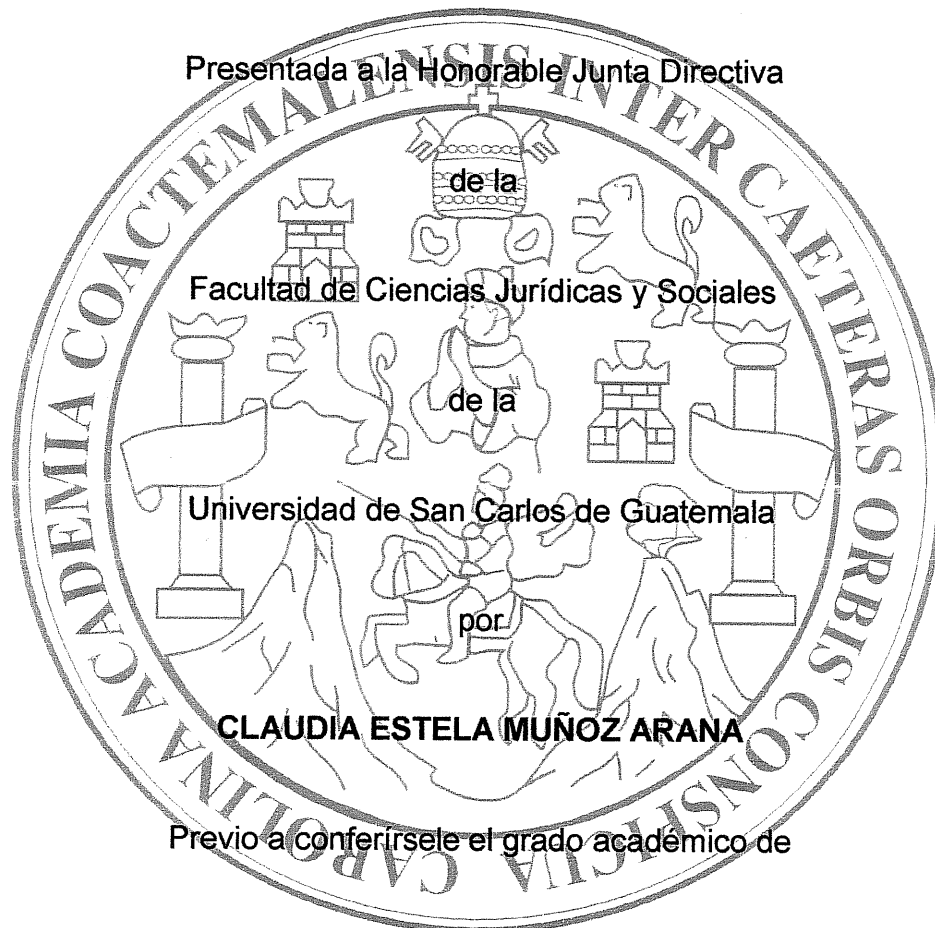
**GUATEMALA, OCTUBRE DE 2011**

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA TUTELA LEGAL Y SUS  
REPERCUSIONES EN EL CASO DE LOS MENORES DE EDAD EXPÓSITOS**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva



Previo a conferirsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, octubre 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. Avidán Ortiz Orellana  
**VOCAL II:** Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi  
**VOCAL III:** Lic. Luis Fernando López Díaz  
**VOCAL IV:** Br. Modesto Jose Eduardo Salazar Diéguez  
**VOCAL V:** Br. Pablo Jose Calderón Gálvez  
**SECRETARIO:** Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Jose Luis De León Melgar  
Vocal: Lic. Luis Emilio Orozco Piloña  
Secretario: Lic. Luis Alberto Zeceña López

**Segunda Fase:**

Presidente: Licda. Ileana Nohemí Villatoro Fernández  
Vocal: Licda. Jennie Aimee Molina Morán  
Secretario: Licda. Dora Renee Cruz Navás

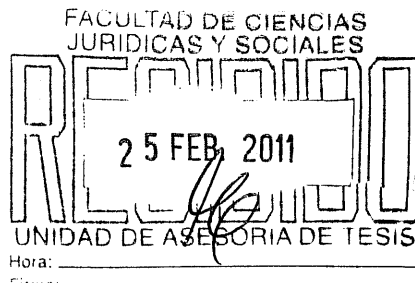
**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y del Examen General Público).

LIC. LEONEL ANIBAL SOSA MONZÓN  
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala 25 de febrero de 2011

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



En atención a la designación que fuera objeto, según providencia de fecha 9 de julio del año 2003 como **asesor** del trabajo de tesis denominado **“Análisis jurídico y Doctrinario de la Tutela Judicial y sus Repercusiones en el caso de los Menores de Edad”** propuesto por el alumno Claudia Estela Muñoz Arana, me permito manifestarme en los siguientes términos:

**DICTAMEN**

Estimo que el citado trabajo se realiza cuando se produce una coyuntura propicia para el mismo, habida cuenta que la Tutela Judicial y sus repercusiones en los menores de edad, no hay un perfil establecido para las personas que van a ser los representantes legales de los menores de edad, generándose la razonable discusión entre quien podría ser la persona idónea para ocupar tan vital cargo; por lo que este trabajo es meritorio y contiene aportes importantes que se pueden realizar a la legislación guatemalteca. De conformidad con el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público enumero lo siguiente:

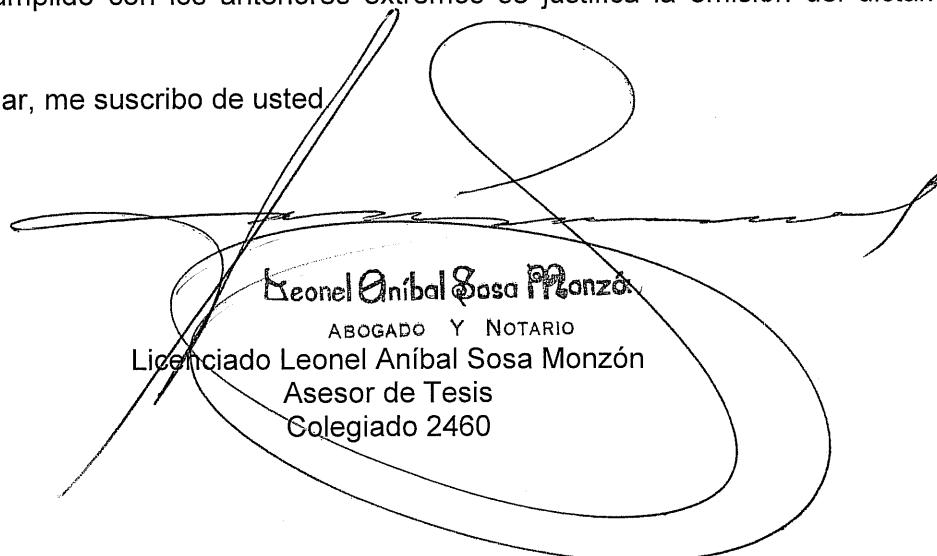
1. El contenido científico de la presente investigación está sumamente enriquecido, toda vez que sintetiza la rama del derecho civil en su análisis del derecho de familia. En relación al contenido técnico de la presente tesis, el estudiante aplicó técnicas que suponen un amplio manejo del derecho civil, además que de dicha investigación el estudiante alcanza conclusiones personales de gran relevancia.



2. Las metodologías utilizadas fueron los métodos científicos y deductivos, toda vez que de ideas generales se obtienen conclusiones que pueden tener aplicación en la legislación guatemalteca, además que dichas conclusiones fueron obtenidas a través de un estudio científico del derecho civil. En relación a las técnicas utilizadas se hizo uso de la técnica bibliográfica, adecuada para la presente investigación, toda vez que fundamenta el presente trabajo.
3. Sobre la redacción del presente trabajo, la considero adecuada y congruente, no redundante sobre ningún aspecto, es precisa y explicativa, haciendo que el presente trabajo sea de fácil comprensión.
4. En relación al aporte científico del trabajo, al analizar de manera objetiva un problema en nuestro medio, considero que la presente tesis aporta bastante, toda vez que busca que se llene el vacío legal del cual adolece el Código Civil respecto a la idoneidad de las personas que nombran como tutores, así como la obligación estatal de generar una razonable política humana y jurídica.
5. Sobre las conclusiones y recomendaciones las considero adecuadas, toda vez que se arriba a ellas luego de realizar un análisis a la problemática que presenta el actual Código Civil; además que las recomendaciones guardan congruencia con las conclusiones, resultando valiosos aportes para la presente investigación.
6. Respecto a la bibliografía considero que se utilizaron estudios modernos de importantes expertos del derecho civil, además que la bibliografía es amplia, por lo cual asegura una investigación con fundamentos suficientes que justifican el presente trabajo.

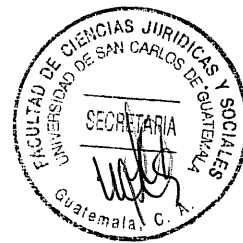
Por haberse cumplido con los anteriores extremos se justifica la emisión del dictamen favorable.

Sin otro particular, me suscribo de usted.



Leonel Anibal Sosa Monzón  
ABOGADO Y NOTARIO  
Licenciado Leonel Anibal Sosa Monzón  
Asesor de Tesis  
Colegiado 2460

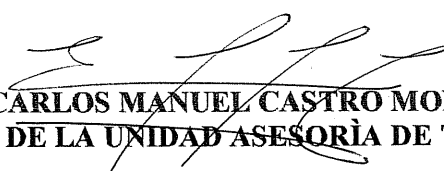
6ta. Avenida 6-91 zona 9 Edificio Consebi Cuarto Nivel Oficina 4 Teléfono 59182021



**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintitrés de marzo de dos mil once.

Atentamente, pase al ( a la ) LICENCIADO ( A ): **RAÚL ANTONIO CASTILLO HERNÁNDEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del ( de la ) estudiante: **CLAUDIA ESTELA MUÑOZ ARANA**, Intitulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA TUTELA JUDICIAL Y SUS REPERCUSIONES EN EL CASO DE LOS MENORES DE EDAD”**.

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 las 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 estime pertinentes”.

  
**LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS**

cc.Unidad de Tesis  
CMCM/ brsp.

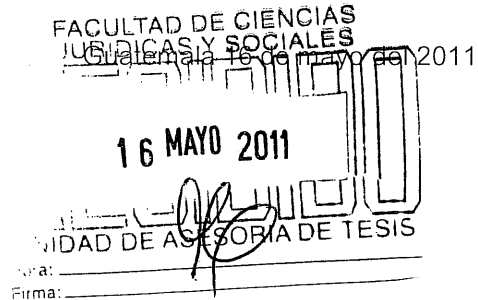


Lic. Raúl Antonio Castillo Hernández  
Abogado y Notario, Colegiado 6448  
6<sup>a</sup>. Av. 0-60 Zona 4, Guatemala Torre Prof.  
1, Of. 801



Lic. Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Presente

Licenciado Castro Monroy,



Me es grato dirigirme a usted para informarle que en cumplimiento del nombramiento recaído en mi persona, como revisor del trabajo de tesis titulado **"ANÁLISIS JURIDICO Y DOCTRINARIO DE LA TUTELA LEGAL Y SUS REPERCUSIONES EN EL CASO DE LOS MENORES DE EDAD EXPÓSITOS"**, de la estudiante **CLAUDIA ESTELA MUÑOZ ARANA**, con fundamento en el artículo 32 del Nombramiento para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y de Examen General Público, rindo el dictamen respectivo.

- a) El estudio a través del trabajo de investigación sobre la tutela legal en nuestro país evidencia la falta de normativa legal sobre este extremo siendo así como los menores expósitos se encuentran en una evidente desprotección por parte del Estado de Guatemala en cuanto a quien ejerce la tutela sobre ellos.
- b) El estudio aporta información importante de la realidad que viven los menores expósitos y la desprotección que reciben por parte del Estado de Guatemala. Da una propuesta clara y concreta a través de una propuesta de ley para regular acerca de las personas que deben ejercer la tutela, así como quien debe ser la institución del Estado que debe velar por el cumplimiento de la misma.
- c) Se utiliza el método científico enfocado a estudios jurídicos, con procesos lógicos y deductivos, que permiten la certeza en las conclusiones aportadas. Se hizo una revisión del estilo, puntuación y gramática, que permite afirmar que la redacción es aceptable.
- d) Las conclusiones contienen datos concretos después de realizar las investigaciones y el análisis de la necesidad de mejorar las condiciones en las cuales se desarrolla en nuestro país la tutela legal y la actual problemática que no existe una normativa sobre este tema lo cual impide que sea la persona idónea quien tenga a su cargo este tipo de tutela. En las recomendaciones se aportan soluciones para la solución de la problemática planteada.
- e) Se le sugiere se adecue el nombre en el trabajo de tesis atendiendo al tema central sugiriéndole el nombre de **"ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA TUTELA LEGAL Y SUS REPERCUSIONES EN EL CASO DE LOS MENORES DE EDAD EXPÓSITOS."**

Lic. Raúl Antonio Castillo Hernández  
Abogado y Notario, Colegiado 6448  
6<sup>a</sup>. Av. 0-60 Zona 4, Guatemala Torre Prof.  
1, Of. 801



- f) El apéndice aporta información importante al trabajo de investigación ya que da a conocer la opinión de jueces de familia y sentencia penal sobre la experiencia que ellos tienen respecto a la tutela legal y como el Estado vela por los derechos de los menores expósitos.

En virtud de lo anterior, considero que la estudiante atendió a las recomendaciones que se le hicieron y se cumple con los requisitos de forma y fondo, exigidos por la normativa universitaria inclusive se adecuó el título del trabajo atendiendo el tema central y por lo anterior expuesto dictaminó que el referido trabajo de tesis cumple los requisitos del artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de la Licenciatura en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, extendiendo el presente dictamen en forma favorable, para que el mismo pueda continuar con el trámite y sea objeto de discusión en Examen Público de Tesis.

Atentamente,

Raúl Antonio Castillo Hernández  
ABOGADO Y NOTARIO  
Colegiado 6448

*Raúl Antonio Castillo Hernández*  
ABOGADO Y NOTARIO



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala

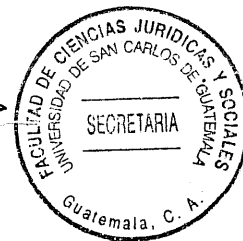


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintidós de agosto del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CLAUDIA ESTELA MUÑOZ ARANA, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA TUTELA LEGAL Y SUS REPERCUSIONES EN EL CASO DE LOS MENORES DE EDAD EXPÓSITOS. 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 su dulce amor e infinitas misericordias.
- A mis padres:** Por su amor, apoyo y comprensión.
- A mis hermanos:** Por su incondicional amor y cuidados.
- A mis sobrinos:** Por su hermosa compañía.
- A la Universidad de San Carlos:** Por darme la oportunidad.
- A la Facultad de Derecho:** Por las enseñanzas.
- A mis amigos:** Por brindarme tan buenos momentos.
- A mis padrinos:** Por su apoyo y valiosa amistad.
- A mis tíos y tías:** Por sus consejos.
- A mis maestros:** Por su bondad.
- A mis primos:** Por su cariño.
- A Gabo, Pablo, Mario y José:** Por su serena compañía.



## ÍNDICE

	<b>Pág</b>
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

<b>1.</b> La tutela del Estado.....	01
1.1. Breves antecedentes.....	01
1.2. Definición.....	04
1.3. Características.....	05
1.4. Ámbito de la tutela.....	06
1.5. La tutela.....	12
1.6. Clases de tutela.....	13

### CAPÍTULO II

<b>2.</b> La Adopción en la doctrina y la legislación.....	15
2.1. El derecho de menores.....	15
2.2. La ausencia de la familia como camino a la adopción y su regulación actual.....	26
2.3. Análisis desde la perspectiva de la convención sobre los derechos del niño.....	33
2.4. De la institución de la adopción.....	35
2.5. Definición de la adopción.....	41
2.6. Naturaleza jurídica de la adopción.....	42
2.7. Características de la adopción.....	43
2.8. Efectos de la adopción.....	44
2.9. Elementos personales y formales de la adopción.....	44
2.10. Clases de adopción.....	45
2.11. Trámite para la adopción.....	46



**Pág**  
47

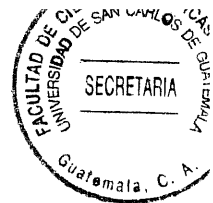
2.12 Trámite para la apelación de la adopción.....

### **CAPÍTULO III**

3.	La tutela legal en el caso de los menores de edad expósitos y la necesidad de regularla a través de una ley específica.....	49
3.1	Los menores de edad expósitos.....	50
3.2	La falta de tutela legal y la necesidad de crear una normativa específica....	53
3.3	E interés superior de los menores de edad.....	55

### **CAPÍTULO IV**

4.	Legislación Comparada.....	61
4.1	República de México Ley de Asistencia Social del Estado de Michoacán de Ocampo, México.....	61
4.2	Ley 1427 que crea el hogar de la niñez y sala cuna Eva Perón.....	72
4.3	Bases para la creación de una ley.....	74
	APÉNDICE.....	85
	CONCLUSIONES.....	91
	RECOMENDACIONES.....	93
	BIBLIOGRAFÍA.....	95



## INTRODUCCIÓN

El presente informe de investigación tiene como fundamento, establecer los hallazgos encontrados en el análisis de las normas contenidas en el Código Civil y ahora de la Ley que regula la adopción, respecto a los menores expósitos y la falta de una tutela estatal al respecto que les brinde bienestar pero materializado a través de políticas gubernamentales al respecto, en respuesta a lo establecido en cuanto a sus derechos, en la Convención sobre los Derechos de los niños y otras que se abordaron en este trabajo.

A través del desarrollo de este trabajo, se demostró que respecto a estos menores no existe una tutela legal efectiva, y que por ello se hace necesario que se cree una ley específica para abordar esta temática en congruencia con las normas que se refirieron en su desarrollo y que se fundamentan en la exposición que se hace en el último capítulo de este informe.

La hipótesis del presente trabajo versa en que la tutela legal en la actualidad no cuenta con una normativa necesaria que regule especialmente en los directores de establecimientos, lo cual repercute negativamente en el caso de los menores expósitos que muchas veces son los que serán dados en adopción posteriormente.

La conclusión y la comprobación de la hipótesis entonces, se corrobora en establecer que no existe una tutela legal efectiva que brinde protección a los menores de edad, atendiendo a los objetivos trazados, se busca a través de la presente investigación determinar con precisión la existencia del vacío legal que adolece nuestros actuales cuerpos legales en especial sobre aquellos menores que se encuentran institucionalizados, y que por ello, se han cumplido los objetivos propuestos en el desarrollo de este trabajo y se formula la recomendación de una ley que norme esta situación.



El trabajo para una mayor comprensión ha sido dividido en capítulos. En el primero, se hace un análisis de la tutela del Estado, y sus repercusiones en el caso del Derecho de Familia y el Derecho Penal. En el segundo capítulo, se establece un análisis de la institución de la adopción de acuerdo a como se presenta la actual normativa. El capítulo tercero, trata el caso de los menores de edad expósitos y la tutela legal respecto a la protección del Estado, para determinar la necesidad de que se cree una ley específica que regule todos los aspectos que se contemplan en las normas nacionales e internacionales de protección de los menores. En el capítulo cuarto, brinda la propuesta de solución a la problemática planteada, contiene un apéndice que indica los resultados del trabajo de campo en base a entrevistas. Por último se incluyen las conclusiones y las recomendaciones en el presente trabajo de investigación de tesis.

En la presente investigación se empleó el método científico, toda vez que la investigación tiene un enfoque cualitativo, además del método Inductivo partiendo de las opiniones de los expertos en derecho de familia para llegar a una conclusión. Las técnicas de investigación utilizadas fueron las fichas bibliográficas y entrevistas.

A través del desarrollo del trabajo se logro realizar una propuesta para la creación de una ley para regular la tutela legal por medio de un sistema de protección de niños y adolescentes estableciendo la estructura, funcionamiento y bases de organización para garantizar las condiciones de vida y desarrollo de la infancia desde una perspectiva de sus derechos .

## CAPÍTULO I

### 1. La tutela del Estado

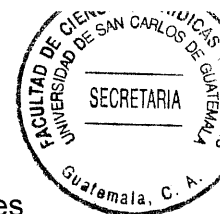
#### 1.1 Breves antecedentes

Considero que la tutela estatal, tiene su fundamento en la obligación del Estado de Guatemala, de brindar bienestar a los ciudadanos, tomando en consideración lo que contempla el Artículo 1, 2 y 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala. La tutela estatal, como tal, se circunscribe al tema de justicia, de tal suerte que se señala que si en un Estado de derecho no se cuenta con un sistema efectivo y transparente de justicia, no existe esa tutela estatal, puesto que los ciudadanos se encontrarían inseguros y de allí devienen otros aspectos importantes que comprende este concepto.

El fortalecimiento a la justicia en Guatemala se dirige hacia el derecho penal. Indiscutiblemente, se le ha dado mayor importancia a esta rama, por la misma naturaleza que encierra, sin embargo, cabe señalar que en el caso del derecho de familia y derecho de menores, esto se ha quedado a la zaga, tan es así, que a partir de los años sesenta, es que se introduce una serie de cambios que comparándolos en la actualidad se han tornado estáticos pues, se crean los Tribunales de Familia, de naturaleza privativa, puesto que anteriormente, se regía todos los asuntos en materia de familia, por el derecho civil.

Lo anterior, tiene su fundamento a partir de lo que establece el Código Civil y todas las instituciones de naturaleza familiar que regula, pero sin embargo, se habla de una tutela del Estado, a partir de que éste a través del poder coercitivo que tiene por medio del ejercicio del Derecho, impone a los ciudadanos.

Esta tutela tiene sus momentos históricos en una conquista o reconquista de los valores y principios máximos que inspiraron grandes movimientos sociales de la



humanidad como el cristianismo y la Revolución Francesa, y tantos otros grandes acontecimientos, que inspirados en los principios del constitucionalismo dirigieron sus esfuerzos al logro de la mayor expresión secular de dichos valores: la libertad y la justicia, para cuya realización es indispensable la verdad. Bien dicen las Sagradas Escrituras: ...y la verdad os hará libres. De modo que todo cuanto impida la verdad, estorba la libertad, puesto que afecta a la justicia, siendo esta última la aspiración máxima que debe tener el Estado para lograr una armonía entre los ciudadanos de un conglomerado social, y que esto, ha sido posible, o por lo menos se encuentra en ese proceso a partir del apareamiento del derecho. Entonces, se puede señalar que la tutela del Estado, se ejercita a través de la intervención de éste por medio del apareamiento del derecho y de tal suerte, el cúmulo de normas jurídicas que rige el ordenamiento jurídico de un Estado.

A la hora de realizar una descripción de cualquier ordenamiento jurídico suelen confundirse muy a menudo los distintos planos desde los que la noción de derecho suele ser afirmada. En efecto, los planos normativo, fáctico y axiológico, no pueden ser adecuadamente distinguidos, en tanto no se comprenda que no puede reducirse el fenómeno jurídico a uno sólo de ellos.

Una cosa es lo que ocurre en la esfera de la validez jurídica, en tanto otra muy distinta es la que tiene lugar en la de los hechos; esto es, las conductas fácticas que acontecen. Asimismo, cuestión aparte configura la referente a juicios de valor, ya sea sobre las acciones debidas, ya sobre las actuales. Consiguientemente, ninguna esfera ha de seguirse necesariamente de la otra, o lo que es lo mismo, no son intercambiables las dimensiones descriptiva, prescriptiva y valorativa. Hacerlo implica, como decíamos, meros reduccionismos que no llevan a ninguna parte en el esclarecimiento de tales cuestiones, y más aun, enturbian toda posibilidad de analizar y explotar los beneficios del estudio de cada una de ellas por separado.





Sin embargo, confundir las nociones de justicia, validez y eficacia es más común de lo que usualmente se cree. Así los abogados, los juristas, los jueces y los docentes, no siempre están al tanto de tan importantes cuestiones, cuando no, sencillamente, pretenden pasarlas por alto. Consecuentemente, muchos de ellos engloban bajo la palabra derecho a aquéllas conceptualmente distinguibles dimensiones, al punto de crearlas fundidas en un todo de valores, normas y hechos, como condición sine qua non de la descripción del fenómeno jurídico.

“Muchos filósofos analíticos se preocuparon en este sentido, entre ellos, Hume, Bentham, Austin, Kelsen, Hart y Raz. Todos ellos dieron claras muestras de distinguir al derecho como conjunto de prescripciones del deber, tanto de las valoraciones que del mismo se propusieran como de la situación fáctica que pudiera servirle de sustento. Por otro lado, muy frecuentemente nos enfrentamos con afirmaciones acerca de que derecho y realidad forman un todo único e indivisible, o que el derecho como orden normativo de la conducta humana; esto es, como técnica social destinada a guiar las relaciones ínter subjetivas de los individuos, debe mantener un hilo conductor con la realidad, con lo que pasa en el plano del ser; en definitiva: con lo que acontece desde lo social, etcétera. No resulta sorprendente escuchar, entonces, que el derecho de cualquier país no puede apartarse de la realidad que subyace en el terreno de las prácticas efectivas realizadas por la comunidad de que se trate. Incluso se afirma, con notable persistencia, que el derecho es un todo complejo de normas, hechos, y aun, valores, que resulta innecesario a la hora de su descripción, los que en modo alguno se excluyen, sino que por el contrario se complementan.

Para cuestionar la tutela del Estado en el ámbito del Derecho, se tendría que sustentar su legitimidad en una lógica, puesto que una cosa es el derecho que es (deber –plano normativo), otra el que le parecería que fuera a una sociedad (el que debería ser –plano ideal o valorativo), y otra muy distinta lo que ocurre en el acontecer fáctico (plano fáctico o si se quiere fenomenológico).

Particularmente en el plano del derecho, el valor sólo se reduce a lo que prescribe una norma jurídica, es decir, ella obliga, prohíbe, permite o autoriza positivamente una determinada acción y nada más, esto bien, con independencia del mérito o del desmérito que se tenga sobre ella, puesto que lo debido no se confunde con el deber, así como tampoco el ser se puede confundir con el deber ser. El valor para el derecho, únicamente puede ser entendido en un sentido objetivo; esto es, el valor consistente en la relación de una conducta con una norma jurídica objetivamente válida y no la relación de un objeto con el deseo o la voluntad de un ser humano, pues ello equivale al valor en un sentido subjetivo de un acto de voluntad humana, que más apropiadamente podríamos denominar como valoración.”<sup>1</sup>

## 1.2 Definición

Proviene del latín tutelam “Institución ordenada por la ley, que tiene por objeto la protección y asistencia de una persona que, por razón de edad o de incapacidad, no puede gobernarse por ella misma ni proveer a la administración de sus bienes. Autoridad protectora, cargo de tutor”.<sup>2</sup>

Es una institución que “tiene por finalidad la guarda de personas incapaces de regirse por sí mismas, tanto personal como patrimonialmente”.<sup>3</sup>

Considero que la tutela estatal, no es más que esa protección y asistencia que tiene como deber el Estado a la colectividad, por el ejercicio mismo de su función.

“En el derecho penal, considerado este como un conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena o medida de seguridad o corrección como

---

<sup>1</sup> Ronald Dworkin. **Tomando los derechos en serio**. Pág. 653

<sup>2</sup> Diccionario enciclopédico pequeño Larousse en color en español, Pág. 634

<sup>3</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 434



consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica.

Además, se considera como la rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho" <sup>4</sup>, se entiende entonces, que la tutela del Estado a través del ejercicio del Derecho Penal, se fundamenta precisamente porque tiene el deber de brindar protección a los ciudadanos de las personas que infrinjan normas prohibitivas que llevan implícito la protección de determinado bien jurídico tutelado, como el caso de la vida, la libertad, la integridad física, el patrimonio, etc.

Considero que la misión del derecho penal no solo se reduce al listado de las conductas consideradas delitos y la pena que a cada uno corresponde, sino que fundamentalmente su misión es proteger a la sociedad. Esto se logra a través de medidas que por un lado llevan a la separación del delincuente peligroso por el tiempo necesario, a la par que se reincorpora al medio social a aquellos que no lo son mediante el tratamiento adecuado en cada caso para lograr esta finalidad. Concretamente, el derecho penal es parte de la ciencia jurídica, y por ello su finalidad es el estudio y la interpretación de los principios contenidos en la ley.

### **1.3 Características**

Considero que a través del estudio realizado a varios autores se podría mencionar que dentro de las principales características que encierra la tutela estatal, se encuentran:

---

<sup>4</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal parte general** Pág. 653



- a) Es una actividad propia del Estado, en cumplimiento a las obligaciones que le impone las leyes principalmente teniendo como función brindar protección a la sociedad a la que este representa.
- b) Se basa en los valores y principios máximos que inspiran el bienestar social, y que se fundamentan en los cuerpos normativos. En el caso de Guatemala, a partir de lo que establece la Constitución política de la República de Guatemala, que regula no solamente principios sino mandatos rectores que deben acatarse.
- c) Independientemente de la protección que amerita la sociedad en su conjunto de los presuntos infractores a las normas prohibitivas a través del derecho coercitivo o penal, también, a los infractores o delincuentes, tiene la obligación de brindar protección ejerciendo el mismo.
- d) La tutela del Estado no solamente se ve fundamentada en el Derecho Penal, sino en otros ámbitos del Derecho como civil, laboral, familiar, etc.
- e) La tutela del Estado se puede observar con mayor énfasis en el caso del Derecho Penal, puesto que en la sociedad se produce una mayor sensibilización cuando los índices de violencia y de criminalidad, están a la puerta del día, sobre la cual la población tiene un mayor sentimiento de ausencia de esa tutela, y es por ello, que en la doctrina, se tiene conocimiento que la tutela judicial es la que más estudio ha abordado estudiosos sobre el tema de la función del Estado.

#### **1.4 Ámbito de la tutela**

Considero que la población guatemalteca, ha vivido durante mucho tiempo una cultura de violencia y en este tema, la mujer y los niños han sido drásticamente afectados. Este conflicto ha tenido como consecuencias en términos de destrucción de comunidades, desplazamiento, aumento de la pobreza y exclusión

social han influido en el grado de violencia que como se dijo, se ejerce sobre las mujeres fundamentalmente, y que esa problemática ha variado en términos de modo, es decir, ya no existe guerra que genera violencia, pero si persiste la - violencia generada por la situación socioeconómica, política, de inseguridad, que existe y que vive aún la sociedad guatemalteca. Otro tema que tiene relación con la tutela del Estado, es la impunidad de que gozan los responsables de las violaciones de derechos humanos que se cometen y cometieron.

La gran mayoría de la población que fueron víctimas de violaciones de derechos humanos durante las campañas de contrainsurgencia emprendidas por el ejército guatemalteco a principios de la década de 1980 eran miembros de grupos indígenas mayas que vivían en zonas rurales, mientras que en la mayoría de los casos de víctimas de la delincuencia y criminalidad, es la población de la ciudad capital en un mayor porcentaje, dentro de la cual se encuentra a las mujeres y los niños.

“El hecho de que el Estado no haya llevado ante la justicia a los responsables de las atrocidades cometidas durante el conflicto armado interno ni ofrecido una reparación a las víctimas y a sus familias ha dejado un terrible legado. La continuidad del cuadro general de impunidad ha permitido que los autores de las violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado eludan rendir cuentas penalmente y ha contribuido a generar un vertiginoso aumento de la violencia en la sociedad y a que continúen las violaciones de derechos humanos.

Al no pedir cuentas a los responsables de las violaciones de derechos humanos que se cometieron en el pasado y que se cometen actualmente se ha menoscabado aún más la confianza pública en el sistema de justicia, debilitando así el imperio de la ley.”<sup>5</sup>

Amnistía Internacional reconoce que las autoridades guatemaltecas han tomado algunas medidas positivas para prevenir la violencia y la violencia contra las

<sup>5</sup> Informe para Guatemala de Amnistía Internacional. 2004. Pág. 65



mujeres, entre ellas la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, la promulgación de leyes y la creación de instituciones públicas para promover y proteger los derechos de los menores, de las mujeres, el relativo específicamente a los derechos humanos, etc.

A pesar de lo anterior, no existe respuesta a la interrogante planteada respecto a que si existe una serie de cúmulo de normas que protegen los derechos humanos, estos no se hacen efectivos, y el Estado hace que la violación a esos derechos que se encuentran protegidos bajo la tutela o amparo del Estado, no se hacen valer ni sentir para la población guatemalteca, de tal suerte, que pudiera pensarse que esa tutela del Estado o esa tutela legal no existe.

Al respecto en el Informe para Guatemala de Amnistía Internacional, establecen que “El incremento del crimen y las cuestiones de seguridad humana y pública son motivo de preocupación en Guatemala y en otras partes de Latinoamérica. La ausencia de enjuiciamientos efectivos de presuntos miembros de las bandas criminales y la delincuencia organizada ha menoscabado la confianza en el imperio de la ley y el sistema de administración de justicia.

Al mismo tiempo, la consolidación de los grupos clandestinos legales también ha fomentado el desorden y la crisis de seguridad pública. En los últimos años, la gran preocupación suscitada por las continuas violaciones de derechos humanos, la intensificación de la delincuencia y la inacción del Estado para hacer rendir cuentas a los responsables de los abusos pasados y actuales se ha reflejado en diversas recomendaciones y observaciones de expertos y organismos de derechos humanos, entre ellos la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y mecanismos temáticos como el relator especial sobre la independencia de jueces y abogados. Todos ellos han condenado reiteradamente las debilidades crónicas y sistémicas del sistema de justicia y la persistencia de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos, que, como se indica en el informe de 2001 de

la Comisión Internacional Derechos Humanos, es uno de los factores más importantes que contribuyen a la persistencia de tales violaciones y de la violencia criminal y social.”<sup>6</sup>

En septiembre de 2004 se estableció en la Fiscalía General de la República (en adelante, Ministerio Público) un departamento para investigar el alto índice de asesinatos de hombres y mujeres. Sin embargo, en marzo de 2005, el fiscal de delitos contra la Vida anunció que su oficina no se daba abasto con las denuncias de presuntos homicidios cometidos todos los días en la capital.

En los últimos tres años ha aumentado la cantidad de muertes violentas en general, pero resulta particularmente preocupante el evidente incremento del número de homicidios de mujeres. Los datos estadísticos sobre mujeres víctimas de homicidio en Guatemala son limitados y poco fiables, pues existen grandes diferencias entre las cantidades que presentan las diversas instituciones del Estado. No obstante, el porcentaje del número total de muertes correspondiente a las mujeres ha crecido constantemente: según los datos de la policía, del número total de homicidios, en 2002 fueron de mujeres el 4,5 por ciento; en 2003, el 11,5, y en 2004, el 12,1. Las cifras compiladas por la PNC que se citan en el informe de 2003 Muertes violentas de mujeres, de la Procuraduría de los Derechos Humanos revelan que el número de mujeres asesinadas aumentó acusadamente de 2002 (163) a 2003 (383). Las estadísticas investigadas por la Procuraduría de los Derechos Humanos sitúan el número de mujeres asesinadas en 2003 en 360.

Considero que la ausencia de programas adecuados de protección para impedir los secuestros y asesinatos de mujeres es uno de los muchos ejemplos de cómo las autoridades no reconocen el gran número de asesinatos de mujeres que se cometen en la actualidad es un problema de seguridad pública. Al resumir las conclusiones de su visita de septiembre de 2004 a Guatemala, la relatora especial de la CIDH sobre los derechos de la mujer expresó especial preocupación por el

---

<sup>6</sup>Ibid. Págs. 65 y 66



hecho de que en las políticas sobre seguridad pública no se tuvieron en cuenta las necesidades específicas de las mujeres. Señaló lo siguiente: La violencia intrafamiliar y doméstica afecta particularmente a la mujer pero no están tomados en cuenta como un problema de seguridad ciudadana. Además, se puede ver la invisibilidad de la violencia contra la mujer en la ausencia de estudios o estadísticas sobre la prevalencia de violencia intrafamiliar o doméstica, así como la poca información que existe sobre la prevalencia de delitos sexuales que afectan principalmente a la mujer.

Considero que el hecho de que muchas de las mujeres víctimas de homicidio fueran de extracción pobre supone que las mujeres sufren discriminación en razón tanto del género como de la clase social. Los homicidios de mujeres de Guatemala violan el derecho de las víctimas a la vida y a la integridad física. La amenaza constante de violencia ha afectado a la libertad de circulación de las mujeres, a su derecho a trabajar en condiciones de seguridad y a su derecho al nivel más alto posible de salud física y mental. El gobierno se comprometió en los acuerdos de paz a poner fin a la discriminación y a fomentar la participación de las mujeres en la vida pública; sin embargo, la relatora especial de la CIDH sobre los derechos de la mujer ha observado: Se han recibido testimonios preocupantes en relación a la notoria percepción de inseguridad que experimentan hoy día las mujeres en Guatemala a propósito de los hechos de violencia y de los asesinatos en particular. Este efecto intimidatorio puede llevar un mensaje perverso: que las mujeres deben abandonar el espacio público que han ganado con tanto esfuerzo personal y social y recluirse nuevamente en el mundo privado, abandonando su rol indispensable en el desarrollo nacional.

Los sistemas tradicionales de poder y patriarcado se mantienen casi intactos en Guatemala y en varios países más de Centroamérica, y los estereotipos relativos al papel subordinado de las mujeres en la sociedad están todavía firmemente arraigados. De acuerdo con destacados organismos internacionales de desarrollo



e instituciones nacionales, tales normas culturales y sociales se manifiestan en la alta incidencia de violencia contra las mujeres en la familia.

“La verdadera incidencia de los asesinatos con violencia sexual probablemente sea mayor. En la actualidad, el modo en que las autoridades clasifican las muertes de mujeres carece de una perspectiva de género. Se registran las muertes por arma de fuego o por arma blanca, por ejemplo, pero no se tienen en cuenta los tipos de violencia, como los abusos sexuales, infligidos a los cuerpos, que podrían indicar una forma de violencia de género. En otras categorías, como muertes por politraumatismo, trauma cráneo o trauma abdomen, no se distingue si la muerte fue accidental o el resultado de daños intencionales, como haber sido golpeada. El hecho de que las autoridades competentes no documenten con exactitud ni consideren todos los elementos del delito reduce las posibilidades de realizar una investigación exhaustiva e imparcial e incluso puede ser causa de que no se realice ninguna investigación en absoluto. Asimismo, debido a las graves deficiencias existentes con respecto a la protección del lugar del delito y la reunión y protección de las pruebas, así como al hecho de que no se busquen signos de agresión sexual durante las autopsias, los delitos de violencia sexual a menudo no se descubren o se ignoran.”<sup>7</sup> Como se observa el problema de la violencia ha afectado a la mujer, que en tiempos anteriores respecto a la delincuencia común y criminalidad, no se hacía sentir en los porcentajes tan alarmantes que se generan en la actualidad.

El tema de la tutela estatal, entonces, para el caso de la familia guatemalteca, no ha sido abordado adecuadamente y esto se puede confrontar con la realidad. Esa inseguridad jurídica que representa que el Estado efectivamente no favorezca la tutela en materia de familia o de derecho de menores, radica en que no se cuenta con una política estatal al respecto.

Como se ha señalado, la tutela del Estado no solamente se ve concentrada en una determinada rama del derecho, como sucede en el derecho penal, al cual se

---

<sup>7</sup> *Ibíd.* Pág. 69



le ha dado mayor significado en los últimos tiempos, derivado de la misma naturaleza de éste, sino también, esa tutela se ha visto fortalecida por ejemplo, en el Derecho de Familia, a partir de que sitúa a los jueces, como protectores de la parte más débil de las relaciones familiares, y esto tiene su fundamento no solo en normas ordinarias, sino constitucionales, a partir de lo que establece sobre la protección a la familia, al menor, a la mujer, a los ancianos, etc.

Que se desglosa también de un cúmulo de normas del Derecho internacional de los Derechos Humanos, como el caso de la Declaración sobre los Derechos Humanos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, Convenciones relacionadas a los derechos de las mujeres.

Es decir, la tutela del Estado a favor de los ciudadanos, no solamente se ve fortalecida en normas internas nacionales, sino en internacionales, es decir, gozan de legitimidad y por lo tanto, es una obligación del Estado no solo para los ciudadanos, sino para la comunidad internacional en general, brindar esa protección, y que esa protección sea efectiva.

### **1.5 La tutela**

“Es la institución que tiene por finalidad la guarda de personas, incapaces de regirse por sí mismas, tanto personal como patrimonialmente”.<sup>8</sup> Como se observa en la definición anterior, se trata entonces de una institución social de carácter jurídico formal y legal que por medio de ésta quedan al cuidado los menores de edad o incapaces, de un tutor y un protutor y que la característica principal es el hecho de que estos menores mayores incapaces, no se encuentren bajo el imperio de la patria potestad. El Código Civil establece en el Artículo 293 al respecto “El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a la tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes también quedara

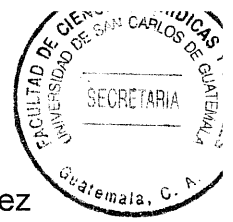
---

<sup>8</sup> Cabanellas Guillermo. **Ob.Cit.Pág.** 444

sujeto a tutela aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres. El tutor es el representante legal del menor o incapacitado”.

## 1.6 Clases de tutela

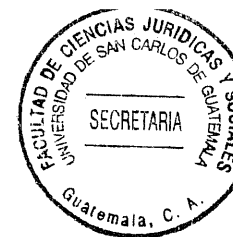
- a. “Tutela testamentaria: Es la que se instituye por testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad por el abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima, por cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si este careciere de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo y por el adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo.
- b. Tutela legítima: Esta clase de tutela corresponde en su orden al abuelo paterno, al abuelo materno, a la abuela paterna, a la abuela materna y en este último caso, a los hermanos, sin distinción de sexo, siendo preferidos los que procedan de ambas líneas y entre estos el de mayor edad y capacidad. La línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera del matrimonio. Sin embargo, mediante motivos justificados, para variar la procedencia puede el juez nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, solvencia, idoneidad y preparación que constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo.
- c. Tutela judicial: Es la que procede por el nombramiento que hace el juez competente a una persona cuando no haya tutor testamentario ni legítimo. Para este efecto, el Ministerio público, dígase, Procuraduría General de la Nación cualquier persona capaz deben denunciar a la autoridad el hecho que da lugar a la tutela no provista. Para la designación de la persona del tutor, del juez deberá tomar en cuenta las circunstancias que se mencionan en el Artículo 299 del Código Civil.



- d. Tutela legal: Esta clase de tutela es la que se le otorga por parte del juez competente a los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso y su cargo no necesita discernimiento.
- e. Tutela específica: Se refiere al caso de que el juez nombra a un tutor específicamente, cuando existan conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela, siendo necesario que el juez nombre a tutores específicos”.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Vásquez Ortíz, Carlos Humberto, **Derecho civil I**. Págs. 87 y 88



## CAPÍTULO II

### 2. La adopción en la doctrina y en la legislación

#### 2.1 El derecho de menores

Considero que dentro de la tutela del Estado, se encuentra la protección que merecen los menores. Desde tiempos remotos, se ha tenido un concepto de protección de los menores y fundamentalmente se manejaba la teoría de la situación irregular, en la que el menor era considerado como una especie de objeto que amerita protección, y por el otro, se dedicaba este derecho, a tratar a aquellos menores que se encontraran en situación irregular, es decir, que hubieren transgredido la ley penal. “En la antigüedad el Derecho de menores se encontraba aniquilado y vedado, aun hasta la vida, considerado a lo largo de milenios una personalidad propia y por lo tanto, carente de un derecho autónomo que regulara su circunstancia personalísima. Así tenemos que La India en Manava Dhamasatra, el Código de Leyes de Manu, establecido en el siglo XIII antes de J.C., prescribía que a los niños se les pegara azotándolos con un látigo o rama de tronco de bambú o atándolos con cuerdas cuando incurrieran en una falta. En las Republicas griegas, los derechos individuales estuvieron subordinados a los del Estado, escasamente se concibió en cultivar los valores personales.

El niño permaneció sujeto a un régimen cerrado de ejercicio rutinario con la nodriza, el esclavo o con el pedagogo. Platón negó el derecho de vivir a quienes nacieran débiles y enfermos, los niños nacían sin garantía a la vida. En el aspecto educativo, solo los guerreros y los magistrados tenían derecho a una educación superior, los labradores y los artesanos bastaban que aprendieran un oficio. Aristóteles, rechaza la teoría Platónica con un pensamiento mas diáfano, instituye los derechos del hombre, se preocupó de la educación antes de que el niño naciera, y aun antes de que sea concebido, cuando reglamenta el matrimonio, trata de la higiene de la madre durante la gestación y del amamantamiento

materno, así como otras cuestiones que hoy prescribirían los higienistas y pediatras modernos.

Aristóteles mantuvo un pensamiento a la defensa de los derechos naturales del hombre, Toma la institución del Pater Familia, es un símbolo de la negación de derechos a todos los que integran la familia y principalmente el hijo. El padre ejerce sobre aquel un modo de derecho de propiedad, derecho de vida y de muerte. Dispone de su persona por todos los medios, hasta se desprende del niño, por la vía de enajenación o abandono, cuando le resulta una carga pesada. Aun en los primeros tiempos ejercían la función de juzgar a su hijo, a quien incluso podrían condenar a muerte.

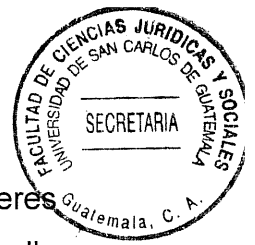
“El primitivo Derecho germánico tanto las dragas de Islandia como la Lex Salica, establecían la minoría penal hasta los doce años, considerándose involuntario el delito, cometido por un niño que no llegara a esa edad. El delito de un niño sometido a tutela, siendo involuntario, no se le privaba de la libertad, pero conforme a las dragas su padre o tutor pagaba a cargo del patrimonio del menor la mitad de la composición.

En las sociedades orientales osciló el pensamiento entre la negación de toda personalidad al niño y el deber de cultivar su espíritu. En el antiguo testamento encontramos innumerables pasajes de la dureza con que los niños habían sido tratados: Quien detiene la vara odia a su hijo, pero quien le ama lo castiga con ardor”. Castiga mientras haya esperanza”<sup>10</sup>

En determinada época y tiempo, el derecho de menores ha ido evolucionando de una sociedad a otra, a nivel internacional a partir del veinticuatro de septiembre de mil novecientos veinticuatro, se abrió la brecha internacional para construir una estructura del derecho de menores, siendo La Carta o Declaración de Ginebra, la cual dice en algunos pasajes:

---

<sup>10</sup> Mendizábal Oses, Luís. **Derecho de menores teoría general**. Pág. 433



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

- I. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente.
- II. El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo, debe ser asistido, el retrasado debe ser estimulado, el extraviado debe ser conducido, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.
- III. El niño debe ser el primero en recibir socorros en época de calamidad.
- IV. El niño debe ser dotado de medios con que ganarse su vida, y debe ser protegido contra toda explotación.
- V. El niño debe ser educado en el sentimiento de que sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio de sus hermanos.”<sup>11</sup>

Para el caso de Guatemala, cabe mencionar que en la evolución jurídico-constitucional de Guatemala, los ideales de libertad, igualdad y derecho del hombre surgen como una constante histórica. En efecto, desde las bases constitucionales de 1823 hasta la Constitución de 1985, vemos consagrados estos principios como fundamentos del Estado guatemalteco.

“Dentro del marco constitucional es preciso referirse de manera especial a la evolución de las disposiciones jurídicas que atañen directamente al niño o niña guatemalteco:

---

<sup>11</sup> Declaración Universal de los Derechos del niño, insertado en el folleto de la Convención sobre los Derechos del niño. Pág. 11 y 12



- a) En el año de 1822, fue presentado ante la Asamblea Nacional Constituyente de las provincias unidas de Centro América, proyecto para abolir la esclavitud.
- b) En el año de 1824, se promulgo la Constitución de la Republica Federal de Centro América, la cual en su Artículo 13 decía que todo hombre es libre en la República. No puede ser esclavo el que se acoja a sus leyes, ni ciudadano que trafique con esclavos.
- c) En el año de 1834, en el gobierno del Doctor Mariano Gálvez, se efectuó una codificación sobre la legislación penal en la que se promulgó el Código de Reformas y Disciplinas Carcelarias, mismo que se aplicaría en todos los casos en que se usase la prisión como un medio privativo de libertad o bien un castigo.
- d) En el año de 1839, fue establecido el Decreto 76 de la Asamblea Constituyente en la que estaba regulado en el artículo tercero, lo relativo al amparo de las personas que por su edad, menores de edad, o falta de capacidad, carecían de ilustración suficiente para conocer y defender sus propios derechos, siendo la generalidad personas indígenas. Norma legal que iba dirigida a la parte más débil como lo eran los niños y los esclavos de esa época.
- e) En el año de 1854, el gobierno del General Rafael Carrera, mediante el Decreto 21, se reguló lo relativo al establecimiento de la Casa de Huérfanos, en virtud de la solicitud planteada por la señora Perfecta de la Congregación de la Inmaculada de la Virgen Maria, la cual atendía a menores transgresores y abandonados.
- f) En el año de 1877, fue promulgado el Código penal en el que se eximia de responsabilidad penal a los menores de 10 a 15 años.



- g) En el año de 1887, mediante el Decreto 188, se abrió la primera Casa de Corrección para menores, misma que fue establecida con fines proteccionistas.
- h) En el año de 1889, el Código Penal instaurado, regulada la imputabilidad de menores. En el año de 1913, se aprobó el Reglamento interno de la Sección para menores, que fue trasladada al área de los juzgados del Ramo Criminal.
- i) En el año de 1921, fue promulgada la Constitución Política de la Republica de Centroamérica, en donde se encuentra claramente la protección a los menores. En el año de 1925, la sección de menores estuvo a cargo de la Policía Nacional, surgiendo ahí la preocupación de crear una sección para niñas, la que fue implementada e instalada en un nexo de la prisión de mujeres.
- j) En el año de 1934, se emitió una Ley de protección para Menores, la que fue creada por el Consejo Consultivo Central cuyo fin era proteger a la infancia. En el año de mil novecientos cuarenta y cinco, en virtud de la creciente población de la escuela de corrección de menores, esta fue trasladada al barrio San Pedro de la zona 5 de la ciudad capital de Guatemala, en donde fue ubicada con el nombre de Reformatorio de menores. En el año de mil novecientos cincuenta, cambio de nombre y se le denomino Escuela de Prevención Juvenil.
- k) En el año de 1952, se crearon tres centros destinados para el tratamiento de menores, los cuales son el Centro de observación destinado al estudio y clasificación de los niños desadaptados sociales o transgresionales. El Centro de Re educación para varones, destinado a la educación especial que tiende a encausarlo por una vida sana y provechosa, y el Centro de Re educación de niñas, con los mismos fines que el anterior.



- l) En el año de 1955, aprobó el Ministerio de Educación Pública, el Reglamento General de los Centros de observación y Re educación de Menores, el que regulaba todo lo relacionado a las normas y disposiciones de los menores internos, estableciéndose en el mismo las atribuciones y funciones de todos los empleados.
- m) A través del tiempo, en materia de leyes, ha ido mejorando el Derecho de Menores, hasta como se encuentra en la actualidad.”<sup>12</sup>

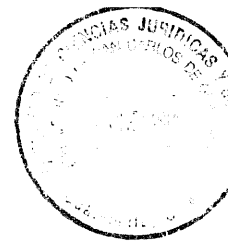
En el caso de Guatemala considero importante analizar cuidadosamente la historia del derecho de menores en Guatemala, la misma debe efectuarse con la sucesión de hechos que se proyectarán desde que se incorpora al menor en la legislación.

En la evolución jurídica constitucional de Guatemala, los ideales de libertad, igualdad y derecho del hombre surgen como una constante histórica. En efecto, desde las bases constitucionales de 1823 hasta la Constitución de 1985, vemos consagrados estos principios como fundamentos del Estado guatemalteco. Dentro de este marco jurídico Constitucional es preciso referirse de manera especial a la evolución de las disposiciones jurídicas que atañen directamente al niño o niña guatemalteco.

En el año 1822: En dicho año fue presentado ante la Asamblea Nacional Constituyente de las provincias unidas del Centro de América, proyecto para abolir la esclavitud. Decreto que fue aprobado el 17 de abril de 1824. Dicha proposición fue turnada a la Comisión de Gobernación de la Asamblea y esta emitió un dictamen, dentro del cual en su parte conducente establecía: La Comisión opina que los esclavos y los hijos de éstos deben ser libres sin rescate, porque el derecho del hombre a su libertad es un derecho otorgado por la naturaleza: Es un derecho innegable e imprescriptible.

---

<sup>12</sup> **Ibíd.** Págs. 14 a la 16



Dentro de esta iniciativa de ley se inicia la incorporación de los derechos del menor a la legislación ya que se está cerrando un pasado de opresión a los grupos más débiles que eran los menores por nacer.

En 1877 en la Administración del Presidente Justo Rufino Barrios, fue promulgado el Código Penal en el que se establecía que eximia de responsabilidad penal a los menores de diez a quince años, cuando se comprobaba que el menor había actuado sin discernimiento y cuando este resultaba culpable del hecho, como medida se adoptaba enviarlo a una casa correccional para que fuese educado, o reeducado. Permanecía en la institución el periodo estipulado en el fallo, mismo que no excedía del tiempo que faltaba para cumplir su mayoría de edad.

Mediante el Decreto 188 se abrió la primera casa de corrección para menores, misma que fue establecida con fines proteccionistas. En 1889 en el nuevo Código Penal regulaba lo concerniente a la imputabilidad de menores, misma que comprendía a los menores de 10 a 15 años. El tribunal que conocía de las actuaciones al momento de dictar su fallo en forma expresa declaraba que el menor había actuado con o sin discernimiento para imponerle la pena respectiva o declarándolo sin responsabilidad del hecho.

El 9 de septiembre de 1921, fue promulgada la Constitución Política de la República de Centroamérica donde se encuentra una clara evidencia hacia la protección de la minoría y en forma especial a la niñez desvalida.

El 20 de diciembre 1927, la Constitución de la República de Guatemala sufría una reforma mediante el Decreto número 5 de Reformas Constitucionales en su artículo 30, el cual establecía que los menores de 15 años solo podrán ser recluidos en los lugares especialmente destinados para el efecto. Una legislación de menores establecería para este caso lo que a ellos se refiere. En 1934 se emitió una Ley de Protección para Menores la que fue creada por el Consejo Consultivo central cuyo fin era proteger a la infancia. El Consejo Consultivo central



estaba integrado por personas honorables y versadas en el manejo de menores, y sus atribuciones eran la vigilancia de los menores desvalidos, mendigos, y vagos que se encontraban a disposición de los tribunales tutelares para menores y de las instituciones, haciendo veces de Tribunal de consulta o apelación según los casos y la creación de un tribunal tutelar de menores ad-honorem en cada cabecera con el fin de integrarlo con un médico, abogado y pedagogo.

En 1937 diez años después de la promulgación del Decreto 5 de reformas constitucionales, en el gobierno del presidente Jorge Ubico se estatuyo el decreto 2043, Ley de Tribunales de Menores, primera ley especifica de menores, ya que por mucho tiempo se hizo notar en nuestro medio la falta de un sistema legal que analizare las necesidades sociales relativas a la trasgresión de los menores. En 1952, se crean 3 centros destinados al tratamiento de menores inadaptados sociales y de conducta irregular. Uno de los centros sería mixto, siendo el centro de observación, teniendo por objeto estudiar y clasificar cada caso que se presentara, sobre la salud física y mental de los menores y su adaptabilidad al medio social, tal análisis se efectúa con la participación de médicos, psicólogos, trabajadores sociales y pedagogos. Los otros 2 centros se denominarían Centro de Reeducción, uno para varones y otro para niñas.

En 1967, por acuerdo ejecutivo No. 261 de fecha 9 de septiembre es decretado el día del niño rural guatemalteco, el segundo martes de septiembre de cada año. En 1969, el 20 de noviembre se decreta y promulga el Decreto 61-69 Código de Menores, derogándose el decreto 2043. El mismo consta de 6 considerandos dentro de los cuales se contemplaba la declaración internacional sobre los derechos del niño. Este código regula el sistema nacional de tutela de los menores comprendía, acción protectora, preventiva, correctora.

En 1979 entra en vigor el 9 de julio el decreto 78-79, el que deroga en su totalidad el Decreto 61-69.



El 7 de noviembre del año 2002, el Congreso de la República de Guatemala conoció en pleno la iniciativa de ley presentada por los representantes Carlos Valladares y Zulema Friné Paz de Rodríguez, iniciativa que aprueba la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

El Congreso de la República pidió que fuera trasladado para su trámite a las Comisiones de Legislación y de la mujer, el menor y la familia para su estudio y dictamen conjunto. Dentro de la exposición de motivos del proyecto de ley se cita lo siguiente: “La legislación sobre la niñez y adolescencia, actualmente se centra en el área del Derecho de Familia, y específicamente, en su protección especial, cuando sus derechos son amenazados o vulnerados. También en el área del Derecho Penal se ha avanzado en cumplimiento con la constitución de la República y la Convención Sobre los Derechos del Niño, pero aún no se logra, por medio de la legislación, abarcar la universalidad de los derechos de la niñez y adolescencia, y aún falta promover la participación de toda la sociedad para favorecer la protección y el desarrollo integral a favor de todos los niños y niñas y adolescentes.

“El marco legal que regula la actuación de la familia, la sociedad y el Estado en su conjunto debe ser fortalecido, a fin de definir las responsabilidades de cada uno y consiguientemente la corresponsabilidad social, ya que es responsabilidad de todos velar por el cumplimiento de los derechos de nuestra niñez y adolescencia y responder por su vulneración.”<sup>13</sup>

En los Juzgados de menores aplican esta Ley para los menores transgresores de la Ley, y para aquellos que están en situación de abandono y que son objeto de malos tratos, violencia – intra familiar y otros. Del Artículo 1 al 5 regulan lo relativo a las Disposiciones Generales en cuanto a la Aplicabilidad, ámbito de la Protección, minoridad de edad, Obligación de Cooperar, Artículo 14, 15, 16, del

---

<sup>13</sup> Declaración Universal de los Derechos del niño, insertado en el folleto de la Convención sobre los Derechos del niño. Pág. 28



mismo Código; del 17 al 19 especifica los Juzgados para menores, Generalidades, Naturaleza, organización y atribuciones del 47, 48, y 49 del mismo cuerpo legal enuncia lo relativo a menores en abandono y trámite de menores que son objeto de malos tratos o violencia intra familiar de los padres, tutores u otra persona ajena al parentesco con ellos.

Con el Código Penal, se relaciona en razón a tipificar lo relativo a las faltas o delitos que se les imputa a los menores de edad, haciendo énfasis en cuanto a que pese a ser inimputables para cuando se les sindicaba algo se debe apoyar en un cuerpo legal, como lo es el Código Penal ya que es allí en donde se encuentra el encuadramiento jurídico, para tipificar el delito o falta cometido por ellos. También se regula principalmente por la Constitución Política de la República de Guatemala, Código de Menores, Código Penal y la Convención Internacional de los Derechos del Niño ratificada por Guatemala, y en virtud de ello viene a ser ley ordinaria, de aplicación general y de cumplimiento para la colectividad.

El Decreto 27-2003 del Congreso de la Republica, que contiene la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que tuvo como motivación lo siguiente:

- a) Que atendiendo la obligación legal que tiene el Estado de garantizar y mantener a los habitantes de la Nación en el pleno goce de sus derechos y de sus libertades, siendo su obligación proteger la salud física, mental y moral de la niñez y la adolescencia, así como regular la conducta de los adolescentes que violan la ley penal.
- b) Que el Decreto 78-79 del Congreso de la Republica que contiene el Código de Menores, consideran que ha dejado de responder a las necesidades de regulación jurídica en materia de la niñez y la adolescencia.

- c) Promover el desarrollo integral tanto del niño, niña, como el joven y la joven adolescente.
- d) Que responde a lo acordado en la Convención sobre los Derechos del niño, la cual fue aprobada por el Congreso de la Republica de Guatemala, el 10 de mayo del año 1990.
- e) La Ley tiene como objetivo lograr una integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro del marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos.
- f) El derecho del niño es un derecho tutelar, otorgándoles una protección jurídica preferente.
- g) Dentro de los derechos de los menores se encuentran: a la vida, a la igualdad, a la integridad personal, a la libertad, identidad, respeto, dignidad y petición, a la familia y a la adopción, como derechos individuales.
- h) Dentro de los derechos sociales, se encuentran, un derecho a un nivel de vida adecuado y a la salud, a la educación, cultura, deporte y recreación, a la protección de la niñez y la adolescencia con discapacidad, a la protección contra el tráfico ilegal, sustracción, secuestro, venta y trata de niños, niñas y adolescentes, a la protección por el uso ilícito de sustancias que produzcan dependencia, derecho a la protección por el maltrato, a la protección contra la explotación y abusos sexuales, a la protección por conflicto armado, niños y niñas adolescentes refugiados, a la protección contra toda información y material perjudicial para el bienestar de la niñez y la adolescencia.
- i) Dentro de los deberes de los menores, se encuentran una serie de actitudes que deben observar los menores en su conducta con su familia, en la escuela,

en el deporte, en la cultura, etc., que se regulan taxativamente en el Artículo 62 de la ley en referencia.

- j) Regula normas importantes que atañen a los jóvenes trabajadores, así como se encuentra organizado por medio de la Comisión Nacional de la Niñez y de la adolescencia, como una comisión integrada paritariamente por representantes del Estado y por el mismo número de representantes de organizaciones no gubernamentales que realicen acciones y desarrollen programas a favor de la niñez y la adolescencia, con intervención de la Procuraduría de los Derechos Humanos a través de la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, la Unidad de protección a la adolescencia trabajadora, Policía Nacional Civil.
  
- k) En materia procesal, se establece la creación de los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia, los de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, de Control de ejecución de medidas y las Salas de la Corte de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia, con determinadas funciones, en donde también, pueden intervenir, a manera de prevención los jueces de paz. Se divide la función de los jueces que conocen de la violación a sus derechos de los niños y adolescentes, de los jueces que conocen de los asuntos de los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, independientemente de aquellos jueces que han sido designados para conocer exclusivamente del control de ejecución de medidas.

## **2.2 La ausencia de la familia como camino a la adopción y su regulación actual**

Respecto a los orígenes de la familia, conviene hacer la reflexión en cuanto a que “Lo conocido es que se inicia con una familia claramente patriarcal en el Oriente Medio, con menos autoridad para el padre de familia en Grecia y Roma, y con menos aún en los pueblos de América, sin que en ningún pueblo de los conocidos, el padre deje de ser el jefe de la familia. El matiz del patriarcado





exagerado o disminuido viene dado por la mayor o menor consideración que se le da la mujer y por tanto, por la mayor o menor importancia que se le da al matrimonio monogámico.

Esto confirma lo que nos dice la razón: que la familia y el matrimonio son dos instituciones naturales, en el sentido que se derivan de la naturaleza humana y por tanto han estado presentes desde que existe el ser humano sobre la tierra y seguirá existiendo mientras haya individuos que participen de nuestra naturaleza.

Esta familia histórica primitiva, es muy amplia por que en alguna forma realiza las funciones que poco más tarde van a realizar las autoridades de la ciudad y después las autoridades del Estado; porque es con frecuencia en sí misma una unidad completa de producción agrícola y ganadera; porque necesita auto defenderse de otros grupos rivales, etc. Se entra en la familia por los mismos procedimientos que después se usan para entrar a formar parte de la comunidad política: por nacimiento, por admisión expresa en el grupo o por matrimonio.

La familia, cedió por tanto, sus funciones políticas a las autoridades municipales, las cuales fueron sustituyendo paulatinamente algunas de las que realizaba originalmente. Esto contribuyó a ir reduciendo paulatinamente el número de personas integrantes de la familia para dar cada vez más importancia al parentesco consanguíneo.

Un tipo común de familia doméstica consta de un hombre adulto, de su esposa y de los hijos no casados. Esta familia nuclear no puede ser, sin embargo, considerada universal, pues no hay sociedad en la que sólo haya familias de este tipo. Por una parte, muchos hogares cuentan con elementos ajenos a ese esquema, como abuelos, viudas, huérfanos y madres solteras; por otra parte, puede haber hijos casados que formen parte de la familia con sus padres, de tal manera que coexistan en el mismo hogar tres o cuatro generaciones, cuando los sucesivos matrimonios han tenido lugar a edad temprana. Por consiguiente, la



composición familiar está ampliamente determinada por el hecho de que un nuevo matrimonio se establezca en un hogar nuevo o continúe siendo miembro del ya existente, ocupado por los parientes de uno de los nuevos esposos.

Para designar los diferentes tipos de familia no nuclear se utilizan denominaciones también diversas. Una familia vástago es la generada por la regla de que solamente un hijo permanezca en el hogar paterno después del matrimonio; este tipo familiar se da en algunas regiones rurales de Europa y en Japón, y su función consiste en que exista en el seno del hogar una familia que pueda sostener a sus padres y a sus hijos, pero no a un grupo mayor, en consonancia con las posibilidades del medio agrícola en que viven. Otro tipo de familia es la extensa, que permite que varios hijos o todos ellos puedan seguir residiendo en la casa paterna después de contraer matrimonio. En las sociedades primitivas, la organización familiar predominante es la denominada gran familia, grupo parental amplio que habita bajo un mismo techo, generalmente vinculado por relaciones patrilineales (la herencia se transmite a través de la línea paterna).

No obstante, pese a la transformación real y profunda de los esquemas familiares, la estructura esencial de la familia sigue manteniendo vigencia, por cuanto constituye, en sus diferentes formas, el fundamento de toda sociedad humana y es en su seno donde se crean los lazos afectivos imprescindibles para transmitir la cultura y los valores ideológicos y morales de unas generaciones a otras.

En el transcurso de los siglos, y según las distintas culturas y civilizaciones, ha predominado la familia patriarcal, dirigida por el varón más anciano del grupo. La familia de la Roma clásica era de este tipo, y en ella se distinguían dos grupos domésticos: el más amplio, la gens, compuesta por diversas ramas independientes, y la familia en sentido propio. En ella, el padre ejercía un poder absoluto, aunque limitado en alguna medida según fuera ejercido sobre la esposa, sobre los hijos -la "patria potestad"-, sobre los esclavos o sobre los siervos. El derecho germánico distinguía asimismo, entre la familia propiamente dicha y el



círculo familiar más amplio, la estirpe, la pertenencia a la familia estaba más determinada por la autoridad a que se hallaba sometida que por los lazos de sangre.”<sup>14</sup>

Considero que en la familia entonces se generan vínculos de parentesco, y de conformidad con la ley existen tipos y grados. El parentesco, entonces, es la relación que existe entre miembros de una misma familia, por vínculos de sangre, o bien, la generada entre los cónyuges que es la de afinidad, y entre los hijos adoptados y los padres adoptantes que es la denominada civil.

En el caso de una violación, en donde se produce la concepción de un hijo, el vínculo de parentesco que se genera entre el violador y la víctima, respecto del hijo, es el de consanguinidad al establecer que es el que existe entre personas que descienden del mismo progenitor, y de allí las consecuencias ulteriores respecto a la conformación de la familia por razones de consanguinidad que se generan de este hecho.

Considero que las obligaciones que se imponen a los padres respecto de los hijos, y que efectivamente es parte de esa tutela estatal, es de la obligación de proporcionar alimentos. De conformidad con la ley civil guatemalteca, de carácter sustantivo, los alimentos, no solo comprenden precisamente eso, sino que encierran todo un cúmulo de bienes satisfactorios que son necesarios para la vida de un menor, como por ejemplo, educación, salud, recreación, habitación, etc. El derecho de alimentos se deriva del parentesco, y su fundamento es el derecho a la vida que tiene toda persona necesitada. Para que exista este derecho se deben dar tres requisitos: en primer lugar debe de haber una necesidad en el acreedor; en segundo lugar una posibilidad en el deudor que debe darlos, y por último un parentesco entre ambos. De tal forma que si no existe necesidad, posibilidad o parentesco no puede nacer el derecho de los alimentos.

---

<sup>14</sup> Mendizal Oseas, **Ob.Cit.**Pág.405

La finalidad del derecho de los alimentos es asegurar al pariente necesitado cuanto precisa para su mantenimiento o subsistencia. Es un derecho condicional y variable. Es condicional, ya que sólo se debe si existe y subsiste la necesidad en el acreedor, y si existe y subsiste la posibilidad del deudor; termina también cuando el deudor alimentista deja de estar en posibilidad de proveer alimentos.

Ahora bien, derivado del parentesco por consanguinidad y lo que respecto a las obligaciones que nacen de ello, dependen de la filiación que exista entre el padre e hijo y viceversa. La filiación es una situación jurídica que se deriva del hecho natural de la procreación. No coincide, y en ocasiones es hasta deseable que no coincida, la filiación biológica con la filiación jurídica; conforme a la primera, todo ser humano tiene padre y madre, aunque no se sepa quiénes son. La filiación biológica puede definirse como el vínculo que liga al generado con sus generantes y tiene importantes manifestaciones en los caracteres hereditarios. Para el Derecho la filiación es más bien el vínculo o relación jurídica que existe entre dos personas a las cuales la ley atribuye el carácter de procreante y procreado. Claro está que la filiación jurídica debe basarse en la filiación biológica, y tomar de ella las presunciones e indicios para establecer esa peculiar relación de filiación, pero en ocasiones la misma biología no puede establecer con certeza la relación biológica de filiación.

Conforme a la naturaleza, no hay hijos sin padre y madre; conforme al derecho puede haber hijos sin padre ni madre, ya sea porque se desconozcan o porque sabiéndose su identidad, no se hayan llenado las formalidades o cumplido los requisitos para que nazca la relación jurídica de filiación. Aún cuando biológicamente la filiación y los caracteres hereditarios se reciben de todos los ascendientes, para el Derecho, la filiación se concreta solamente a la relación del hijo con su padre y su madre y por tanto se reduce a paternidad y maternidad, y a través de ellos con los demás ascendientes. Por la misma naturaleza, la maternidad se establece por el hecho del parto y por la identidad del producto. Se es hijo de la madre si se prueba el parto y que la persona que alega esa filiación maternal es el producto de aquél parto.



La incertidumbre de la paternidad no es biológica sino social pues sólo una célula masculina puede engendrar al producto en la madre. Esa incertidumbre la despeja el derecho por medio de presunciones, que si bien se basan en elementos biológicos, hacen otro tipo de atribuciones basadas en la integridad de la familia, la paz social, etc., que rebasan el campo biológico y en ocasiones de hecho lo contradicen.

De tal modo, que surge lo que se ha denominado en el derecho civil, la filiación de los hijos legítimos y no legítimos. Como lo establece el Código Civil en el Artículo 199 “El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable. Se presume concebido durante el matrimonio: 1. El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y 2. El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. Esto se refiere específicamente a los hijos legítimos”.

Ahora bien, derivado de todo lo anterior, procede entonces, el tema de los reconocimientos. El hijo y sus descendientes son los únicos titulares de estas acciones de reconocimiento, las cuales sólo pueden ejercitarse en relación con la madre, cuando no tengan por objeto imputar la maternidad a una mujer casada a menos que ésta se deduzca de una sentencia judicial.

La maternidad puede acreditarse por cualquier medio de prueba, pues lo que se trata de establecer es el hecho del parto y la identidad del producto. En cambio, la paternidad sólo puede investigarse en los casos y con los medios que la ley restrictivamente señala. Esto es lógico, y no puede interpretarse como una medida antifeminista, pues se deriva de la propia naturaleza. Es muy difícil atribuir falsas maternidades; en cambio, si la ley no restringe la investigación de la paternidad, sería muy fácil atribuir falsas paternidades que servirían de base de chantajes y problemas familiares y patrimoniales de consideración.



También aquí es necesario distinguir entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales. Para los hijos legítimos tienen derecho a llevar los apellidos de sus padres. Tienen derecho a ser alimentados por sus padres, los cuales, como cónyuges, determinarán sobre quién recae esta carga económica, pudiendo los hijos pedir el aseguramiento de este derecho en virtud del derecho preferente que les concede la ley.

Tienen derecho a vivir en el hogar conyugal, y para eso el Código les marca como domicilio legal el de sus padres y les obliga a vivir con ellos. Tienen derecho a ser educados por sus padres quienes no sólo han de proporcionar los medios económicos para adquirir cultura, sino sobre todo creando y manteniendo el ambiente familiar propicio para el desarrollo armónico del hijo. En el caso de los hijos legítimos, este derecho se ve fortalecido por el compromiso matrimonial de sus padres que incluye necesariamente la educación de la prole como fin del matrimonio. Tiene derecho a la porción de hijo en la herencia legítima y a una pensión testamentaria en caso de necesidad.

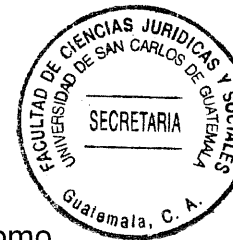
Ahora bien, en el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio los efectos de la filiación son los mismos, con la excepción del derecho a vivir en el hogar de sus padres, pues ni aún en el caso de concubinas existe ese derecho, pues las concubinas no tienen obligación de vivir juntos y por tanto terminan la vida en común cuando cualquiera de ellos lo decida. El derecho a ser educados por sus padres también sufre demérito en el caso de estos hijos, pues los padres que no viven con él, no pueden realizar esta obligación con toda plenitud. En todo lo demás, el hijo natural reconocido se iguala al legítimo, lo cual es de justicia, pues su condición le ha sido impuesta sin consultarle y sin su culpa. Es más, en materia patrimonial, la ley podría ir más allá exigiendo a los padres del hijo natural que aseguren, dentro de sus posibilidades, el futuro económico de sus hijos, sin detrimento de la familia legítima, cuando ésta exista.

De conformidad con lo anterior, cuando se produce una situación abrupta o fuera de las reglas generales que aquí se han enumerado respecto a la filiación, parentesco, matrimonio, la familia, y consecuentemente la relación de padres e hijos, como es el caso de una acción ilícita, como puede ser resultado de una violación, se rompen todos los esquemas que han sido creados con respecto a la familia y los hijos, y de ellos se extraen unos y otros pero no con la fuerza y el verdadero espíritu que los conformó, de tal suerte que el menor ya desde su concepción, sufre desmérito, en relación a todos esos derechos que le asisten desde ese momento. Adicionalmente, en el caso de la mujer, también, sucede que está en calidad de víctima sufre distintas formas de daños.

### **2.3 Análisis desde la perspectiva de la Convención Sobre los Derechos del niño**

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, es el instrumento de gran valor en materia de Derechos Humanos y que le da un giro total a la doctrina sobre la situación irregular y da margen a que se introduzca en las legislaciones de menores de los Estados partes, avances sustanciales en materia de protección integral del menor en todos los ámbitos de su vida y que su creación fue fundamentada a través de los siguientes instrumentos:

- a) Declaración de Ginebra de 1924 Sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959
- b) Declaración Universal de Derechos Humanos
- c) En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- d) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- e) Estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.



Conforme la Convención, en el Artículo 10. Establece que debe entenderse como niño "a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad."<sup>15</sup> Dentro de lo importante a resaltar en cuanto a los derechos de los niños que consagra este instrumento jurídico internacional, se encuentran:

- a) El deber de respeto del niño sin ningún tipo de distinción independientemente de la raza, el color, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes.
- b) La obligatoriedad de los Estados partes de adoptar las medidas apropiadas para asegurar el que sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de condición, actividades, opiniones expresadas o las creencias de sus padres, de sus tutores o de sus familiares.
- c) Que el Principio que establece que debe considerarse el interés superior del niño debe versar sobre todas las actividades o políticas institucionales o no que realicen los distintos países en temas concernientes a los niños.
- d) El respeto a preservar la identidad, nacionalidad, nombre, relaciones familiares, el hecho de que el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad, a excepción de reserva de revisión judicial se determine tal condición, la lucha constante contra los traslados ilícitos de niños al extranjero, la retención ilícita de los niños.

---

<sup>15</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. Pág.3



- e) El derecho de los niños a la libre expresión, libertad de pensamiento, de asociación, a la salud, educación, alimentación, a la seguridad social, al medio ambiente, a un nivel cultural, a la recreación, etc.

## 2.4 La institución de la adopción

“Los antecedentes históricos de la adopción se pierden en la más remota antigüedad, motivos religiosos dieron vida y vigor a la institución, las familias sin descendencia incorporaban a su seno a personas que pudieran perpetuar el culto doméstico. Algunos pasajes bíblicos demuestran su práctica entre judíos y egipcios.”<sup>16</sup>

“En Roma tuvo un gran desarrollo, se aceptaban dos formas paralelas. La adrogatio consistía en que un hombre tomaba como hijo, sometiéndolo a su patria potestad, a un sui iuris, se exigía el consentimiento de éste y la aprobación del pueblo en los comicios curiados, además de un decreto del pontífice, destinado a comprobar si existía algún impedimento civil o religioso.

La adopción propiamente dicha se refería a los *adoptiones iuris*, el consentimiento de tal caso debía ser prestado por el *pater familiae*, quien desde ese momento perdía la patria potestad, que pasaba al adoptante. Era un acto privado, que no exigía la aprobación del pueblo ni la intervención del pontífice. Se admitía también la *adrogatio* y la *adoptio* hechas por testamento. En la Edad Media, la institución fue perdiendo paulatinamente importancia. Poco a poco cayó en desuso, manteniéndose sólo en la letra muerta de las leyes romanas, que los pueblos europeos habían incorporado a su derecho positivo.”<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Vásquez Ortiz, Carlos Humberto, *Ob.Cit.* Pág.97

<sup>17</sup> Borda A. Guillermo. *La familia, la adopción.* Pág. 343



“En Francia, recién reapareció con la revolución, como consecuencia, argumentó Planiol y Ripert, del prestigio que los recuerdos de la antigüedad romana ejercían sobre los hombres de la época. Pero el Código Civil sólo admitió la adopción de los mayores de edad, de esta manera carecía de verdadero objeto, de tal modo que siguió languideciendo. Cosas parecidas ocurrieron en los demás pueblos europeos. El prestigio de la institución recién revivió en el presente siglo. No poca influencia en este renacer ha tenido las dos últimas guerras mundiales, que dejaron millones de huérfanos, cuya situación urgía contemplar con soluciones más completas y de contenido humano más pleno que la simple beneficiada.”<sup>18</sup>

La adopción debido a lo anterior, es una institución propia del derecho romano que tiene siglos de siglos de subsistencia, y en el caso de Guatemala durante el gobierno de facto en 1963, el Jefe de Estado Coronel Enrique Peralta Azurdía con la reforma de la legislación civil para adaptarla a los avances de la ciencia y a la natural evolución de las costumbres y demás relaciones contempladas, por la Rama del Derecho Civil, ya se encontraba codificado lo relativo a la adopción regulada también en el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil. Reviste de especial importancia transcribir la fórmula romana sobre la adopción “Queremos y ordenamos, romanos que Lucius Titius sea por ley hijo de Lucius Valerius como si fuera nacido de él y su esposa, que Lucius Valerius tenga sobre él derechos de vida y muerte como si fuera su hijo por naturaleza.

Considero que por lo anterior, cabe mencionar que la adopción podría tener su origen remoto y basado en lo religioso, tomando en consideración que se ha constituido como una institución de carácter social, de asistencia.

Como lo establece Guillermo Borda, respecto a la historia o antecedentes de esta institución que “Es notable contraste con la época actual en la Antigüedad y durante el Medioevo se consideraba verdadera aflicción familiar la del matrimonio

---

<sup>18</sup> Planiol Marcel y Ripert George. **Tratado elemental de derecho civil Tomo I.** Pág. 345

carente de hijos, por no haberlos tenido, por no poderlos tener o por haberlos perdido. No resultó difícil encontrar el medio sustitutivo, consistente en recibir como propio a uno ajeno, sobre todo desde edad temprana, para mayor afirmación del afecto. Pudieron así declarar los romanos *Adoptio Imago nature*, que la adopción es imagen o imitación de la naturaleza, en lo que a la filiación concierne.”<sup>19</sup>

En la misma línea, la partida IV decía que adopción tanto quiere decir como prohijamiento, que es una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente (título XVI ley 1ª.).

En Roma la institución conoció amplísima difusión con el ejemplo de los emperadores, que recurrieron a ella para asegurarse sucesores de su afecto y confianza. Se consideraba necesaria para estos fines: a) continuar el culto doméstico; b) perpetuar el nombre; c) obtener beneficios, en razón a los concedidos por el número de hijos que se tenían; d) legitimar a los hijos ilegítimos. Los romanos distinguían dos clases de adopción, la propiamente dicha y la arrogación. La primera recaía sobre las personas *alieni juris*, y la segunda, sobre las personas *sui juris*, divídase a su vez aquella en plena y menos plena, según que el adoptante fuere ascendiente o extraño.

En esta materia, se ha enfocado la institución de la adopción desde distintos ángulos en distintos países, como se describe a continuación:

**España:** Pedro Baldassarre en su obra *Derecho Civil La Familia* “hace referencia a las narraciones históricas que hace el publicista Marcel Planiol en su obra *Traité Elementaire de Droit Civil* hace el siguiente relato el cual transcribimos por ser de la legislación española y su importancia en este estudio. Dice al respecto: “La adopción fue admitida en España por las Leyes de Partidas, La Ley 9l, título XVIII,

---

<sup>19</sup> Borda A, *Ob. Cit.* Pág.343

Partida 3º.- Legisla sobre la forma; la ley, título VII partida 4ª. Establece el concepto y dice tal parentesco como este es dicho según las leyes, alleganca derecha de porfijamiento, que hacen los hombres entre sí, con gran deseo que han, de quedar en su lugar quien herede sus bienes y por ende reciben por hijo, o por nieto, o por bisnieto, aquel que no lo es carnalmente” y, y la ley I título XV partida 4oa. Que adoptio en latin, tanto quiere decir, en romance como por fajamiento; este por fajamiento es una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos de otros no lo sean naturalmente... El porfijamiento es una manera de parentesco. La adopción con derecho a suceder, era reconocida por el legislador español, lo que demuestra que para nosotros ya tienen antecedentes remotos.”<sup>20</sup>

**La adopción en Francia:** Esta institución ha existido desde los comienzos de esta legislación. Perdió su importancia en la época de la Edad Media, ya que se desvirtuó o se desconoció a esta ley, voluntariamente, sin que disposición legal ninguna lo dispusiera, el derecho de sucesión al hijo adoptivo. En 1804 el Código Francés reglamentó la adopción en el proyecto que se hace para codificar esta ley, en el tiempo de Napoleón, quien deseoso de darle a la familia adoptiva gran amplitud, tomando como ejemplo la antigua ley romana, sin embargo, las costumbres de esa época de Francia, hicieron que el legislador limitara los deseos del Emperador. En el siglo XIX estando en vigencia el Código Civil y dentro ya de una democracia consagrada, le fue más fácil legislar, empero se le pusieron muchas trabas, por temor de que se perjudicaran los parientes que debían heredar, pagos de derechos sucesorios, dado que éstos eran más elevados en los legados que para los adoptados que por ser un hijo eran más reducidos, vale decir, en la familia legítima como en la natural, influyendo también para ello otras razones de orden matrimonial.

---

<sup>20</sup> Baldassarre, Pedro. **Derecho civil la familia**. Pág. 83 y 84

**La adopción en el Brasil** “Es importante analizar esta institución desde el punto de vista de la legislación del Brasil, toda vez, que se concibe de la siguiente forma “La adopción debe hacerla una sola persona, distinta a otras leyes que permiten sean dos (cónyuges) o más los adoptantes. Estos no pueden tener menos de 509 años, debiéndose tener una diferencia de 18 años entre el adoptado y el adoptante, etc. Debe haber consentimiento de la persona que esté bajo su guarda o custodia el adoptado, si no es nula la adopción, queda nula la adopción por convenio mutuo de las partes”.<sup>21</sup> Si se conceptualiza la adopción como un procedimiento legal que permite a un niño o niña convertirse en términos legales en el hijo o hija de otros padres, adoptivos, distintos de los naturales. La adopción era habitual en las antiguas Grecia y Roma, ya que permitía la continuación de la línea sucesoria de una familia en ausencia de herederos naturales. Así, por ejemplo, Cayo Julio César adoptó a Cayo Julio César Octavio Augusto, quien luego se convirtió en el primer emperador de Roma.

En Guatemala una por una han venido surgiendo instituciones asistenciales con vocación y fines de adopción. Nuestro país se catalogó entre los que atendieron múltiples solicitudes de adopción procedentes del extranjero y muy pocas solicitudes de nacionales. Su origen religioso queriendo perpetuar con ello el culto doméstico. Es posible que haya surgido como recurso para evitar la costumbre instituida por la misma religión que hacía que la mujer en caso de no tener hijos con él marido procurara tenerlos con el hermano del mismo o el pariente más cercano.

“En Grecia es probable que la adopción no existiera en Esparta por el hecho que todos los hijos se debían al Estado. En Atenas en cambio, estuvo organizada y se practico de conformidad a ciertas reglas que resumidas eran así:

- a) El adoptado debía ser hijo de padre y madre ateniense;

---

<sup>21</sup> **Ibíd.** Pág. 95



- b) Solamente los que no tenían hijos podían adoptar;
- c) El adoptado no podía volver a su familia natural sin antes dejar un hijo en la familia adoptiva;
- d) La ingratitud hacía posible la revocación del vínculo;
- e) Las adopciones se hacían en todos los casos con intervención de un magistrado formalidad que se transmitió luego a Roma y perduró a través de las modernas legislaciones”.<sup>22</sup>

Como se puede analizar la adopción nace en algunos países de los continentes europeo, asiático, africano. Con respecto a Guatemala, la adopción no siempre fue reconocida por el sistema legal guatemalteco. Para información de los antecedentes, aparece con la Junta Revolucionaria Decreto 63 del 24 de febrero de 1965, aparece regulada en la Constitución luego se aprueba por el Congreso según el Decreto 375 que era la Ley de la Adopción. Seguidamente es adaptada en el Derecho Civil en 1973 con el gobierno de Enrique Peralta Azurdia, estableciendo la adopción en beneficio de los menores de edad. Y actualmente se encuentra regulado en la Ley de Adopciones Decreto 77-2007.

Considero que con esto, se da un gran paso para la sociedad guatemalteca, con esta legislación se crea un consuelo para los matrimonios estériles y una fuente de socorro de niños huérfanos, la adopción desde tiempos antiguos se puede decir, fue una traslación de la patria potestad al adoptante. Una sucesión descendencia y por último una institución benéfica, donde los menores de edad adquieren la condición legal de hijos por los adoptantes.

---

<sup>22</sup> Barahona Muñoz, Armando. **Seminario Guatemala**. .Págs. 3,4,5



En la actualidad, en la Constitución Política de la República de Guatemala, se reconoce y protege la adopción y garantiza de esta forma la integridad del desarrollo social al fomentar y consolidar la familia.

## 2.5 Definición de adopción

“La adopción proviene del latin -ptione que significa acción de adoptar Adoptar proviene del latin are y dentro de las definiciones principales se citan las siguientes: “Prohijar: ~ a uno por hijo. 2 Admitir [alguna opinión o doctrina] considerándola como propia. 3 Tomar [resoluciones o acuerdos] con previa deliberación: ~ una ley. 4 Adquirir, recibir una configuración determinada”.<sup>23</sup>

“La adopción es una institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las justae nuptiae, entre el hijo y el jefe de familia. De esta manera hace caer bajo la autoridad paterna e introduce en la familia civil a personas que no tienen por lo regular, ningún lazo de parentesco natural con el jefe”.<sup>24</sup>

“La adopción es la acción de adoptar, de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.”<sup>25</sup> La determinación no ya de las formalidades legales, sino de las condiciones sustanciales, indispensables para efectuar la adopción, es cosa en la que difieren las legislaciones de los diversos países y que se refieren a las edades de los adoptantes y de los adoptados, como se decía al principio, al estado civil, a la existencia o no de los hijos, efectivos, al número posible de adopciones, etc. Se trata de una institución aceptada por casi la totalidad de los países, pero rechazada por algunos otros, con el argumento de que una ficción legal no puede suplir los vínculos de la naturaleza.

---

<sup>23</sup> Vásquez Ortiz, Ob.Cit. Pág.103

<sup>24</sup> Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de Derecho Civil**. Pág 248

<sup>25</sup> Cabanellas. **Ob.Cit.** Pág. 433

Según Federico Puig Peña, “Es aquella institución por virtud de la cual se establecen, entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación, semejantes a las que tienen lugar en la afiliación legítima”.<sup>26</sup>

Aguirre Godoy, al respecto establece que “iniciaremos este tema con la idea general que, la palabra adopción significa “proteger”, pero este término es bastante amplio y abstracto, por lo tanto, como un concepto general, pero más específico, diremos que es el acto a través del cual se crea un vínculo jurídico de filiación entre dos personas, distinto del vínculo que nace de la voluntad de los sujetos que en este acto intervienen. Todo acto de adopción conlleva efectos socioeconómicos y legales”.<sup>27</sup> Conforme el Código Civil, el Artículo 228 establece: “la adopción es un acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor de edad que es hijo de otra persona. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, puede legalizarse la adopción de un mayor de edad con su expreso consentimiento cuando hubiere existido la adopción de hecho durante la minoría”.

## 2.6 Naturaleza jurídica de la adopción

Con la lectura de distintas obras, considero que existe unificación de criterio cuando al describir que la adopción se asemeja a la filiación legítima, porque pretende que con la adopción, el adoptante tome como hijo suyo al adoptado y que adquiera los efectos jurídico legales correspondientes, por ello, es de considerar que efectivamente se trata de una filiación, específicamente una filiación de carácter civil únicamente entre el hijo adoptivo y el adoptante. Algunos estudiosos del derecho indican que la adopción es una institución que tiene una base negocial, sin embargo, éste concepto no puede ser ampliamente discutido si se determina que la adopción significa asistencia, suplir una

---

<sup>26</sup> Puig Peña, Federico. *Compendio de derecho civil español*. Pág. 456

<sup>27</sup> Brañas, Alfonso. *Manuel de derecho civil*. Pág 145



deficiencia, como por ejemplo, en la calidad de huérfano, para que adquiriera unos padres.

El objetivo primordial de la adopción actual es asegurar el bienestar a un niño cuando sus padres naturales son incapaces de educarle. De esta forma, permite a las parejas sin niños formar una familia.

## 2.7 Características de la adopción

Dentro de las principales características, se encuentran las siguientes:

- a) “La adopción es una institución que conlleva un acto jurídico que no es más que uno de los elementos sobre los que se asienta el instituto que se examina, que está determinado por el presupuesto de voluntad para entrar en aquella y además, la irrevocabilidad, la base para determinar la intensidad y eficacia de algunos de los efectos que produce, pero otros, están predeterminados en la ley, y quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes;
- b) La adopción se establece entre dos personas extrañas, relaciones de paternidad y filiación;
- c) La adopción imita a la naturaleza, debido a que se fortalece el principio de unidad de personas, según el cual ninguno puede ser adoptado por más de una persona, a excepción en el caso de que sean cónyuges los adoptantes;
- d) Es una forma de adentrarse a la patria potestad, toda vez que el adoptante adquiere de hecho el papel de padre del hijo adoptado y con ello todos los derechos y obligaciones que ello representa;
- e) Que la adopción era una institución meramente civil, y anteriormente no existía la intervención estatal, se desarrollaba en el derecho privado, es decir, condicionada al consentimiento de los adoptados, y la intervención judicial.”<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Espin Canovas, Diego. **Derecho Civil Español**. Pág 311

## **2.8 Efectos de la adopción**

Considero que dentro de los efectos comunes, se pueden señalar los siguientes:

- a) Produce efectos sólo entre el adoptante y el adoptado.
- b) El parentesco civil que se establece entre el adoptante y el adoptado no se extiende a los parientes de uno u otro.
- c) Los hijos del adoptante deben ser considerados de igual manera con respecto al adoptado.
- d) El adoptante tiene respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y de los bienes de los hijos.
- e) Al constituirse la adopción, el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado y éste tiene derecho a usar el apellido de aquel.

## **2.9 Elementos personales y formales en la adopción**

- a) Elementos personales: El adoptante o adoptado. Dentro de los principales se encuentran por un lado la persona que puede adoptar. En cuanto a la edad, se sigue la vieja regla de que la adopción imita a la naturaleza, tanto en orden a la posibilidad de no tener hijos como a la posibilidad de procreación, al menos, así se entiende en la doctrina. El pleno goce de las facultades y capacidades civiles del adoptante, en consecuencia no podrán adoptar los dementes o interdictos.

- b) Elementos formales: Estos se refieren básicamente a las formalidades que exige la legislación guatemalteca de lo cual se establecerá más adelante en cuanto a su tramitación.

## 2.10 Clases de adopción

Existen varias clasificaciones doctrinarias, por ejemplo, en el caso del Derecho Romano, que de alguna manera ha tenido influencia en el derecho guatemalteco, existen dos clases de adopciones:

“La adopción de una persona sui juris, que es la adrogación, y la adopción de una persona alieni juris que es la adopción propiamente dicha. De la adrogación es probable que la adrogación sea el género de adopción más antiguo. Sus formas y caracteres primitivos permiten considerarla como contemporánea del mismo origen de Roma”.<sup>29</sup> Por la variedad de clasificaciones o clases de la adopción, el autor, recoge aspectos jurídicos contenidos en el Código Civil.

- a) Conjunta: El marido y la mujer podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar como hijo al menor adoptado.
- b) Por una sola persona: Se refiere a términos generales, a la relación que existe entre el adoptante y el adoptado, únicamente para con éstos, también se da el caso cuando uno de los cónyuges puede adoptar al hijo del otro.
- c) Adopción por tutor: El tutor no puede adoptar al pupilo mientras no hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela y entregados los bienes al protutor.

---

<sup>29</sup> Valverde y Valverde, Calixto. **Derecho civil español**. Pág. 128

## 2.11 Trámite para la adopción

- a. Solicitud Artículo 39 Decreto 77-2007
- b. Selección de la familia 10 días de la solicitud Artículo 43 Decreto 77-2007
- c. Notificación de la selección Decreto 77-2007
- d. Aceptación por parte de la familia 10 Días Artículo 44 Decreto 77-2007
- f. Periodo de socialización no menor de cinco días Artículo 44 Decreto 77-2007
- g. Opinión del menor dos días después de concluido el periodo de socialización siempre y cuando el niño se pueda exteriorizar su opinión Artículo 45 Decreto 77-2007
- h. Informe de empatía tres días siguientes contados a partir del periodo de la socialización Artículo 46 Decreto 77-2007
- i. Resolución final cinco días siguientes a la procedencia de la adopción Artículo 48 Decreto 77-2007
- j. Homologación Judicial tres días siguientes hábiles Artículo 49 Decreto 77-2007
- k. Orden de juez de la inscripción de esa adopción al Registro correspondiente Artículo 49 Decreto 77-2007
- l. El juez de familia emitirá la resolución final declarando con lugar la adopción Artículo 50 Decreto 77-2007



### **2.11.1** Si es una adopción extranjera se agregarán las siguientes etapas

Constar por escrito dentro del expediente que las autoridades centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se continúe con el procedimiento de adopción.

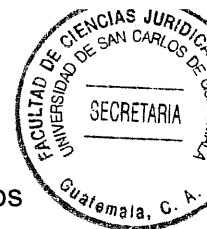
Se requerirá además el compromiso de la Autoridad Central u homólogo del país receptor de proporcionar toda la información que permita dar seguimiento al niño dado en adopción.

Autorización de salida de Guatemala del niño dado en adopción.

Decreto 77-2007 Artículo 51 recurso de apelación: Las resoluciones que pongan fin al procedimiento judicial serán apelables dentro de los tres días siguientes la resolución que contiene la decisión que se cree que perjudica a la persona que interponga la apelación de notificada la misma y deberá interponerse ante el mismo juez que la dictó o ante la sala de familia jurisdiccional que la dictó, transcurrido ese plazo sin presentar apelación esta resolución queda firme.

### **2.12 Trámite para la apelación de la adopción**

- a. Interponer el recurso dentro de los tres siguientes de notificada la resolución  
Artículo 51 Decreto 77-2007
- b. Notificación a las partes Artículo 52 Decreto 77-2007
- c. El juez eleva el expediente completo a la sala jurisdiccional de familia Artículo 52 Decreto 77-2007



- d. Se señalará audiencia en un plazo no mayor de cinco días de recibido los autos Artículo 52 Decreto 77-2007
- e. Notificación a las partes de la audiencia Artículo 52 Decreto 77-2007
- f. Se señalará audiencia en un plazo no mayor de cinco días de recibidos los autos Artículo 52 Decreto 77-2007
- g. Audiencia un plazo no mayor de 24 horas (para hacer uso del recurso) Artículo 52 Decreto 77-2007
- h. Resolución definitiva un plazo no mayor de tres días luego de evacuada la audiencia. Artículo 52 Decreto 77-2007



### CAPÍTULO III

#### **3. La tutela legal en el caso de los menores de edad expósitos y la necesidad de regularla a través de una ley específica**

Es indiscutible que las instituciones que se encuentran alrededor de los derechos de los menores, se circunscriben a la familia, la adopción, la guarda y custodia, la tutela, el ejercicio de la patria potestad de los padres, las relaciones familiares con ellos por parte de los padres separados o ambos solteros entre si. Ahora bien, en el tema de los menores expósitos o los menores que se encuentran institucionalizados es que se considera que ha habido en el caso de la realidad guatemalteca una falta de tutela judicial o estatal y que ello motiva a que se le violenten sus derechos a estos menores, en desigualdad claramente evidenciada de éstos con relación a otros niños.

Como bien lo establece el Artículo 308 del Código Civil, que la tutela legal le corresponde a los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social que acojan a menores o incapacitados, y se les denomina automáticamente tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso y su cargo no necesita discernimiento. Considero que esto resulta riesgoso, pues el Estado claramente evidencia una falta de protección hacia estos menores, porque no se califica la condición moral y legal de la persona que es nombrada para ejercer el cargo de director o superior en dichos establecimientos y automáticamente se le otorga el cargo tan importante y relevante para el ejercicio de los derechos de los menores como lo refiere la ley.

Como ya se ha mencionado, existe una tutela estatal y judicial a favor de los ciudadanos en forma generalizada y que debe amparar el derecho para la búsqueda del bien común o bienestar de los ciudadanos, y una tutela en forma específica a favor de los menores, especialmente aquellos que no se encuentren bajo la guarda y custodia y ejercicio de la patria potestad de ninguno de los dos padres.

### 3.1 Los menores de edad expósitos

“Se define esta palabra expósitos para designar a aquellos menores que no se encuentran bajo la guarda y cuidado de un padre, formalmente, no se encuentran en ejercicio de la patria potestad de ninguno de los padres o parientes.”<sup>30</sup>

Esta institución es tan antigua como la adopción, y ha sido una palabra sustituida por la de abandonado para referirse en la historia al recién nacido del que se ha deshecho la madre. Existían también casas especializadas para ello, La exposición de niños, llamada también exposición de parto, difería del abandono (menos civilizado, pero que buscaba también desprenderse del bebé sin causarle daño) en que estaba socialmente aceptada y regulada, hasta el punto de que en todas las ciudades importantes había una casa de expósitos; y en las muy populosas, la ley mandaba que hubiese en cada distrito una de estas casas con torno, para tener la mujer la libertad de depositar en él a su hijo sin ser vista por la persona (una monja) que lo recibía.

Las casas de expósitos, los hospicios y las maternidades han sido sustituidas hoy por otro género de instituciones en que se descarta la ocultación de la identidad de la madre, porque ha dejado de ser una ignominia la libertad sexual de la mujer no casada, y en consecuencia su maternidad; aunque esta última y el embarazo que la precede no se llevan con el mismo desenfado. “Expósito es una forma latina, palabra culta por tanto con la que se ha dado el mejor nombre posible a una realidad bastante dura. Este nombre lo inventaron y lo usaron ya los romanos con el significado que tiene en nuestra lengua. El verbo *expone*, *exonere*, *expósui*, *expósitum* significa poner fuera, sacar.

Las aplicaciones de este verbo son infinitas, y una de ellas fue la de dejar fuera de la casa (*ex pósito* = puesto fuera) al recién nacido no deseado.”<sup>31</sup> Esta práctica de la exposición, del simple sacarlo fuera, fue practicada por todos los pueblos

<sup>30</sup> Vásquez Ortiz, **ObCit.** Pág. 140

<sup>31</sup> Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua Pág. 234



con intención de eutanasia, pero con la posibilidad de sobrevivir si a alguien le interesaba la criatura. En la india de los vedas fue muy común.

“La palabra y el concepto del abandono consentido de los hijos han perdurado en nuestra cultura hasta hace menos de medio siglo. El cristianismo le dio una forma más humana para los hijos abandonados, a los que recogió en los hospicios y en las casas de expósitos; y para las madres manteniendo su anonimato.

Quedaron sin embargo profundas huellas de la crueldad en que estaba envuelto algo tan grave. La cuerda rompía, como siempre, por lo más flojo. Al no tener estos niños padres conocidos, se les ponían apellidos que delataban su condición de niños abandonados.”<sup>32</sup>

A diferencia de los niños que huyen del hogar, aquellos que han sido abandonados reciben el nombre de expósitos; las sociedades liberales con fuertes estructurales sociales y leyes de adopción tienen menores índices de abandono de niños.

“Históricamente, muchas culturas han practicado el abandono de infantes aunque algunos niños pueden sobrevivir si son adoptados el abandono generalmente aceptado como una forma de infanticidio ciertamente mas cruel que matar, el abandono al frío y al hambre. En la actualidad esta forma de abandono aun existe en la casa de los pobres también en los casos de las personas que se deshacen de los niños indeseados en el occidente es mas frecuente en el casos de las niñas.

La palabra de y el concepto del abandono consentido de los hijos han perdurado en nuestra cultura hasta hace menos de medio siglo. El cristianismo le dio una forma más humana para los hijos abandonados a los que se recogió en hospicios y en las casas de expósitos y para las madres manteniendo su anonimato

---

<sup>32</sup> Dieguez Álvarez, Luis. **Los niños expósitos**. Pág. 23

quedando sin embargo profundas huellas de la crueldad en que estaba envuelto algo tan grave. Al no tener estos niños padres conocidos, se les ponían apellidos que delataban su condición de niños abandonados el mas cruel era el ponerles directamente el apellido de Expósito. Todavía en 1921 la ley en España establecía que los expedientes para cambiarse el apellido de expósito por cualquier otro serían gratuitos. Entretanto se arbitraron otras formulas como ponerles a estos niños como apellido del nombre del santo de día y posteriormente los apellidos que quisieran ponerles los responsables del hospicio que ejercían de tutores.”<sup>33</sup>

Durante mucho tiempo se estigmatizó la figura de hijo huérfano o abandonado. “Las casas de los menores expósitos recuerdan una maniobra que se hacia en Roma antigua, según la cual a un padre de quien se sospechaba la paternidad sobre un niño se le exponía el menor para ver si lo reconocía como hijo legitimo o en los algunos casos se exponían para ver si alguien le tenia lastima y lo tomaba como hijo legitimo.”<sup>34</sup>

No hace mucho que como sociedad comenzamos a reconocer los tremendos errores y horrores inflingidos a niñas y niños a lo largo de años y se dio paso a la instauración de las casas para niñas y niños expósitos o primeros orfanatorios dedicados exclusivamente a recoger a menores abandonados por sus padres, para beneficio de nuestra sociedad en los cuales aunque no tuvieran suficientes recursos para tener en buenas condiciones a los menores se recogían o se aceptaban todos los niños que eran abandonados y en la mayoría de estos centros de asistencia social se mantienen económicamente con ayudas privadas de personas que desean ayudar a este tipo de necesidades y el Estado es poco el interés que muestra en tener a este tipo de centros lo cual es contradictorio ya que es el Estado el obligado a tener y mantener dichos centros ya que es su obligación velar por los menores de edad en especial los expósitos.

---

<sup>33</sup> **Ibid.** Pág. 34

<sup>34</sup> Ochoa Escriba, Roberto. **Derechos de menores.** Pág. 59



### **3.2 La falta de tutela legal y la necesidad crear una normativa específica.**

#### **A) Ventajas**

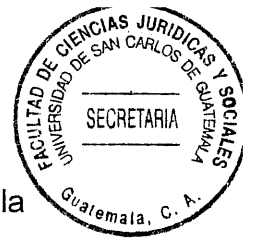
- a) El Código Civil data de los años 60 y en la actualidad, ha significado deficiencia en algunas instituciones, tal y como sucede en el caso de la situación jurídica de los niños que no se encuentran bajo guarda y custodia o patria potestad, de sus padres o parientes y se les denominan expósitos.
- b) El hecho de que se tenga una plena identificación de estos menores, conlleva a las instituciones del Estado a brindar una mejor y mayor cobertura de servicios de beneficencia para éstos.
- c) La ausencia de instituciones específicas para ello, amerita que muchos de estos menores no importando su edad se encuentren en la calle.
- d) No se puede aprovechar las bondades que ofrece la adopción, especialmente ahora que han cambiado su marco normativo a favor de los menores y con un mayor control estatal, derivado de los compromisos internacionales en materia de adopciones.
- e) El hecho de que exista una ley específica se aborda en forma más técnica y social la situación de estos menores y con ello un mayor control, evitando que los menores se encuentren realmente abandonados.
- f) La necesidad de que el Estado adopte posturas adecuadas para crear una política al respecto, en respuesta a los compromisos internacionales en materia de derechos de los menores y parte de los derechos humanos que Guatemala a ratificado con otros Estados lo cual se tiene a nivel internacional, pero lo cual no es aplicado y no se posee una ley específica que norma tales circunstancias.

**B) Desventajas** entre las más importantes y significativas se encuentran:

- a) No se cuenta por parte del Estado con un control y por ello es ineficiente en la tutela estatal en nuestro país como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 51 Protección a menores y ancianos. El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social.
- b) La escasa normativa al respecto constituye una limitante para estos menores y la imposibilidad de que el Estado cree una política social al respecto.
- c) El desaprovechamiento de instituciones como la adopción y otras contenidas en el derecho de familia.
- d) El perjuicio que se ocasiona a los menores fundamentalmente la inexistencia de un marco normativo de asistencia a los niños abandonados.

En Guatemala no existe ninguna ley que establezca la forma en que un tutor legal debe de ser nombrado, cuales son sus funciones la forma en que debe desempeñar su cargo y que institución debe de controlar en ejercicio de esa función. Únicamente el Código Civil en el artículo 308 establece. Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso, y su cargo no necesita discernimiento.

Es lo lamentable ya que no existe ningún perfil para poder ser directores o superiores de los establecimientos de asistencia social dejando la libertad que se pueda nombrar a cualquier persona, no así buscando una persona idónea para ejercer tan importante cargo el cual es ser el tutor de todos los menores expósitos que estén bajo su cargo y tener la representación legal de los mismos dejando



desprotegidos a estos menores y siendo la obligación del Estado de Guatemala velar por ellos.

Inclusive en el artículo 309 del Código Civil establece. Los institutos de asistencia pública pueden confiar el menor internado, que carezca de padres, ascendientes y hermanos, a personas de notoria moralidad, que dispongan de medios económicos para proporcionarle alimentos, instrucción y educación. Este artículo da la potestad absoluta a los centros de asistencia pública dar al menor alguna persona sin ningún tipo de control para que cuide de un menor solo con que este sea de notoria moralidad da un margen muy amplio quien puede encuadrar en eso poniendo en evidente desprotección a los menores expósitos y dichos derechos deberían ser tutelados por el Estado de Guatemala.

### **3.3 El interés superior de los menores de edad.**

Es de vital importancia, establecer prioridades en cuanto al interés superior del niño el cual deberá regirse por la protección del menor de edad en especial en los casos de los menores que se encuentran en estado de abandono.

En la Convención sobre los derechos del niño el cual es un tratado internacional de las Naciones Unidas por el que los estados firmantes reconocen los derechos del niño. La convención está compuesta por 54 artículos que consagran el derecho de la protección de la sociedad y el gobierno, el derecho de los menores de 18 años a desarrollarse en medios seguros y a participar activamente en la sociedad se reconoce a los niños como sujetos de derecho, pero convierte a los adultos en sujetos responsables. Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Su origen fue la Declaración de Ginebra en 1924, redactada por Eglantyne Jebb, fundadora de la organización internacional Save the Children la propuesta de Jebb fue aprobada por la sociedad de naciones el 26 de diciembre de 1924. La

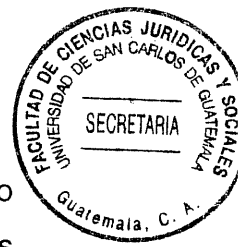
Organización de la Naciones Unidas aprobó en 1948 la Declaración de los Derechos Humanos que implícitamente incluía los derechos del niño, sin embargo posteriormente se llegó al convencimiento de que las particulares necesidades de los niños debían estar especialmente enunciadas y protegidas.

Es el tratado internacional que reúne al mayor número de estados participantes, ha sido ratificada por todos los estados del mundo a excepción de Somalia y Estados Unidos, Guatemala ratifica este tratado en 1990.

Resultando este tratado de vital importancia ya que cuando se refiere al interés superior de los menores de edad siempre se tienen que tomar en cuenta las interpretaciones que se desprende de las disposiciones de la Convención.

Si bien la afirmación formal de los derechos del niño no significa su concreción efectiva, tiene importancia como expresión de consenso internacional que deslegitima conductas abusivas y constituye una fuente jurídica primordial dirigida a promover las normas y mecanismos indispensables para asegurar y defender los derechos de los menores de edad.

Se debería de considerar que con la ratificación de la Convención implica el compromiso por parte del Estado de Guatemala de brindar a los niños y adolescentes protección integral, y es justamente ésta la que hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales que constituye su marco referencial. También la que proponga el interés superior del niño como único orientador en las decisiones sobre cuestiones relacionadas con la infancia, las cuales son sometida a la decisión de las autoridades competentes con la expresión de niño y adolescentes se adopta una nueva forma de denominar a los sujetos protegidos por esta Convención, buscando proteger al conjunto de la categoría llamada niño y no solo a aquellos sectores más vulnerables a los que se identifica con la expresión menor, siempre objetos de compasión o represión.



Ser sujeto de derechos implica, para los niños y adolescentes, el reconocimiento de su condición humana, sus capacidades el respeto a su dignidad y se sus necesidades específicas.

Los niños y adolescentes adquieren el derecho a tener voz y a ser escuchados con sus opiniones y deben ser tomadas en cuenta en todo lo que se relaciona con sus vidas, conforme con su evolución social.

Considero que si a través de esta Convención se protege tanto el derecho de los menores y el Estado de Guatemala ya ratificó esta convención como es posible que aún estén tan desprotegidos los menores mas propensos a ser violentados sus derechos como los son los menores expósitos ya que ni siquiera cuentan con un tutor que sea idóneo para ocupar un cargo tal vital ya que no existe una normativa que establezca los requisitos para ocupar dicho cargo, al igual de importante quien debería velar para que estos tutores actúe siempre velando por los derechos de los menores y no por intereses propios o ajenos al menor de edad.

Es por eso que la razón de ser de la Convención es tutelar y dar protección integral a los derechos de las niñas, niños y adolescentes para ello se subraya la necesidad de considerar al menor como sujeto de derechos, distinguiéndolo del error de considerarlos objeto de derechos de otros.

Este tipo de derechos y su tutela requieren un sistema de protección integral, que será asumido por los organismos existentes en distintos ámbitos jurisdiccionales la protección integral incluye los problemas sociales de la infancia. A partir de la concepción del niño y adolescente como sujeto de derechos, los problemas sociales que los afecten deberán ser abordados con políticas y acciones sociales, evitando de este modo la dinámica de responder con acciones judiciales a los problemas sociales derivados de la salud, educación y pobreza, entre otros.



El interés social como lo establece la Ley de la Protección Integral de los Niños y Adolescentes en su artículo 5 establece “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 de lenguaje, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez”.

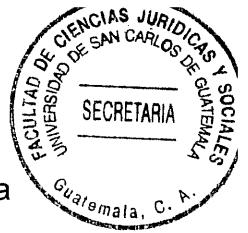
Es entonces interesante saber que el Estado de Guatemala esta comprometido a respetar el vínculo familiar de los menores es decir que en el casos de los menores expósitos que no tienen familiares conocidos se debe cuidar y velar con el vínculo que este tenga con su tutor y volvemos a la circunstancia que no existe una normativa que sea clara, idónea y precisa respecto a este tema.

Entonces a partir de que esta vigente la Convención Internacional de los Derechos del Niño es un principio rector de toda norma en virtud del cual en cualquier decisión relacionada con la niñez y adolescencia se considerará principalmente aquello que aporte mayor beneficio a sus intereses. Para determinar el interés superior del niño se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso cultural y su lenguaje. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entres sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo llegando así entonces a contribuir al cambio paradigmático de estatus del menor como sujetos de derechos según lo establece la Convención Internacional de los derechos del Niño.

Funciones que se deben cumplir con el interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño existen varias, pero con el estudio del tema analizare las que considero con mayor importancia.

Como principio jurídico garantista se debe tener en cuenta al momento de la intervención institucional o como prioridad en la concreción de políticas públicas se sostiene que el interés superior del niño se deben interpretar sistemáticamente

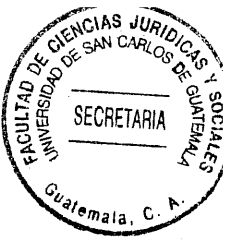




ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, a la supervivencia y el desarrollo del niño así también permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención, el principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos.

Como un criterio para la intervención institucional los padres son sin lugar a duda quienes deciden acerca de los intereses de sus hijos lo que sea mas conveniente para los menores y como vigilar como sean protegidos los derechos de sus menores hijos y es esa decisión donde existe la importancia que en el casos de los menores expósitos son los tutores quienes tienen que tomar el rol de padres y si no es una persona idónea que tenga una normativa legal de cómo proceder en estas circunstancias y es por tal motivo que los existe igualdad en el interés superior de los menores de edad en el casos de los expósitos .

Considero que el Estado de Guatemala debe llenar el vacío legal existente en cuanto a la tutela legal para cumplir con los compromisos adquiridos con la Convención Internacional de los Derechos del Niño y demás leyes que velan por los derechos de los menores de edad ya que la persona que es nombrada como tutor legal quien es el representante legal del menor de edad tiene el compromiso por velar por los derechos de los menores expósitos.





## CAPÍTULO IV

### 4. Legislación comparada

#### 4.1 República de México Ley de Asistencia Social del Estado de Michoacán de Ocampo, México.

Se encuentra en la Ley número 53, y regula:

##### Capítulo I

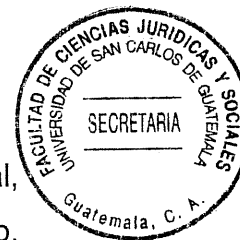
##### DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- La presente Ley es de orden público e interés social y sus disposiciones regirán el Sistema Estatal de Asistencia Social.

Artículo 2º.- Esta ley tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para el establecimiento del servicio estatal de asistencia social, promover el desarrollo integral de la familia y apoyar la formación, subsistencia y desarrollo de las personas que carezcan de integración familiar o de familia.

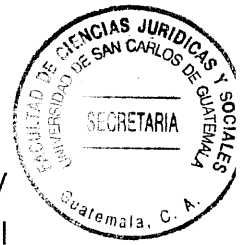
Artículo 3º.- Corresponde al Estado proporcionar servicios asistenciales encaminados al desarrollo integral de la familia, así como apoyar en su formación y subsistencia a los individuos carentes de familiares esenciales.

Artículo 4º.- Para los efectos de esta Ley, se entiende por Asistencia Social, el conjunto de acciones tendientes a modificar las circunstancias de carácter social que impidan al individuo su desarrollo integral o mejorar las que tenga favorables, así como las destinadas a la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, desprotección o desventaja física o mental, tendientes a lograr su incorporación a una vida plena y productiva.



Artículo 5º.- Son destinatarios de los servicios de asistencia social, preferentemente, los siguientes: I. Menores en estado de abandono, desamparo, desnutrición, o sujetos a maltrato; II. Menores infractores; III. Alcohólicos y fármaco dependientes; IV. Mujeres en período de gestación o lactancia; V. Ancianos en desamparo, incapacidad, marginación o sujetos a maltrato; VI. Inválidos por causa de ceguera, sordera, mudez, alteraciones del sistema neuromusculo-esquelético, deficiencias mentales, problemas del lenguaje u otras deficiencias; VII. Indigentes; VIII. Personas que por su extrema ignorancia requieran de servicios asistenciales; IX. Víctimas de la comisión de delitos, en estado de abandono; X. Familiares que dependan económicamente de quienes se encuentran detenidos por causas penales, y que queden en estado de abandono; XI. Habitantes marginados del medio rural o del urbano, que carezcan de lo indispensable para su subsistencia; y XII. Personas afectadas por desastres.

Artículo 6º.- Se entienden como servicios básicos en materia de asistencia social, los siguientes: I. La atención a personas que por sus carencias socioeconómicas o por problemas de invalidez, minusvalía o incapacidad, se vean impedidas para satisfacer sus requerimientos básicos de subsistencia y desarrollo; II. La atención a menores y ancianos en estado de abandono o desamparo, en establecimientos especializados; III. La promoción del bienestar del senescente y el desarrollo de acciones de preparación para la senectud; IV. El ejercicio de la tutela de los menores, en términos de las disposiciones legales aplicables; V. La prestación de servicios de asistencia jurídica y de orientación social a menores, ancianos y minusválidos de escasos recursos; VI. El apoyo a la educación y capacitación para el trabajo de personas con carencias socioeconómicas; VII. La prevención de invalidez, minusvalía o incapacidad, y su rehabilitación en centros especializados; VIII. La orientación nutricional y la alimentación complementaria a la población de escasos recursos y de zonas marginadas; IX. Las acciones tendientes a alcanzar el desarrollo, mejoramiento e integración de la población en sus aspectos social y familiar, creando conciencia de los beneficios de estas acciones y de la necesidad de que en ellas debe contarse con la participación activa y organizada de la propia



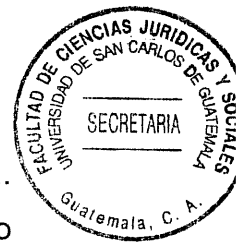
población; X. El desarrollo comunitario en localidades y zonas social y económicamente marginadas; XI. El establecimiento y manejo del sistema estatal de información básica en materia de asistencia social; XII. La colaboración y auxilio a las autoridades laborales competentes, en la vigilancia y aplicación de la Legislación Laboral tratándose de menores; XIII. El fomento de los padres de familia, de conductas que preserven los derechos de los menores, y que procuren la satisfacción de las necesidades y la salud física y mental de éstos, mediante la orientación acerca de la paternidad responsable; XIV. La atención a personas afectadas por desastres; y XV. Los análogos y conexos a los anteriores que tiendan a modificar o mejorar las circunstancias de carácter social que impidan al individuo su desarrollo integral.

#### Del Sistema Para el Desarrollo Integral de la Familia Michoacana

Artículo 7º.- El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia Michoacana, Organismo Público Descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios se sujetará a las disposiciones de la presente Ley.

Artículo 8º.- Cuando en este ordenamiento se haga mención al Organismo se entenderá hecha al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia Michoacana.

Artículo 9º.- El Organismo para el logro de sus objetivos tendrá las siguientes funciones: I. Promover y prestar servicios de asistencia social, con apoyo en las normas que dicte la Secretaría de Salud y el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, así como el propio Estado; II. Apoyar el desarrollo de la familia y de la comunidad; III. Realizar acciones de apoyo educativo, para la integración social y de capacitación para el trabajo, a los sujetos de la asistencia social; IV. Promover e impulsar el sano crecimiento físico, mental y social de la niñez; V. Atender las funciones de auxilio que realicen las instituciones de beneficencia privada con sujeción a lo que disponga la Ley relativa; VI. Cuidar y dar en adopción a niños expósitos, previa investigación de la solvencia moral de



los adoptantes, debiendo vigilar el proceso de integración de los adoptados; VII. Operar establecimientos de asistencia social en beneficio de menores en estado de abandono, de ancianos desamparados y de minusválidos sin recursos; VIII. Diseñar programas tendientes a prevenir y evitar el mal trato de menores o ancianos, proporcionándoles atención, cuidado y vigilancia, y en su caso, denunciar o encauzar el procedimiento ante las autoridades competentes; IX. Llevar a cabo acciones en materia de prevención de invalidez y de rehabilitación de inválidos, en centros no hospitalarios, con sujeción a la Ley General de Salud; X. Realizar estudios e investigaciones sobre problemas de la familia, con el fin de establecer condiciones par (sic) mejorar su integración y hacer asequible la paternidad responsable; XI. Realizar estudios e investigaciones sobre asistencia social, y promover a través del Ejecutivo iniciativas tendientes a amparar la protección del menor, del anciano y del minusválido; XII. Prestar servicios de asistencia jurídica con efectos de representación de los menores, en caso de que carezcan de ella o sea deficiente y de orientación social, a ancianos y minusválidos, así como los complementarios en problemas psicológicos; XIII. Poner a disposición del Ministerio Público los elementos a su alcance en la protección de incapaces y expósitos, así como en los procedimientos civiles y familiares que les afecten, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes; XIV. Fomentar la organización de grupos de promotores voluntarios y coordinar sus acciones, orientando su participación en los programas del Organismo; XV. Participar en programas de rehabilitación y educación especial; y XVI. Las demás que establezcan las disposiciones aplicables en la materia.

Artículo 10º.- Las funciones del Organismo son de orden público y por lo tanto, habrá de coordinar acciones con dependencias federales, estatales y municipales, y con instituciones privadas.

Artículo 11º.- El patrimonio del Organismo se integrará con: I. Los derechos y bienes muebles e inmuebles que actualmente posee; II. Las aportaciones, los subsidios y demás ingresos que el Gobierno del Estado, entidades paraestatales y



municipios, le otorguen o destinen; III. Los bienes muebles e inmuebles que el Gobierno del Estado, el Gobierno Federal o los Municipios le aporten; IV. Las aportaciones, donaciones, legados y demás liberalidades que reciba de personas físicas o morales; V. Las asignaciones que la Legislatura del Estado decreta a su favor al aprobar el Presupuesto de Egresos; VI. Los rendimientos y las recuperaciones que obtenga de la inversión de sus recursos, así como los bienes que adquiera por cualquier título legal; VII. Las concesiones, permisos, licencias y autorizaciones que se le otorguen conforme a la Ley; y VIII. En general, los demás bienes, derechos e ingresos que obtenga por cualquier título.

Artículo 12º.- Para el estudio, planeación y despacho de los asuntos que le competen, el Organismo contará con los siguientes órganos superiores: I. Patronato; (REFORMADA, P.O. 19 DE NOVIEMBRE DE 1987) II. Presidencia del Patronato;

(REFORMADA, P.O. 19 DE NOVIEMBRE DE 1987) III. Junta de Gobierno; (REFORMADA, P.O. 19 DE NOVIEMBRE DE 1987) IV. Presidencia de la Junta de Gobierno; (REFORMADA, P.O. 19 DE NOVIEMBRE DE 1987) V. Dirección General; y, (ADICIONADA, P.O. 19 DE NOVIEMBRE DE 1987) VI. Las Unidades Técnicas y Administrativas que determine la Junta. (REFORMADO, P.O. 19 DE NOVIEMBRE DE 1987) Los miembros del Patronato, el Presidente de éste y el Director General del organismo, serán nombrados y removidos por el Gobernador del Estado, los titulares de las unidades técnicas y administrativas lo serán por acuerdo de la Junta. (DEROGADO ULTIMO PARRAFO, P.O. 19 DE NOVIEMBRE DE 1987)

Artículo 13º.- El Patronato estará integrado por 7 siete miembros. El Director General del Organismo, representará a la Junta de Gobierno ante el Patronato, cuyos miembros no percibirán retribución, emolumento o compensación alguna y se seleccionarán de entre los sectores público, social y privado. (ADICIONADO, P.O. 19 DE NOVIEMBRE DE 1987) El Director General del Organismo fungirá como Secretario del Patronato y asistirá a las sesiones sólo con derecho a voz.



Artículo 14º.- El Patronato tendrá las siguientes facultades: I. Emitir opinión y recomendaciones sobre los planes de labores, presupuestos, informes y estados financieros anuales del Organismo; II. Apoyar las actividades del Organismo y formular sugerencias tendientes a su mejor desempeño; III. Contribuir a la obtención de recursos que permitan el incremento del patrimonio del Organismo y el cumplimiento de sus objetivos; (REFORMADA, P.O. 19 DE NOVIEMBRE DE 1987) IV. Las demás que sean necesarias para el ejercicio de las facultades anteriores. V. (DEROGADA, P.O. 19 DE NOVIEMBRE DE 1987)

Artículo 15º.- El Patronato celebrará dos sesiones ordinarias al año, en la primera, su Presidente rendirá un informe anual de labores; asimismo, podrá celebrar las sesiones extraordinarias que se requieran de conformidad con el Reglamento respectivo. (ADICIONADO, P.O. 19 DE NOVIEMBRE DE 1987) Invariablemente la Presidencia del Patronato tendrá las siguientes atribuciones: I. Representar al Patronato en todas las actividades en que deba intervenir; II. Asumir la Presidencia del Voluntariado del Organismo; y III. Convocar a sesiones al Patronato del Organismo. (REFORMADO, P.O. 19 DE NOVIEMBRE DE 1987)

Artículo 16º.- La Junta de Gobierno estará integrada por el Presidente del Patronato, quien la presidirá, y por los titulares de la Oficialía Mayor, Secretaría de Educación, Coordinación de Programación y Tesorería General del Estado, así como por el Jefe de los Servicios Coordinados de Salud Pública en el Estado y los Delegados de la Compañía Nacional de Subsistencias Populares, Instituto Mexicano del Seguro Social e Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. El Director General del Organismo será Secretario Ejecutivo de la Junta y concurrirá a las sesiones sólo con derecho a voz.

Artículo 17º.- Por cada miembro propietario de la Junta habrá un suplente, designado por aquél, quien lo substituirá en sus ausencias temporal (sic). (REFORMADO, P.O. 19 DE NOVIEMBRE DE 1987)





Artículo 18º.- La Junta celebrará sesiones ordinarias dos veces al año y extraordinarias cuando lo estime necesario la Presidencia; funcionará con la asistencia de por lo menos cinco de sus miembros y las resoluciones se tomarán por mayoría de votos de los asistentes, teniendo la Presidencia de la Junta voto de calidad en caso de empate. Las sesiones se celebrarán en la fecha y con las formalidades que al efecto disponga la Presidencia, pero las ordinarias deberán ser, la primera, durante el primer trimestre y la segunda, en el último trimestre de cada año.

Artículo 19º.- La Junta de Gobierno tendrá las siguientes atribuciones: I. Aprobar los planes de labores del organismo, presupuestos, informes de actividades y estados financieros anuales; II. Aprobar el reglamento interior, la organización general y los manuales de procedimientos y servicios al público; III. Estudiar y determinar los proyectos de inversión; IV. Autorizar la celebración de convenios de coordinación con organismos similares o dependencias del sector público y entidades privadas; V. Conocer y aprobar, en su caso, las cuentas de administración del Organismo, así como ejercer vigilancia de su patrimonio; VI. Aprobar programas de ejecución a mediano plazo a que se sujetarán los servicios de salud en materia de asistencia social, en base a programas sectoriales que correspondan al Organismo, observando prioridades presupuestales; y VII. Aprobar los actos de disposición del patrimonio del Organismo.

Artículo 20º.- Son atribuciones de la Presidencia de la Junta: I. Aceptar herencias, legados y donaciones en favor del Organismo; II. Obtener recursos que permitan el incremento del patrimonio del Organismo; III. Representar a la Junta en todas las actividades en que deba intervenir; IV. Dirigir los servicios que debe prestar el Organismo; V. Ejecutar las obras que sean necesarias para el cumplimiento de las funciones y objetivos del Organismo; VI. Coordinar las actividades, señalando al efecto los procedimientos para su ejecución; VII. Hacer que se cumplan los acuerdos emanados de la Junta; VIII. Rendir ante la Junta, y con la presencia del

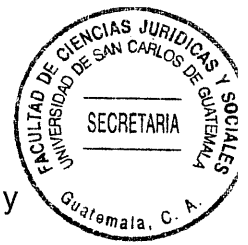


Patronato, un informe anual de actividades en la primera sesión del año; y IX. Convocar a sesiones a la Junta de Gobierno.

Artículo 21º.- El Director General tendrá las facultades y obligaciones siguientes: I. Acatar los acuerdos y mandamientos de la Junta de Gobierno; II. Elaborar los planes de labores, presupuestos, informes de actividades y estados financieros, que deberá someter a consideración de la Junta de Gobierno; (REFORMADA, P.O. 19 DE NOVIEMBRE DE 1987) III. Designar al personal del Organismo, previo acuerdo de la Presidencia de la Junta de Gobierno; IV. Rendir informes financieros, parciales y de cualquier tipo que le sean solicitados por la Presidencia; V. Ejecutar y controlar el presupuesto del Organismo, en los términos de las disposiciones aplicables; VI. Suscribir los convenios de coordinación y de otra naturaleza, aprobados por la Junta de Gobierno; y VII. Celebrar todos los actos jurídicos necesarios para el Organismo, en los que actuará como su representante legal, con facultades generales para actos de administración que requiera su funcionamiento; dicha representación será también con carácter de mandatario jurídico general para pleitos y cobranzas, y en los casos especiales que lo acuerde la Junta, podrá celebrar actos de dominio; substituir total o parcialmente sus facultades de representación con reserva de su ejercicio, así como revocar los mandatos que haya otorgado.

Artículo 22º.- Para ser Director General se requiere: I. Ser mexicano por nacimiento; II. Tener 30 años cumplidos en la fecha de su nombramiento; III. Tener estudios a nivel de licenciatura y contar con experiencia profesional, administrativa y técnica comprobadas; y IV. Gozar de buena opinión y fama, y no haber sido condenado en sentencia ejecutoria por delito intencional.

Artículo 23º.- Los mismos requisitos se exigirán a los Directores de las unidades técnicas y administrativas, quienes tendrán como funciones las que les asigne la Junta de Gobierno.



Artículo 24°.- El Organismo deberá contar con las unidades técnicas y administrativas que requiera para el cumplimiento de su objetivo.

Artículo 25°.- Las relaciones de trabajo entre el Organismo y sus trabajadores, se regirán por la Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado de Michoacán de Ocampo y sus Municipios. En todo caso, se considerarán empleados de confianza los titulares de la Presidencia, Dirección General y Directores de Unidades Técnicas o Administrativas, Jefes de Departamento, y demás personal que efectúe labores de vigilancia, fiscalización de orden general dentro del sistema, o bien, de manejo de fondos, valores o datos confidenciales.

### Capítulo III

#### De la coordinación y concertación

Artículo 26°.- Con el propósito de asegurar la adecuada coordinación de acciones en el ámbito de la prestación de los servicios de salud en materia de asistencia social y con el objeto de favorecer prioritariamente a los grupos sociales más vulnerables, el Gobierno del Estado, con la participación del Organismo, celebrará convenios o acuerdos dentro del marco del Convenio Único de Desarrollo para la coordinación de acciones a nivel estatal o municipal, con las entidades y dependencias de la Administración Pública Federal, en los términos de la Ley de Planeación y de la Ley General de Salud.

Artículo 27°.- Con el objeto de ampliar la cobertura y la calidad de los servicios de salud en materia de asistencia social a nivel estatal y municipal, el Gobierno del Estado a través del Organismo, promoverá la celebración de convenios entre éste y los gobiernos municipales, a fin de: I. Establecer programas conjuntos; II. Promover la conjugación de los dos niveles de gobierno en la aportación de recursos financieros; III. Distribuir y coordinar acciones entre las partes, de manera proporcional y equitativa; IV. Coordinar y proponer programas para el establecimiento y apoyo de la Beneficencia Pública y la Asistencia Privada, Estatal

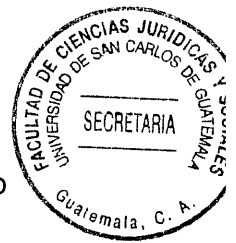


y Municipal; y V. Fortalecer el patrimonio de los Sistemas Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia.

Artículo 28º.- El Gobierno del Estado a través del Organismo, promoverá ante los gobiernos municipales, el establecimiento de mecanismos idóneos que permitan una interrelación sistemática a fin de conocer las demandas de servicios básicos de salud en materia de asistencia social, para los grupos sociales vulnerables y coordinar su oportuna atención.

Artículo 29º.- El Organismo celebrará convenios o contratos para la concertación de acciones de asistencia social con los sectores social y privado con objeto de coordinar su participación en la realización de programas de asistencia social que coadyuven a la realización de los objetivos a que se refiere esta Ley. La concertación en todo caso deberá ajustarse a las siguientes bases: I. Definición de las responsabilidades que asuman los integrantes de los sectores social y privado; II. Determinación de las acciones de orientación, estímulo y apoyo que llevará a cabo el Gobierno del Estado, por conducto del Organismo; III. Fijación del objeto, materia y alcances jurídicos de los compromisos que asuman las partes con reserva de las funciones de autoridad que competan al Gobierno del Estado; y IV. Expresión de las demás estipulaciones que de común acuerdo establezcan las partes.

Artículo 30º.- El Gobierno del Estado, con el objeto de ampliar la cobertura de los servicios de salud de asistencia social, fincados en la solidaridad ciudadana, promoverá en toda la entidad, a través del Organismo, la creación de instituciones de asistencia privada, fundaciones, asociaciones civiles y otras similares, las que, con sus propios recursos o con liberalidades de cualquier naturaleza que aporte la sociedad en general, presten dichos servicios con sujeción a los ordenamientos que la rijan. El Gobierno del Estado, a través del Organismo, aplicará, difundirá y adecuará las normas técnicas que dichas instituciones deberán observar en la



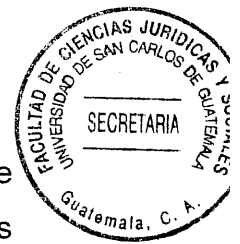
prestación de los servicios de salud en materia de asistencia social. El Organismo les prestará la asesoría técnica necesaria y los apoyos conducentes.

Artículo 31º.- A propuesta del Organismo, el Gobierno del Estado dictaminará el otorgamiento de estímulos fiscales para inducir las acciones de los sectores social y privado en la prestación de servicios de salud en materia de asistencia social.

Artículo 32º.- El Gobierno del Estado, a través del Organismo y mediante la inducción, promoverá la organización y participación activa de la comunidad en la atención de aquellos casos de salud, que por sus características requieran de acciones de asistencia social basadas en el apoyo y solidaridad social, así como el concurso coordinado de las dependencias y entidades públicas, específicamente en el caso de comunidades afectadas de marginación. El Gobierno del Estado y el Organismo pondrán especial atención en la promoción de acciones de la comunidad en beneficio de menores en estado de abandono, minusválido, inválido e incapaz física o mentalmente.

Artículo 33º.- El Organismo promoverá la organización y participación de la comunidad para que, en base al apoyo y la solidaridad social, coadyuve en la prestación de servicios asistenciales para el desarrollo integral de la familia.

Artículo 34º.- La participación de la comunidad a que se refiere el artículo anterior, tiene por objeto fortalecer su estructura, propiciando la solidaridad entre las necesidades reales de la población. Dicha participación, será a través de las siguientes acciones: I. Promoción de hábitos de conducta y de valores que contribuyan a la protección de los grupos vulnerables, a su superación y a la prevención de invalidez; II. Incorporación, como auxiliares voluntarios, en la realización de tareas básicas de asistencia social y participación en determinadas actividades de operación de los servicios de salud en materia de asistencia social, bajo la dirección y control de las autoridades correspondientes; III. Notificación de la existencia de personas que requieran de asistencia social cuando éstas se



encuentren impedidas de solicitar auxilio por sí mismas; IV. Formulación de sugerencias para mejorar los servicios de asistencia social; y V. Otras actividades que coadyuven a la protección de la salud.

#### **4.2 Ley 1427 que crea El Hogar de la Niñez y Sala Cuna Eva Perón**

Artículo 1º.- Créase una institución destinada a proteger la salud y fomentar la educación de los niños, expósitos, huérfanos o indigentes, cualquiera sea su origen.

Artículo 2º.- La institución creada por esta ley funcionará bajo la dependencia del Ministerio de Acción Social y Salud Pública y su dirección y administración será ejercida por una comisión compuesta de: Un director médico, rentado, y de preferencia con la especialidad de pediatría. Un secretario rentado. Un tesorero contador rentado, con título de contador público. Tres vocales ad honorem, todos designados por el Poder Ejecutivo y que actuarán bajo la presidencia del Ministerio de Acción Social y Salud Pública, con quórum de la mitad más uno de los miembros siendo su duración de cuatro años.

Artículo 3º.- La atención doméstica del “Hogar de la Niñez y Sala Cuna Eva Perón, será confiada a las hermanas de comunidades religiosas que dentro del país ejercen iguales funciones en Instituciones de la misma índole rentadas en la forma que lo determina el reglamento interno del “Hogar de la Niñez y Sala Cuna Eva Perón”.

Artículo 4º.- La comisión a que se refiere el artículo 2º, formará anualmente el presupuesto de la institución creada por la presente ley, el que será remitido al Ministerio de Acción Social y Salud Pública para su aprobación e inclusión en el presupuesto general de gastos de la administración, formulará el reglamento interno a base de que la recepción de expósitos, huérfanos e indigentes, se hará



sin distinción alguna de clase y credos y absolutamente gratuita, sometiéndolo a la aprobación del Poder Ejecutivo.

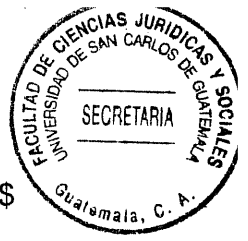
Artículo 5º.- Destinase para el sostenimiento del “Hogar de la Niñez y Sala Cuna Eva Perón”, los fondos provenientes de la Ley N° 1119 en la proporción que la misma determina las subvenciones que se obtengan de la Nación de la Provincia y de las municipalidades, las donaciones que se reciban y todos los fondos que en concepto de ayuda se perciban y los que se obtengan por servicios de consultorios externos.

Artículo 6º.- Los fondos a que se refiere el artículo anterior serán depositados en el Banco Provincial de Salta, en la cuenta “Hogar de la Niñez y Sala Cuna Eva Perón”, a la orden conjunta del director y tesorero Contador anotándose en Contaduría General de la Provincia en rubro especial, el movimiento de dichos fondos.

Artículo 7º.- A los efectos del más amplio cumplimiento de los propósitos de esta Ley, el “Hogar de la Niñez y Sala Cuna Eva Perón” establecerá los consultorios externos, necesarios para niños en todas las especialidades, a medida que los recursos lo permitan, fijando en el mínimo el pago de la atención a los enfermos que concurrieran.

Artículo 8º.- Los profesionales y el personal técnico y administrativo del “Hogar de la Niñez y Sala Cuna Eva Perón” serán designados por el Poder Ejecutivo a propuesta de la comisión creada por el artículo 2º de esta ley.

Artículo 9º.- Facultase al Poder Ejecutivo para declarar de utilidad pública y sujetos a expropiación los terrenos necesarios para el emplazamiento del “Hogar de la Niñez y Sala Cuna Eva Perón”, dentro del ejido de la ciudad de Salta, el que no podrá ser inferior a diez mil metros cuadrados. (10.000 m<sup>2</sup>).



Artículo 10º.- Destinase la cantidad de cuatro millones de pesos m/n. (\$ 4.000.000.- m/n.) para ser invertidos en la adquisición de terrenos, construcción de edificios, instalaciones y mobiliario de la institución creada por el artículo 1º, de esta Ley los cuales se tomarán de los fondos provenientes del Artículo 5º de la misma.

Artículo 11º.- El Poder Ejecutivo reglamentará la presente Ley.

Artículo 12º.- Comuníquese.

Con la referencia de las leyes anteriores citadas surge el evidente vacío legal respecto a una normativa acerca de la tutela legal en Guatemala por lo tanto considero que sería necesario la creación de una ley específica para normar este tema, por tal motivo realizo un proyecto de ley el cual detallare a continuación como propuesta a este vacío legal.

#### **4.3 Propuesta de bases para la creación de una ley**

Considero que de acuerdo al trabajo desarrollado, existe un vacío legal respecto a un marco normativo que regule lo relativo a los niños expósitos, hace falta un sistema de protección de niños, niñas y adolescentes para garantizar las condiciones de vida y desarrollo de la infancia desde una perspectiva de sus derechos.

Esto requiere la intervención y coordinación entre varios actores e instituciones porque la ausencia de articulación entre ellos lleva a la incoherencia, la ineficiencia y la imposibilidad de detectar y asumir responsabilidades. La eficacia de un sistema de protección se evalúa por sus resultados en diferentes indicadores:

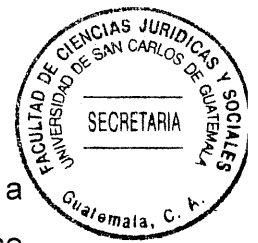
- Mortalidad infantil y materna



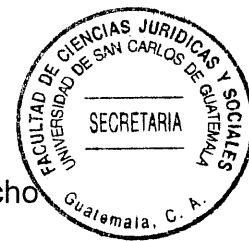
- Niveles nutricionales
- Índices de escolaridad y calidad educativa
- Acceso a escolaridad inicial
- Condiciones de vivienda, agua, electricidad, procesamiento de residuos, transporte
- Entorno ambiental (contaminación, químicos, residuos)
- Maltrato infantil
- Trabajo infantil y Condiciones de trabajo

De acuerdo a ello, el marco normativo que se debe conformar mediante una Ley, que debe contener como mínimo los siguientes aspectos:

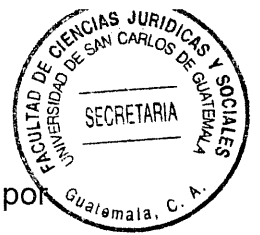
1. Se puede denominar Ley Orgánica Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia
2. La ley debe establecer la estructura, funcionamiento y bases de organización de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, como órgano con cierta independencia y adscrito a la Procuraduría General De La Nación, mediante la conformación también de un sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado, con personalidad jurídica y autonomía técnica.
3. El sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado, debería ejercer sus atribuciones en materia de fomento a las acciones que propicien la preservación de los derechos de los menores y de la familia, por conducto de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia.



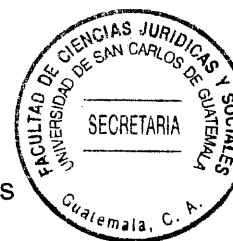
4. Se deben establecer definiciones que sean entendibles para los sujetos a quienes se les aplique y en general para la sociedad. Debieran establecerse como mínimo: Abandono: I. Al acto de desamparo hacia uno o varios miembros de la familia por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado; II.- Comité: El Comité de Protección del Menor y de la Familia; III.- Derechos del menor: Los que consagran la Constitución Política, los Tratados Internacionales celebrados por el Estado de Guatemala. El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Sonora; debe existir un Director General: El Director General del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia; VI.- Interés superior del menor: La acción del Estado para garantizar plenamente la observancia, protección y vigilancia de los derechos del menor. VII.- Menor abandonado: Aquel que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y cuyo origen se conoce; VIII.- Menor expósito: Aquel que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen; IX.- Menor repatriado: Aquel que es ingresado al país, a través del Estado, por las autoridades migratorias extranjeras, por haber sido detectado ilegalmente en su territorio; X.- Negligencia: La falta de protección y cuidado de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o custodia para con un incapaz o un menor; XI.- Procuraduría: La Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia; XII.- Procurador: El Procurador de la Defensa del Menor y la Familia; XIII.- Sistemas Municipales: Sistemas Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia; y XIV.- Violencia intrafamiliar: Todo acto de poder u omisión intencional dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, sexual o patrimonialmente a cualquier miembro de la familia, y que pueda causar maltrato físico, verbal, psicológico, sexual o daño patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.



5. La Procuraduría, para el ejercicio de sus atribuciones, funciones y despacho de los asuntos de su competencia, se coordinará con los Sistemas Municipales.
6. La Procuraduría adoptará las medidas necesarias para garantizar el interés superior del menor, asegurándole una adecuada protección y cuidado cuando los padres, tutores o quien tenga su custodia, por cualquier circunstancia, no pudieren cumplir con dichas obligaciones. Para la comprobación de la edad del menor, se solicitará acta de nacimiento expedida por el Registro Nacional de las Personas (RENAP) o en caso de ser extranjero, mediante el documento equivalente que reúna los requisitos legales correspondientes; o según sea el caso, mediante dictamen médico que solicite la Procuraduría o la autoridad competente.
7. Integración de la institución. La Procuraduría se integra por: I.- Un Procurador de la Defensa del Menor y la Familia; y II.- El personal que le sea asignado en el presupuesto autorizado. Para ser Procurador se requerirá por lo menos: I.- Ser ciudadano guatemalteco en pleno ejercicio de sus derechos; y II.- Tener título universitario en ciencias jurídicas y sociales, (Abogado y Notario) con un mínimo de 5 años de servicio profesional.
8. Atribuciones: I.- Gestionar el mejoramiento y subsistencia adecuada y el desarrollo físico e integral del menor y la familia; II.- Velar por la protección de la salud física, mental, psicológica y sexual del menor y la familia; III.- Velar porque los menores abandonados, expósitos, repatriados o víctimas de violencia intrafamiliar obtengan, provisional o definitivamente, un hogar seguro; IV.- Decretar, en casos urgentes, como medida de protección y asistencia, la custodia y el ingreso provisional de menores a las instituciones de asistencia social públicas o privadas más convenientes, dando aviso inmediato a la autoridad judicial competente; V.- Determinar el egreso de los menores que se encuentran bajo su custodia en las instituciones de asistencia públicas o

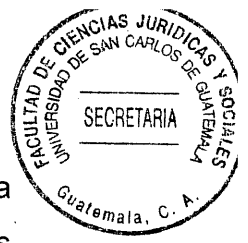


privadas, con base en la investigación multidisciplinaria practicada por especialistas en el tratamiento de menores; VI.- Emitir dictámenes que, en su caso, respalden una solicitud ante autoridad judicial de separación cautelar o definitiva de menores o incapaces; VII.- Coadyuvar con el Ministerio Público en los juicios relativos a los delitos o faltas que se susciten, así como en materia de representación legal de los menores expósitos. VIII.- Solicitar al Ministerio Público o Procuraduría General de la Nación en su caso, el ejercicio de las acciones y al Juez las medidas necesarias, para la atención y protección de los menores o incapaces que así lo requieran; IX.- Procurar, en los casos de conflicto familiar, la conciliación entre las partes y en su caso, la elaboración de los convenios respectivos, en los términos de las disposiciones legales aplicables; X.- Realizar las acciones necesarias tendientes para brindar asistencia social a los menores o incapaces que a juicio de la Procuraduría, realicen actividades de riesgo o sean objeto de explotación, dando aviso inmediato a la autoridad competente; XI.- Visitar a las unidades administrativas competentes de DIF Sonora, con el propósito de aprendizaje sobre la experiencia ya adquiridas por ellos respecto al tema de cerciorarse que los menores y las familias reciban los cuidados y las atenciones necesarias para la satisfacción de sus necesidades; XII.- Coordinarse con las autoridades competentes de los tres niveles de gobierno para la realización de acciones y programas que promuevan la difusión, observancia, y protección de los derechos del menor y la familia; XIII.- Coordinarse, en los términos de los convenios respectivos, con los Sistemas Municipales, en el seguimiento de los procesos de adopción, atención de denuncias y para la realización de las demás acciones contempladas en esta ley; XIV.- Promover, ante las autoridades educativas competentes, las acciones conducentes para que los menores bajo su protección y cuidado, reciban instrucción preescolar, primaria y secundaria; XV.- Organizar y promover campañas tendientes a la prevención y erradicación de adicciones entre menores e incapaces; XVI.- Presidir el Consejo Técnico de Adopciones, con base a la normatividad aplicable; XVII.-



Brindar asesoría jurídica respecto de asuntos en materia familiar; y XVIII.- Las demás que le confieran esta ley y otras disposiciones legales aplicables.

9. De la Protección y Asistencia Públicas. La Procuraduría es el órgano del poder público estatal que tendrá bajo su protección y cuidado a los menores e incapaces que: I.- Se encuentren en estado de abandono; II.- Sean víctimas de violencia intrafamiliar; III.- Sean sujetos de negligencia; IV.- Sean expósitos o repatriados; o V.- Sean víctimas del delito de trata de personas.
10. La Procuraduría proveerá la custodia correspondiente y promoverá las medidas de protección y asistencia social que correspondan. La protección del poder público será ejercida hasta en tanto no se resuelva la situación del menor por la autoridad competente.
11. La Procuraduría revisará y vigilará periódicamente la situación clínica, psicológica, social y jurídica de los menores internados en instituciones de asistencia social. Para ello, solicitará a éstas un registro de los menores que tengan bajo su protección y cuidado, que incluya: I.- Nombre, edad, datos de identificación y estado de salud del menor; II.- Nombre y domicilio de la persona que hace entrega; III.- Nombre y domicilio de quienes ejercen la patria potestad o tutela; IV.- Motivo y fecha de ingreso; V.- Motivo y fecha de egreso; y VI.- Un informe detallado sobre las acciones llevadas a cabo en beneficio del menor, así como su seguimiento, incluyendo copia del expediente respectivo. De encontrar alguna irregularidad, la Procuraduría iniciará, en su caso, los trámites correspondientes para regularizar dicha situación, de acuerdo con la legislación aplicable.
12. La Procuraduría podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública en caso de oposición de particulares, para que ésta implemente alguna medida de protección o asistencia social otorgada por la autoridad competente en beneficio de un menor o incapaz.



13. La Procuraduría ejercerá la tutela que le corresponde, en cuanto a la protección, guarda y educación de los menores, en los términos de las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con la legislación aplicable.
14. La Procuraduría realizará las investigaciones tendientes a conocer del abandono, violencia intrafamiliar y demás situaciones de los menores o incapaces contempladas en las leyes, sin perjuicio de las funciones indagatorias del Ministerio Público o de la Procuraduría General de la Nación.
15. La Procuraduría instará la actuación de las instituciones competentes para que éste solicite de la autoridad judicial competente la pérdida de la patria potestad y de la custodia, en su caso, cuando el menor o incapaz sean víctimas de abandono, violencia intrafamiliar, negligencia o trata de personas.
16. De las denuncias y del procedimiento de la procuraduría de la defensa del menor y la familia. La Procuraduría contará con un servicio telefónico de cobertura estatal con atención las 24 horas del día, para recibir denuncias y quejas relacionadas con los casos señalados en las leyes. Las denuncias o quejas también podrán realizarse por escrito, por comparecencia o de manera anónima. El reporte que para tales efectos levante la Procuraduría, consignará cuando sea posible: la conducta denunciada y las circunstancias de su realización; el nombre, edad, domicilios, vínculos familiares o de otro tipo existente entre las personas involucradas, y todos aquellos datos que considere necesarios para la investigación del caso.
17. La Procuraduría, una vez recibida la denuncia o queja, se abocará al lugar de los hechos y en su caso, otorgará la atención y asistencia necesarias, especialmente tratándose de menores de edad, incapaces o adultos mayores, y gestionará las medidas de protección urgentes ante la autoridad competente y de ser procedente, dará vista al Ministerio Público para que intervenga



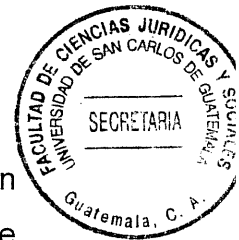
conforme a la ley de la materia. La Procuraduría podrá girar citatorios, realizar investigaciones e implementar las acciones necesarias para constatar los hechos denunciados y, en su caso, localizar a los familiares de aquéllos. Tratándose de menores o incapaces abandonados o expósitos, la Procuraduría levantará, en forma inmediata, acta circunstanciada en la que se dé fe del hecho denunciado, firmándola con asistencia de dos testigos y determinando en ella lo relativo a la custodia provisional con depósito en la institución de asistencia social pública o privada que corresponda. Tratándose de violencia intrafamiliar se estará a lo dispuesto en la ley de la materia.

18. La Procuraduría solicitará a la autoridad competente la práctica de exámenes médicos, psicológicos o psiquiátricos, así como las exploraciones, valoraciones o dictámenes necesarios para determinar si el menor o incapaz es víctima de violencia intrafamiliar, los cuales podrá remitir al Ministerio Público o Procuraduría General de la Nación.
19. Las personas que tengan bajo su custodia o cuidado a un menor o incapaz presuntamente víctima de violencia intrafamiliar, deberán permitir al personal de la Procuraduría, el contacto con éste y con las demás personas que habiten en el mismo domicilio y, en su caso, facilitar la práctica de cualquier diligencia para su protección y cuidado. En caso de negativa de las personas obligadas conforme a lo establecido anteriormente, la Procuraduría podrá solicitar de la autoridad judicial competente el requerimiento para que se presten las facilidades necesarias para dar cumplimiento al mismo.
20. La Procuraduría podrá separar preventivamente al menor o incapaz de su hogar cuando aparezcan motivos fundados que hagan presumir la existencia de un peligro inminente a su salud o seguridad, de lo cual dará aviso a la autoridad judicial competente para los efectos que procedan y podrá gestionar ante ésta o ante el Ministerio Público las medidas de carácter urgente y temporal que se requieran para su protección y cuidado.



21. La Procuraduría, para la investigación de los hechos señalados en el inciso anterior y garantizar la seguridad de las personas que intervengan en las diligencias que practique, podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública. La Procuraduría determinará sobre la custodia provisional de los menores o incapaces a que se refiere este artículo y su ingreso en las instituciones de asistencia social públicas o privadas, en tanto se resuelve su situación definitiva por la autoridad competente.
22. La Procuraduría, podrá decretar un plazo prudencial que puede ser dentro de los quince días siguientes a la fecha de la separación preventiva, deberá rendir ante la autoridad competente dictamen sobre la viabilidad o no de la integración del menor o incapaz a su núcleo familiar y, en su caso, ejercitar las acciones referidas en ley. La Procuraduría podrá prorrogar el término fijado anteriormente, sin que pueda exceder de 60 días por la naturaleza de la situación, cuando sea necesario para la mayor protección y tratamiento psicológico del menor o incapaz y establecerá las condiciones de visita a fin de lograr una pronta integración de éste a su núcleo familiar. De no ser posible la reintegración del menor o incapaz al núcleo familiar y una vez decretada la pérdida de la patria potestad por la autoridad judicial competente, la Procuraduría, por conducto del Consejo Técnico de Adopciones, podrá seleccionar a la persona que reúna las condiciones para adoptar y, de ser procedente, iniciará el procedimiento de adopción respectivo.
23. De los órganos de apoyo y asesoría de la procuraduría. La Procuraduría podrá contar con un Comité de Protección del Menor y de la Familia y un Consejo Técnico de Adopciones como órganos de apoyo y asesoría para el cumplimiento de las disposiciones.
24. Deberá estimarse cuáles serán las funciones de este Comité, y entre ellas pueden estar: I.- Velar porque las medidas de protección y asistencia social hacia el menor y la familia sean oportunas, eficaces y eficientes; II.- Vigilar que





los derechos de los menores, incapaces y demás miembros de la familia sean respetados; III. Aportar a la Procuraduría la documentación e información que ésta le solicite sobre todo aquello que concierne al cuidado del menor y la familia; IV.- Instar a los padres de los menores sujetos a la protección y cuidado de la Procuraduría, se presenten periódicamente ante ésta, a fin de informarles de los avances de su integración; V.- Localizar hogares y familias que ofrezcan un medio ambiente adecuado para el desarrollo integral de los menores abandonados, así como de aquellos menores que por resolución judicial carezcan de quien ejerza sobre ellos la patria potestad o tutela; VI.- Hacer recomendaciones a la Procuraduría en beneficio del menor y la familia; VII.- Estimular en el menor y la familia el espíritu de trabajo y solidaridad; VIII.- Promover y fomentar la participación social en actividades relacionadas con el menor y la familia; IX.- Difundir los derechos del menor y la familia y promover los valores como parte fundamental de la integración de las familias, a través de difusores infantiles u otros mecanismos diseñados para tal fin; X.- Promover actividades que propicien el sano desarrollo físico y mental del menor, procurando encauzar su actividad hacia el mejor aprendizaje, a través de la lectura, la práctica de algún deporte y de otros medios educativos; y XI.- Las demás que le establezca el órgano de gobierno, por conducto de la Procuraduría.

25. En cuanto al consejo técnico de adopciones, podría tener las siguientes funciones: I.- Proponer a la persona que tendrá la custodia provisional del menor; y II.- Determinar quiénes son las personas que reúnen los requisitos para ser considerados aptos para adoptar.





## Apéndice

### Presentación y análisis de los resultados del trabajo de campo

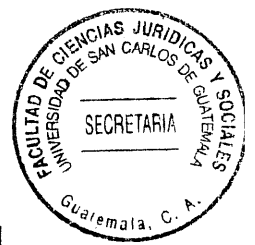
#### Entrevistas a Jueces de Familia y de Sentencia Penal

El trabajo consistió en la realización de entrevistas a dos jueces de familia de la ciudad capital, y a abogados litigantes de menores y de familia, por lo que a continuación se presentan los resultados del trabajo realizado.

**Cuadro No. 1**

Pregunta: ¿Cree usted que el estado tiene la obligación de proteger a la sociedad en las distintas esferas del derecho, como civil, penal, familiar, laboral, etc.?	
Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, febrero 2011



**Cuadro No. 2**

Pregunta: ¿Considera que el estado en la realidad, ha tenido una participación más preponderante en el tema del derecho penal, más que en otras esferas del derecho, como en el derecho de menores y derecho de familia?

Respuesta	Cantidad
Si	15
No	05
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, febrero 2011.

**Cuadro No. 3**

Pregunta: ¿Cree usted, que el abandono de los menores se han incrementado últimamente?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, febrero 2011.

**Cuadro No. 4**

Pregunta: ¿Según su experiencia, es común que atiendan las instituciones de bienestar social adecuadamente los casos relacionados con niños en estado de abandono?

Respuesta	Cantidad
Si	10
No	10
Total:	20

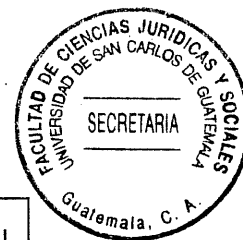
Fuente: Investigación de campo, febrero 2011.

**Cuadro No. 5**

Pregunta: ¿Considera que el estado debe tener una mayor intervención en resguardo de esa tutela judicial o estatal para el caso de los menores que se encuentren en situación de abandono o bien no amparados bajo la patria potestad?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, febrero 2011



**Cuadro No. 6**

Pregunta: ¿Según su experiencia, se encuentra enterado de la atención del estado en el caso de los niños expósitos?

Respuesta	Cantidad
Si	10
No	02
No contesto	08
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, febrero 2011.

**Cuadro No. 7**

Pregunta: ¿Está usted de acuerdo con la adopción especialmente en el caso de los niños expósitos?

Respuesta	Cantidad
Si	15
No	05
Total;	20

Fuente: Investigación de campo, febrero 2011.

**Cuadro No. 8**

Pregunta: ¿Sabe si existen casas de niños expósitos en la ciudad capital de Guatemala o en el territorio nacional?

Respuesta	Cantidad
Si	00
No	15
No contesto	05
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, febrero 2011.

**Cuadro No. 9**

Pregunta: ¿Considera que existen niños en esta situación y por lo tanto debieran existir instituciones que los atiendan especialmente estatales?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, febrero 2011.



### Cuadro No. 10

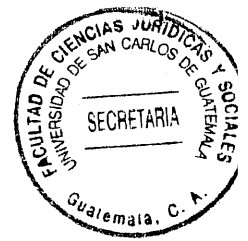
Pregunta: ¿Cree que debiera existir una ley que protegiera a estos menores en respuesta a los compromisos del estado de Guatemala en materia de derechos humanos y derechos del niño?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, febrero 2011.

Después de realizar esta entrevistas a profesionales del derecho se llega al análisis de que el Estado de Guatemala tiene poco control de los niños expósitos a través de instituciones públicas y la mayor problemática radica en que no existe una normativa para establecer cómo se va a desarrollar la labor de las personas que están a cargo de las pocas instituciones que velan y protegen a estos menores, así como que no se puede establecer cómo crear fondos o quien va administrar los fondos para la creación de este tipo de instituciones, se sabe que el Estado de Guatemala debe de representar a estos niños, pero no se ha establecido como y por quien.





## CONCLUSIONES

1. La tutela del Estado, es la protección que éste debe brindar a cualquier ciudadano para que sus derechos fundamentales no sean coartados, y se fundamenta en el artículo 1, 2 y 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala y leyes de carácter ordinario, lo cual en el caso específico de la tutela legal no existe normativa.
2. La sociedad guatemalteca durante su historia, ha vivido un clima de violencia, empezando con la conquista, luego con el conflicto armado, y recientemente, con los índices de delincuencia y criminalidad. Esto entorpece la función del Estado en brindar protección a los menores de edad en especial en cuando se refiere a los menores expósitos.
3. No existe un marco normativo que regule la tutela legal en cuanto a quien deba ser la persona idónea para ejercer dicha tutela, y de igual forma establecer la institución estatal que fiscalice las funciones legales que debe desempeñar los tutores ya que estos son los representantes legales de los menores expósitos que están bajo su cargo .
4. El Estado de Guatemala no le ha otorgado la importancia necesaria a la problemática actual respecto a la desprotección que sufren los menores expósitos de quien es la persona que vela por que sus derechos no sean violentados y que gocen de los mismos ya que los tutores son sus representantes legales debiendo ser los obligados de velar porque sus derechos sean protegidos.
5. La Procuraduría General de la Nación es la institución encargada de velar por los intereses de los menores de edad en Guatemala, pero no cuenta con programas efectivos que busquen la protección y amparo de los derechos de los menores expósitos garantizado así mejorar las condiciones de vida y su desarrollo durante su infancia y adolescencia.





## RECOMENDACIONES

1. Las autoridades de la Corte Suprema de Justicia, tienen la obligación de propiciar seminarios, talleres, en donde se aborden temas de interés, que no han sido tratados, pero que en la sociedad producen un problema, como sucede en el presente caso, puesto que son los encargados en cualquier momento, a decidir sobre las peticiones de las partes.
2. El Organismo Legislativo a través de la Comisión de la Mujer, la Familia y la Niñez, debe revisar las normas del Código Civil que ocasionan perjuicio precisamente para los menores en estas condiciones de abandono, tomando en consideración lo que el ordenamiento jurídico internacional en materia de derechos humanos y derechos de menores.
3. Por tal motivo es de carácter urgente y necesario que se cree una normativa que indique la forma en que deben ser nombradas las personas idóneas para el cargo de tutores legales y que se establezca a la Procuraduría General de la Nación como la institución encargada de fiscalizar las actividades del tutor legal.
4. Que el Estado de Guatemala haga efectiva la implementación de los tratados internacionales que ha ratificado en materia de derechos de menores enfocándose específicamente en los menores expósitos y que a través de los tutores legales que son los representantes legales de dichos menores puedan gozar de todos los derechos adquiridos.
5. Es necesario que la Procuraduría General de la Nación a través de un departamento técnico específico cree programas efectivos que velen por la protección y el amparo de los derechos de los menores expósitos con el fin

de garantizarles un pleno desarrollo durante su infancia y adolescencia mejorando sus condiciones de vida.





## BIBLIOGRAFÍA

- BALDASSARE, Pedro. **Derecho civil la familia**, 3ª. Edición Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid España. (s.f.)
- BARAHONA MUÑOZ, Armando. **Seminario Guatemala**, Universidad San Carlos de Guatemala 1973, Editorial Universitaria, Guatemala.
- BORDA A, Guillermo. **La familia, la adopción**, 3ª. Edición, España Editorial Humanistas. (s.f.)
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**, Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala Guatemala, 1973, Editorial Universitaria, Guatemala.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de derecho usual**. Editorial Heliasta, S.R.L. Tomo IV. 1998, Pág. 720
- Diccionario Enciclopédico Pequeño Larousse en Color en Español, Edición 1999.
- DIEGUEZ ALVAREZ, Luis. **Los niños expósitos**, 2ª. Edición, España Editorial Humanistas. (s.f.)
- ESPIN CANOVAS, Diego. **Derecho civil español**, Volumen IV Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid España. (s.f.)
- Folleto de la Convención Sobre los Derechos del Niño. Edición Ciudad San Jose, Costa Rica. Año 2008
- Informe para Guatemala de Amnistía Internacional. Año 2004
- MENDIZABAL OSES, Luis, **Derecho de menores teoría general**, Costa Rica Editorial ILANUD. (s.f.)
- OCHOA ESCRIBA, Roberto. **Derecho de menores**, España Editorial Arazandi, Pamplona, 1976.
- PLANIOL, Marcel. RIPERT, George. **Tratado elemental de derecho civil**, Edición 1981, Tomo I



PUIG PEÑA, Federico, **Compendio de derecho civil**, Tomo V. Familia y sucesiones. Editorial Arazandi, Pamplona, 1974.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil español**, Introducción, personas y Familia, Volumen I Editorial Porrúa, S.A. México D.F. 1978.

RONALD, Dworkin. **Tomando los derechos en serio**, 2ª. Edición, Talleres Tipográficos, Madrid 1982.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Derecho civil español**, Derecho de Familia. Parte Especial Tomo IV. Talleres Tipográficos, Madrid. 1975.

VÁSQUEZ ORTÍZ, Carlos Humberto. **Derecho civil I**, 3ª. Edición Editorial Universitaria año 2001, Guatemala.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal parte general**, 3ª. Edición Editorial Arayú, Barcelona 1998.

## LEGISLACIÓN

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

**Código Civil.** Decreto Ley número 106. Enrique Peralta Azurdia, Guatemala 1 de Julio de 1964

**Ley de Adopciones.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 77-2007

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

**Convención de la Haya sobre adopciones internacionales.** Suiza 29 de mayo 1993, vigencia en Guatemala el 1 de marzo del 2003

**Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.** Realizado en Ginebra noviembre de 1989 ratificado por Guatemala en mayo de 1990

**Ley del Organismo Judicial.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-89

