

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



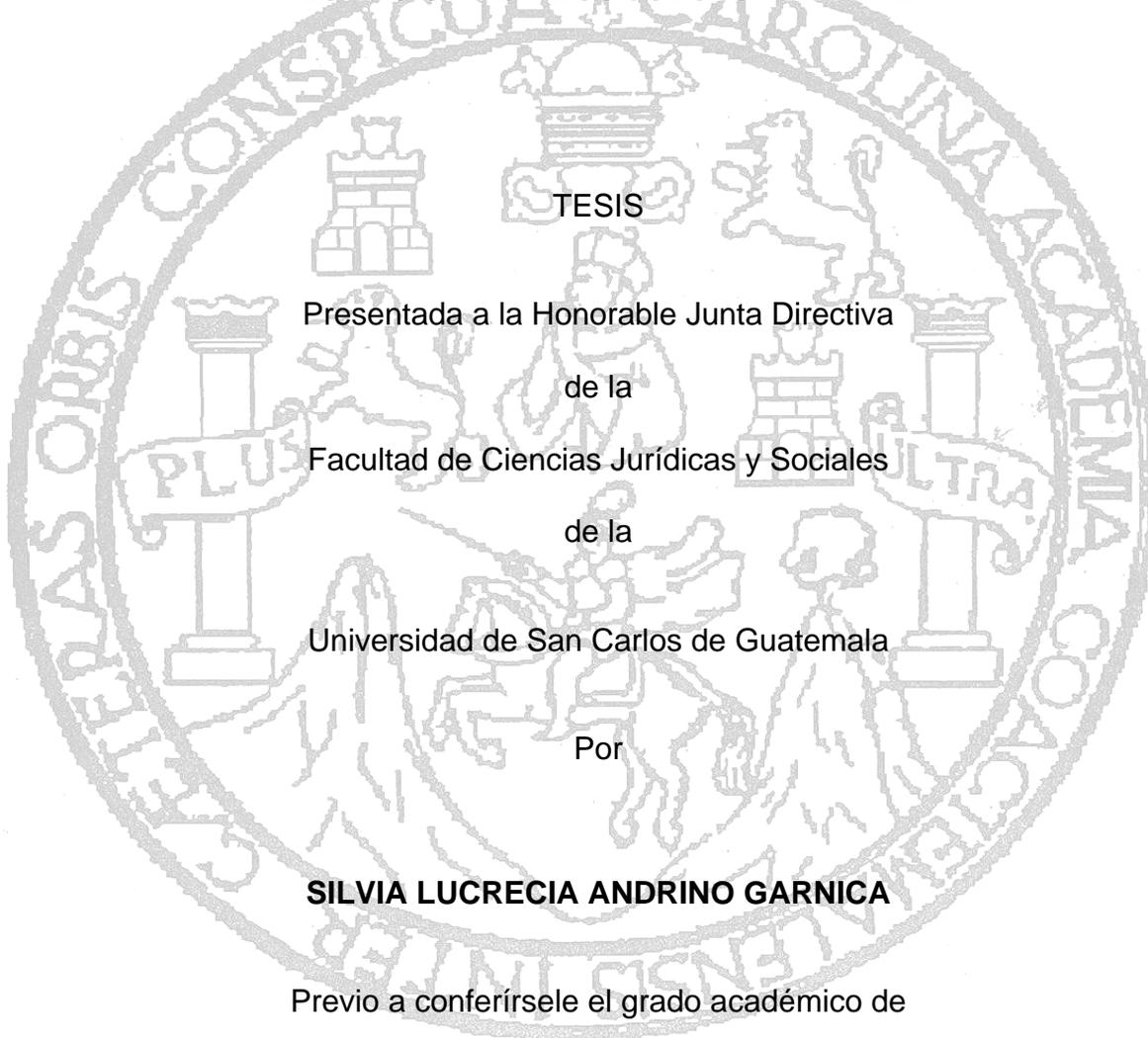
**LA PRUEBA PRODUCIDA EN LOS PROCESOS DE NIÑEZ Y SU FALTA DE
VALORACIÓN POR LOS JUECES DE FAMILIA**

SILVIA LUCRECIA ANDRINO GARNICA

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2011

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

**LA PRUEBA PRODUCIDA EN LOS PROCESOS DE NIÑEZ Y SU FALTA DE
VALORACIÓN POR LOS JUECES DE FAMILIA**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

SILVIA LUCRECIA ANDRINO GARNICA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre 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. Avidàn Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dièguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÒ
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

PRESIEDENTE: Lic. Rafael Morales Solares
VOCAL: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
SECRETARIO: Lic. Héctor David España Pinetta

Segunda Fase:

PRESIDENTE: Lic. Héctor Aqueche Juárez
VOCAL: Lic. Ángela Aída Solares Fernández
SECRETARIO: Lic. Marisol Morales Chew

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

LIC. MANUEL DE JESUS MUÑOZ AQUINO
Abogado y Notario
2ª. Av. 20-67 zona 1, 2º. Nivel Of. 4
Telefax: 2232-6348 Guatemala



Guatemala, 17 de abril de 2010

Licenciado
Rolando Segura Grajeda
Jefe Unidad de Asesoría de Tesis
Presente



Respetable Licenciado

Respetuosamente me dirijo a usted, en calidad de **ASESOR** del trabajo de tesis de graduación de la bachiller **SILVIA LUCRECIA ANDRINO GARNICA**, titulado "**LA PRUEBA PRODUCIDA EN LOS PROCESOS DE NIÑEZ Y SU FALTA DE VALORACIÓN POR LOS JUECES DE FAMILIA**". Por lo que le informo que la Bachiller **SILVIA ANDRINO** trabajó bajo mi asesoría, sugiriéndole las modificaciones que fueron necesarias, así como las recomendaciones al respecto, las cuales fueron efectuadas e incorporadas al trabajo de tesis. Por lo que a mi parecer:

Que el contenido científico del tema **LA PRUEBA PRODUCIDA EN LOS PROCESOS DE NIÑEZ Y SU FALTA DE VALORACIÓN POR LOS JUECES DE FAMILIA**, es adecuado ya que se relaciona íntimamente con la protección de la niñez en Guatemala, así como la forma en que la prueba es producida en dicho proceso, la cual se recaba de conformidad con las normas legales por lo que debería ser considerada por los jueces de familia en los Juicios de Pérdida de Patria Potestad, justificando la Bachiller de conformidad con las técnicas adecuadas a este tipo de trabajos la necesidad de que dicha consideración debe ser acatada, ya que con ello la postulante, propone que dicho proceso sea más ágil y evitar la revictimización de los niños, niñas y adolescentes, reestableciéndole el derecho a una familia que le ha sido violado a los mismos;

Las metodologías y técnicas de investigación, utilizadas para la investigación, fueron las adecuadas, debido que nos permiten estudiar cada uno de los elementos que integran la investigación, y a través de estos llegar a las conclusiones y recomendaciones que permitieron hacer valiosos aportes con el fin proponer soluciones, a la problemática de



LIC. MANUEL DE JESUS MUÑOZ AQUINO
Abogado y Notario
2ª. Av. 20-67 zona 1, 2º. Nivel Of. 4
Telefax: 2232-6348 Guatemala

LA PRUEBA PRODUCIDA EN LOS PROCESO DE NIÑEZ Y SU FALTA DE VALORACIÓN POR LOS JUECES DE FAMILIA;

El trabajo de tesis a mi criterio llena los requisitos establecidos en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en cuanto a su redacción, ya que es ampliamente entendible por la población a quien se dirige, ya que no contiene términos difíciles y el lenguaje utilizado es fácil de comprender;

Constituyendo un valioso aporte científico a la legislación que en materia de niñez y adolescencia cuenta el Estado de Guatemala, ya que en el se proponen soluciones a la problemática que enfrentan en la actualidad los niños al retrasarse el restablecimiento del derecho a la familia que tienen los niños, niñas y/o adolescentes víctimas en nuestro país a través de la agilización del juicio de pérdida de patria potestad.

Las conclusiones y recomendaciones a que llega la postulante son viables ya que al ser desarrolladas podrán aplicarse en la practica, y darle solución a la problemática de LA PRUEBA PRODUCIDA EN LOS PROCESOS DE NIÑEZ Y SU FALTA DE VALORACIÓN POR LOS JUECES DE FAMILIA.

La bibliografía es congruente ya que en ella se citan autores tanto nacionales como extranjeros dedicados a la protección y reestablecimiento de derechos de niñez.

En vista de lo expuesto el suscrito considera que el trabajo de la Bachiller Silvia Lucrecia Andrino Garnica, reúne los requisitos establecidos por la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos, especialmente los contenidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. Debiendo la postulante someterse al examen respectivo.



LIC. MANUEL DE JESUS MUÑOZ AQUINO
Abogado y Notario
2ª. Av. 20-67 zona 1, 2º. Nivel Of. 4
Telefax: 2232-6348 Guatemala

Sin otro particular me es grato suscribirme de usted, como su atento y deferente servidor.

Manuel de Jesús Muñoz Aquino
Abogado y Notario
Colegiado 3620
Manuel de Jesús Muñoz Aquino
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

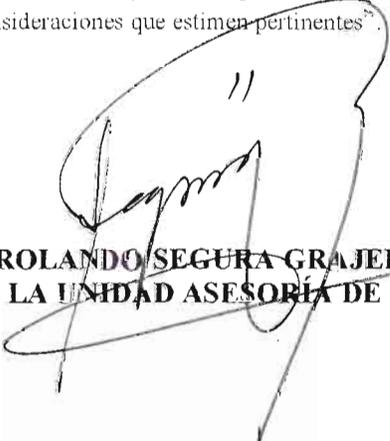
Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticinco de mayo de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARCOS ANIBAL SÁNCHEZ MÉRIDA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante SILVIA LUCRECIA ANDRINO GARNICA, Intitulado: "LA PRUEBA PRODUCIDA EN LOS PROCESOS DE NIÑEZ Y SU FALTA DE VALORACIÓN POR LOS JUECES DE FAMILIA".

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


LIC. ROLANDO SEGURA GRAJEDA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
RSG/sllh.





Lic. **Marcos Anibal Sánchez Mérida**
7^a. Avenida 19-02 zona 1, 2^o. Nivel
Ciudad de Guatemala
Tel 5769-8833 5850-6616

Guatemala, 07 de julio de 2010

Licenciado
Rolando Segura Grajeda
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Presente

Respetable Licenciado:



Respetuosamente le dirijo la presente, para acusar de recibido el oficio, por el que se me designa **REVISOR** del trabajo de tesis de graduación de la bachiller **SILVIA LUCRECIA ANDRINO GARNICA**, que se titula “**LA PRUEBA PRODUCIDA EN LOS PROCESOS DE NIÑEZ Y SU FALTA DE VALORACIÓN POR LOS JUECES DE FAMILIA**”. La supervisión del trabajo de tesis de la Bachiller la realizó el Licenciado Manuel de Jesús Muñoz Aquino.

Al respecto le informo que el mismo estuvo bajo mi supervisión, por lo que estimo:

a) Que el contenido científico y técnico de dicho trabajo, es adecuado al tema ya que está relacionado con el proceso de protección de niñez, y la prueba producida en dicho proceso, proponiendo la postulante en concordancia con los principios de celeridad procesal e Interés Superior del Niño, plasmados tanto en las leyes como en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que la prueba producida por el Juez de Niñez, sea aceptada por el Juez de Familia al tramitarse el proceso de pérdida de patria potestad, ya que con ello la postulante, propone que dicho proceso sea más ágil y evitar la revictimización de los niños, niñas y adolescentes, reestableciéndole a la brevedad el derecho a una familia que le ha sido violado a los mismos, poniéndole fin a la incansable burocratización de los procesos posteriores al de Medidas de Protección; b) la metodología y técnicas de investigación, utilizadas para la realización del trabajo de tesis, son las idóneas, especialmente para la realización de este tipo de trabajos, ya que nos permiten estudiar por separado cada uno de los elementos que integran la investigación, para después de analizar cada una de las partes de la investigación ser sintetizadas,



Lic. Marcos Anibal Sánchez Mérida
7ª. Avenida 19-02 zona 1, 2º. Nivel
Ciudad de Guatemala
Tel 5769-8833 5850-6616

haciendo valiosos aportes con el fin de proponer soluciones, a la problemática estudiada, asimismo se hace un estudio a través de la historia del tema, estudiando paso a paso la evolución histórica y los avances del tema de niñez en nuestro país, así como analizar la problemática de la prueba producida en los procesos de niñez y su falta de valoración por los jueces de familia, logrando proponer una solución a la problemática planteada; c) en cuando a la redacción de la tesis, a mi criterio es acorde a la normativa establecida por esta casa de estudios; d) dicho trabajo constituye un valioso aporte científico, ya que en él se hace referencia a la problemática que enfrentan en la actualidad los niños al retardarse el restablecimiento del derecho a la familia que tienen a través de la agilización del juicio de pérdida de patria potestad, además hace un valioso aporte en cuanto a las soluciones a dicha problemática; e) en cuanto a las conclusiones a que se han llegado en el presente trabajo son el resultado de la labor investigativa estando acorde al tema; así como las recomendaciones que hace la sustentante constituyen un valioso aporte en la solución de la problemática planteada, siendo muy beneficioso para las Ciencias Jurídicas y Sociales. En cuanto a la bibliografía citada por la postulante es adecuada al contenido de la investigación, ya que los autores aludidos son versados en el tema de protección y restitución de los derechos de la niñez y/o adolescencia.

Por lo anterior, soy de la opinión que el trabajo de tesis elaborado por la Bachiller Silvia Lucrecia Andrino Garnica, reúne los requisitos determinados por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos, contenidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. Por lo que puede ser considerado en el examen correspondiente.

Sin otro particular me es grato suscribirme de usted, como su atento y deferente servidor.

Licenciado Marcos Anibal Sánchez Mérida
Abogado y Notario Colegiado 5247

MARCOS ANIBAL SANCHEZ MERIDA
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiséis de abril del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante SILVIA LUCRECIA ANDRINO GARNICA. Titulado LA PRUEBA PRODUCIDA EN LOS PROCESOS DE NIÑEZ Y SU FALTA DE VALORACIÓN POR LOS JUECES DE FAMILIA. 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/slh.





DEDICATORIA

- A DIOS** Ser divino e infinito, fuente de sabiduría, iluminación y guía, como una pequeña ofrenda por todas las bendiciones de él recibidas.
- A MIS PADRES** Gracias por todos sus sacrificios.
- A MIS HIJAS** El más grande motivo de mi esfuerzo, por el amor y comprensión que me han brindado.
- A MIS AMIGOS** Con todo cariño y respeto.
- A:** La Gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Tricentennial casa de estudios a la que me honro pertenecer y cuyo nombre en alto siempre trataré de poner; por brindarme la oportunidad de culminar mi carrera.
- EN ESPECIAL** A todas aquellas personas que de una u otra forma me brindaron su afecto y apoyo.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1	Los derechos de la niñez.....	1
1.1	Antecedentes históricos.....	1
1.2	La nueva concepción de los derechos de la niñez.....	1
1.3	Las Naciones Unidas y los derechos de la niñez durante el Siglo XX.....	9
1.3.1	La Declaración de Ginebra de 1924.....	9
1.3.2	La Declaración de los Derechos del Niño de 1959.....	10
1.3.3	Los Derechos de la Niñez en los Pactos Internacionales de 1966.....	11
1.3.4	La Convención Sobre los Derechos del Niño de 1990.....	12
1.4	Evolución histórica de los derechos de la niñez en Guatemala.....	15
1.4.1	Regulación legal de 1877 a 1923.....	15
1.4.2	Aprobación de la declaración americana de los derechos y deberes de los hombres 1948.....	16
1.4.3	Aprobación de la Ley de Tribunales para Menores, Decreto 2043-37 del periodo de Jorge Ubico.....	16
1.5	Otros avances en la legislación en materia de derechos de la niñez.....	17
1.5.1	Convención Sobre los Derechos del Niño.....	17
1.5.2	Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala...	17
1.6	Organizaciones relacionadas con la aplicación de los derechos de la niñez en Guatemala.....	21
1.6.1	La comisión nacional de la niñez y la adolescencia.....	22
1.6.2	La comisión municipal de la niñez y la adolescencia.....	22
1.6.3	Las juntas municipales de protección de la niñez y la Adolescencia.....	23
1.6.4	La defensoría de los derechos de la niñez y adolescencia.....	25
1.6.5	La unidad de protección a la adolescencia trabajadora.....	27

	Pág.
1.6.6 La unidad especializada de la niñez y la adolescencia de la Policía nacional civil.....	28
1.6.7 La Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República de Guatemala.....	28
1.6.8 La Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia de la Procuraduría General de la Nación.....	29
1.6.9 Ministerio Público.....	30

CAPÍTULO II

2. Antecedentes de la patria potestad.....	33
2.1 Revolución del sedentarismo.....	34
2.2 Grecia y Roma.....	35
2.3 Lugar y época en que se ubica el origen, nacimiento y génesis de la patria potestad.....	36
2.4. Sistema político patriarcal.....	36
2.5 La patria potestad en el derecho de Roma.....	36
2.5.1 Concepto de patria potestad en el derecho romano.....	36
2.5.2 Fuentes de la patria potestad en el derecho romano.....	37
2.5.3 Características de la patria potestad en el derecho romano.....	38
2.5.4 Titulares de la patria potestad en el derecho romano.....	39
2.5.5 Efectos de la patria potestad en el derecho romano.....	39
2.6 La patria potestad en el derecho contemporáneo.....	40
2.6.1 Fuentes de la patria potestad.....	40
2.6.2 Titulares de la patria potestad.....	41
2.6.3 Efectos de la patria potestad.....	41
2.7 La patria potestad y la época moderna.....	43
2.7.1 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	45
2.7.2 La Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	46

	Pág.
2.7.3 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	46
2.7.4 La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer.....	47
2.7.5 La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.....	47

CAPÍTULO III

3 La patria potestad.....	53
3.1 Hechos y actos extintivos de la patria potestad.....	53
3.1.1 De pleno derecho.	53
3.1.2 Pérdida de la patria potestad.....	53
3.1.3 La suspensión de la patria potestad.....	54
3.2 Modificaciones que puede sufrir la patria potestad.	55
3.2.1 Extinción de la patria potestad.....	55
3.2.2 Privación de la patria potestad.....	55
3.3 Limitación de la patria potestad.....	57
3.4 Quiénes pueden intentar una demanda de privación de la patria potestad	58
3.5 Competencia jurisdiccional en materia de patria potestad.	59
3.6 Extinción de la titularidad de la patria potestad.....	59
3.7 Guarda.....	61
3.7.1 Facultades que comprende la guarda.....	63
3.7.2 Ejercicio de la guarda.....	64
3.7.3 Medidas sobre guarda en caso de divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio o residencias separadas.....	65
3.7.4 Revisión y modificación de la guarda.....	66
3.7.5 Competencia jurisdiccional respecto a la guarda.....	67
3.8 Representación y administración.....	67
3.8.1 Concepto del poder de representación y administración.....	68

	Pág.
3.8.2 Representación del menor.....	69
3.9 Excepciones al principio de administración de los padres.....	70
3.10 Extensión del poder de representación.....	71
3.11 Administración del patrimonio del menor sometido a patria potestad, atribución del poder de administración del patrimonio del menor sometido a patria potestad.....	72

CAPÍTULO IV

4 Proceso de protección en materia de niñez y adolescencia.....	77
4.1 Medidas de protección.....	77
4.1.1 Medidas de protección como protección judicial.....	77
4.1.2 Clases de medidas de protección.....	78
4.1.3 Medidas de protección cautelares.....	79
4.1.4 Medidas de protección definitivas.....	80
4.2 Fases del proceso de medidas de protección.....	80
4.2.1 Trámite del proceso para niñas, niños y adolescentes amenazados o violados en sus derechos.....	80
4.2.2 Inicio del proceso.....	81
4.2.3 Audiencia de conocimiento de los hechos.....	81
4.2.4 Desarrollo de la Audiencia.....	81
4.2.5 Medios de prueba.....	82
4.2.6 Audiencia definitiva.....	82
4.2.7 Ejecución de la medida.....	83
4.2.8 Recursos.....	83
4.2.9 Ocurso de hecho.....	84
4.3 Juicio oral.....	84
4.3.1 Características.....	85
4.3.2 Principios específicos que regulan el juicio oral.....	86
4.3.3 Procedimiento del juicio oral.....	86
CONCLUSIONES.....	97

	Pág.
RECOMENDACIONES.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	101



INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, se investigó cómo después de que los padres han violado los derechos de sus hijos lo cual se ha determinado mediante un largo proceso de protección, el Estado los revictimiza al ordenar un juicio posterior para conocer nuevamente si los padres efectivamente deben perder la patria potestad sobre sus hijos ante un juez de familia. Dicho juez ordena que se realicen nuevamente una serie de diligencias, a pesar de estar incorporadas dentro del expediente de medidas de protección pruebas que han servido para determinar que los padres flagrantemente violaron los derechos de los niños, y que dicha violación constituye causal de conformidad con la ley para que pierdan los derechos que ejercen sobre sus hijos. Lo cual retarda aún más el proceso de restitución de los derechos de los mismos. Dicha problemática se consideró que es un buen tema el cual, debía ser objeto de estudio ya que debe ser resuelta debido a que viola la Convención de los Derechos del Niño y va en deterioro de los derechos de la niñez en Guatemala.

Teniéndose como objetivos establecer por qué los jueces de familia ordenan nuevamente una prueba ya diligenciada en el proceso de medidas de protección, causando una pérdida innecesaria de tiempo y violando con ello los derechos de los niños, niñas y/o adolescentes. Asimismo determinar las principales causas que provocan el retardo en los juicios de pérdida de patria potestad, impulsados por la Procuraduría General de la Nación, ante los Juzgados de Familia. Planteándose como hipótesis que el retardo en los juicios de pérdida de patria potestad que la Procuraduría General de la Nación impulsa por orden de juez de niñez, se debe en gran parte a la reiteración en las pruebas que obran dentro del proceso, por lo que después de que las partes comparezcan a juicio, dichas pruebas deberían ser incorporadas de oficio y valoradas por el juez de familia para dictar la sentencia correspondiente.

El desarrollo del tema de la prueba producida en los proceso de niñez y su falta de valoración por los jueces de familia, se hizo en cuatro capítulos, en el primer capítulo, se despliega el tema de los derechos de la niñez y sus antecedentes históricos, tanto nacional como internacionalmente; en el segundo capítulo, se desarrolla el tema de la



patria potestad; el tercer capítulo se entra a conocer sobre la pérdida de la patria potestad, hasta llegar a las formas en que se produce su extinción; el cuarto capítulo trata sobre el proceso de protección en materia de niñez y adolescencia, juicio oral y los procedimientos de los mismos.

En la investigación se aplicaron los métodos: a) analítico, haciendo un análisis de los cuerpos legales y doctrinarios, referentes a los temas desarrollados; b) sintético permitió descubrir la relación existente entre las leyes y sus posibles consecuencias en el trámite de pérdida de patria potestad; c) inductivo, con él se pudo partir del trabajo específico en la recopilación de datos acerca de la legislación de pérdida de patria potestad en Guatemala, llegar a lo general de este tema en el juicio de pérdida de patria potestad; d) deductivo, con este método se estudió en general las posibles consecuencias de tomar en cuenta en el Juicio de Pérdida de Patria Potestad, las pruebas recabadas en el Proceso de Medidas de Protección; e) histórico, el que sirvió para conocer los datos históricos. Además se utilizaron las siguientes técnicas: a) bibliográfica, con la que se procedió a auxiliarse de material bibliográfico y documental; b) fichero, con la que se procedió a tabular los datos obtenidos de la investigación; c) fichas bibliográfica, con el que se realizó fichas de los diversos autores que fueron consultados.

Después de la investigación correspondiente se ha concluido: que el Estado a través de sus instituciones viola flagrantemente los derechos de la niñez en Guatemala, retardar el juicio de pérdida de patria potestad posterior al proceso de medidas de protección.

Por lo que se recomienda: que el Organismo Judicial, en la escuela de estudios judiciales incluya dentro de sus programas, temas relacionados con el abordaje y resolución de procesos en materia de niñez y adolescencia, capacitando constantemente al personal de los juzgados de Familia, Niñez y Adolescencia, con el fin de que éstos se especialicen en dicha materia, garantizando con ello que éste tipo de operadores de justicia, velarán por la protección integral de los derechos de la niñez en Guatemala, tal y como lo establece la Convención de los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

CAPÍTULO I

1. Los derechos de la niñez

1.1 Antecedentes históricos

El cambio del pensamiento social y jurídico en materia de los derechos de los niños y las niñas en la actualidad, forma parte del desarrollo del derecho en general y de sus deseos de cercanía a la realidad que pretende regular.

Hace dos siglos, la niñez no era considerada como un grupo social diferente jurídicamente de los adultos, la doctrina define a ese periodo como el de la indiferencia jurídica, pues el niño y la niña eran tratados de la misma manera que el adulto, eran considerados como los pequeños adultos o los hombres pequeños; estos formaban parte del conglomerado social como un miembro más que debía satisfacer sus necesidades por sí mismo. Por ejemplo, en el país la minoría de edad sólo constituía un atenuante en la responsabilidad penal, al niño o niña se le aplicaban las mismas penas que al adulto y la cumplía en el mismo centro penitenciario.

Si se revisan los Códigos Penales y Procesales de 1877 y 1923, se puede comprobar que el niño o niña transgresora de la ley penal no era sujeto de ningún tipo de consideración especial.

Por lo que se verán a continuación los avances que en materia de derecho de la niñez se han producido para llegar a la promulgación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

1.2 La nueva concepción de los derechos de la niñez

“Es en Francia, en 1770 donde aparece el término –*droits fondamentaux*– con el movimiento político y cultural que se plasma en la Declaración de los Derechos del

Hombre y del Ciudadano de 1789. Actualmente se advierte una tendencia a reservar tal denominación, derechos fundamentales, para designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la formula derechos humanos es la mas usual en el plano de las declaraciones internacionales”¹

La protección jurídica de los derechos humanos surge a finales del Siglo XVIII, con la Revolución Francesa y Americana. Dentro de su proceso de evolución histórica se encuentran la etapa de especificación o concreción en relación con el titular del derecho o su contenido temático. Es el paso del hombre genérico, comprendido en la mayoría de declaraciones e instrumentos internacionales, a un ser humano específico, con especificidades propias que exige una especial protección jurídica.

“Con el reconocimiento de los derechos específicos de la niñez, los niños pasan de ser objetos de tutela a ser sujetos de derecho, se les reconoce su dignidad humana y como consecuencia, la capacidad de ser responsable de sus propios actos. Se supera así el paradigma etimológico de concebir a los niños y adolescentes como menos personas, menos capaces, menos inteligentes y con menos derechos que los adultos; en este sentido, el niño pasa de ser objeto de atención a ser sujeto activo, capacitado para su autodefensa”²

La concepción tradicional de la niñez, que concede al niño un status de objeto de protección, da paso a una concepción moderna y actual que concibe al niño como una persona autónoma y sujeta de derechos. Artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño: “Para los efectos de la siguiente convención, se entenderá por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad”. Esta nueva concepción de la niñez es producto del quebrantamiento del modelo jerárquico de la familia, de la revalorización del ser humano y de ciertas etapas de su vida, sobre todo, de la más decisiva en la definición de su identidad y personalidad futura.

“La tendencia de convertir a los niños en recipientes de las decisiones tomadas

¹ Pérez Luño, **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**, pág. 31.

² Berdugo Gómez de la Torre en Verdugo / Soler-Sala, **La convención de los derechos del niño**, pág.16.

unilateralmente por adultos y principalmente de las familias ha ido cambiando, por dos factores: en primer lugar, la toma de conciencia de que los niños no siempre están protegidos en el interior de las familias, esto ha favorecido la aceptación de la protección del niño como individuo al margen de su inserción o no en un núcleo familiar; y en segundo lugar, la asunción de la responsabilidad social hacia la infancia ha reconocido la necesidad de colaborar con los gastos que supone la educación e integración social. En síntesis, los cambios en la propia naturaleza de la familia han hecho que esta no sea considerada incondicionalmente como un entorno estable y seguro para todos los niños”³

El tratamiento jurídico del niño y la niña como simples objetos de regulación fue producto de la limitación jurídica al ejercicio de su autonomía, que promovieron la filantropía y el humanismo de principios del Siglo XX, al propiciar el reconocimiento del menor de edad como un incapaz, digno únicamente de protección y tutela por ser inmaduro para el ejercicio de sus derechos. Esa concepción influenciada por el auge del positivismo criminológico y el desarrollo de las ciencias naturales, negó la autonomía individual del niño, provocó buenos frutos en el ámbito de los derechos económico, sociales y culturales, pero no en el ejercicio de los derechos civiles, garantías procesales, y en general, los denominados derechos de autonomía. Por eso, “uno de los retos que se plantean los ordenamientos jurídicos modernos es el de buscar formulas capaces de conjugar la inmadurez del niño y la niña con el ejercicio de sus derechos y con la protección de sus garantías individuales”⁴

En ese sentido, la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, recoge una concepción actual y moderna del niño y de la niña, a quienes les otorga el status jurídico de sujetos de derechos con capacidad propia para ejercerlos, a esa normativa debe sumársele la contenida en la Convención Sobre los Derechos del Niño; ambos instrumentos conciben al niño y a la niña como sujetos activos, participativos y creativos, capaces de interactuar con su medio personal y social, de participar en la búsqueda de

³ Bernuz Beneitez, **El derecho del niño a ser oído**, pág. 296.

⁴ Prieto Sanchis, L. **Los derechos fundamentales y el menor de edad**, págs. 184/187.

la satisfacción de sus necesidades y las de los demás, e inclusive de asumir una responsabilidad especial por sus actos

En síntesis, se otorga al niño y a la niña un reconocimiento jurídico de sujeto de derecho con un status privilegiado que implica lógicamente un tratamiento jurídico especial en todos los ámbitos de madurez material del derecho positivo, tanto que se dirige a la totalidad de la niñez y no solo a un sector de ésta, como lo establecía el caduco derecho tutelar de menores. Por tanto, la nueva concepción es más general, igualitaria y respetuosa de los derechos humanos, y coherente con el derecho de Estado social y democrático de derecho al que se aspira en Guatemala. Esta nueva concepción exige una actualización de las leyes en general, dirigida a una justa regulación jurídica de las relaciones del niño y la niña con el Estado, la sociedad y su familia, y junto a ello una renovación de la cultura jurídica, de la forma de ver y tratar a la niñez, principalmente en el ámbito judicial.

Este replanteamiento de la concepción de los derechos del niño, ha sido denominado por algunos autores como el nuevo paradigma de los derechos de la niñez. Entendiendo éste como: “las realizaciones universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica”⁵. En Latinoamérica el ingreso del nuevo paradigma no se da a través de la jurisprudencia constitucional, como en los Estados Unidos o España. Las recientes y débiles democracias del continente aún no cuentan con una fortaleza institucional que permita los cambios por esa vía, sino por la reforma legal precedida de fuertes movimientos sociales a favor de los derechos de la niñez. “El proceso de reconocimiento de derechos a los niños y niñas en el contexto latinoamericano se diferencia sustancialmente del proceso desarrollado en los Estados Unidos, donde la corte suprema disparó el proceso de reformas con el fallo GAULT en 1967”⁶.

En América Latina, los movimientos de reforma surgen en los años siguientes a la ratificación y vigencia de la Convención Sobre los Derechos del Niño, con excepción del

⁵ Kunh, Thomas, **La estructura de las revoluciones científicas**, pág. 12.

⁶ Beloff, Mary. **Modelo de protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular, un modelo para armar y otro para desarmar**. Pág. 25.

caso de Brasil que ya en 1990, aprueba su estatuto de niño y adolescente, esos movimientos se han intensificado en los últimos años, lo cual se refleja con la elaboración, discusión y aprobación de distintas leyes que en la mayoría de casos, son coherentes con el modelo de protección integral de la Convención Sobre los Derechos del Niño, crean por un lado, un derecho penal juvenil menos severo que el de los adultos, tanto en materia de tipicidad como de sanciones y, en algunos casos, con matices propios y específicos y, por otro lado, un efectivo sistema de protección frente a las amenazas o violaciones de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, que van desde el establecimiento de políticas públicas hasta la fijación de medidas de carácter administrativo y judicial orientada a restaurar los derechos amenazados o violados, sin faltar aquellos que aún continúan anclados en el viejo derecho tutelar (como los casos de Argentina y México).

La dinámica social que acompañó el proceso de reforma de los derechos de la niñez en esta región ha sido único, ya que, “las leyes han sido el resultado de un amplio debate en los diversos países que han involucrado a amplios sectores de la opinión pública, como el caso de Brasil, su Estatuto del Niño Adolescente, es fruto de un movimiento de lucha iniciado en 1986”⁷, y el de Guatemala, cuyo Código de la Niñez y la Juventud, generó una polémica única en la historia de la sociedad civil en materia legislativa, que duró más de seis años.

La Convención Sobre los Derechos del Niño ha constituido, el instrumento internacional que más cambios legislativos ha generado en el mayor número de países del mundo; ningún otro instrumento internacional ha provocado la discusión política y académica que despertó dicha convención, ni las reformas y movimientos políticos tan fuertes, en un periodo tan corto (diez años).

La reforma en América Latina avanza hacia un modelo de justicia integral de la niñez y adolescencia, el problema será su adecuación real en cada sistema de administración de justicia, pues de nada sirve por ejemplo, un sistema garantista en materia de adolescente en conflicto con la ley penal, si se queda en la formalidad del papel y la

⁷ Ferrajoli, Juan. **Derecho y garantías. La ley del más débil**, pág.2

realidad es totalmente opuesta. La implementación del nuevo modelo se enfrenta a la grave situación socio-económica que viven nuestros países, mientras en Europa se desarrolló un Estado de bienestar, en América Latina, los gobiernos autoritarios hacen lo suyo en materia de violaciones a los derechos humanos y corrupción.

En Latinoamérica, la mayoría de la población está constituida por niños, niñas, adolescentes y jóvenes, quienes se enfrentan, cada día, a la triste realidad de la pobreza, la falta de acceso a la educación, la cultura y el desempleo. Como víctima de la violencia estructural que sobre ella se genera la que se genera, “Cuando una colectividad impide a la mayor parte de sus miembros la satisfacción de sus necesidades fundamentales, mientras las minorías se aprovechan cada vez más del trabajo ajeno, existe entonces una situación de violencia estructural que se manifiesta cotidianamente a través de hechos violentos como el desempleo, la vagancia, la prostitución, la enfermedad, el hambre... la violencia estructural no solo implicara ausencia de autorrealización de las personas, sino también de los pueblos”⁸, razón por la que la niñez y la adolescencia del continente sufre distintos fenómenos sociales que le afectan gravemente, dentro de los que podemos citar; niños en la calle, prostitución infantil, pandillas juveniles y drogadicción. Por esto, cualquier acción violenta que se realice en su contra debe ser más tolerante y tomar en cuenta que la realidad del país constituye una segunda violencia.

Un aspecto que ha favorecido el proceso de reforma en América Latina, es la coincidencia entre el surgimiento y difusión de la Convención Sobre los Derechos del Niño y el complejo, difícil y contradictorio retorno a la democracia a la mayoría de países, es por ello que se llega a la conclusión de que este movimiento, “se constituye de tres coordenadas fundamentales: infancia, ley y democracia”⁹.

“En América Latina este movimiento ha generado una transformación que se conoce como la sustitución de la doctrina de la situación irregular por la doctrina de la protección integral, que en otros términos, significa pasar de una concepción de los menores como

⁸ Bustos Ramírez, **Control social y sistema penal**, pág. 516.

⁹ García Ménez y Belfo Mary. **Infancia ley y democracia en América Latina**, pág. 12.

parte del universo de la infancia objetos de tutela y protección segregada, a considerar a niños y adolescentes como sujetos plenos de derecho”¹⁰.

Como consecuencia de este movimiento de reforma, generalmente abanderado por organismos no gubernamentales y el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), se han generado diversas leyes o anteproyectos de ley, tal es el caso de Sudamérica: en Bolivia: el Código del Niño, Niña y Adolescente; en Argentina: diversos anteproyectos de ley; en Brasil: el Estatuto del Niño y del Adolescente y el del anteproyecto de Ley de Ejecución de Medidas; en Chile: el anteproyecto de Ley Sobre Responsabilidad por Infracciones Juveniles a la Ley Penal; en Colombia: el proyecto de reforma al Código del Menor; en Ecuador: el Código del Niño y Adolescente; en Paraguay: el Código de la Niñez y Adolescencia; en Perú: el Código de los Niños y Adolescentes; en Uruguay: el Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia; y, en Venezuela: la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente.

En el área norte y central de América: En el Salvador: la Ley del Menor Infractor; en Guatemala: La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; en Honduras: El Código de la Niñez y Adolescencia; en México: el anteproyecto de Ley Reglamentaria del Artículo 40 Constitucional; en Nicaragua: El Código de la Niñez y Adolescencia; en Costa Rica: La Ley de Justicia Penal Juvenil; en Panamá: La Ley de Régimen Especial de Responsabilidad Penal para los Adolescentes.

Con la recientemente aprobada Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, se puede afirmar que la legislación de la niñez y la adolescencia centroamericana, se inspira en la doctrina de la protección integral y desarrolla los derechos de la Convención Sobre los Derechos del Niño. “En consecuencia, en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal, los modelos de administración de justicia en estos países, según la legislación vigente, se caracterizan por ser garantías, basados en un sistema acusatorio y con una clara diferencia de roles; dirigen sus esfuerzos a los delitos de mayor gravedad e impacto social y regulan mecanismos orientados a la

¹⁰ Ibid, pág. 40.

reparación del daño, formas anticipadas de terminación del proceso y mayor participación de la víctima”¹¹

En el área del Caribe: En República Dominicana, está vigente el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y aunque en él se observan vestigios del derecho tutelar, puede ser considerado como un avance en materia de justicia penal juvenil; en Cuba: dada su situación política, aún tiene vigente una ley de menores cuyo contenido se circunscribe en la doctrina del derecho tutelar, obviamente útil para ejercer un control social efectivo sobre la población juvenil.

En conclusión, aproximadamente 13 países de la región tienen vigente una legislación coherente e inspirada en los principios de la Convención Sobre los Derechos del Niño; seis en Sudamérica, seis en la región de Centroamérica, Panamá y México y uno en el Caribe, el resto de países ya tenía anteproyectos de ley que se encuentran en plena discusión política.

El avance es positivo, pues parece que se está superando el temor histórico de negarle autonomía normativa a este grupo de la población. Hoy se presenta un desafío que solo podrá materializarse, en la medida en que se abandone la cultura tutelar que por 70 años vivió en los centros de administración de justicia latinoamericanos.

“En América Latina ha habido dos grandes etapas de reformas jurídicas en lo que se refiere al derecho de la niñez y adolescencia, la primera de los años 1919 a 1939 con la introducción de Derecho de Menores y la segunda que comienza en 1990 y continúa abierta, en evolución hasta nuestros días”¹², el peligro es continuar con ese pensamiento tutelar y aplicar una ley integral y garantista, pues el fantasma de la situación irregular suele aparecer en las resoluciones judiciales, e incluso, en algunos Artículos de las leyes mencionadas.

Así que: “si vamos a sustituir la hipocresía de la tutela por la hipocresía de las garantías poco habremos ganado frente a los miles de víctimas que genera el proceso, aparece el

¹¹ Díaz y Solórzano. **Aproximación al sistema penal juvenil centroamericano**, pág. 82.

¹² García Méndez y Belfo, **Ob. Cit**; pág. 516.

desafió y el compromiso de no generar una nueva hipocresía; aquella que hable de juicio previo y se olvide de denunciar que ese juicio se ha convertido en un expediente polvoriento; aquella que se conforma con la existencia del derecho de defensa y se olvida que no se ha organizado ningún sistema de defensa pública; o habla de la especialización del juez de menores y no señala que quien manda es un empleado de los tribunales. Todas estas posibilidades no son simples peligros, sino la realidad de nuestros sistemas judiciales”¹³.

1.3. Las Naciones Unidas y los derechos de la niñez durante el Siglo XX

1.3.1 La Declaración de Ginebra de 1924

Las Naciones Unidas, ya desde su conformación original como Sociedad de las Naciones, aprobó el 26 de septiembre de 1924 la Declaración de los Derechos del Niño, conocida como Declaración de Ginebra. Ésta tenía como objetivo constituirse en la base de una futura normativa internacional de carácter vinculante, hecho que fue frustrado al desmoronarse esta organización durante el trágico inicio y desarrollo de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945). “Con la Declaración de Ginebra se establece por primera vez una fórmula inicial de los derechos de niño a nivel internacional”¹⁴.

Esta primera Declaración, que fue adoptada el 24 de septiembre de 1924, en la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones, es parte del desarrollo del Tratado de Versalles, que en su preámbulo ya preveía la protección de las personas menores de edad (El Tratado de Versalles, es el antecedente inmediato del movimiento surgido en el ámbito internacional en materia de derechos de la niñez y la Declaración de los Derechos del Niño, representó una declaración de principios que fue más allá de las previsiones del tratado. A partir del Tratado de Versalles, se inicia el proceso de positivación internacional de los derechos humanos como resultado de la democratización del derecho internacional, que siguió en la Primera Guerra Mundial). La Declaración de Ginebra recoge los principios básicos de atención prioritaria,

¹³ Binder, Luis. **Política criminal de la formulación de praxis**, pág. 243.

¹⁴ Velásquez, Fernando. **Derechos humanos y niñez**, pág. 51.

tratamiento especial, diferenciado y solidaridad hacia la niñez mundial. Esta Declaración, quedó prácticamente frustrada con el inicio de la Segunda Guerra Mundial.

1.3.2 La Declaración de los Derechos del Niño de 1959

Concluida la guerra se establecen las Naciones Unidas en la Carta de San Francisco de 1945 (La conferencia de San Francisco, se llevó a cabo los días 25 y 26 de septiembre de 1945, fechas en las que se adoptó la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas, que entró en vigor el 24 de octubre de 1945). Un año después el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, formula una recomendación en el sentido de que se ponga nuevamente en vigencia la Declaración de Ginebra (la nueva organización de las Naciones Unidas tiene como fin, desde su base constitucional, la defensa de los derechos humanos, ya en el preámbulo de la Carta de los Pueblos, expresan su resolución de reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres de las naciones grandes y pequeñas). “La labor de darle forma y vida a esos derechos se encomendó a la recién creada comisión de derechos humanos, la que preparó el primer proyecto de declaración, en 1947 y 1948, que fue aprobada el 19 de diciembre de 1948, como Declaración Universal de los Derechos Humanos, que desarrolla ampliamente la evolución histórica e interpretación de estos derechos”¹⁵

Como parte del desarrollo normativo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 20 de noviembre de 1959, las Naciones Unidas adoptan mediante la Resolución 1386 –XIV-, la nueva Declaración de los Derechos del Niño. Ésta constituyó la base que orientó la formulación de un convenio o pacto internacional de cumplimiento obligatorio, que no tuvo vigencia sino hasta 30 años después. Otro aspecto relevante de este periodo fue la creación del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en 1946, que en sus inicios recibió el nombre de Fondo Internacional de Socorro a la Infancia, dado que surgió de la fusión que se dio en 1946 de dos asociaciones que habían pertenecido a la Sociedad de las Naciones: la Unión Internacional de Socorro a los Niños y la Unión Internacional de Protección a la Infancia.

¹⁵ Pérez Luño, **Ob. Cit**; pág. 77.

La Declaración de los Derechos del Niño consta de 10 principios, los siete primeros recogen los derechos esenciales relacionados con la no discriminación, la protección especial de la niñez, derecho a un nombre y nacionalidad, derecho a gozar de los beneficios de la seguridad social, el tratamiento especial de los niños con impedimentos físicos o mentales y el derecho a vivir en una familia y recibir educación; el resto de principios establecen las medidas de protección a la niñez, entre ellos el derecho a protección y socorro preferencial.

1.3.3 Los derechos de la niñez en los pactos internacionales de 1966

Una manera de materializar y hacer efectivos los principios recogidos en la Carta de las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Declaración de los Derechos del Niño, fue la aprobación por parte de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, de dos pactos internacionales en materia de derechos individuales y económico sociales, en lo que por primera vez, se regula específicamente el caso de quienes no tienen la mayoría de edad.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Artículo 6.5, establece la prohibición de aplicar la pena de muerte a personas menores de 18 años de edad; en el Artículo 9 se reconocen las garantías jurídicas a todas las personas, se entiende teóricamente que también están incluidas las personas menores de edad; en el Artículo 10.2.a; se establece que las personas menores de edad procesadas estarán separadas de los adultos y deben ser puestas a disposición de los tribunales y juzgados con la mayor celeridad posible.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en particular el Artículo 10, se refiere a la obligación del Estado de proporcionarle a la familia la protección y asistencia que sea necesaria para el pleno desarrollo de sus hijos, así como el deber de los Estados partes de adoptar las medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación de ninguna índole.

“Estos dos pactos internacionales, transforman en su dimensión normativa el orden jurídico mundial y lo traen desde el Estado de naturaleza al Estado civil. Por ello, la soberanía externa del Estado, en principio deja de ser una libertad absoluta y salvaje y queda subordinada jurídicamente a dos normas fundamentales: el imperio de la paz y la tutela de los derechos humanos”¹⁶.

1.3.4 La Convención Sobre los Derechos del Niño de 1990

En 1978, el gobierno de Polonia propuso el proyecto de la Convención Sobre los Derechos del Niño (CDN) a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; proyecto que se esperaba fuera formalizado en 1979 (proclamado año internacional del niño); pero tuvo un periodo de discusión de 10 años. Su aprobación se logró el 20 de noviembre de 1989. Este instrumento de carácter vinculante, ha sido ratificado por todos los países del mundo con excepción de Estados Unidos, por esto se afirma que la Convención tuvo un éxito sin precedentes en la historia convencional de la Organización de las Naciones Unidas, hasta el punto de entrar en vigor con inusitada celeridad el 2 de septiembre de 1990, y alcanzar una aceptación casi universal “Se dispuso para la firma el 26 de enero de 1990. Ese mismo día era firmado por 61 Estados, estableciendo un auténtico récord. Entró en vigor apenas siete meses después. El 2 de septiembre de 1990. A comienzos de 1999 habían ratificado la Convención 191 países.”¹⁷. La citada Convención, compromete a los Estados miembros a adecuar su legislación y medidas administrativas para dar efectividad a los derechos reconocidos en ella.

Parece tautológico que la Convención parte de la definición del niño en el primer Artículo, entiende por tal a todo ser humano menor de 18 años, pero no es así, pues el concepto de niño, niña y adolescente, entendido como un ser humano dotado de dignidad propia parece ser un progreso reciente del derecho, no debe de olvidarse que una de las primeras instituciones que luchó a favor de los derechos de la niñez fue la Sociedad Protectora de los Animales. Dicho reconocimiento junto al de otros derechos en general que disfrutaban los adultos y otros específicos de la niñez, recuerdan que el

¹⁶ Ferrajoli, Juan. **Ob. Cit**; pág. 144.

¹⁷ Calvo García y Fernando Sola. **Coord. Los derechos de la infancia y de la adolescencia, primera jornada sobre derechos humanos y libertades fundamentales**, págs. 11 y 177.

niño es un ser humano, digno, racional y responsable “... el mayor logro de la Convención Sobre los Derechos del Niño, es su misma existencia, puesto que supone el instrumento internacional más importante en defensa de los derechos de los niños. Como tal, tiene un carácter obligatorio, puesto que no es un simple cuerpo de principios, como lo era la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959. De esta forma, y también en lo referente a los niños, se cumple el deseo de las Naciones Unidas, de recoger en un texto con fuerza jurídica, una amplia tabla de derechos, y por supuesto, de obligaciones que debe acatar el Estado que se adhiera a ella”¹⁸.

“La Convención Sobre los Derechos del Niño parte del principio según el cual el niño, la niña y adolescente gozan de responsabilidad, al regular en el Artículo 12 el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten y a que ésta sea tomada en cuenta en función de su madurez. Indica que, en todos los actos jurídicos y procesales en los que el niño y la niña se vean implicados, ellos y ellas van a formarse su propio juicio, de esta forma se les otorga al niño y a la niña la categoría de seres racionales, con dignidad y que tienen algo que decir.”¹⁹

La Convención Sobre los Derechos del Niño, obedece a la necesidad de contar con un instrumento internacional jurídicamente obligatorio, que paliará, regulará y evitará una serie de situaciones intolerantes, recogidas ya como violaciones a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que pueden resumirse en:

- a.** Trescientos millones de niñas y niños trabajadoras (es), sin ningún tipo de protección social, empleados como mano de obra barata;
- b.** Trece millones de niñas y niños menores de cinco años que mueren cada año como consecuencia de la malnutrición y de las enfermedades asociadas a ella, la mayoría de carácter evitable;
- c.** Ochenta millones de niños y niñas que viven sin familia, denominados; niños de la calle;

¹⁸ Álvarez Vélez, **La protección de la niñez, hacia una síntesis de los derechos del niño**, pág. 103

¹⁹ Borja Jiménez. **La in imputabilidad de los menores de edad y sus consecuencias jurídicas**, pág. 130.

- d. El empleo de miles de niñas y niños menores de quince años en combates armados, como soldados y en ocasiones como localizadores de minas terrestres.
- e. Miles de niños y niñas víctimas de tortura por parte de los agentes responsables de brindarles seguridad, en las cárceles tanto de adultos como de menores;
- f. Miles de niñas y niños víctimas de maltrato físico y psicológico, prostitución infantil, explotación sexual, y demás.

La Convención Sobre los Derechos del Niño, está integrada por un preámbulo y 54 Artículos, divididos en tres partes. En el preámbulo se recuerdan los principios fundamentales de las Naciones Unidas y las disposiciones internacionales que sirvieron de antecedente a la Convención.

La primera parte de la Convención (de los Artículos 1 al 41), regula las obligaciones generales (Artículos 2 al 4) y específicas (Artículos 5 al 40) que el Estado, la sociedad la familia y las personas individuales (físicas y colectivas) adquieren como consecuencia de su entrada en vigor. El Artículo 41, establece que nada de lo dispuesto en la propia convención afectará las disposiciones conducentes a garantizar los derechos del niño, que puedan estar recogidas en la legislación de un Estado parte o en el derecho internacional.

En la segunda parte, la Convención regula el área institucional de control y vigencia de su cumplimiento (Artículo 42 al 45), crea con este propósito, el Comité de Derechos del Niño, y un procedimiento de información fundamentado en los informes que los Estados partes están obligados a presentarle en forma periódica. Asimismo, estimula la cooperación internacional con el objeto de favorecer la aplicación de los derechos de la niñez. “Este procedimiento de control o vigilancia es el que más corrientemente se aplica y acepta, fue implantado originalmente por la Organización Internacional del Trabajo y puede considerarse como un sistema de supervisión ordinaria que se ha ido imponiendo en un buen número de convenciones de derechos humanos”.²⁰

²⁰ Van Bover. **Reseña del sistema internacional de derechos humanos**, pág. 121 y ss.

En la tercera parte (Artículos 46 al 54), establece las disposiciones generales de todo tratado internacional relativas a los modos de prestar el consentimiento, cláusula de vigencia, enmiendas, reservas, denuncias, depositario y textos auténticos.

La Convención propone una nueva forma de ver y tratar a la niñez, termina con la concepción racista y caduca de derecho tutelar de menores, orientada a la tutelaridad sólo a un sector de la población infantil: los menores que se encuentran en situación irregular, tal y como lo establecía el Código de Menores de Guatemala, en los Artículos 4, 5, 6, 43 y subsiguientes, de dudosa vigencia constitucional. La Convención Sobre los Derechos del Niño, propone una protección integral de todos los niños y las niñas sin excluir a ningún grupo o sector, y viene a confirmar la titularidad de los derechos subjetivos de los menores de edad, reconoce expresamente su contenido y obliga a los Estados a dar cuenta de su cumplimiento. “Con la Convención Sobre los Derechos del Niño, se inaugura una forma nueva de entender la relación entre el mundo adulto y los niños”²¹. Esta relación se conoce, en el contexto latinoamericano, como modelo de la protección integral. La convención establece claramente la diferencia entre la niñez que sufre de amenazas o violaciones a sus derechos humanos, los adolescentes transgresores de la ley penal y presenta el tipo de medidas que el Estado debe adoptar para tratar los problemas que enfrentan. Con ésta, termina la confusión que creó la doctrina de la situación irregular y que tanto daño y dolor generó, pues se dio un mismo tratamiento jurídico a la niñez víctima y a la niñez victimaria.

1.4 Evolución histórica de los derechos de la niñez en Guatemala

Para poder entender de una mejor forma como han llegado a evolucionar en el país los derechos de la niñez, se debe retrotraer el estudio, teniendo como antecedente las regulaciones legales existentes, a lo largo de la historia legal.

1.4.1 Regulación legal de 1877 a 1923

Durante este periodo, en materia de niñez víctima objeto de maltrato, no existía ningún

²¹ Mary Belloff. **Ob.** Cit; Pág. 30.

tipo de regulación legal, es más el término aún no existía, más bien en el Código Penal y Procesal Penal, se puede observar que los menores de edad que cometían hechos delictivos no gozaban de ninguna clase de consideración especial, ya que al momento de cometer un delito, y ser aprehendidos, eran conducidos a los centros de detención legal destinados a la población adulta, y se les juzgaba indistintamente por juzgados penales, aplicándoseles las normas contenidas en el Código Penal y Procesal Penal de ese entonces destinados a normar la conducta delictiva de los adultos, sin ningún tipo de atenuante, estos menores debían cumplir el periodo que habían sido condenados por la comisión de delitos, en los mismos centros carcelarios destinados para los adultos.

Como se puede observar, lejos de encontrarse en estos antecedentes una normativa legal de protección a la niñez, se encuentra la existencia de normas que violaban los derechos de los niños.

1.4.2 Aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de los Hombres 1948

Concluida la Segunda Guerra Mundial, se establecen las Naciones Unidas en la Carta de San Francisco de 1945, un año después el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, formula una recomendación en el sentido de que se ponga nuevamente en vigencia a la Declaración de Ginebra.

La labor de darle forma y vida a esos derechos, se encomendó a la recién creada comisión de derechos humanos, la que preparó el primer proyecto de Declaración de Derechos y Deberes del Hombre, entre 1947 y 1948, que fue aprobada, el 19 de diciembre de 1948, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH).

1.4.3 Aprobación de la Ley de Tribunales para Menores, Decreto 2043-37 del periodo de Jorge Ubico

Un avance significativo para la legislación en materia de menores, fue la aprobación de la Ley de Tribunales para Menores, promulgada durante el periodo de Jorge Ubico, ya

que por primera vez se le da un trato diferente a los menores transgresores de la ley penal, y se establece, en materia penal, la necesidad de dar un trato diferente a los menores, ya que los procedimientos mediante los cuales debían ser juzgados, eran ser conocidos por tribunales especiales.

1.5 Otros avances en la legislación en materia de derechos de la niñez

Lo constituyeron:

- a) La aprobación de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969.
- b) Aprobación del Código de Menores de Guatemala, Decreto 68-69 del Congreso de la República.
- c) Aprobación del Código de Menores, Decreto 78-79 del Congreso de la República.

1.5.1 Convención Sobre los Derechos del Niño

El 15 de mayo de 1990, el Licenciado Marco Vinicio Cerezo Arévalo, presidente constitucional de la república de Guatemala, firmó el Decreto 27-90 del Congreso de la República de Guatemala, mediante el cual se ratifica la Convención Sobre los Derechos del Niño, instrumento legal internacional, que ha permitido dar mayor certeza jurídica a la protección integral de la niñez y la adolescencia. Para poder desarrollar las normas contenidas en dicha Convención, el Estado de Guatemala, aprobó el Decreto 78-96 Código de la Niñez y la Juventud en el año de 1998.

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

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, es producto de un consenso alcanzado en el seno de la sociedad civil, y llena un vacío legal que se creó con la vigencia contemporánea de dos legislaciones contradictorias, la Convención Sobre los Derechos del Niño y el Código de Menores, basadas en las doctrinas de la protección integral y de la situación irregular, respectivamente, ese vacío legal que surge desde

1990, intentó llenarse con la aprobación del Código de la Niñez y la Juventud, Decreto 78-96 del Congreso de la República, cuya entrada en vigencia enfrentó una serie de obstáculos que finalizaron con una prórroga indefinida que fue declarada inconstitucional por sentencia de la Corte de Constitucionalidad de mayo 2002, en la que se ordenó al Congreso de la República fijar un plazo para la entrada en vigencia de dicho Código. La necesidad de una nueva legislación en materia de niñez y adolescencia fue, incluso, motivo de análisis por parte de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso los niños de la calle, en la que dicha corte, ordenó al Estado de Guatemala adecuar la legislación a la nueva doctrina de la protección integral contenida en el Convención de los Derechos del Niño, en síntesis, después de 13 años de vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, el Congreso de la República de Guatemala, decide aprobar, el 4 de junio del año 2003, la actual Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que ya, desde su denominación recoge la nueva doctrina.

➤ **Estructura de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia**

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, se divide en tres libros:

En el libro primero, se recogen las disposiciones sustantivas ligadas con las disposiciones generales para la aplicación e interpretación de la ley, luego lo relativo a los derechos humanos de la niñez y adolescencia, de carácter individual y colectivo, así como lo concerniente al derecho de protección especial que tiene la niñez y adolescencia con discapacidad y la protección contra el maltrato, explotación y abuso sexual de los niños y las niñas. Además se establecen deberes y límites al ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como la regulación sobre los adolescentes trabajadores y las obligaciones del Estado, la sociedad, padres, tutores o encargados frente a las amenazas o violaciones de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

En el libro segundo, se recogen las disposiciones organizativas, se crean y regulan los

organismos de protección integral responsables de la formulación ejecución y control de las políticas públicas: la Comisión Nacional de la Niñez y Adolescencia y las Comisiones Municipales de la Niñez y Adolescencia. Se crea la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia de la Procuraduría de los Derechos Humanos, como ente responsable de la fiscalización de los derechos de la niñez. Además, la Unidad de Protección a la Adolescencia Trabajadora del Ministerio de trabajo y Previsión social, y la Unidad Especializada de la Niñez y Adolescencia de la Policía Nacional Civil, responsable de la capacitación y asesoría en materia de derechos y deberes de la niñez.

En el libro tercero, se explican las disposiciones adjetivas relativas al procedimiento judicial en el caso de la niñez víctima de amenazas o violaciones en sus derechos humanos y de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Para el efecto, se crea una nueva organización judicial que comprende la creación de la Sala de la Niñez y Adolescencia y los Juzgados de Primera Instancia de Control de Ejecución de Medidas. Asimismo, se amplía la competencia de los Juzgados de Paz para conocer a prevención de los casos de niñez víctima y para conocer y resolver, en definitiva, algunos casos de adolescentes en conflicto con la ley penal. Además, se establece la participación obligatoria de los abogados de la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia, de la Procuraduría General de la Nación, para intervenir en el procedimiento de la niñez víctima, y de la Defensa Pública y Fiscalía de Adolescentes para el proceso judicial de adolescentes transgresores de la ley penal.

CUADRO No 1

“Evolución de los derechos de la niñez

CONTEXTO HISTÓRICO	NORMATIVA INTERNACIONAL	NORMATIVA NACIONAL
Revolución Francesa (1789)	Declaración Universal de los Derechos Humanos (1789)	
Primera Guerra Mundial	Creación de Sociedad de las Naciones Unidas. Declaración de los Derechos del Niño; Declaración de Ginebra de (1924)	Aplicación indiferente del Código Penal y Procesal Penal a los menores de edad que realizaban hechos delictivos. En la regulación del CP y CPP de (1877 y 1923)
Segunda Guerra Mundial (1933-1944)	Creación de las Naciones Unidas, Carta de San Francisco de (1945)	Aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de (1948)
Creación de la Comisión de DDHH de las NNUU (1945)	Declaración Universal de DDHH de (1948). Declaración de los Derechos del niño de (1959)	Aprobación de la Ley de Tribunales para Menores, Decreto 2,043-37, del periodo de Jorge Ubico.
Fortalecimiento de las Asamblea de las NNUU.	Pactos internacionales de las NNUU de (1966)	Aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969
Congresos sobre la prevención de la delincuencia y tratamiento de los delincuentes de la NNUU, cada 5 años a partir de 1960.	Las reglas mínimas de las NNUU para la administración de justicia de las personas menores de edad.	Aprobación del Código de Menores de Guatemala, Decreto 68-69 del Congreso de la República.
Propuesta de proyecto para una convención internacional en materia de niñez, por parte de Polonia en 1978.	Aprobación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, el 11 de noviembre de 1989	Aprobación del Código de Menores, Decreto 78-79 del Congreso de la República.
Fortalecimiento del movimiento de reforma del derecho de menores a nivel mundial.	Aprobación de: a) Las directrices de las NNUU para la prevención de la delincuencia juvenil, y,	Ratificación del CDN Decreto 27-90 del congreso de la república. Propuesta y aprobación del Código de la Niñez y la Juventud de 1966. Decreto 78-96 del congreso de la república.

	b) Las reglas de las naciones unidas para la protección de los menores privados de libertad, ambas de 1990.	
Fortalecimiento internacional de los derechos de la niñez	Aprobación del protocolo facultativo de la CDN, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía.	Aprobación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003 del congreso de la república. ” ²²

1.6 Organizaciones relacionadas con la aplicación de los derechos de la niñez en Guatemala

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, crea diversas organizaciones e instituciones que son las responsables de velar, a través de sus acciones administrativas o judiciales, por la efectiva vigencia de los derechos de los niños y las niñas. El enfoque integral de la ley permite que los problemas a los que se enfrenta la niñez sean abordados desde la política social del Estado. Por ejemplo, el tema de los adolescentes en conflicto con la ley penal no se puede abordar desde una perspectiva eminentemente penal, pues todos los cambios que se generen en las políticas sociales y económicas del Estado tienen, necesariamente, repercusiones criminológicas, “la creencia de que basta la ley para prevenir la delincuencia ha sido superada y hoy es cada vez más evidente la necesidad de delinear políticas sociales preventivas frente a la criminalidad”²³.

El Artículo 80 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, establece que la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes deberá realizarse a nivel social, económico y jurídico. En virtud de que no hay actuación política que no esté orientada por un marco ideológico, en relación con las políticas públicas de la niñez y adolescencia, la propia Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia establece el marco de referencia que servirá de modelo para su formulación, ejecución y control. A ese marco debe sumarse uno más amplio, constituido por la normativa

²² Justo Solano. **Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, una aproximación a sus principios, derechos y garantías**, págs.27 y 28.

²³ Zuñiga Rodríguez, Laura. **Política criminal**, Pág. 178.

contenida en la Constitución Política de la República de Guatemala y Convención Sobre los Derechos del Niño, estos tres instrumentos integran entonces el único marco de actuación legítimo para la ejecución de las políticas públicas de la niñez y la adolescencia en el país.

Cualquier política que se salga de ese marco sólo puede calificarse en la realidad imperante y no será válida. Por ejemplo, cuando se traten de generar políticas represivas contra los niños o niñas de la calle, o contra los grupos juveniles, más conocidos como maras y se justifiquen en la realidad imperante, éstas no serán válidas, pues no responden al marco establecido en la ley, además de ser inútiles puesto que no resolverán el problema de fondo.

1.6.1 La Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia

A nivel nacional, traslada las políticas que elabora y formula el sistema de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural y a los ministerios y dependencias del Estado, para que éstos las incorporen en su planificación y presupuesto. La Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia, es un ente deliberativo y de integración paritaria, según lo establece el Artículo 86 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Se asegura su presencia en el Consejo Nacional de Desarrollo Urbano y Rural a través de su representación obligatoria por parte del presidente de su junta directiva. Además, la población podrá conocer su trabajo a través del informe anual que deberá presentar ante el Congreso de la República.

La Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia, se conformó por convocatoria que realizó la Comisión de la Mujer, la Niñez, Adolescencia y la Familia, del Congreso de la República de Guatemala.

1.6.2 La Comisión Municipal de la Niñez y la Adolescencia

A nivel local, el ente responsable de formular y controlar las políticas públicas del municipio es la Comisión Municipal de la Niñez y la Adolescencia, ésta constituye una comisión distinta a las creadas por el Código Municipal, su naturaleza es deliberativa y

propositiva y, su integración paritaria. Para su integración y conformación, la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, establece que la corporación municipal deberá convocar a las organizaciones sociales del municipio.

1.6.3 Las Juntas Municipales de Protección de la Niñez y la Adolescencia

Fueron creadas por Acuerdo del Procurador de los Derechos Humanos en 1998, y tienen por objetivo la promoción de los derechos humanos de la niñez a nivel local. Son integradas por vecinos honorables del municipio, que desempeñan su cargo de forma adhonorem, son apoyadas por la municipalidad y actualmente funcionan en más de 90 municipios del país, se pretenden implementar en todo el país. Estas juntas pueden servir de apoyo al juez de paz, tanto para la detección de casos de amenazas o violaciones de los derechos humanos de la niñez, como para el seguimiento de las medidas de protección que el juez adopte. Asimismo pueden ser útiles para la coordinación e implementación de las sanciones que el juez de paz debe adoptar en los casos de adolescentes en conflicto con la ley penal, como la sanción de servicios comunitarios. La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, no establece su creación, pues ya fueron creadas por la Procuraduría de los Derechos Humanos, sin embargo, les otorga participación para poder denunciar y solicitar medidas de protección, cuando tengan conocimiento de amenazas o violaciones de los derechos humanos de la niñez. Al establecer la literal c) del Artículo 104 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia: “Conocer y resolver de los casos remitidos por las Juntas Municipales de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia”.

Tanto la Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia y las Juntas Municipales de Protección de la Niñez y la Adolescencia, son órganos encargados de hacer política y para tal efecto, debe tenerse en cuenta por éstas y todas las instituciones encargadas de administrar justicia en materia de niñez y adolescencia, el interés superior de la niñez, así como el interés de la familia tal como lo preceptúa el Artículo 5 del mismo cuerpo legal, siendo éste una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y

lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. Pero también se hace la alusión de que en ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidas en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala.

Se entiende por interés de la familia, a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumpliendo dentro del ordenamiento legal. El Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del interés de los niños, niñas y adolescentes y de la familia. Todo lo anterior, atendiendo a una relación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que en el Artículo 3 estipula que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño.

En la realidad se hace difícil delimitar con exactitud, lo que será fácil al momento de ser aplicado en un caso concreto. Pero ¿qué se entiende por interés superior del niño? se considera como una categoría jurídica, un medio para la satisfacción de los fines esenciales de la persona. "El interés en sentido subjetivo designa el sentimiento que se tiene de las condiciones de la vida".²⁴

El interés comprende tanto bienes materiales como espirituales, es decir todos aquellos que para la persona son valiosos, por lo tanto la categoría jurídica de interés alcanza desde los bienes y valores relevantes para la persona, hasta sus aspiraciones como ser humano, del tipo que sean, ya sean materiales o ideales tanto en el ámbito individual como social.

En consecuencia, el concepto de interés jurídicamente protegible, alcanza los sentimientos de diversa índole que participan de manera importante en la vida de la persona, en tanto contribuyen a su felicidad y a su bienestar, a cuya satisfacción y fines

²⁴ Ihering. **Del interés en los contratos**, Pág. 77.

está llamado el derecho como instrumento convocado a servir a los intereses de las personas. “En el caso de los niños y niñas, tiene especial importancia el interés constituido por sus bienes y valores no racionales, es decir sus sentimientos, afectos, aspiraciones e impulsos, puesto que son parte de su vida y satisfacen sus necesidades vitales, en virtud de que ellos y ellas aún no están en la capacidad de defenderlos y hacerlos valer”.²⁵ En este sentido, el interés jurídico superior del niño comprende tanto los aspectos materiales o espirituales relevantes para la satisfacción de las necesidades presentes y futuras del niño y la niña, e incluyen todos sus requerimientos vitales, así como los bienes y valores no racionales.

La amplitud del concepto jurídico interés superior del niño, recogida en una cláusula general de la Convención Sobre los Derechos del Niño, se hace necesaria en razón de que se refiere a una realidad difícil de delimitar con exactitud, pero que es fácilmente delimitante al momento de ser aplicado en un caso concreto, esto ofrece ventajas, pues permite incorporar una serie de derechos y expectativas, tanto materiales como espirituales del niño o niña, en cualquier situación que se presente.

1.6.4 La Defensoría de los Derechos de la Niñez y Adolescencia

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, crea como ente fiscalizador del efectivo cumplimiento de los derechos, deberes y garantías establecidas en la Constitución Política de la República y la Convención Sobre los Derechos del Niño. La Defensoría de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, la cual depende directamente del Procurador de los Derechos Humanos, y tiene facultades de defensa, protección y divulgación de los derechos humanos de la niñez. Sus antecedentes pueden encontrarse en Noruega, pues éste fue el primer país que creó un cargo de ombudsman que se ocupa exclusivamente de asuntos relacionados con la niñez, en el caso de Latinoamérica el primer país fue Costa Rica.

Aunque depende directamente del procurador de derechos humanos, al defensor de la niñez le corresponde proteger los derechos humanos de la niñez y adolescencia, para el

²⁵ Rivero Hernández, **El interés del menor**, págs. 55 y 56

efecto, puede dictar las resoluciones que correspondan, así como iniciar las acciones legales oportunas para el cese de amenazas o violaciones de derechos humanos de la niñez guatemalteca. También, es el ente responsable de velar porque las autoridades responsables de dar protección a la niñez, cumplan con sus atribuciones en el marco de la Convención Sobre los Derechos del Niño y además es responsable de supervisar las instituciones privadas o públicas que atienden a niños y niñas.

Las funciones del defensor de la niñez y adolescencia, están delimitadas en el Artículo 92 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, y para la implementación de sus disposiciones y reglamentos el procurador de los derechos humanos, debe observar lo establecido en los Artículo 93 y 6 de las disposiciones transitorias de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

Este órgano depende directamente del procurador de los derechos humanos y procuradores adjuntos, y tiene las siguientes funciones:

- a) Proteger los derechos humanos de la niñez y la adolescencia establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, los convenios, tratados, pactos y demás instrumentos internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Sobre los Derechos del Niño y otras disposiciones legales vigentes, mediante la investigación de denuncias presentadas o tramitadas de oficio en relación a la violación de tales derechos, a efecto de determinar las responsabilidades, ordenar la cesación de las violaciones ocurridas y promover las medidas o denuncias que procedan ante los órganos competentes.
- b) Velar porque las autoridades encargadas de brindar protección a los niños, niñas y adolescentes cumplan con sus atribuciones y que en su actuación se atienda lo dispuesto en la Convención Sobre los Derechos del Niño.
- c) Supervisar instituciones gubernamentales y no gubernamentales que atienden a niños, niñas y adolescentes, para verificar las condiciones en que éstas se encuentran, a efecto de que se adopten las medidas pertinentes en la protección de niños, niñas y adolescentes, así como darles seguimiento al cumplimiento de las

recomendaciones formuladas.

- d) Coordinar acciones de manera interinstitucional, gubernamental y no gubernamental a nivel nacional e internacional, especialmente con aquellas que brindan protección a niños, niñas y adolescentes.
- e) Realizar acciones de prevención tendientes a proteger los derechos humanos del niño, niña y adolescente por medio de pláticas, conferencias, seminarios, foros, videos, cortos de televisión, radio y prensa escrita.
- f) Coordinar con el director de promoción y educación de la Procuraduría de los Derechos Humanos, acciones encaminadas a promover y educar a la población infantil, joven y sus mecanismos de protección elaborando para el efecto material didáctico apropiado, reproduciendo y publicando el mismo y logrando que tanto padres de familia como maestros lleven a cabo acciones multiplicadoras de difundir tales derechos.
- g) Representar y acompañar al procurador de los derechos humanos, cuando éste lo disponga, en actividades relacionadas con niños, niñas y adolescentes tanto a nivel nacional como internacional.
- h) Proveer al procurador de los derechos humanos, con la información de soporte necesaria a efecto de que este proponga ante el Ministerio de Educación, un programa de readecuación curricular que contenga la educación en derechos humanos a nivel nacional con énfasis en los derechos de la niñez y la adolescencia.
- i) Coordinar con las asociaciones y sindicatos magisteriales acciones y programas de educación en derechos humanos de la niñez y la adolescencia.
- j) Otras funciones y atribuciones que aunque no figuren expresamente son inherentes a la defensoría.

1.6.5 La Unidad de Protección a la Adolescencia Trabajadora del Ministerio de Trabajo

Esta unidad está a cargo del control e inspección del trabajo de los adolescentes mayores de 14 años, debe velar porque éste sea equitativamente remunerado y realizado en condiciones adecuadas para su edad, capacidad, estado físico, desarrollo intelectual y que sea acorde con sus valores morales, culturales y que no interfiera en su educación.

Trabaja en coordinación con el Ministerio de Trabajo y Previsión Social y Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia y la Inspección General de Trabajo.

1.6.6 La Unidad Especializada de la Niñez y la Adolescencia de la Policía Nacional Civil

Esta unidad tiene por objetivo, la capacitación y asesoría de todos los miembros de esa institución en materia de los derechos y deberes de la niñez. La unidad desarrolla sus programas de conformidad con los principios señalados en el Artículo 97 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, los cuales son:

- “ a) Respeto irrestricto a la legislación nacional, así como a los tratados internacionales en materia de derechos humanos de la niñez y adolescencia, aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala.
- b) Protección y atención especializada de conformidad con el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.
- c) Naturaleza civil y vocación de servicio a la comunidad, abierto a rendir cuentas de sus actividades, principalmente en el control y prevención del delito contra niños, niñas y adolescentes y los cometidos por adolescentes
- d) Alto contenido técnico y humano en el desempeño de sus funciones.”

1.6.7 La Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República de Guatemala

La Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, es la autoridad competente, responsable de llevar a cabo todas las acciones que sean necesarias para el cumplimiento de las sanciones impuesta a los adolescentes en conflicto con la ley penal y todas las medidas adoptadas en los proceso de protección de la niñez víctima de amenaza o violación a sus derechos. En ese sentido, le corresponde organizar y administrar los programas que sean necesarios para el adecuado cumplimiento de dichas sanciones y medidas de protección.

Además de coordinar los programas de medidas cautelares y definitivas en materia de protección de la niñez y adolescencia, entre los que se encuentran los siguientes:

- a) Búsqueda familiar;
- b) Familia sustituta;
- c) Abrigos temporales; y
- d) Orientación y supervisión familiar.

Actualmente la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, cuenta con diversos programas de abrigo temporal, sin embargo, por tratarse de una medida excepcional y provisional, por los graves perjuicios que puede provocar la institucionalización de un niño, debe fortalecerse el programa de familias sustitutas en todo el país, principalmente en las regiones bajo la jurisdicción de los juzgados de la niñez y adolescencia, en coordinación con la procuraduría de la niñez y los jueces de la niñez y adolescencia.

1.6.8 La Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia de la Procuraduría General de la Nación

De conformidad con lo establecido en el Artículo 108 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, es a la Procuraduría General de la Nación a quien corresponde intervenir en el procedimiento de niñez víctima, el cual se lleva a cabo en los juzgados de la niñez y la adolescencia, en la ciudad de Guatemala, y en los juzgados de la niñez y la adolescencia y de adolescentes en conflicto con la ley penal en todo el país. Su actuación consiste en:

- a) Representar legalmente a los niños, niñas y adolescentes que carecen de ella;
- b) Dirigir, de oficio, a requerimiento de parte o del juez competente, la investigación de los casos de niños, niñas y adolescentes amenazados o violados en sus derechos; interviniendo de forma activa en los procesos judiciales de protección. Para el efecto,

deberá tener, como mínimo, un procurador de la niñez y adolescencia, en la jurisdicción de cada juzgado de la niñez y adolescencia;

- c) Presentar denuncias, ante el Ministerio Público, de los casos de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de delito y que carezcan de representante legal, apersonándose en el proceso de medidas de protección para la defensa de los intereses de éste;
- d) Evacuar audiencias y emitir opinión jurídica en todos los procesos judiciales, notariales y administrativos que la ley señala, haciendo velar los derechos y garantías que la Constitución Política de la República de Guatemala, tratados y convenios internacionales, aceptados y ratificados por Guatemala, y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, establecen en materia de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

1.6.9 Ministerio Público

Corresponde al Ministerio Público, a través de la fiscalía especializada de la adolescencia, la investigación en aquellos hechos contrarios a la ley penal, atribuidos a los adolescentes.

CUADRO No 2

A continuación se encuentra el cuadro sinóptico de las principales organizaciones relacionadas con la aplicación de los derechos de la niñez en Guatemala:

ORGANISMOS RESPONSABLES DE LA ELABORACIÓN DE POLÍTICA PÚBLICA	ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN	ORGANISMO DE PROTECCIÓN	ORGANISMOS QUE PARTICIPAN EN EL PROCESO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN
Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia.	Defensoría de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Procuraduría de Derechos Humanos.	Unidad de Protección de Adolescencia Trabajadora, Ministerio de Educación.	Jueces de primera instancia de la niñez y la adolescencia.
Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia.	Bienestar Social de la Presidencia de la República.	Unidad Especializada de la Niñez y la Adolescencia, de la Policía Nacional Civil.	Juzgados de adolescentes en conflicto con la Ley penal.
	Jueces de control de ejecución	Juntas Municipales de Protección de la Niñez y la Adolescencia.	Juzgados de paz.
	Salas de la Corte de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia.		Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia
			Procuraduría General de la Nación (medidas de protección)
			Ministerio Pública, Unidad de Niñez (Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal)
			Representantes de los niños y/o hogares que representan a los niños.
			Niños y/o adolescentes. (medidas de protección), (Adolescentes transgresores de la ley Penal)

CAPÍTULO II

2 Antecedentes de la patria potestad

La patria potestad perfila su génesis en el mundo perdido que organizó la civilización con los albores de la vida humana, como se conoce hoy lo que se comprueba con los descubrimientos arqueológicos que datan de entre los 18,000 y 22,000 años antes de Cristo, hallazgos con los que se identifican los períodos del Paleolítico, el Neolítico, y de la Europa Antigua; que resultan divisiones históricas en las que se señalan distintos aspectos del desarrollo de las sociedades primitivas.

"Las excavaciones de los arqueólogos realizadas tanto en Europa oriental y occidental como en Siberia -a fines del siglo XX- han producido un cambio gradual en la interpretación de las manifestaciones tanto recientes como antiguas de las pinturas y grabados rupestres, en los que se manifiesta una expresión cercana a una forma de religión primitiva, en la que lo femenino desempeñaba una posición central y preponderante, al considerar que la vida se genera en el cuerpo de las mujeres y que, éstas se relacionan tanto con las estaciones climáticas como con la luna, las cuales se encuentran igualmente regidas por ciclos; por lo que los hombres primitivos, sustentaban el mundo bajo la forma de la mujer ya que reconocían en ella el factor que daba la vida y por ello se le veneraba y consideraba con un alto valor dentro de la sociedad"²⁶.

"De las primeras manifestaciones del arte rupestre del Paleolítico, se deduce la evolución de una compleja religión centrada en el culto de una Diosa Madre, como fuente y regeneradora de todas las formas de vida, la cual había sobrevivido hasta muy avanzados los períodos históricos, en la figura mixta de la Magna Mater del Cercano Oriente y del mundo greco-romano, conocida como Isis, Nut y Maat en Egipto, Istar, Astarté y Lilith en Mesopotamia, Deméter, Koré, y Hera en Grecia; Atargatis, Ceres y Cibeles en Roma. A ellas se agregan las figuras de la herencia judeo-cristiana en la

²⁶ Valenzuela, Renato. **El cáliz y la espada. La mujer como fuerza en la historia**, Pág. 1-17

Shekhina de tradición cabalística y en la católica la Virgen María, como Reina del Cielo”²⁷.

En cuanto al Neolítico, la revolución agraria fue el mayor avance de tecnología material que se ha tenido y que es precisamente en esta época, en la que se gestan los comienzos de lo que ahora se reconoce como civilización, así como la propiedad privada y la esclavitud fueron subproductos de la revolución agraria, la cual también gestó el poder del varón.

Con respecto a la Europa Antigua, es en esta época que algunos europeos desarrollaron una sociedad pacifista, que a la vez era amante del arte, igualitaria y claramente no patriarcal, no estratificada y sin distinciones notorias basadas en la clase o el sexo.

“Lo femenino fue el móvil de la organización familiar, y la mujer el centro de la misma; analizando los distintos modelos de organización social de la antigüedad; y destacando que la vida humana es cíclica o diacrónica”²⁸.

2.1 Revolución del sedentarismo

El paso del Paleolítico al Neolítico, ha sido clasificado como una revolución, ya que transformó la vida del hombre en pocos milenios, debido a que el ambiente climático fue más favorable -al subir la temperatura al final de la época glacial- fenómeno que permitió el crecimiento e inicios de la producción de la flora y la fauna y, consecuentemente, las sociedades que habitaban el sudoeste asiático empezaron a tener un crecimiento demográfico; agrupándose y produciendo concentraciones humanas cuya subsistencia obligó al hombre a emprender un esfuerzo creador en la producción de alimentos, superando los riesgos aleatorios de la caza y de la recolección vegetal. De ahí que con dicha actividad, el hombre se dirigió hacia una etapa superior, en la que surge la economía que puede situarse para el año 6000 a. de C. por la existencia ya de un núcleo social que se identifica como Neolítico.

²⁷ Ibid. Pág. 69

²⁸ Ibid. Pág. 8

Con el surgimiento de las concentraciones humanas, deben iniciarse los incipientes sistemas de convivencia comunitaria, que dan origen a la civilización y ésta, a las instituciones que hoy rigen. Al respecto, Lewis Henry Morgan, estudia las etapas de desarrollo de la familia, señalando que: “éstas, se encuentran localizadas en sistemas de consanguinidad y afinidad, como a la vez, en costumbres relativas y variadas sobre el matrimonio; advirtiéndole que la idea de la propiedad se formó lentamente en el pensamiento del ser humano que despertó la pasión por sobre todas las pasiones; iniciándose con ellas el período de la civilización”²⁹.

De ahí que el sedentarismo, impulsó al ser humano a la búsqueda de una etapa superior, en la que se hizo imprescindible la producción de materia prima para la subsistencia de los grupos humanos y, con dicho fenómeno surgió a la vez, la necesidad de organizar las agrupaciones familiares, que pasaron a ser pieza fundamental del germen de la civilización, como parte integrante de la misma.

2.2 Grecia y Roma

En Grecia se gestó la literatura mitológica y con ella surgió la trilogía de la Orestíada, “la cual representa el asesinato de la ginococracia, por medio de la explicación que el dios Apolo da a los hijos, refiriéndoles que no están emparentados con sus madres, en razón de que las madres en realidad no son sus progenitoras, sino que son sólo nodrizas de las semillas que en ellas fueron plantadas; refiriendo a la vez, la posibilidad de una paternidad sin la participación de la mujer; ejemplificando dicho acontecimiento con la hija de Zeus, la diosa Atenea, quien según la antigua religión griega, brotó totalmente crecida de la cabeza de su padre”³⁰.

“Fundadas en la mitología griega las bases morales para el patriarcado, se insertan en la conciencia del ser humano, con el anuncio de los albores de la civilización; a la vez de que en Roma se inicia la regulación de la familia, como una institución política-además

²⁹ Morgan, Henry Lewis, **La sociedad antigua**, La Habana, Pág. 51

³⁰ Esquilo. **Las siete tragedias, las suplicantes, los persas, los siete contra Tebas, Prometeo encadenado, trilogía de Orestes: I. Agamenon. II Céfores. III Eumenides.** “Sepan Cuantos...” Págs. 89 y 90.

de ser fuente de derechos civiles- lo que justificó su constitución sobre la base de la autoridad absoluta del padre varón”³¹.

2.3 Lugar y época en que se ubica el origen, nacimiento y génesis de la patria potestad

Cimentadas en Grecia y Roma las bases morales y jurídicas de la civilización, aún se daba la lucha entre los opuestos de lo primitivo y lo civilizado, como interacción permanente de los contrarios –masculino y femenino - no obstante que este último, había cimentado su fuerza en la reproducción de la vida, y fue cediendo ante las enérgicas leyes de la producción agrícola.

2.4 Sistema político patriarcal

Excluida la mujer de la vida social, política económica y espiritual, el poder del varón fue regulado en Roma mediante el ejercicio de la patria potestad, a quien reconocía como jefe del grupo familiar, con carácter absoluto y unitario, con un poder que recaía igual sobre personas y cosas; de ahí que el vocablo paterfamilias, entraña un título que designa una condición jurídica que le otorgaba una investidura de autoridad del grupo familiar de manera vitalicia; ya que no se extinguía por la mayoría de edad de los descendientes naturales o adoptivos, de cualquier grado en la línea masculina.

2.5 La patria potestad en el derecho de Roma

2.5.1 Concepto

Los romanos consideraban la patria potestad como el poder atribuido al padre de familia, es decir la potestad ejercida sobre los hijos que formaban su familia y que se encontraban en ella como consecuencia de las justas nupcias, por la legitimación o por la adopción.

³¹ Jiménez García, Joel F. **Evolución de la patria potestad en el derecho mexicano a partir del Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1870 a la actualidad.** Pág. 17

En las instituciones de Justiniano se decía: “in potestate nostras sunt liberi nostri quos ex justis nuptiis procreavimus” (están bajo nuestra potestad los hijos que procreamos de justas nupcias). Como puede apreciarse en este principio queda visible la idea del poder, el cual se manifiesta abiertamente en la familia, mediante la autoridad máxima del pater (padre).

Desde luego para ejercitar esa patria potestad en el derecho civil romano, era requisito ser ciudadano romano, en cuyo caso según el derecho antiguo el pater familia era el propietario de los hijos, tenía el derecho de vida y muerte, podía venderlos, exponerlos, abandonarlos o entregarlos para reparar el daño que éstos hubieran causado, castigarlos y matarlos según disponía la Ley de las XII Tablas; como el padre era el propietario de su hijo los bienes que éste adquiría pasaban al poder también del padre.

Esta potestad de los padres sobre los hijos, duró casi todo el régimen republicano pero posteriormente fue modificada, por lo que en la época imperial romana, el padre se convirtió en jefe supremo de la familia, mas no en el propietario de ella.

2.5.2 Fuentes de la patria potestad en el derecho romano

Las fuentes fueron: las justas nupcias, la legitimación y la adopción.

En el derecho romano la patria potestad estaba originada por las justas nupcias, lo cual hacía que todos los hijos que nacían de los cónyuges cayeran bajo su poder, así como los nietos o descendientes del hijo varón que contraía matrimonio legítimo; sin embargo esto no se aplicaba a los hijos de la hija que pasaban o se sometían a la patria potestad del padre de la madre. La mujer, aún cuando fuera sui juris jamás ejercía la patria potestad sobre los hijos.

Los romanos consideraban al matrimonio o nupcias en general a la unión del hombre y la mujer que deseaban establecer entre ellos una comunidad indivisible de existencia (nuptiae-viri matrimonium, individuum vitae consuetudinem continentis). Así definían al

matrimonio como la unión de un hombre y una mujer con el objeto de formar una sociedad indivisible; o sea una asociación de toda la vida.

Desde el punto de vista etimológico, el término matrimonio proviene de *matris* (madre) y *monos monere* (oficio, ocupación o protección) o bien de *mater* (madre) y *monus* (uno) o sea una sola madre.

La filiación era el lazo natural que relacionaba a un infante con sus autores, producía efectos extensos según la naturaleza de la unión donde resaltaba. Se consideraba la filiación más plena, aquélla que emanaba de la *iustae nuptiae* y que valía para los hijos la calificación de *liberi iusti*.

La adopción en Roma: Era un acto solemne que hacía caer a un ciudadano romano bajo la potestad de otro, en donde se establecía entre ellos artificialmente las mismas relaciones civiles que nacían de la procreación *ex iustis nuptiis*.

La adopción presenta en Roma un lugar importante, debido a los intereses políticos y religiosos y dada que la familia civil solo se desarrollaba por los varones, podía suceder que alguna familia antigua estuviera a punto de extinguirse, para evitarlo se acudía a la adopción; existen dos clases de adopción: la de las personas *sui iuris* a la cual se le llama adrogación y la referente a los *alieni iuris*, que es la adopción propiciamente dicha.

2.5.3 Características de la patria potestad en el derecho romano

La patria potestad pertenece al jefe de la familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. De acuerdo a ello, esta potestad puede resumirse en tres proposiciones:

1. El jefe de familia es el jefe del culto doméstico.
2. Los hijos de familia son incapaces como los esclavos de tener un patrimonio, todo lo que ellos adquieren es adquirido por el pater familias.

3. La persona física de los sujetos a esta potestad está a la disposición absoluta del pater familias, quien los puede castigar, emplearlos en distintos trabajos, venderlos y aún darles muerte.

Como esta potestad estaba en interés del padre, no podría pertenecer a ninguna mujer, ni a la madre, ni a ningún varón ascendiente de la madre.

2.5.4 Titulares de la patria potestad en el derecho romano

En el derecho romano la patria potestad pertenecía al jefe de familia, sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. El derecho de potestad que tenían sobre los hijos era propio de los ciudadanos romanos; Justiniano dijo en sus instituciones que la patria potestad era del padre sobre los hijos que eran procreados en justas nupcias, además también podían estar bajo la potestad paterna el adrogado y el adoptado.

Para tener esta potestad, era necesario ser sui iuris, de aquí que el menor que tenía varios ascendientes varones en la línea paterna, estaba bajo la potestad del más lejano- abuelo, bisabuelo- no había edad que liberara al hijo de esa potestad, pero aunque estaba sometido en el orden privado, no le afectaba en sus derechos públicos, lo que hacía su situación superior a la del esclavo.

2.5.5 Efectos de la patria potestad en el derecho romano

El pater familia, era la única persona que tenía la plena capacidad de goce y ejercicio, todos los demás miembros de la domus dependían de él; los esclavos, los hijos, la esposa o nuera in manus, adquirirían solo para el patrimonio del pater familia en caso de obtener algún beneficio por su trabajo, por donaciones etc.

El padre sobre los hijos tenía el poder disciplinario casi ilimitado, no solo sobre las personas sino también sobre el patrimonio de éstos.

El pater familia era responsable de las consecuencias patrimoniales de los delitos cometidos por el filius familias pero podría entregar al culpable para que pagara su culpa mediante trabajo.

Durante la fase imperial, la patria potestad se convirtió en figura política en la que se establecieron derechos y deberes a padres e hijos. Así por ejemplo en la época de Marco Aurelio se reconoce en la relación padre-hijo un recíproco derecho a alimentos.

2.6 La patria potestad en el derecho contemporáneo

Es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas en principio al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente los terceros respecto a los hijos menores, considerados tanto en su persona como en su patrimonio. En la patria potestad se distinguen dos aspectos; uno referido a la protección de los intereses materiales (asistencia protectora) y otro a la de los intereses espirituales (asistencia formativa).

2.6.1 Fuentes de la patria potestad

La principal fuente de la patria potestad es el matrimonio, es decir de los padres sobre los hijos nacidos de éste, sin embargo también son fuentes de adopción y la legitimación.

La filiación corresponde al lazo natural que relaciona al hijo con sus autores, produce efectos extensos; la filiación más plena es sin duda aquella que emana del matrimonio es decir debe ser legalmente cierta.

La adopción se da cuando una persona es reconocida legalmente por otra como hijo, estableciéndose las mismas relaciones civiles que hubieran nacido de la procreación del matrimonio. La legitimación corresponde al reconocimiento jurídico de una relación de padres e hijos cuando ello se da fuera del matrimonio.

2.6.2 Titulares de la patria potestad

La patria potestad no es absolutamente en el sentido de que no pertenece ineludiblemente a los padres, esto se debe a que la patria potestad, no está organizada en la época moderna en interés de los padres como existía en el curso de la historia, sino más bien en el de los hijos.

La patria potestad sobre los hijos de matrimonio, se ejerce sucesivamente por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela maternos.

Sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona o personas que le adoptan, como consecuencia natural de la adopción. Tratándose de hijos nacidos fuera de matrimonio cuando los dos progenitores lo hayan reconocido y vivan juntos, ambos ejercerán la patria potestad. Cuando viviendo separados lo hayan reconocido, en el mismo acto convendrán cual de los dos podrá ejercerla y en el caso de que no lo hicieran resolverá el juez de primera instancia del lugar. Si los padres del hijo fuera de matrimonio que vivían juntos se separan, continuará ejerciendo la patria potestad en caso de que no se pongan de acuerdo será el juez quién decidirá.

2.6.3 Efectos de la patria potestad

Los efectos pueden distinguirse en dos relaciones: Con las personas y con los bienes.

➤ Efectos con relación a las personas

Respecto a los sometidos en la patria potestad, los hijos cuales quiera sea su estado y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. Este deber predominantemente ético no se extingue con la emancipación.

Mientras el hijo esté bajo la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o en virtud de decreto de la autoridad; tampoco puede comparecer

en juicios ni contraer obligación alguna, sin el expreso consentimiento del que o de los que la ejerzan resolviendo el juez en caso de irracional desacuerdo.

Estas prescripciones tienden a evitar los daños que la inexperiencia, de quienes se encuentran sometido a los efectos de esta institución podría ocasionarle si pudiese dejar su hogar sin autorización a contraer obligaciones que pudieran comprometer su patrimonio.

➤ **Respecto a las personas que la ejercen**

La obligación de educar convenientemente al menor incumbe a las personas que le tienen bajo su patria potestad y su incumplimiento entraña responsabilidad. Los padres y los representantes de los menores tienen el deber de hacer que sus hijos o representados en edad concurren a las escuelas del Estado, a particulares autorizadas para cursar la educación primaria y secundaria.

Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de castigar y corregir a sus hijos moderadamente. La moderación a que se hace referencia significa que en ningún caso está autorizado con exceso de lo que en el orden natural de la conducta humana, pueden presumirse de quienes ejercen la patria potestad.

La obligación de dar alimento, a los hijos se acentúa en el caso de que se halle sometido a la patria potestad.

➤ **Con relación a los bienes**

Los efectos de la patria potestad son: Administración y usufructo- los bienes del hijo mientras esté bajo la patria potestad son de dos clases, los que adquiera con su trabajo y los que adquiera por cualquier otro título; los de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

La mitad del usufructo de los bienes que el hijo adquiera por título distinto del trabajo, corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos

adquieren bienes por herencia, legado o donación y el Estado o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

Los jueces tienen la facultad de tomar a instancia de las personas interesadas del menor, cuando hubiere cumplido 14 años o del Ministerio Público las medidas necesarias para impedir que por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyen.

2.7 La patria potestad y la época moderna

El movimiento codificador de inicios del Siglo XIX, representado emblemáticamente por el Codé Napoleónico, trató a la patria potestad como una institución que reconocía vertientes distintas, si bien la influencia del derecho romano prevalecía sobre el modelo legislativo organizado.- Cabe destacar los esfuerzos del iluminismo por propagar una nueva estructura familiar, comúnmente conocida como moderna y nuclear: En sentido estricto, está compuesta únicamente, 1.º por el padre de familia; 2.º por la madre de familia, quien, según la idea recibida casi en toda partes, pasa a la familia del marido; 3.º los hijos, que, si se puede hablar así, al estar formados de la sustancia del padre y de la madre, pertenecen necesariamente a la familia. Pero cuando se toma la familia en sentido más amplio, se incluyen en ella todos los parientes; pues aún cuando después de la muerte del padre de familia, cada hijo establezca una familia particular, a todos los que descienden de un mismo tronco y que derivan por tanto de una misma sangre, se los considera como miembros de una misma familia.

La familia moderna en cuyo seno aparece como figura relevante el niño: (En el Siglo XVIII) conservar los hijos va a significar poner fin a los daños causados por la domesticidad, promover nuevas condiciones de educación que, por un lado, puedan contrarrestar la nocividad de sus efectos sobre los niños que se les confía y. por otro, obligar a que eduquen a sus hijos todos aquellos individuos que tienen tendencia a abandonarlos al cuidado del Estado o a la mortífera industria de las nodrizas.

A su respecto, los padres deben dirigir sus atenciones directas y personales, evitando todo sustituto de aquellos: Al mismo tiempo que se operaba esta reducción de los miembros de la familia, se agregaban dos ideas, la de parentesco y la de coresidencia, que hasta mediados del Siglo XVIII habían permanecido disociadas. En lugar de pasar revista a los diferentes sentidos de la palabra familia, el caballero de Jaucourt, en la Enciclopedia, se esforzó por reunirlos. Para él, la familia es una sociedad doméstica que constituye el primero de los estados accesorios y naturales del hombre. En efecto, una familia es una sociedad civil establecida por una naturaleza: esta sociedad es la más natural y la más antigua de todas, sirve de fundamento a la sociedad nacional; pues un pueblo o una nación sólo es un compuesto de varias familias. Las familias comienzan por el matrimonio, unión a la que la propia naturaleza invita a los hombres, y de la cual nacen los hijos, que, al perpetuar las familias, mantienen la sociedad humana y reparan las pérdidas que la muerte le produce todos los días.

Zannoni dice sobre la evolución de este Instituto: Sin embargo, la historia muestra un paulatino e incontenible debilitamiento de este poder absoluto. Y ello se debe a una razón elemental: A medida que el Estado va cobrando poder, la familia que anteriormente era el único y exclusivo centro de poder social, debe transferir funciones que antes eran exclusivas. La administración de justicia ya no es interior ni se ejerce en nombre de la domus; las funciones económicas, esencialmente el comercio, se transfieren a otras organizaciones; el culto, finalmente, se hace también exterior a la familia. Y explica este autor: Del núcleo totémico constituido por quienes se consideran consanguíneos por descendencia común de un antepasado de naturaleza mística comunidad del tótem, pasando por las comunidades de nombre, la familia punalúa y la sindiásmica a los albores de la monogamia, la familia patriarcal romana – centro basado en la propiedad latifundista, en el trabajo de los esclavos y en la unidad política y religiosa con sus leyes y su justicia interior -, la familia paternal germánica y la familia moderna tradicional, el grupo se ha ido despojando paulatinamente de funciones otrora indelegables. La familia moderna no es ya aquel pequeño Estado, centralizado y gobernado por el pater. Si, al transferir las funciones religiosas, legislativas y judiciales redujo su ámbito –que el poder político del Estado tomó para sí-, cambió con todo la naturaleza de la cohesión familiar. La familia que se basaba antaño en una relación de

dominio se convirtió cada vez más en un grupo moral, según palabras de Schmoller; de una institución que tenía por objeto la producción y los negocios pasó cada vez más a ser una institución que tiene en cuenta la vida moral, y, cada vez más limitada en sus fines económicos, puede perseguir mejor fines nobles e ideales y convertirse, en fin, en un receptáculo más rico de los sentimientos afectivos que provoca.

En la actualidad, el sinceramiento de las relaciones familiares impuso a la autoridad paterna principios y objetivos que transforman su dinámica: El derecho contemporáneo protege la existencia y ampara el desarrollo del agregado familiar con una creciente protección a la mujer y notoria solicitud hacia los menores. En este cambio de enfoques, la patria potestad sufre una transformación y deja de ser un poder absoluto en manos del padre para convertirse en una función social en que está directamente interesado el Estado y que atiende, con mayor énfasis, el interés superior de los niños y las niñas.

La segunda mitad del siglo pasado, fue escenario del movimiento mundial tendiente al fortalecimiento de la familia, y a su interior, resalta los derechos de sus componentes más débiles: La mujer y el niño.

A modo de síntesis, se hace mención a los instrumentos internacionales que reflejan este proceso, según lo expone Yanel López Borché:

2.7.1 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Aprobada en 1948, por la Organización de Estados Americanos, establece como derecho de toda persona “constituir una familia, elemento natural de la sociedad y a recibir protección para ella”, establece la protección de la maternidad y de todo niño, con cuidados y ayuda especiales. Sobre el derecho al trabajo, considera como retribución justa la que: “asegure un nivel de vida conveniente para la persona trabajadora y su familia”. Como deberes, entre otros establece: “toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad y los hijos tienen el deber de

honrar a los padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando estos lo necesiten”.

2.7.2 La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el mismo año, considera a la familia el elemento natural y fundamental de la sociedad y establece su derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Se establece el derecho a casarse y fundar una familia con el único requisito del libre y pleno consentimiento de los futuros esposos, respecto al trabajo, la remuneración debe asegurar tanto al trabajador como a su familia una existencia acorde a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

Se hace referencia al nivel de vida, que asegure a cada persona y su familia la satisfacción plena de las necesidades sociales básicas en materia de salud y bienestar, derecho a cuidados y asistencia especiales a la maternidad y la infancia, igualdad de derecho a la protección de todos los niños nacidos o no dentro del matrimonio, derecho a la educación y de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos.

2.7.3 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Sancionado en 1966, por la Asamblea General de la Naciones Unidas, reafirma los derechos reconocidos por los instrumentos previos y garantiza a la familia: como elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente en su constitución y mientras sea responsable de los hijos a cargo.

2.7.4 La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer

Aprobada en 1979 por la Asamblea General de la Naciones Unidas, enfatiza en la modificación de patrones culturales y en la educación familiar con el objetivo de eliminar prejuicios y prácticas discriminatorias, la responsabilidad de los Estados de tomar las medidas apropiadas y garantizar los mismos derechos a hombres y mujeres así como la protección especial a la mujer durante el embarazo, parto y período posterior.

2.7.5 La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño

Aprobada en 1989 por la Asamblea General de la Naciones Unidas, establece en su preámbulo:

“...convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, debe recibir la protección y la asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad...”

...Reconociendo que el niño, para el pleno y armónico desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

El tema familia se retoma en los Artículos: 5, 7, 8.1, 8.2, 9.1, 9.3, 9.4, 10, 11, 14.2, 16.1, 18.1, 18.2, 18.3, 19.1, 19.2, 20.1, 21, 22, 23, 24 literales b, d, e, f, 27.1, 27.2, 27.3, 29, 29.1 literal c:

“Los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o en su caso de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad.....en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

“...respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares”.

2...Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados parte deben prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

9 1...Los Estados parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos...salvo el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión respecto del lugar de residencia del niño.

3...respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño;

4...Cuando la separación sea el resultado de una medida adoptada por el Estado parte (detención, encarcelamiento, exilio, deportación, muerte) respecto de uno o ambos padres o del niño, el Estado parte proporcionará información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes...

10 (libertad de tránsito)

11 (Traslados ilícitos de niños)

14 2...Los Estados parte respetarán los derechos y deberes de los padres...de guiar al niño en el ejercicio de su derechos....

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

18 1....Garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño;

2...Los Estados parte prestarán asistencia apropiada a los padres...en lo que respecta a la crianza del niño....

3...adoptarán medidas apropiadas para que los niños de padres que trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de los niños....

19 1...adoptarán todas las medidas necesarias....para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo custodia de los padres

2...establecer programas sociales con el objeto de proporcionar asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención...y según corresponda la intervención judicial.

20 1...El niño temporal o permanentemente privado de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezca en ese medio, tendrá derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

21 (Adopción)

22 (refugiados)

23 (niños discapacitados)

24 (derecho a la salud)

b) Haciendo hincapié en la atención primaria de salud

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a la madre

e) Asegurar...en particular que los padres y a los niños conozcan los principios básicos de salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos.

f) desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

27 (derecho al desarrollo humano)

1-Los Estados parte reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2-A los padres y otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3-Los Estados... adoptarán medidas necesarias para ayudar a los padres y a otras personas responsables del niño a dar efectividad a ese derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

29 (derecho a la educación)

1 Los Estados parte convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

c) Inculcar al niño el respeto por sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya...

Y agrega esta autora: Junto a estos derechos progresivamente se la relaciona a los deberes de asistir, alimentar, educar y amparar a los miembros que así lo necesiten (hijos, ancianos, discapacitados).

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, desde la perspectiva del Niño como sujeto de derecho, reconoce que la familia debe recibir la protección y la asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades (como ámbito para el pleno desarrollo del Niño) y sus funciones dentro de la comunidad.

Queda establecido, que los Estados parte respetarán estas responsabilidades, estos derechos y estos deberes de la familia, a los efectos de que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención.

Se definen claramente los derechos a reconocer, respetar, promover y garantizar, se enfatiza el concepto de familia como un derecho del niño y se establecen las responsabilidades de la familia al respecto, así como las del Estado y de la sociedad en su conjunto.

Si se agrega que la problemática familiar, es considerada con preocupación en el ámbito internacional surgiendo de las diferentes instancias de reunión a este nivel (Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Viena 1993; Conferencia sobre la Situación de la

Mujer; Beijing 1996; Año Internacional de la Familia, 1994), recomendaciones de protección a través de la legislación y de políticas públicas que fortalezcan los aspectos cualitativos que se referían como sustanciales a la familia: lazos afectivos y valores: solidaridad, respeto, participación.

A su vez, se enfatiza el lugar de privilegio de la familia al momento de abordar problemáticas de sectores tales como mujeres, niños, jóvenes, ancianos, discapacitados, refugiados, migrantes, privados de libertad, minorías étnicas, etc.

CAPÍTULO III

3. La patria potestad

3.1 Hechos y actos extintivos de la patria potestad

La patria potestad concluye de pleno derecho o mediante decisión judicial. Algunos autores clasifican los modos de extinción en normales, pues responden a hechos jurídicos o actos lícitos de padres o hijos, y anómalos, entendiendo por tales aquellos casos en los que la conducta ilícita de los padres es sancionada por los jueces, o se encuentra incapacitado para afrontar las responsabilidades paternas.

3.1.1 De pleno derecho

La legislación reconoce las siguientes causas *ipso iure*. Si las condiciones que estructuran a esta institución desaparecen, queda sin sustento la titularidad de éste deber-derecho. Entonces la patria potestad se extingue cuando:

- 1) Los hijos llegan a la mayoría de edad.
- 2) Los hijos menores de edad contraen matrimonio.
- 3) Los hijos menores de edad o los padres, fallecen.
- 4) Los hijos menores de edad son adoptados.
- 5) Los hijos menores de edad o los padres ingresan en órdenes religiosas.

3.1.2 Pérdida de la patria potestad

Como antecedente a una sanción, las leyes organizan una serie de conductas reprochables a los padres, pues provocan graves perjuicios a los hijos. Son hipótesis excepcionales que autorizan la intervención directa del Estado en protección de los niños víctima de tales actos. Históricamente, la pérdida de la autoridad paternal constituía la principal sanción, y tenía un carácter definitivo. La evolución en el estudio de las relaciones paterno filiales, obligó a reconsiderar la gravedad de la pérdida de los

derechos paternos, y en beneficio de los hijos, paulatinamente se instauró la privación como medio sancionatorio, cuya característica principal está dada por la posibilidad de recuperarlos, demostrando haber superado y reparado las causas que determinaron la medida judicial.

En síntesis, como sanción, con intervención judicial, la patria potestad se pierde, en cuyo caso el derecho se extingue, o se priva de la misma a los padres, y en consecuencia los padres quedan desplazados del ejercicio de los derechos, pero no de las obligaciones, admitiéndose la recuperación de aquellos demostrando haber superado las causas. Entre las más comunes reconocidas por la ley:

- 1) Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares;
- 2) Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores;
- 3) Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos;
- 4) Por la exposición o abandono que el padre o la madre hiciere de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado; y
- 5) Por haber sido condenado dos o más veces por delitos del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito.

También se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona.

3.1.3 La suspensión de la patria potestad

Esta medida se adopta cuando, los padres se encuentran impedidos, de hecho, de hacerse cargo de la crianza, cuidados y educación de sus hijos. No existe reproche alguno, pues lo que acontecen son hechos externos a la voluntad de los padres, y en ese caso, la ley tiende a suplir la incapacidad sobreviviente o concomitante, tanto en beneficio de los hijos como de los padres. Entre los motivos para que se dé ésta, se encuentran:

- 1) Por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente;
- 2) Por interdicción, declarada en la misma forma;
- 3) Por ebriedad consuetudinaria; y
- 4) Por tener hábitos del juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes.

Todas ellas operan mediante verificación y decisión judicial.

En algunas legislaciones, la suspensión se declara por causas imputables a los padres, por lo que en este caso, la medida adquiere la naturaleza de sanción, pero de carácter menor a los casos de privación, y se asume como una forma de prevención.

3.2 Modificaciones que puede sufrir la patria potestad

La ley contempla con relación a la modificación de la patria potestad lo siguiente:

3.2.1 Extinción de la patria potestad

Cuando el menor de edad llega a su mayoría de edad, por su muerte, por ser adoptado o también por fallecimiento del que ejerce la patria potestad. La patria potestad que se ejerce sobre los menores hijos, termina una vez que éstos cumplen la mayoría de edad por adquirir la capacidad de ejercicio, esto es, a los 18 años cumplidos. Es a partir de tal acontecimiento cesa automáticamente la representación de los padres sobre los hijos.

3.2.2 Privación de la patria potestad

Procede cuando hay maltrato habitual a los hijos; cuando los hayan abandonado o los expongan a situaciones de peligro; cuando traten de corromperlos o prostituirlos; cuando los padres tengan malas costumbres, ebriedad habitual u otros vicios, cuando pudiesen comprometer la salud, seguridad o moralidad de los hijos; cuando sean condenados como autores o cómplices de un delito o falta de obligaciones intencionalmente contra el hijo.

La privación de la patria potestad puede derivar:

1. En primer término de sentencia dictada en juicio principal de pérdida de patria potestad.
2. Sentencia firme de divorcio o separación de cuerpos de los padres, en este último, caso cuando el juez determine que alguno de los cónyuges está incurrió en una de las causales contenidas en los Artículos 269 al 276.
3. Sentencia penal, cuando se condena al padre o madre por más de dos ocasiones por la comisión de delitos del orden común o cuando se condena al padre o a la madre por el delito de abuso en la corrección o disciplina en las familias cometidos contra el hijo, siempre y cuando constituyan hechos habituales.

La patria potestad es ejercida por los padres como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, aunque por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones. La pérdida de tal derecho entraña graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos, como para el progenitor condenado por ello, para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin ningún lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación.

Según lo disponen los Artículo 269 al 276 del Código Civil, el padre o la madre o ambos pueden ser privados de la patria potestad respecto de sus hijos cuando:

1. Los maltraten física, mental o moralmente.
2. Los expongan a cualquier situación de riesgo o amenaza a los derechos fundamentales del hijo.
3. Incumplan los deberes inherentes a la patria potestad.
4. Traten de corromperlos a prostituirlos o fueren conniventes en su corrupción o prostitución.
5. Abusen de ellos sexualmente o los expongan a la explotación sexual.
6. Sean dependientes de sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas u otras formas graves de fármaco-dependencia que pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando estos hechos no acarreen sanción

penal para su autor.

7. Sean condenados por hechos punibles cometidos contra el hijo.
8. Sean declarados entredichos.
9. Se nieguen a prestarle alimentos.
10. Inciten, faciliten o permitan que el hijo ejecute actos que atenten contra su integridad física, mental o moral.

No se viola garantía alguna del marido, por el hecho de declarar que pierde la patria potestad de los hijos, si fue condenado al divorcio, por injurias y abandono de hogar. Una reiteración por parte del padre, de las expresiones injuriosas en contra de la madre, que se dicen proferidas en presencia de sus hijos, sí es capaz de afectar profundamente la psicología de los niños, cuando son de corta edad, exponiéndolos a deformaciones ulteriores de su personalidad, teniendo en cuenta los estudios de psicología muy abundantemente divulgados constituye una máxima de experiencia que resulta por ende, contraria a la obligación elemental que incumbe a los padres de formar moralmente a sus hijos. Por otra parte, la patria potestad debe ejercitarse en tal forma que prepare a los menores para cumplir la obligación que les impone la ley civil de honrar y respetar a sus padres; mal podrían cumplir tal obligación en relación con su progenitora si el padre les imbuje desde sus primeros años, ideas que redunden en el mayor menosprecio y deshonor para la madre. Sin embargo, es de estimarse que no se demuestra la existencia de una conducta depravada propiamente tal del padre si las declaraciones de los testigos sólo son eficaces para demostrar la existencia de un acto aislado, más no la reiteración necesaria para que constituya una conducta.

3.3 Limitación de la patria potestad

En estos casos el juez sin privar a los padres de la patria potestad, la limita en vista de las circunstancias para el bien de los hijos.

Por incapacidad o ausencia de los padres, por interdicción civil, si se prueba que los padres están impedidos de hecho para ejercer la patria potestad.

Aún cuando la patria potestad concluye por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga aquélla; por mayoría de edad del hijo y por la emancipación de éste, y que se suspende por incapacidad o ausencia, declaradas judicialmente, y por sentencia condenatoria que imponga como pena tal suspensión, no debe perderse de vista que en estos casos se habla de la falta de dicho ejercicio personalmente. Es innegable que ésta puede ocurrir, además de los casos de muerte, interdicción, ausencia y pena impuesta por sentencia judicial, en otros muchos en que existe imposibilidad material y notaria para ejercerla, como acontecería si el padre, en el momento preciso y urgente de representar en juicio a sus hijos menores, se encontrara privado, por causa de enfermedad del uso expedito de sus facultades mentales, que lo colocara en situación de no poder desempeñar esa prerrogativa personalmente ni otorgar el mandato correspondiente. Pero cuando esta incapacidad es por un motivo ilícito, como el hecho de que el padre se encuentre prófugo de la justicia, es claro que esa circunstancia de ninguna manera incluye su abstención para representar a sus menores, ya que tal abstención obedece a un motivo ilícito.

Los efectos de la pérdida, suspensión y separación de la patria potestad traen aparejada una privación de ésta a uno o a ambos padres de ser necesario y afectan los poderes que tienen los padres sobre los hijos, sin alterar el vínculo filial que existe entre ellos.

3.4 Quiénes pueden intentar una demanda de suspensión o pérdida de la patria potestad

Según lo dispone el Artículo 276 del Código Civil:

- a) “La Procuraduría General de la Nación, cuyo representante debe intentar la demanda cuando tenga denuncia fundada de la existencia de las causales previstas para la privación de la patria potestad.
- b) El otro progenitor, que denuncie algunas de las causales previstas en la suspensión, pérdida o separación de la patria potestad.
- c) Los ascendientes y demás parientes del hijo dentro del 4o. grado de consanguinidad, en cualquier línea.”

En el juicio de pérdida de patria potestad, se sigue ante un juez de primera instancia de familia, dicho procedimiento se encuentra establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, por medio de dicho juicio se plantea la posibilidad de que el juez pueda decretar las medidas que considere necesarias para garantizar la protección del menor, mientras dure el juicio y se presentare en éste un medio de prueba que constituya presunción grave de la causal invocada por el demandante.

La patria potestad puede ser readquirida a parte *patris* o a parte *vel matris*, si el padre o madre una vez privados de ésta son restituidos, para lo cual el juez requerirá pruebas de la corrección y regeneración del padre o madre. La solicitud debe ser notificada a la Procuraduría General de la Nación y, de ser el caso, a la persona que interpuso la acción de pérdida de patria potestad.

3.5 Competencia jurisdiccional en materia de patria potestad

La privación, extinción y restitución de la patria potestad deben ser decididas por el juez de familia, siguiéndose, para ellos, el procedimiento previsto en los Códigos Civil y Procesal Civil.

3.6 Extinción de la titularidad de la patria potestad

El Artículo 356 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente determina:

"La patria potestad se extingue en los siguientes casos:

- a) mayoría del hijo;
- b) emancipación del hijo;
- c) muerte del padre, de la madre, o de ambos;
- d) reincidencia en cualquiera de las causales de privación de la patria potestad, prevista en el Artículo 352 de esta ley;

e) consentimiento legal para la adopción del hijo, excepto cuando se trate de la adopción del hijo por el otro cónyuge.

En los casos previstos en las letras c), d) y e), la patria potestad puede extinguirse respecto a uno sólo de los padres".

La titularidad puede extinguirse por causa del hijo (a parte filii) o por causa del padre o de la madre (a parte patris, a parte vel matris).

Por causa del hijo (a parte filii):

- a) Muerte.
- b) Mayoridad.
- c) Emancipación del hijo.

Por causa del padre o madre (a parte patris, a parte vel matris):

- a) Por muerte del padre o madre.
- b) Por extinción del parentesco entre padre e hijo (caso de adopciones, impugnación de paternidad, entre otros).
- c) Por privación de la patria potestad, impuesta al padre o madre por sentencia.
Causas de exclusión absoluta del ejercicio de la patria potestad. De acuerdo al Código Civil.
- d) La ausencia
- e) La no presencia
- f) La sujeción del padre o madre a tutela de entredichos
- g) Imposibilidad de ejercer las funciones inherentes a la patria potestad declarada por el juez competente.
- h) La falta de reconocimiento voluntario del hijo natural.

Ejercicio de la patria potestad sobre hijos adoptivos.

El Artículo 407 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, establece que la adopción en Venezuela sólo puede ser plena. Sin embargo, en la doctrina comparada se encuentran la adopción plena o simple.

El ejercicio de la patria potestad, corresponde individualmente al adoptante en la adopción individual o a los adoptantes en la adopción conjunta. En caso de separación de cuerpos, divorcio o nulidad del matrimonio de los adoptantes que ejercían la patria potestad, se deben aplicar las normas contenidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, referentes a la separación de cuerpos, divorcio o nulidad del matrimonio y su influencia en la patria potestad, ya comentadas en este tema.

En el caso de adopción individual plena, si el adoptante queda privado de la titularidad de la patria potestad o excluido en forma total, se abre la tutela, a no ser de que se trate de la adopción del hijo del otro cónyuge, por cuanto excepto en este caso, la adopción plena extingue el parentesco entre el hijo y sus padres de la sangre. En este caso la patria potestad sería ejercida en forma individual por el otro cónyuge.

En otros países, en los casos de adopción individual simple, si el adoptante es privado de la patria potestad o excluido en forma total de su ejercicio, la patria potestad será ejercida por los padres de sangre.

En el caso de la adopción conjunta, si uno de los cónyuges queda privado de la patria potestad o excluido totalmente de su ejercicio, el otro cónyuge pasaría a ejercerla en forma individual, y en caso que ambos queden privados o excluidos totalmente de la patria potestad se abrirá la tutela en caso de adopción plena (caso de Venezuela), y en los casos de adopción simple (otras legislaciones), se pasa el ejercicio de la patria potestad a los padres de sangre.

3.7 Guarda

El Artículo 264 del Código Civil dispone que: "el padre y la madre que ejerzan la patria potestad, tienen la guarda de sus hijos y fijarán de mutuo acuerdo, el lugar de su

educación, residencia o habitación...". Este es el mismo sentido que contiene el Artículo 359 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, pero éste agrega que el padre y la madre son responsables civil, administrativa y penalmente por el adecuado cumplimiento de su contenido.

La Ley de Reforma Parcial, incluyó el poder de corrección dentro de la guarda, pues establece que la misma comprende la custodia, la vigilancia y orientación de la educación del menor, así como la facultad para imponerle correcciones adecuadas a su edad y desarrollo físico y moral (Artículo 265 del Código Civil).

Este criterio también es recogido en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del adolescente, de la siguiente manera:

"Artículo 358: La guarda comprende la custodia, la asistencia material, la vigilancia y la orientación moral y educativa de los hijos, así como la facultad de imponerles correcciones adecuadas a su edad y desarrollo físico y mental. Para su ejercicio se requiere el contacto directo con los hijos y, por tanto, facultad para decidir acerca del lugar de la residencia o habitación de éstos".

Las correcciones a que hace referencia el Artículo anterior tiene sus limitaciones, por cuanto quedaría prohibido que se castigue a los menores con crueldad e innecesariamente; en consecuencia, si el juez llega a probar que en el ejercicio de la patria potestad, el que la tiene, se ha excedido en el castigo, o ha empleado una crueldad innecesaria, puede aplicarle el castigo procedente.

El ejercicio de la guarda, forma parte del ejercicio de la patria potestad, por lo tanto tiene los caracteres de ésta relacionados al carácter obligatorio, personal, intransferible, indisponible, gratuito y familiar. El juicio de privación de la guarda no presupone falta del padre o de la madre, de forma que la privación de la guarda no tiene un carácter deshonoroso como la privación de la patria potestad.

Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de

los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades.

Cuando en un juicio se hace declaración sobre la custodia de los hijos menores, como consecuencia de medidas provisionales, la declaratoria que concede la custodia en favor de alguno de los padres, no implica para quien no la obtuvo, la pérdida de su derecho a ejercer la patria potestad, pues ésta es materia de la sentencia definitiva que se dicte en el juicio correspondiente.

La guarda en el ámbito doctrinal, suele ser dividida en guarda material y guarda jurídica. La guarda material, constituye el conjunto de poderes y deberes sobre la persona física del hijo, mientras que la guarda jurídica constituye el conjunto de poderes y deberes paternos sobre la persona moral o intelectual del hijo. Es importante destacar que la legislación venezolana no especifica normas determinadas para estos tipos de guarda, sino que trata a la guarda en su sentido general abarcando a ambas indistintamente.

3.7.1 Facultades que comprende la guarda

Entre las facultades que comprende la guarda se pueden mencionar a:

- a) Determinación del lugar de la educación, residencia o educación del hijo.
- b) Decisiones relacionadas a la alimentación, salud física y psíquica, vestidos y hábitos de vida en general.
- c) Medidas necesarias para asegurar la vigilancia de sus hijos, incluyendo la vigilancia relativa a las amistades, lecturas, entre otras.
- d) Orientación de la educación, que comprende: Determinar el género de la educación, escogencia de educadores y planteles o escuelas.

La educación y vigilancia del menor por parte de los padres hacia los hijos tiene la finalidad de evitar daños a terceros, es decir que es una obligación de los padres frente a los terceros. Por esta razón se hace responsable a los padres de los daños que sus hijos menores causen a terceros, a menos que se pruebe que no pudo impedir el hecho que los originó (Artículo 1.190 Código Civil).

Con respecto a las correcciones, está legalmente condicionado a que éstas sean adecuadas a la edad y desarrollo físico y mental del menor (Artículo 265 Código Civil).

Estas facultades tienen la finalidad de la protección del hijo. Cuando estas facultades se extralimitan, se violan estas finalidades y son contrarias a derecho, van en contra del beneficio de los hijos, y por lo tanto en contra de la protección constitucional que se les brinda a éstos, además de la violación de las normas contenidas en el Código Civil y Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Es importante, destacar que debe considerarse ajena a la guarda la facultad de celebrar actos jurídicos válidos en nombre del hijo, aunque tengan por objeto la protección del mismo, porque esta facultad de los padres forma parte del poder de representación de los hijos, el cual forma parte de la patria potestad pero es diferente al de la guarda.

3.7.2 Ejercicio de la guarda

Como se ha hecho referencia con antelación, el padre y la madre que ejerzan la patria potestad tienen la guarda de sus hijos y son responsables civil, administrativa y penalmente por el adecuado cumplimiento de su contenido.

Cuando exista desacuerdo acerca de la decisión que corresponda a uno de los aspectos del contenido de la guarda, cualquiera de los padres puede acudir ante el juez de la Sala de Juicio, quien, previo intento de conciliación, después de oír a ambas partes y al hijo, decidirá el punto controvertido en la oportunidad que fijará con antelación, sin perjuicio de que la parte no satisfecha pueda intentar el juicio de guarda. De esta decisión no se concederá apelación (Artículo 359 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente).

3.7.3 Medidas sobre guarda en caso de divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio o residencias separadas

El Artículo 360 de la Ley Orgánica antes mencionada, determina que: "en los casos de demanda o sentencia de divorcio, separación de cuerpos, o nulidad de matrimonio o si el padre y la madre tienen residencias separadas, éstos decidirán, de mutuo acuerdo, cuál de ellos ejercerá la guarda de los hijos de más de siete años. Los hijos que tengan siete años o menos, deben permanecer con la madre, excepto el caso en que ésta no sea titular de la patria potestad o que, por razones de salud o de seguridad, resulte conveniente que se separen temporal o indefinidamente de ella". Además agrega el mencionado Artículo que: "de no existir acuerdo entre el padre y la madre respecto a cuál de los dos ejercerá la guarda de los hijos, el juez competente determinará a cuál de ellos corresponde. En el caso de los hijos de siete años o menos cuya guarda no pueda ser ejercida por la madre conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, o a solicitud expresa de la misma, el juez debe decidir si la guarda debe ser ejercida por el padre o si el interés de los hijos hace aconsejable la colocación familiar".

No es cierto, que un juez de lo civil prive del derecho que tiene un padre de ejercer la patria potestad sobre su hijo menor de edad, si teniendo en cuenta la corta edad de éste, se limita a determinar que debe tenerlo en su poder la madre, porque en caso de divorcio, cuando no hubiese acuerdo entre los cónyuges, sobre la forma en que deben quedar los hijos, los menores de siete años quedarán en poder de la madre, por lo que ya sea que se trata de divorcio o de conflictos de cualquiera naturaleza, existe la circunstancia de que los hijos pequeños necesitan del cuidado y atención de la madre, y en tal virtud, deben estar en poder de la misma.

De manera que los hijos menores de siete años, deben permanecer bajo el cuidado de la madre, ya que se ha estimado que, dada su condición física y natural, es quien puede proporcionar los mayores cuidados y atención con la eficacia y esmero necesarios para su normal desarrollo, y sólo en los casos excepcionales determinados en la ley pueden contrariar este principio de privársele a la madre de la custodia o, en su caso, la patria potestad, según proceda; por tanto, la circunstancia de que el quejoso, en el carácter de

progenitor del menor, goce de una situación económica más holgada en relación con la madre de éste, cuya custodia se controvierte, es insuficiente para separar a dicho menor de su citada progenitora.

Es necesario destacar que el juez podría tomar medidas provisionales con respecto a la guarda en los casos de demanda de divorcio o de separación de cuerpos, de manera que el juez puede confiar la guarda de los hijos menores a uno sólo de los cónyuges y si lo creyere conveniente, poner los menores en poder de terceras personas (Artículo 191, 2o. Código Civil).

Cuando se introduzca la demanda de nulidad de matrimonio, el juez también puede tomar las medidas provisionales respecto a la guarda de los hijos menores.

En los casos en que el divorcio o separación de cuerpos sea decretado por alguna de las causales 4, 5 y 6 del Artículo 185 del Código Civil, el cónyuge que esté incurso en ellas quedará privado de la patria potestad, y como consecuencia quedará también privado de la guarda y de todas las facultades inherentes a la patria potestad. (Artículo 192, encabezamiento, Código Civil).

3.7.4 Revisión y modificación de la guarda

El juez puede revisar y modificar las decisiones en materia de guarda, a solicitud de quien esté sometido a la misma, si tiene 12 años o más, o del padre o de la madre o del Ministerio Público. Toda variación de una decisión anterior en materia de guarda, debe estar fundamentada en el interés del hijo, debe ser oído si la solicitud no ha sido presentada por él. También debe oírse al fFiscal del Ministerio Público (Artículo 361 Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia).

Al padre o a la madre a quien le haya sido impuesto por vía judicial el cumplimiento de la obligación alimentaria, por haberse negado injustificadamente a cumplirla, pese a contar con recursos económicos, no se le concederá la guarda del respectivo hijo, a no ser que se declare judicialmente su rehabilitación y sea conveniente al interés del hijo. La

rehabilitación procede cuando el respectivo padre ha cumplido fielmente, durante un año, los deberes inherentes a la obligación alimentaria. (Artículo 362 Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia).

3.7.5 Competencia jurisdiccional respecto a la guarda

Todo lo relativo a la atribución y modificación de la guarda, deben ser decididas por el juez de la Sala de juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la residencia del niño o adolescente, siguiéndose para ellos, el procedimiento previsto en el Capítulo IV de este Título. (Artículos 177, 357 y 453 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, y 524 del Código Civil.).

Es importante destacar en este punto que, según lo dispone la ley, inclusive en caso de divorcio o nulidad de matrimonio, cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes, o cuando haya niños o adolescentes, el juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio debe seguirse por ante el juez de la Sala de juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del domicilio conyugal, siguiéndose para ellos, el procedimiento previsto en el Capítulo IV de este Título. (Artículos 177, 357 y 453 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y 14 y 524 del Código Civil), porque según la correcta interpretación del legislador la materia relacionada al niño y adolescente arrastraría la civil.

3.8 Representación y administración

Con respecto a la representación y administración de los bienes del hijo, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente establece que deben seguirse las normas contenidas en los Artículos 267 y siguientes del Código Civil.

Como se ha mencionado, la patria potestad comprende además de la guarda, la representación y la administración de los bienes de los hijos sometidos a ella (Artículo 348 Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia).

3.8.1 Concepto del poder de representación y administración

El Código Civil, establece que el padre y la madre que ejercen la patria potestad representan en los actos civiles a sus hijos menores y aún simplemente concebidos, y tienen además el poder de administración de los bienes de estos menores (Artículo 267, encabezamiento. De manera que se otorga a los padres dos tipos de poderes, uno que se refiere al de representación y otro al de administración de los bienes.

La representación consiste en la facultad de celebrar actos jurídicos en nombre de otra persona, para que los efectos activos y pasivos de dichos actos recaigan en esa otra persona. En este sistema de representación, el representante sustituye al menor de edad para la realización de estos actos.

La administración consiste en la facultad de dirigir, conducir o gestionar los negocios o asuntos económicos de otra persona. Quienes ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar los bienes que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización de juez competente. Porque lo que se propone es proteger a los menores de edad en cuanto a los bienes que tengan en propiedad, para que quienes ejercen la patria potestad no dispongan a su antojo de tales bienes

Estos poderes tienen fines diferente, es decir que son distintos, aún en el caso de que recaigan en la misma persona.

La falta de capacidad debe ser substituida con la intervención de otra persona capaz, que es llamada en lugar del incapaz, y entonces surge la representación. En virtud de ésta un sujeto (representante) está legitimado (con legitimación indirecta), para realizar los actos que implican ejercicio de un derecho o facultad cuya titularidad corresponde a otra persona (representado). El fundamento de la legitimación del representante y la esencia de la representación misma, es el poder suficiente para participar en un acto en nombre del representado y con efectos únicamente para éste. Cuando este poder falta, quien obra como tal representante sin poderes, o excediendo los límites de estos, no obliga al tercero interesado y es responsable hacia la otra parte del daño que ésta sufre.

El poder de representación deriva de la ley (representación legal) o de la voluntad del representado (representación voluntaria) y supone siempre la previa legitimación de éste, aunque no siempre su capacidad. (El mandato -una forma de representación voluntaria- supone legitimación y capacidad del representado; la patria potestad o la tutela -formas de representación legal o necesaria- suponen incapacidad del representado; las personas jurídicas son capaces y actúan mediante sus órganos o representantes, estando esta actuación regulada en la ley o en los estatutos respectivos). La representación de los incapaces tiene su fundamento en la necesidad de suplir la incapacidad de obrar de las personas. El representante está legitimado para ejercitar los derechos y facultades del incapaz, en nombre y beneficio de éste, dentro de los límites señalados por la ley, de la que deriva el correspondiente poder. Atendiendo a esta necesidad, la ley designa a las personas capaces que son llamadas en lugar de los incapaces, así, en términos generales, puede decirse que la representación de los menores no emancipados corresponde a las personas que ejercen la patria potestad; la de los menores e incapacitados sometidos a tutela, al tutor. Pero es obvio que cuando los intereses del representante son opuestos a los del representado, entonces el representante legal debe ser sustituido, en cada caso, por otra persona que ejercite en nombre y beneficio del incapaz, los derechos y facultades de que éste es titular. Porque cuando los intereses de las personas que ejercen la patria potestad y la tutela, respectivamente, sean opuestos a los de sus respectivos representados, el juez nombrará a estos un tutor especial que defienda sus intereses, en cada caso.

3.8.2 Representación del menor

Corresponde a los padres que ejercen la patria potestad, la labor de representar a sus hijos menores, inclusive a aquellos que no han nacido o no hayan sido concebidos.

Este principio, se encuentra contenido en el Artículo 1.443 del Código Civil, al establecer que los hijos por nacer de una persona viva determinada pueden recibir donaciones, aunque todavía no se hayan concebido. Para la aceptación, los hijos no concebidos serán representados por el padre o madre. Sin embargo, a quien se le atribuye la representación de lo donado es al donante y en su defecto a sus herederos,

quienes pueden ser obligados a prestar caución.

Igual norma debe aplicarse por analogía cuando se trata de la aceptación de una herencia o legado que se haya deferido por testamento a un concepturus.

3.9 Excepciones al principio de administración de los padres

- a) Cuando sean padres menores de edad, que estén sometidos a curatela de inhabilitados o que no sepan leer o escribir. En caso de que uno de los progenitores se encuentre en uno de estos supuestos, la representación la ejercerá el otro progenitor, con la previa autorización judicial. En el caso de que ambos se encuentren en uno de esos supuestos, el juez deberá nombrar un curador especial al efecto, estas reglas también se aplican al poder de administración.
- b) Es posible que el juez llegue a acordar la administración de todo o parte de los bienes y la representación de todo o parte de los intereses de los hijos a uno sólo de los progenitores. A solicitud de éste, y oída la opinión del otro progenitor. Esto podrá ser posible siempre y cuando convenga a los intereses del menor Artículo 267, último aparte, Código Civil).
- c) En el caso de que se compruebe mala administración de los bienes de los hijos, el juez podrá tomar las medidas necesarias y se podría afectar este poder de representación y administración.
- d) En el caso de que el progenitor que ejerza la patria potestad no acepte o no pueda aceptar una herencia, legado o donación que sea a favor del hijo, deberá comunicarlo al juez competente, el cual a solicitud del hijo, de algún pariente, del Ministerio Público o inclusive de oficio, podrá autorizar la aceptación, para lo cual el juez nombrará un curador especial que representará al hijo en lo relativo a dicha aceptación.
- e) Cuando haya oposición de intereses (entiéndase como intereses contrarios), entre el

hijo y el padre y la madre que ejerzan la patria potestad, el juez de menores (hoy juez de la Sala de juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la residencia del niño o adolescente. (Artículo 177, 357 y 453 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, y 524 del Código Civil.), nombrará a los hijos un curador especial. Si la oposición de intereses, ocurre entre los hijos y uno de los progenitores, el otro asumirá la representación. En el caso de que la oposición de intereses ocurre entre los hijos de una misma persona, se nombrará un curador especial a cada grupo que tenga intereses semejantes.

- f) La representación se atribuye a la misma persona a la que se le atribuyó la administración de los bienes del hijo que no administra el padre, en los casos de realización de actos relacionados a dichos bienes.

3.10 Extensión del poder de representación

El poder de representación, como se ha explicado con anterioridad constituye un régimen de incapacidad, a través del cual se subsana la incapacidad de ejercicio o goce del menor de edad, que constituye una incapacidad general o plena.

La representación legal por parte de los padres, en principio, se extiende a toda clase de negocios jurídicos.

En ciertos casos el poder de representación legal no se extiende:

- a) A los actos que la ley no permite realizar por medio de representante, como es el caso del matrimonio y capitulaciones matrimoniales. La razón es que estos actos son de carácter íntimo y personal.
- b) Aquellos actos en los cuales el hijo tenga capacidad o esta esté limitada, de manera que lo que se requerirá es la asistencia o autorización y no la representación.

Para la realización de estos actos, el padre o la madre en ejercicio de la patria potestad, deben estar expresamente autorizados por el juez competente, de lo contrario dichos actos estarán viciados de nulidad. (Artículo 271 Código Civil).

3.11 Administración del patrimonio del menor sometido a patria potestad, atribución del poder de administración del patrimonio del menor sometido a patria potestad

Principio fundamental

Al igual que el poder de representación, el poder de administración del patrimonio del menor que está sometido a patria potestad corresponde a los padres que la ejercen.

Las disposiciones de los tres Artículos anteriores son aplicables también al caso en que se llame a suceder una persona no concebida, hija inmediata de otra viva y determinada, según el Artículo 840. Si el heredero instituido está concebido, la administración corresponde al padre, y, en su defecto, a la madre.

Excepciones

Artículo 267 Código Civil

El padre y la madre que ejerzan la patria potestad representan en los actos civiles a sus hijos menores y aún simplemente concebidos, y administran sus bienes.

Para realizar actos que exceden de la simple administración, tales como hipotecar, gravar, enajenar muebles o inmuebles, renunciar a herencias, aceptar donaciones o legados sujetos a cargas o condiciones, concertar divisiones, particiones, contratar préstamos, celebrar arrendamientos o contratos de anticresis por más de tres años, recibir la renta anticipada por más de un año, deberán obtener la autorización judicial del juez para la protección del niño y del adolescente. Igualmente se requerirá tal autorización para transigir, someter los asuntos en que tengan interés los menores a compromisos arbitrales, desistir del procedimiento, de la acción o de los recursos en la representación judicial de los menores.

Tampoco podrán reconocer obligaciones ni celebrar transacciones, convenios o

desistimientos en juicio en que aquellas se cobren, cuando resulten afectados intereses de menores, sin la autorización judicial.

La autorización judicial, sólo será concedida en caso de evidente necesidad o utilidad para el menor, oída la opinión del Ministerio Público, y será especial para cada caso.

El juez podrá, asimismo, acordar la administración de todos o parte de los bienes y la representación de todos o parte de los intereses de los hijos a uno solo de los padres, a solicitud de éste, oída la opinión del otro progenitor y siempre que así convenga a los intereses del menor.

Artículo 268 Código Civil

Cuando el padre y la madre que ejerzan la patria potestad, no puedan o no quieran aceptar una herencia, legado o donación para el hijo, deberán manifestarlo al Tribunal competente, y éste, a solicitud del hijo, de alguno de sus parientes, o del Ministerio Público, o aun de oficio, podrá autorizar la aceptación nombrando un curador especial que represente al hijo.

Artículo 275 Código Civil

Cuando se compruebe plenamente mala administración de los bienes de los hijos por parte del padre y de la madre que ejerzan la patria potestad, o de uno de ellos, el juez competente, a solicitud de cualquiera de éstos, de los ascendientes o parientes colaterales de dichos hijos dentro de tercer grado de consanguinidad, y aun de oficio, puede conferir la administración exclusiva al otro progenitor o nombrar un curador especial a los menores sin cuya intervención no podrán los progenitores ejecutar ningún acto de administración. Si las circunstancias lo exigieren, a juicio del juez, éste podrá autorizar al curador para ejercer la administración activa en la extensión que estime necesaria, pero sin exceder las facultades que la Ley asigna a los padres en la administración. El procedimiento, en los casos previstos en este Artículo, será breve y sumario, y se limitará a acordar lo necesario para evacuar las pruebas y diligencias

dirigidas a la comprobación de los hechos invocados por el solicitante o solicitantes, o las que el juez considere pertinentes, si procede de oficio.

El juez tiene facultad para solicitar las informaciones y datos adicionales que estime conducentes, para el mejor esclarecimiento de los hechos, así como para ordenar la ampliación de las pruebas y de los recaudos producidos, si los considera insuficientes.

Artículo 276 Código Civil

El progenitor privado de la administración de los bienes del hijo podrá oponerse, no obstante, a cualquier acto que estime contrario a los intereses de este último, ocurriendo ante el juez de Menores del domicilio del hijo.

El juez adoptará su decisión con conocimiento de causa y después de haber oído al otro progenitor o al curador que tenga la administración de los bienes en cuestión. Contra esta decisión se oirá apelación libremente.

Bienes del hijo sujetos a la administración paterna

Principio fundamental

Artículo 273 Código Civil

Los bienes que el hijo adquiera con ocasión de su trabajo u oficio, así como las rentas o frutos procedentes de los mismos, serán percibidos y administrados personalmente por él, si ha cumplido 16 años, en las mismas condiciones que un menor emancipado.

Los bienes que el hijo adquiera con el aporte patrimonial del padre o de la madre mientras, esté bajo su patria potestad, pertenecen en propiedad a dichos progenitores, pero éstos deben reconocer al hijo una justa participación en las utilidades o ganancias como remuneración de su trabajo y sin imputación alguna.

Excepciones

Artículo 272 Código Civil

No están sometidos a la administración de los padres:

- 1°. Los bienes que adquiriera el hijo por herencia, legado o donación, con la condición de que los padres no los administren; pero esa condición no podrá imponerse a los bienes que vengan al hijo por, título de legítima.
- 2°. Los bienes que el hijo adquiriera por donación, herencia o legado, aceptados en su interés contra la voluntad del padre y la madre que ejerzan la patria potestad; si hubo desacuerdo entre éstos, la administración de tales bienes corresponderá al que hubiese querido aceptarlos.

Los bienes excluidos de la administración de los padres, serán administrados por un curador especial que al efecto debe nombrar el juez de familia, siempre que el donante o el testador no hayan designado un administrador.

Artículo 813 Código Civil

La indignidad del padre, o de la madre, o de los descendientes, no daña a sus hijos, o descendientes, ora sucedan por derecho propio, ora sucedan por representación. en este caso ni el padre ni la madre tienen, sobre la parte de la herencia que pasa a sus hijos, los derechos de administración que acuerda la Ley a los padres de familia.

CAPÍTULO IV

4 Proceso de protección en materia de niñez y adolescencia

4.1 Medidas de protección

En doctrina no se puede encontrar una definición concreta de que son las medidas de protección, pero se considera que las medidas son todas aquellas acciones que el Estado crea, formula implementa y ejecuta con el fin de cumplir la obligación estipulada en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, y el efectivo cumplimiento de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, función que realiza a través de las políticas de protección integral, a cargo de las instituciones del Estado tales como la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, la Procuraduría de los Derechos Humanos, Policía Nacional Civil, Hospitales Nacionales, Bomberos, Sala y Juzgados de Niñez y Adolescencia, Procuraduría General de la Nación, Consejo Nacional de Adopciones no gubernamentales como Fundación Sobrevivientes, y la cooperación internacional como Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, sustentado en el marco jurídico nacional e internacional.

Las medidas de protección se dan tanto a nivel social, económico, como jurídico. Ya que como lo establece el Artículo 80 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescentes, las medidas de protección que el Estado de Guatemala formulará, ejecutará y controlará, las hará a través de las políticas públicas con participación del Estado y la sociedad, protección que brindará tanto a nivel, social, económico y jurídico.

4.1.1 Medidas de protección como protección judicial

Las medidas de protección que se tratará en los siguientes puntos se refieren a la que dicta un juez de la niñez y adolescencia cuando existe una amenaza o violación a los derechos humanos de la niñez. Para definir la misma se menciona que: “se entiende por medida de protección, toda decisión judicial que genera una obligación de hacer o no hacer por parte de una persona individual o jurídica (pública o privada), con el objeto

inmediato de evitar que continúe la amenaza o violación a un derecho humano de la niñez, por tanto evitar la continuidad del daño físico o psicológico que la amenaza o violación conlleva y con el fin mediato de restaurar el derecho violado o amenazado, y de que el niño, niña o adolescente pueda ejercerlo y disfrutarlo libremente”³² Este concepto parece bastante completo y claro, enfocándose solamente en las medidas de protección como decisión judicial.

Con relación a las medidas de protección judicial, el Artículo 109 de la Ley relacionada establece que las medidas de protección, se aplicarán cuando exista una amenaza o violación a los derechos reconocidos en la ley. Con esto se puede decir, que esos son los presupuestos para que se otorgue una medida de protección, la existencia de una amenaza y de violación de un derecho. Se considera necesario mencionar la definición de amenaza y violación: “Se entiende por amenaza toda acción u omisión que dé a entender que se quiere hacer un mal a través de actos o palabras a un niño, niña o adolescente. El mal debe implicar una violación a los derechos de la niñez reconocidos en la ley. Y por violación todo incumplimiento, por acción u omisión, de un derecho a través de su no realización (expectativa de derechos) o de su transgresión.”³³ El citado Artículo 109 hace referencia a los derechos reconocidos en la ley y que se encuentran plasmados en el Artículo 8 del mismo cuerpo legal, que reconoce los derechos inherentes a los niños y niñas que aunque no figure expresamente en la misma, igual son reconocidos, así como toda aquella normativa de carácter constitucional e internacional.

El maltrato infantil, puede constituir una amenaza o violación de un derecho individual de la niñez y en algunos casos un delito. Los jueces de la niñez, con el fin de dar cumplimiento con lo ordenado en la ley de proteger a los niños y niñas contra toda amenaza o violación a los derechos humanos de la niñez, deben individualizarse la medida a imponer, realizando una investigación del caso cuidadosamente. Con relación a esto, se menciona que el juez debe determinar al momento de individualizar una medida aplicar: “Si el hecho denunciado constituye una amenaza o una violación;

³² Solorzano, Justo, **Manual de justicia penal juvenil**. Pág. 65.

³³ *Ibid.* Págs. 61 y 62.

mencionar sobre qué derecho de la niñez recae la amenaza o violación; en caso de constituir un probable caso de maltrato infantil, debe indicar como se manifiesta y debe analizar las consecuencias fácticas y jurídicas de las medidas a adoptar, en relación con: a) el bienestar y protección del niño, niña o adolescente; y b) la persecución penal del probable responsable.”³⁴

4.1.2 Clases de medidas de protección

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, clasifica dos tipos de medidas de protección: Las medidas de protección cautelar y las medidas de protección definitivas.

4.1.3 Medidas de protección cautelares

Son todas aquellas que dictan ya sea el juez de la niñez y adolescencia o el juez de paz, cuando es necesario que cese la amenaza o violación de los derechos de los niños evitando que continúe el daño, haciéndolo de una forma urgente e inmediata de conocido el hecho, con el fin de brindar la protección necesaria y restituir el derecho violado o cese la amenaza. Velando los jueces siempre por el interés superior del niño, deben aplicar la medida menos perjudicial. Con relación a esto, me parece importante indicar lo que cita el Licenciado Justo Solórzano: “Tal y como lo señala la doctrina legal generada por la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de amparo, expediente 368-2000. Ya se ha expresado en fallos anteriores de esta corte, que conforme a la Convención Sobre los Derechos del Niño, en la jurisdicción de menores (léase de la niñez y adolescencia) resulta primordial atender el interés superior de la niñez, que supedita los derechos que puedan alegar instituciones o personas adultas al deber de procurar mayor beneficio que para las personas menores de edad pueda obtenerse.”³⁵

En la aplicación de la medida como lo indica la citada ley, se deben tomar en cuenta las necesidades de la víctima, predominando las que fortalezcan los vínculos familiares, se

³⁴ Ibid. Pág. 62 y 63.

³⁵ Ibid. Pág. 67.

podrán adoptar separada o conjuntamente, así como ser sustituidas en cualquier tiempo, siempre y cuando cumplan con el fin de brindar la protección inmediata que se necesita para restituir los derechos amenazados o violados.

En esta clase de medidas como ya se mencionó anteriormente, el juez de paz las puede dictar también, según lo establece el Artículo 103 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, al indicarlo entre las funciones de los mismos, debiéndose prestar atención que sólo, puede dictar las medidas establecidas de los literales e) al i) del Artículo 112 que más adelante se transcribe y la contemplada en el Artículo 115.

4.1.4 Medidas de protección definitivas

Son todas aquellas medidas dictadas por el juez de la niñez y adolescencia, cuando se ha comprobado a través del proceso que se ha tramitado, que efectivamente existe una amenaza o violación a los derechos humanos de los niños, determinando el juez cuál medida se aplicará para que sean restituidos estos derechos. La misma puede ser una confirmación de la medida cautelar, si ya se ha dictado una medida cautelar o bien al resolver el proceso, dictándose la medida definitiva en la audiencia correspondiente, como se verá más adelante en el trámite de la misma. Al igual que las medidas cautelares, el fin de estas medidas definitivas es brindar la protección necesaria y las que se apliquen deben ser las menos perjudiciales para los niños, tomando en cuenta su interés superior.

4.2 Fases del proceso de medidas de protección

4.2.1 Trámite del proceso para niñas, niños y adolescentes amenazados o violados en sus derechos

El proceso de la niñez y la adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos, se encuentra regulado en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en los Artículos 110 al 116 y la sección IV del Artículo 117 al 131.

4.2.2 Inicio del proceso

El proceso de protección se inicia por medio de una denuncia, la cual se presenta ante la sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia, según Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia Número 31-2003, en el cual administrativamente la sala es la encargada del inicio de procesos y expedientes, así como la distribución de los mismos al juzgado correspondiente Artículo 54 y 55 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

4.2.3 Audiencia de conocimiento de los hechos

Se dicta la primera resolución, ordenándose las diligencias respectivas, tales como medidas cautelares, orden de rescate, oficios, investigación de la situación del niño o niña y demás.

Se señala día y hora para la audiencia de conocimiento de hechos dentro de los diez días siguientes, se tiene que notificar a las parte, por lo menos tres días antes de la celebración de la misma.

4.2.4 Desarrollo de la audiencia

El juez determina si se encuentran las partes.

Oirá en su orden al niño, niña o adolescente, al representante de la Procuraduría General de la Nación, al representante de otras instituciones, terceros involucrados, médicos, psicólogos, trabajadores sociales, maestros o testigos, padres, tutores o encargados. (La ausencia injustificada a la audiencia, se certificará lo conducente al juzgado de orden penal).

Habiendo oído a las partes, el juez propone una solución definitiva, si es aceptada dicta de inmediato la resolución correspondiente, si no es aceptada se suspende la audiencia, continuando la misma dentro de un plazo no mayor de 30 días. Si se prorroga la audiencia el juez debe revocar, confirmar o modificar las medidas cautelares.

4.2.5 Medios de prueba

La investigación estará a cargo de la Procuraduría General de la Nación, el juez en cualquier momento del proceso la ordenará de oficio o a petición de parte. Las diligencias que realizará o solicitará son: estudios socioeconómicos y familiares del niño, niña y adolescente; informes médicos y psicólogos de los padres, tutores o responsables y se podrá solicitar a cualquier institución o persona involucrada, cualquier información que contribuyan a restablecer al afectado.

La proposición de prueba la harán las partes y el representante de la Procuraduría General de la Nación, cinco días antes de la audiencia definitiva, presentando un informe de los medios de prueba recabados. Los medios de prueba son los siguientes:

Declaración de partes

Declaración de testigos

Dictamen de expertos

Reconocimiento judicial

Documentos

Medios científicos de prueba

4.2.6 Audiencia definitiva

El juez procede de la siguiente forma el día y hora señalados para la audiencia:

1. Verifica que se encuentren presentes las partes
2. Oirá en su orden al niño, niña o adolescente, al representante de la Procuraduría General de la Nación, representantes de otras instituciones o terceros involucrados, profesionales, testigos y por último a los padres, tutores o encargados.
3. Recibida la prueba, el juez declara finalizada audiencia.
4. Dicta inmediatamente después la sentencia. Valora la prueba en base a la sana crítica. En la sentencia declarará si los derechos del niño, niña o adolescente se

encuentran amenazados o violados, la forma en que deberán ser restituidos, así como el plazo y en la misma confirmará o revocará la medida cautelar decretada.

4.2.7 Ejecución de la medida

El juez de primera instancia que dictó la sentencia será el encargado de velar por su cumplimiento, solicitando informes a cada dos meses a donde corresponda sobre el cumplimiento de las medidas decretadas para la protección del niño, niña y adolescente.

4.2.8 Recursos

Entre los recursos que menciona la ley están:

Revisión: Este recurso se interpone en contra de las medidas acordadas por la Comisión Municipal de la Niñez y Adolescencia. Se interponen en forma verbal o escrita dentro de los cinco días siguientes a la notificación, el juez correspondiente resolverá en el plazo de cinco días.

Revocatoria: Todas las resoluciones son revocables de oficio por el juez que las dictó o a instancia de parte, salvo las que pongan fin al procedimiento. Se puede hacer en forma verbal o por escrito. Se interpone dentro de las 48 horas siguientes a la notificación y el juez resolverá dentro de las 24 horas siguientes.

Apelación: Se interpone este recurso en contra de los autos que resuelvan definitivamente el procedimiento o que determinen la separación del niño o niña de sus padres, tutores o encargados. El plazo para interponerlo es de tres días posteriores al día de su notificación, se podrá realizar de forma verbal o por escrito ante el juez que conoció el asunto, quien lo remitirá junto con lo actuado a la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia.

La sala señalará audiencias en un plazo de cinco días y resolverá el mismo en un plazo de tres días.

4.2.9 Ocurso de hecho

La parte interesada podrá ocurrir ante la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia, cuando el juez de primera instancia haya negado el recurso de apelación. Esto se podrá hacer dentro de tres días de notificada la denegatoria, recibido el ocurso en la sala se requerirá al juez respectivo la remisión de las actuaciones, las que se enviarán en 24 horas. El ocurso será resuelto dentro de 24 horas de recibidas las actuaciones. Si el ocurso fuere desestimado las actuaciones serán devueltas al tribunal de origen sin más trámite.

Si se declara con lugar el ocurso, se procederá de igual forma que para el recurso de apelación.

Después del proceso que en promedio se tramita entre ocho a 12 meses o más, y si a través de éste se prueba que existen indicios que hagan que los padres pierdan la patria potestad sobre sus hijos, se debe acudir al juez de familia para que éste inicie un nuevo procedimiento en la vía oral para dictar sentencia declarando que los padres han perdido la patria potestad sobre sus hijos, por lo que a continuación se estudiará la vía en que se tramita el juicio de pérdida de patria potestad y el órgano jurisdiccional competente que conoce de dicho juicio.

4.3 Juicio oral

Se encuentra regulado del Artículo 199 al 228 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Se llama así porque se tramita de viva voz (IN VOCE), basándose en audiencias en consecuencia no hay día para la vista, periodo de prueba y no hay emplazamiento.

Presentada la demanda, el juez fija una primera audiencia para la realización del juicio

oral, si en esta audiencia no se reciben todos los medios de prueba ofrecidos el juez señala una segunda audiencia; y si aún en esta audiencia no se pueden recibir todas las pruebas extraordinariamente se señala una tercera audiencia.

A pesar de que se tramita INVOCE siempre hay algo por escrito, que son las actas que se levantan en cada audiencia y estas persiguen dos fines:

Que el juez pueda dictar sentencia, sin lo cual el juez no puede recordar que sucede en cada proceso.

Consiste que contra la sentencia procede el recurso de apelación y para que la sala pueda revocar o modificar la sentencia necesita saber que paso en primera instancia.

Según Manuel Ossorio, éste es aquel que se sustancia en sus partes principales de viva voz y ante el juez o tribunal que entiende en el litigio. En el juicio oral, las pruebas y los alegatos de las partes se efectúan ante el juzgador. La oralidad es esencial para cumplir con el principio de inmediación.

4.3.1 Características

Hablar de las características del juicio oral, se debe de hacer la pregunta ¿porqué se llama juicio oral?

1. ¿Por qué la demanda puede presentarse verbalmente, compareciendo el actor ante el secretario del tribunal a plantear la demanda?
2. ¿Por qué la contestación de la demanda puede hacerse verbalmente o por escrito?
3. ¿Por qué las audiencias son orales?
4. ¿La reconvención puede hacerse verbalmente y por escrito?
5. ¿La ampliación de la demanda puede hacerse verbalmente?
6. ¿La presentación de excepciones del demandado puede hacerse verbalmente?

4.3.2 Principios específicos que regulan el juicio oral

- a) Principio de oralidad. El proceso se tramita de viva voz, por lo tanto, las audiencias son obligatoriamente orales.
- b) Principio de concentración Procesal. Consiste en que deben de realizar el menor número de audiencias el mayor número de actos procesales si es posible. Se debe tramitar todo el proceso en una sola audiencia, si esta audiencia es insuficiente se señala una segunda audiencia y extraordinariamente puede señalarse una tercera audiencia.
- c) Principio de economía procesal. Consiste en que en el juicio oral los litigantes gasten lo menos posible, evitarles gastos innecesarios a las partes. Ejemplo: en el juicio de ínfima cuantía, las partes no tienen gastos, costas ni honorarios.
- d) Principio de sencillez. Consiste en que el juicio oral no tiene las formalidades del juicio ordinario, pero esta sencillez no quiere decir que en el juicio exista desorden.
- e) Principio de brevedad. Esto quiere decir, que esta clase de juicios son rápidos y deben de finalizar si es posible en una sola audiencia.
- f) Principio de tutelaridad. En el juicio debe de protegerse a la parte económicamente débil.

4.3.3 Procedimiento del juicio oral

➤ Demanda

La demanda en el proceso oral podrá presentarse verbalmente, en cuyo caso el secretario levantará el acta respectiva. Cuando se procede de esta manera, la oralidad cumple su función y el acta que se levanta solamente documenta lo que el demandante expone. También puede presentarse por escrito, debiendo la misma cumplir con los requisitos establecidos en los Artículos 106 y 107 del Código Procesal Civil y Mercantil, debido a lo establecido en el Artículo 200, del mismo cuerpo legal que establece que se podrán aplicar al juicio oral las normas y disposiciones del juicio ordinario, cuando no se opongan a las normas específicas que regulan el juicio oral. Además, si se presenta por

escrito, debe cumplir también con lo requerido para toda primera solicitud presentada a los tribunales de justicia (Artículo 61 Código Procesal Civil y Mercantil).

Por lo tanto, los requisitos que se deben cumplir en la demanda, ya presentada verbalmente, ya por escrito, son los siguientes:

- Los hechos en que se funde la demanda, fijados con claridad y precisión;
- Las pruebas que van a rendirse;
- Los fundamentos de derecho;
- La petición.

Acompañar a la demanda los documentos en que funde su derecho, y no teniéndolos a disposición, deberán mencionarse con la mayor individualidad posible, expresando lo que de ellos resulte, y designando el archivo, oficina pública o el lugar en que se encuentren los originales.

➤ **Modificación y/o ampliación de demanda**

El Artículo 204 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece que la demanda podrá ampliarse entre el término comprendido entre el emplazamiento y la primera audiencia, o al celebrarse ésta. Aunque no se menciona la modificación, aplicando la norma relativa a que se podrán aplicar al juicio oral las normas y disposiciones del juicio ordinario, cuando no se opongan a las normas específicas que regulan el juicio oral, y de conformidad con el Artículo 110 de Código Procesal Civil y Mercantil, sí existe la oportunidad de modificar la demanda, además de que la ampliación es ya de por sí una modificación.

Los efectos de dicha ampliación o modificación de la demanda, dependerán de la oportunidad en que se lleven a cabo. Si se amplía o modifica antes de la audiencia, y no se ha contestado la demanda por escrito, debe emplazarse nuevamente al demandado. Si la ampliación o modificación se da en la primera audiencia, el juez suspenderá la audiencia, señalando una nueva para que las partes comparezcan a

juicio oral, a menos que el demandado prefiera contestarla en el mismo acto (Artículo 204 3er párrafo Código Procesal Civil y Mercantil).

El mismo Artículo 204, en el último párrafo, establece que en igual forma deberá procederse en cuanto a la reconvencción.

➤ **Emplazamiento**

Si la demanda cumple con las prescripciones legales, el juez señalará día y hora para que las partes comparezcan a juicio oral, previniéndolas presentar sus pruebas en la audiencia, bajo apercibimiento de continuar el juicio en rebeldía del que no compareciere. Entre el emplazamiento del demandado y la audiencia, deben mediar por lo menos tres días, término que será ampliado en razón de la distancia (Artículo 202) Esta última disposición, constituye un requisito sine qua non para la celebración de la audiencia. Si no media el término mínimo establecido, el demandado no tiene la obligación de asistir a la audiencia, pues le asiste el derecho de disponer de por lo menos tres días para preparar su defensa.

La notificación de una demanda, produce tanto los efectos materiales como los procesales de la litispendencia, establecidos en el Artículo 112 del Código Procesal Civil y Mercantil.

➤ **Audiencia**

La primera audiencia en el juicio oral reviste máxima importancia, porque en ella puede quedar agotada toda la fase de instrucción. En la misma pueden ocurrir:

a) Si comparecen las partes

a.1) Conciliación

La conciliación es considerada en la doctrina, como aquel acto o audiencia previa al juicio por medio de la cual, la autoridad judicial trata de componer y ajustar los ánimos de las partes, o de avenirlas para evitar el proceso.

La audiencia de conciliación establecida en el Artículo 203 del Código Procesal Civil y Mercantil, referente y aplicable al juicio oral, es obligatoria y debe producirse al comienzo de la diligencia. Este carácter de obligatoriedad lo reviste en cuanto al juez, únicamente, quien debe procurar avenir a las partes mediante una justa composición del conflicto, sin que se entre propiamente al debate. También es obligatorio, en cuanto al juez pues éste tiene obligación de promover el acto conciliatorio al comienzo de la diligencia, antes de contestar la demanda. No se considera obligatorio para las partes, pues nadie puede ser obligado a celebrar un acto conciliatorio, pues se trata de un acto voluntario que si bien puede producirse en esta etapa, lo podrá hacer también en cualquier otro momento posterior del proceso.

Si se produce la conciliación entre las partes, el juez podrá aprobarla en la misma acta o en resolución aparte, siempre que el acto conciliatorio no contraríe las leyes. Si la conciliación se produjo parcialmente, deberá continuarse el juicio respecto de los puntos no avenidos.

a.2) Contestación de la demanda, reconvención y excepciones

a.2.1) Contestación de la demanda

La contestación de la demanda puede hacerse oralmente en la primera audiencia, o presentarse por escrito hasta o en el momento de la primera audiencia, según el Artículo 204 Código Procesal Civil y Mercantil. Y en todo caso, deben cumplirse los mismos requisitos establecidos para la demanda. Con la contestación de la demanda, verificada antes o en la audiencia, quedan determinados los hechos sobre los cuales va a versar el juicio oral. Por ese motivo, ya no es posible ampliación o modificación de la demanda, cuando ésta ya ha sido contestada. Y además, porque lo dispuesto en el Artículo 200 es aplicable el Artículo 110 que establece que podrá ampliarse o modificarse la demanda antes de que haya sido contestada y por ello no es posible hacerlo cuando la demanda ya fue contestada.

a.2.2) Reconvención

Para el caso de la reconvención en el juicio oral, la misma deberá llenar los requisitos establecidos en el Artículo 119 del Código Procesal Civil y Mercantil, referente a la reconvención en el juicio ordinario. Por lo tanto, la pretensión que se ejercite debe tener conexión por razón del objeto o del título con la demanda y no debe estar sujeta a distintos trámites.

En el caso del juicio oral, según el Artículo 204 del Código Procesal Civil y Mercantil, la reconvención puede presentarse por escrito antes de la primera audiencia o durante la celebración de la misma, caso en el cual podrá realizarse oralmente. Si la reconvención se formula antes de la primera audiencia o al momento de la celebración de ésta, se producen los mismos efectos, pues el juez debe suspender la audiencia señalando una nueva para que el actor tenga oportunidad de contestarla, o bien, aceptar la facultad del actor para contestarla en el mismo acto.

a.2.3) Excepciones

Si en la audiencia conciliatoria, no se ha tenido éxito, y ha finalizado sin resultado positivo, la próxima fase es la oposición del demandado. Esta oposición puede ser una oposición dilatoria o una oposición perentoria. En el juicio oral, por ser un proceso concentrado y breve, todas las excepciones se oponen en el momento de contestar la demanda o la reconvención, pero las nacidas con posterioridad y las de cosa juzgada, caducidad, prescripción, pago, transacción y litispendencia, se podrán interponer en cualquier tiempo, mientras no se haya dictado sentencia en Segunda Instancia. El juez debe resolver en la primera audiencia las excepciones previas que pudiere, pero puede también resolverlas en auto separado. Las demás excepciones se resuelven en sentencia.

➤ Pruebas

El ofrecimiento de las pruebas en el juicio oral, se rige por el procedimiento establecido

para el ordinario. Así, la prueba se ofrece en la demanda o en su contestación, debiendo individualizarse.

En este proceso, no existe término de prueba, pues se lleva a cabo por medio de audiencias. Por esta razón es que el ofrecimiento debe ser preciso e individualizado, y por ejemplo, en el caso de testigos, debe indicarse sus nombres. En algunas pruebas, como la pericial, pueden ser organizadas posteriormente, por su especial naturaleza. La parte demandada debe conocer qué medios de prueba va a aportar el actor, porque según lo dispuesto en el párrafo primero del Artículo 206, las partes están obligadas a concurrir a la primera audiencia con sus respectivos medios de prueba.

Como es dificultoso que la parte pueda comparecer a la primera audiencia con todas sus pruebas, y en algunos casos, ha sido imposible recibirlas por falta de tiempo; el segundo párrafo del Artículo antes mencionado da la posibilidad de señalar una audiencia nueva dentro del plazo no mayor de 15 días. Esta segunda audiencia, solo es posible utilizarla cuando no ha sido factible recibir todas las pruebas que la parte ha presentado en la primera audiencia. De lo anterior, puede decirse que precluye el derecho de la parte a que se reciba su prueba, si no cumplió con la obligación de concurrir a la primera audiencia con todas sus pruebas.

Existe también la posibilidad de que se señale una tercera audiencia, la cual sólo se fija extraordinariamente y siempre que por circunstancias ajenas al tribunal o a las partes, no hubiere sido posible aportar todas las pruebas. Esta audiencia es exclusivamente para ese objeto y debe señalarse dentro del término máximo de 10 días.

En cuanto a la prueba de declaración de parte, ésta debe practicarse dentro de una de las tres audiencias que se señalen. Debe estar ofrecida en la demanda o en la contestación de la misma, o en la reconvención y su contestación. Para los efectos de recibir la prueba de declaración de parte, la citación para quien deba absolver posiciones, bajo apercibimiento de ser tenido por confeso, no puede llevarse a cabo si no se presenta con la solicitud la plica que contiene las posiciones.

➤ **Incidencias y nulidades**

Todos los incidentes que por su naturaleza no puedan o no deban resolverse previamente, se decidirán en sentencia. En igual forma se resolverán las nulidades que se planteen. En todo caso se oirá dentro 24 horas a la otra parte, salvo que el incidente o nulidad que haya sido interpuesta y deba resolverse inmediatamente. La prueba se recibirá en una de las audiencias que especifica el Artículo 206.

➤ **Sentencia**

La sentencia en el juicio oral produce los mismos efectos que la sentencia dictada en el juicio ordinario. Produce sus efectos jurídicos (cosa juzgada) y sus efectos económicos (condena en costas al vencido)

Si no hubiere allanamiento ni confesión, debe recibirse la prueba propuesta por las partes, en cuyo caso, el juez dictará sentencia dentro de cinco días contados a partir de la última audiencia (Artículo 208 Código Procesal Civil y Mercantil).

En el caso en que el demandado se allanare a la demanda o confesare los hechos expuestos en la misma, el juez ya no necesitará de ninguna otra prueba para que el asunto judicial termine por sentencia, la cual debe dictar el juez dentro de tercero día (Artículo 208 Código Procesal Civil y Mercantil).

Cuando el demandado no comparece a la primera audiencia sin causa justificada, el juez fallará siempre que hubiere recibido la prueba ofrecida por el actor. De esa manera, no es suficiente la simple rebeldía del demandado para que se tengan por aceptados los hechos afirmados por el actor en su demanda. Y como norma general, la rebeldía no produce confesión ficta, salvo en los siguientes casos establecidos específicamente en la ley: juicio oral de alimentos, juicio oral de ínfima cuantía, juicio oral de rendición de cuentas, juicio oral de jactancia

➤ **Medios de impugnación**

En el juicio solamente la sentencia es apelable, como lo establece el Artículo 209 del

Código Procesal Civil y Mercantil, establece que en este tipo de procesos sólo será apelable la sentencia. El objeto de esta norma, es que el juicio oral se tramite con toda la celeridad posible, dando amplias facultades al juez para resolver las excepciones, incidencias o nulidades que se presenten durante el curso del proceso, sin que haya necesidad de que se abra una segunda instancia. Diferente es el caso del fallo final que sí es susceptible de apelación, siendo el trámite de segunda instancia sumamente rápido. En efecto, el juez o tribunal superior, al recibir los autos, señalará día para la vista, la que tendrá lugar dentro de los ocho días siguientes y si no se hubiera ordenado diligencias para mejor proveer, se dictará la sentencia dentro de los tres días siguientes.

Nulidad.

El Artículo 207 del Código Procesal civil y Mercantil, establece que las nulidades que se planteen que por su naturaleza no puedan o no deban resolverse previamente se decidirán en sentencia. En todo caso, deberá oírse dentro de 24 horas a la otra parte, salvo que la nulidad que se plantee deba resolverse inmediatamente. La prueba se recibirá en una de las audiencias que se señalen dentro del presente juicio.

➤ **Ejecución de la sentencia**

La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada tiene carácter de título ejecutivo; por ello, quien en virtud de aquélla resulta deudor y no cumple la prestación debida, estará sujeto a la ejecución forzosa, que dará cumplimiento a lo ordenado en el fallo.

El Artículo 210 de Código Procesal Civil y Mercantil, establece que la ejecución de sentencias en el juicio oral se llevará a cabo en la forma establecida para cualquier otra sentencia, pero los términos se entienden reducidos a la mitad.

La ejecución de sentencias nacionales está regulada en el Título IV del Código Procesal Civil y Mercantil del Artículo 340 al 343, en los cuales se indica que la ejecución de dichas sentencias se hará conforme a las disposiciones para la vía de apremio y las normas especiales previstas para las distintas clases de obligaciones (dar, hacer y no

hacer), y también remite a lo dispuesto en la Ley del Organismo Judicial, específicamente a los Artículos 173 a 175 referentes a la ejecución de sentencias.

Por la naturaleza de las distintas clases de juicios orales, la ejecución de sentencias para cada uno puede diferir, y no siempre es aplicable la vía de apremio. Por ejemplo: en el caso de división de la cosa común, es aplicable el Artículo 341 del –107- que se refiere a la ejecución de sentencia para poner en posesión de los bienes a la parte que le corresponda determinada parcela, si ésta está detentada por otro de los condóminos y hubiere resistencia a entregarla.

➤ **Materia del juicio oral**

El Artículo 199 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece que se tramitarán en juicio oral:

- “ a) Los asuntos de menor cuantía
- b) Los asuntos de ínfima cuantía
- c) Los asuntos relativos a la obligación de prestar alimentos
- d) La rendición de cuentas por parte de todas la personas a quienes les impone esta obligación la ley o el contrato
- e) La división de la cosa común y las diferencia que surgieren entre los copropietarios en relación a la misma
- f) La declaración de jactancia
- g) Los asuntos que por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban seguirse en esta vía”.

➤ **Juicio oral en materia de pérdida de patria potestad**

En relación a la pérdida de patria potestad, por disposición de la ley las cuestiones de familia de conformidad con lo establecido en la ley de tribunales de familia, deberán de tramitarse en la vía oral, y al ser ésta una cuestión de familia se debe acudir a dicha vía.

Es imprescindible hacer ver que a pesar de que éste es un juicio eminentemente oral, el tiempo aproximado en que se resuelve el juicio de pérdida de patria potestad si las partes acuden al juicio, es de aproximadamente un año, por lo que si se toma en consideración que el bien jurídico tutelado a través de este juicio es el derecho a una familia que tienen los niños, éste tiempo aunado a los años que ha tomado resolver el juicio de medidas de protección, hacen que los niños permanezcan internados un tiempo aproximado de tres años lo cual es un tiempo por demás prolongado, tiempo durante el que los niños son apartados de una familia, perdiendo la confianza, su identidad y causándoles traumas severos que les seguirán el resto de su vida.

Asimismo, resulta importante para esta investigación hacer ver que a pesar de que el proceso de protección debiera realizarse en un plazo no mayor de dos meses, éste se lleva a cabo en un promedio de ocho a 12 meses, y en ocasiones el mismo se prolonga durante muchos años, tiempo durante el cual los niños se encuentran en instituciones quienes velan por ellos.

Asimismo, de que en el proceso de protección se aportan suficientes medios de prueba, a través de los que se ha podido probar fehacientemente que los padres han abusado de sus hijos y los han expuesto a peligros graves de forma negligente, motivos que de conformidad con la ley son suficientes para que pierdan la patria potestad sobre sus hijos y que éstos se les busque una nueva familia que les brinde, amor, abrigo y protección.

CONCLUSIONES

1. En la actualidad los procesos de medidas de protección y juicios de pérdida de patria potestad, se han convertido en trámites lentos, altamente burocráticos, provocando que el Estado revictimice a la niñez, violentando aún más sus derechos, especialmente el derecho a la familia. Esto sucede en todos aquellos casos que los padres han incurrido en delitos y/o faltas en contra de sus hijos, y de conformidad con la ley deben perder la patria potestad sobre ellos.
2. Actualmente el juicio de pérdida de patria potestad, que es interpuesto por la Procuraduría General de la Nación, se hace a requerimiento de juez de niñez, después de un proceso de medidas de protección el cual se ha diligenciado durante meses e incluso años y durante la tramitación de dicho proceso, ha quedado ampliamente probado que los padres han incurrido en causal para perder la patria potestad sobre sus hijos, sin embargo los Juzgados de Familia quienes son competentes para conocer de este tipo de juicios, no valoran la prueba producida en los proceso de medidas de protección lo cual provoca una segunda revictimización a los niños que carecen de familia, ya que se encuentran institucionalizados mientras se resuelve su situación jurídica.
3. Dentro de las acciones que realiza el Estado a través de los organismos relacionados con la protección integral de la niñez, a nivel social, económico y jurídico, en la política pública; en la actualidad no existen medidas a largo, mediano y corto plazo, encaminadas a la protección de la niñez en Guatemala ya que no siempre cumplen con el fin de brindar la protección adecuada a los niños ya que sólo quedan en planes, proyectos, programas, informes, estudios y no en acciones de ejecución concretas y con resultados.
4. En la actualidad existe una doble jurisdicción en materia de niñez, ya que los jueces de familia son los facultados para declarar la pérdida de patria potestad, e iniciar un nuevo proceso con el único fin de recabar una prueba ya existente y con la cual se ha demostrado ampliamente en un proceso de niñez, las causas legalmente

establecidas para que proceda la pérdida de patria potestad, con lo que se retrasa el reestablecimiento de los derechos de los niños.

5. Los jueces de familia por la naturaleza de los procesos que conocen no han sido capacitados, ni especializados en derechos de niñez y adolescencia; lo que provoca que no sea considerado el principio fundamental del interés superior del niño, plasmado en la Convención de los Derechos del Niño, provocando con ello el retardo en el reestablecimiento a los derechos de la Niñez.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Organismo Judicial, en la escuela de estudios judiciales incluyan, temas relacionados con el abordaje y resolución de procesos en materia de niñez y adolescencia, porque actualmente dichos temas no se encuentran incluidos en dichas escuela, para que los jueces de familia y niñez se especialicen en dicha materia, garantizando con ello que este tipo de operadores de justicia, velarán por la protección integral de los derechos de la niñez en Guatemala,
2. El Organismo Judicial debe instruir a los jueces familia, sobre el procedimiento que deben de aplicar en materia de niñez y adolescencia, porque como se ha manifestado a lo largo de esta investigación, éstos revictimizan a los niños niñas y/o adolescentes en los juicios de pérdida de patria potestad, al no valorar la prueba producida en un proceso tan extenso como lo es el de medidas de protección de niñez y adolescencia, para que no se continúe revictimizando a los niños niñas y adolescentes en Guatemala.
3. Que la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, la Procuraduría de los Derechos Humanos, las Juntas Municipales de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, la Procuraduría de Niñez y Adolescencia de la Procuraduría General de la Nación, instituciones encargadas de la labor social, económico, jurídico y protección integral de la niñez, implementen programas y reglamentos adecuados para que de esta forma se permitan a los niños que están temporalmente con familias sustitutas, y no en hogares para que los niños permanezcan con estas familias durante el tiempo que se resuelve su situación jurídica en los juzgados de la niñez y adolescencia en el departamento de Guatemala.
4. Es necesario que se reforme le Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, porque con dichas reformas se ampliarían las facultades de los jueces de niñez y adolescencia para que éstos puedan declarar la pérdida de patria potestad de los padres siempre y cuando se demuestre que existe causal legalmente establecida.

5. Es necesario que el personal que labora en los diversos juzgados de familia sea capacitado a través de la escuela de estudios judiciales del Organismo Judicial en derechos de la Niñez y la adolescencia, porque en la actualidad este personal carece de los conocimientos necesarios en el abordaje de la niñez y adolescencia víctima de maltrato, para que conozcan sus principios rectores y la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño.

BIBLIOGRAFÍA

BELOFF MARY. **Modelo de protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular.** Un modelo para armar y otro para desarmar, en revista justicia y derecho del niño, Santiago de Chile, UNICEF, No. 1999.

BERDUGO GOMEZ de la TORRE en VERDUGO/SOLER-SALA, **La Convención de los Derechos del Niño.** Hacia el siglo XXI. España, Mira Editores, 2001.

BERNUZ BENEITEZ, El derecho del niño a ser oído. **Los derechos de la infancia y la adolescencia, primera jornadas sobre derechos humanos y libertades fundamentales, España,** Mira Editores, 2000.

BINDER, Luis. **Política criminal: de la formulación de praxis,** Argentina, 1997.

BUSTOS RAMIREZ, **Control social y sistema penal,** Colombia, 2003.

DIAZ y SOLORZANO. **Aproximación al sistema penal juvenil centroamericano,** el libro blanco sobre independencia del poder judicial y la eficacia de la administración de justicia en Centroamérica, jueces para la democracia, 1999.

FERRAJOLI, Juan. **Derecho y garantía. La ley del más débil,** prólogo de perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, 1999.

GARCÍA MÉNDEZ y Belfo Mary. **Prefacio compiladores,** infancia ley y democracia en América Latina, Buenos Aires, Junio 1992.

KUNH, Thomas. **La estructura de las revoluciones científicas,** Madrid, España. 1962.

PEREZ LUÑO. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución,** Madrid, técnos, 2001, 7ª. Edición.

PRIETO SANCHIS, L. **Los derechos fundamentales y el menor de edad,** en los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente, Ministerio de Justicia de España, Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid 1983.

VELÁSQUEZ, Fernando. **Derechos humanos y niñez,** en módulo sobre los derechos del niño en Guatemala, proyecto implementación de la convención sobre los derechos del niño, Organismo Judicial UNICEF, Guatemala, 2001.

Legislación:

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

Declaración de los Derechos del Niño (Declaración de Ginebra 1924). Asamblea General de las Naciones Unidas. 1924.

Declaración de los Derechos del Niño (1959). Asamblea General de la Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1959.

Convención Sobre los Derechos del Niños, Decreto 27-2003. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. UNICEF. Guatemala 2003.

Aprobación del Convenio que contiene la Convención Sobre los Derechos del Niño. Decreto de Ratificación 27-90, del Congreso de la República de Guatemala. 1990.

Código Civil y sus Reformas. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Ley 106.

Código Procesal Civil y Mercantil. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Ley 107.

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

Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 27-2003. Guatemala. 2004.