

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Programa de Actualización de Cierre Académico



**Interés superior de los derechos de la niñez en los procesos
de familia**

-Tesis de Licenciatura-

Karen Paola Aldana Oliva

Guatemala, mayo 2014

**Interés superior de los derechos de la niñez en los procesos
de familia**

-Tesis de Licenciatura-

Karen Paola Aldana Oliva

Guatemala, mayo 2014

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Vicerrectora Académica Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrector Administrativo M. A. César Augusto Custodio Cóbar

Secretario General Lic. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano M. Sc. Otto Ronaldo González Peña

Coordinador de exámenes privados M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador del Departamento de Tesis Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla

Director del Programa de Tesis Dr. Carlos Interiano

Coordinador de Cátedra M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Asesor de Tesis M. Sc. Mario Jo Chang

Revisor de Tesis M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

Lic. Ramiro Stuardo López Galindo

Lic. Javier Anibal García Constanza

Lic. Arturo Recinos Sosa

Licda. Nydia Lissette Arevalo Flores

Segunda Fase

Lic. Javier Anibal García Constanza

Lic. Arturo Recinos Sosa

Lic. Víctor Manuel Morán Ramírez

Lic. Luis Eduardo López Ramos

Tercera Fase

Lic. Eddy Giovanni Miranda Medina

Licda. Karla Gabriela Palacios Ruiz

Dr. Jorge Egberto Canel García

Lic. Adolfo Quiñonez Furlan

Licda. Karin Virginia Romero Figueroa

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, cinco de julio de dos mil trece.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **INTERÉS SUPERIOR DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ EN LOS PROCESOS DE FAMILIA**, presentado por **KAREN PAOLA ALDANA OLIVA**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor al Licenciado **MARIO JO CHANG**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **KAREN PAOLA ALDANA OLIVA**

Título de la tesis: **INTERÉS SUPERIOR DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ EN LOS PROCESOS DE FAMILIA**

El Tutor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

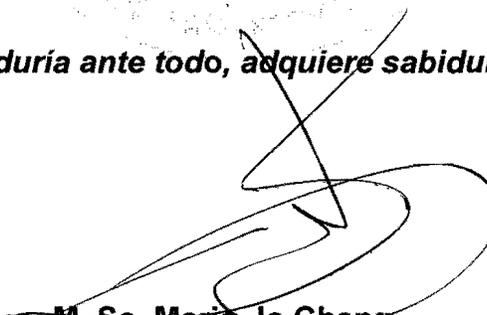
Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 20 de noviembre de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


M. Sc. Mario Jo Chang
Tutor de Tesis



UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, veintiuno de noviembre de dos mil trece.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **INTERÉS SUPERIOR DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ EN LOS PROCESOS DE FAMILIA**, presentado por **KAREN PAOLA ALDANA OLIVA**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico al Licenciado **JOAQUÍN RODRIGO FLORES GUZMÁN**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **KAREN PAOLA ALDANA OLIVA**

Título de la tesis: **INTERÉS SUPERIOR DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ EN LOS PROCESOS DE FAMILIA**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

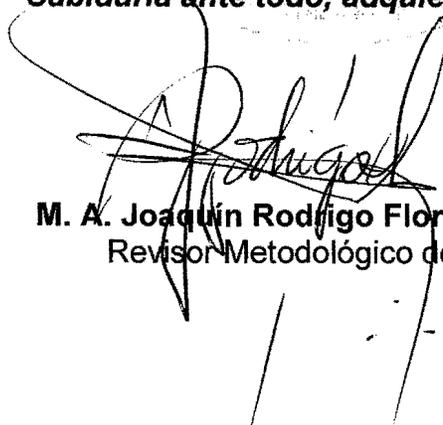
Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 23 de enero de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Revisor Metodológico de Tesis



DICTAMEN DEL DIRECTOR DEL PROGRAMA DE TESIS

Nombre del Estudiante: **KAREN PAOLA ALDANA OLIVA**

Título de la tesis: **INTERÉS SUPERIOR DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ EN LOS PROCESOS DE FAMILIA**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

Tercero: Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

Cuarto: Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

Por tanto,

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 13 de marzo de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Carlos Interiano

Director del programa de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **KAREN PAOLA ALDANA OLIVA**

Título de la tesis: **INTERÉS SUPERIOR DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ EN LOS PROCESOS DE FAMILIA**

El Director del programa de tesis, y el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

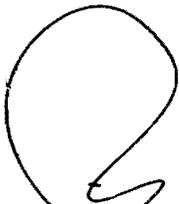
Segundo: Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

Por tanto,

Se autoriza la impresión de dicho documento en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 31 de marzo de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Dr. Carlos Interiano
Director del programa de tesis Facultad de
Ciencias Jurídicas y Justicia



Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Nota: Para efectos legales, únicamente la sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

DEDICATORIA/AGRADECIMIENTOS

A Dios

Por tomarme de su mano y guiarme con su gracia hasta este momento, permitirme llegar hasta este punto y haberme dado salud y sabiduría para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.

A Mis Padres

Vicente Alberto Aldana Pazos y Aura Iris Oliva Sosa por su confianza en mí, por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, pero más que nada, por su amor. Por los ejemplos de perseverancia y trabajo que los caracterizan y que se reflejan en mi vida.

A Mis Hermanos

Chentio, Wendy, Héctor José por su apoyo y porque con su mirada, sonrisa y amor, me llenan de fuerza y determinación para seguir adelante, alcanzar mis metas y ser un buen ejemplo para ellos.

A Mis Sobrinas

Sofía y Valentina por inspirarme a ser mejor persona cada día.

A Mis Familiares y Amigos

Personas incondicionales que han dejado una huella en mi vida y a quienes también dedico esta Tesis.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
Evolución histórica y doctrinaria de los derechos de la niñez	1
Principios rectores de los derechos de la niñez	5
Principios que reconoce la convención sobre derechos del niño	7
Evolución de la concepción del interés superior del menor	10
Perspectiva integral del interés de los menores como criterio superior en el derecho de familia guatemalteco	13
Factores que intervienen en el proceso de individualización del interés del menor	31
Análisis del interés de los menores en base al criterio superior en los procesos de familia	41
El Interés superior del menor en los asuntos de guarda y custodia	45
Criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor	54
Conclusiones	69
Referencias	71

Resumen

En el presente trabajo se hace un análisis jurídico sobre la aplicación del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente en la actuación de los jueces de familia al resolver asuntos en donde está en juego el bienestar integral de menores, no observando que dicho interés debe ajustarse siempre a las concretas circunstancias del medio en el que el menor se desarrolla de manera habitual; esencialmente su entorno familiar, en el orden de los factores intervinientes, y que en la concreción de este interés aparecen los padres o en su caso los tutores o guardadores.

Haciendo mención al origen histórico tanto nacional como internacional por el cual se establece la importancia de la protección del interés superior del niño, niña y adolescentes, es importante resaltar que Guatemala cuenta con la siguiente legislación sobre los derechos y principios de menores: La Convención de Derechos del niño, La Declaración Universal de los Derechos del Niño, así como la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

El problema planteado, es enfocado desde el punto de vista jurídico pues tanto la legislación interna como los tratados internacionales contemplan el interés superior del menor como una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y adolescencia, asimismo

es necesario que los jueces de familia apliquen este principio, en pro del desarrollo integral de los menores. Son tantos los factores que intervienen en el proceso de individualización del interés del menor, que le proporcionarían al juez los medios sobre los cuales debe adoptar un criterio objetivo, para emitir una justa y legal resolución al problema sobre la guarda y custodia del menor, garantizándole el desarrollo integral, en un ambiente familiar equilibrado con los derechos de los hijos como el de los padres. Por lo tanto, es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual, ético y moral, a nivel constitucional, internacional y legal, obligando así a hacer efectivos dichos derechos, a la propia familia, a la población y al Gobierno de Guatemala, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesaria para materializar los derechos de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor, teniendo siempre como fundamento base, el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente.

Palabras Clave

Menor. Guarda. Protección. Desarrollo integral. Interés superior.

Introducción

El interés superior del menor constituye un principio garante de los derechos del niño, niña y adolescente, por lo tanto vinculante para todos aquéllos que puedan influir o tomar decisiones respecto de situaciones en las que deban resolverse cuestiones que, de un modo u otro, afecten a menores. Es así, como el legislador, los jueces, las entidades públicas, los progenitores o tutores deben respetar la efectividad de aquellos acuerdos que permitan satisfacer las necesidades de las partes, primordialmente las de los menores.

Es así como al establecer los Derechos de la niñez en la Constitución de 1985, seguido por la Convención y Declaración de los Derechos de la niñez, al pasar de los años sin obtener los resultados esperados dando cobertura a las necesidades básicas de los niños y niñas, se da vida en el año 2003 a la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, portadora de los derechos, principios y garantías de la niñez.

Desde el punto de vista social, y derivado de la investigación efectuada se considera que el incumplimiento de lo establecido en ley y en los tratados internacionales en cuanto al interés superior del menor en las decisiones de los jueces de familia, tiene un impacto directo en la sociedad guatemalteca, pues los menores que crecen en un hogar

violento en donde han sufrido maltratos físicos y psicológicos, son personas vulnerables a manifestar su descontento con la sociedad de forma delictiva.

Es por ello que el presente trabajo refleja la clara necesidad de abogar por el establecimiento de los criterios mínimos en defensa de los derechos subjetivos atribuidos al interés superior del menor, reduciendo así la inseguridad jurídica que se percibe en la actualidad en los juzgados de familia en Guatemala, derivado de la falta de conocimiento de los derechos de la niñez, siendo la base de estos, el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente, o la falta de apreciación de la dimensión de aplicación e importancia que tiene en la vida del menor, la debida aplicación de los derechos del niño, velando por el Interés Superior del Menor, como eje fundamental para su desarrollo integral y goce de sus derechos fundamentales.

Evolución histórica y doctrinaria de los derechos de la niñez

Los derechos de los niños y las niñas forman parte del desarrollo del derecho en general, siglos atrás la niñez no era considerada jurídicamente como un grupo social diferente al de los adultos.

Solórzano Justo, *La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, una aproximación a sus principios, derechos y garantías*, expone:

Hace dos siglos la niñez no era considerada como un grupo social diferenciado jurídicamente de los adultos, por esto 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-.

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, con el desarrollo de las ciencias naturales y la filantropía humanitaria surgió un movimiento social que exigió un trato diferenciado para los niños y las niñas, logrando así sus objetivos con la creación de un derecho específico denominado Derecho Tutelar de Menores.

El Derecho tutelar se originó en los Estados Unidos, definido por muchos historiadores y criminólogos como un movimiento humanitario y progresista, que respondió a la problemática de las miserias de la vida urbana, la delincuencia juvenil y las precarias condiciones de promiscuidad en las cárceles provocadas por la mezcla de mayores y menores.

Con la aprobación y posterior vigencia de la Constitución de 1985, y de la Convención sobre los derechos del niño en 1990, se cuestiona el modelo del sistema tutelar de menores, pues éste se dirige sólo a un sector de la población infanto-juvenil y no a su totalidad, estableciéndose un cambio de doctrina que deja atrás el modelo en el que se encontraban los niños en situación irregular por un modelo que persigue proteger a todos los niños y las niñas que sufren de amenazas y violaciones en sus derechos humanos; fue como en el año 2003 fue aprobada la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, portadora de los derechos, principios y garantías de la niñez. (2004:12-16)

Definición de Derechos de los niños

El Estado es el encargado de velar y asegurar al niño, niña y adolescente la protección y el cuidado necesario para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes a los que sus padres, tutores u otras personas responsables de ellos ante la ley están obligados a cumplir.

Solórzano Justo, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, una aproximación a sus principios, derechos y garantías, dice: “En Guatemala, el niño y la niña tienen reconocidos sus derechos como personas humanas desde el momento de su concepción, según lo establece la Constitución Política, y su status jurídico de infancia finaliza a los dieciocho años de edad”. (2004:17)

El derecho de menores puede definirse como el conjunto de doctrinas, principios, convenios internacionales y normas jurídicas, por medio de las cuales se persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia.

Se considera niña, niño o adolescente de conformidad con la Ley de Protección integral de la niñez y la adolescencia, en su Artículo 2 el cual señala, a toda persona desde su concepción, hasta que cumple trece años de edad y adolescente hasta que cumple dieciocho años de edad.

Características

El derecho de menores están constituidos por un conjunto de normas legales cuyo fin primordial es velar por la protección y bienestar en general del niño, niña y adolescente, dichos derechos se complementan con dos características principales que son: carácter tutelar y protector y carácter normativo.

*** Tutelar y protector**

En la actualidad es evidente que el niño y la niña no están más seguros con su familia, en su comunidad o en la sociedad en general, ya que las decisiones que el adulto toma en relación con la niñez no siempre son las más adecuadas para ellos y ellas, estamos conscientes de que el niño y la niña son seres humanos con dignidad y derechos que el Estado y la Sociedad deben respetar y proteger.

Quedando en el pasado la idea que el niño y la niña eran objetos a los cuales teníamos que tutelar y proteger según las creencias culturales; el niño y la niña dejaron de ser objetos de tutela para pasar a ser sujetos de derechos.

La Constitución Política de la República de Guatemala, concede al niño y la niña un reconocimiento jurídico como sujetos de derecho con un estado privilegiado que implica un tratamiento jurídico y humano especial.

Los derechos de la niñez implican el reconocimiento de todos los derechos que la Constitución de la República establece, los convenios internacionales en materia de derechos humanos y la legislación ordinaria, así también otros derechos, principios y garantías que ameriten por su condición especial de indefensión ante los adultos.

El derecho de menores se caracteriza por ser tutelar y protector además tiene por objeto, ante la desigualdad de condiciones de los niños frente a los adultos, mas concretamente frente a sus padres, demás familia y a la violencia que éstos por una u otra razón, o bien, sin ésta, pueden ejercer sobre los niños, por lo tanto, presenta un marco jurídico que protege de manera integral a la persona del niño y del adolescente en sí.

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

*** Normativo**

Como ya se hizo mención con anterioridad es el Estado el encargado de velar por la protección de la niñez, encontrándose plasmados dichos derechos en la Legislación nacional como en Convenios Internacionales. Constituyendo así una serie de normas jurídicas legalmente establecidas encaminadas a promover y adoptar medidas necesarias para proteger a la familia, jurídica y socialmente, así como garantizarle a los padres y tutores el cumplimiento de sus obligaciones.

Principios rectores de los derechos de la niñez

En todo proceso en el que se encuentren involucrados niños, para una adecuada interpretación y aplicación de la legislación, se han establecido dos principios rectores guías: el interés superior del niño y la niña y el respeto del derecho de opinión, establecidos en los artículos 3 y 12 de la convención sobre derechos del niño.

Interés superior del niño, niña y adolescente

Cuando en el conflicto a resolver estén involucrados niños, los jueces están obligados a apegarse a un interés nuevo, superior sobre los demás por ser del niño o niña.

Como lo establece la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en su artículo 5, el interés superior del niño, es una garantía que se aplicara en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez.

En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en la ley de protección integral de la niñez y adolescencia.

El artículo 5 del acuerdo 42-2007 de la Corte Suprema de Justicia, establece que ante cualquier tipo de conflicto de intereses que pueda originarse en las resoluciones intermedias o finales deberá prevalecer el interés del niño/a o adolescente.

Derecho de Opinión

El derecho de Opinión del niño y la niña de acuerdo al artículo 12 de la Convención de Derechos del niño establece que, los estados partes garantizaran al niño y niña que estén en condiciones de formarse un

juicio propio, tienen el derecho de expresar libremente su opinión en todos los asuntos que les afecten, y a que se tomen en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

Asignándose así una tarea más a los jueces y las juezas, consistente en ser creativos para establecer procedimientos adecuados que permitan a los niños el desarrollo adecuado de este derecho, escuchando a los menores a fin de ser tomados como sujetos prevalentes de derechos y no como objetos de un sistema jurídico pensado sólo en la exclusiva finalidad del adulto.

El artículo 5 del acuerdo 42-2007 de la Corte Suprema de Justicia, establece que ante cualquier tipo de conflicto de intereses... Asimismo, se le oirá y se tendrá en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez.

Principios que reconoce la convención sobre derechos del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño contiene un catálogo de los derechos mínimos de los menores. Estableciendo que, considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Convención, su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor

de la persona humana, y su determinación de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, y que las Naciones Unidas han proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, y la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. La humanidad le debe al niño lo mejor que puede darle, La Asamblea General de las Naciones Unidas, proclama la Declaración de los Derechos del Niño a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas

progresivamente de conformidad con los diez principios que esta establece.

- Derecho de igualdad
- Derecho del interés superior del niño
- Derecho a un nombre y nacionalidad
- Derecho a la salud
- Derecho a un trato especial
- Derecho a una familia
- Derecho a la educación
- Derecho al auxilio
- Derecho de no tratos crueles
- Derecho a la no discriminación

Es evidente que existen una serie de principios doctrinarios y legales sobre los cuales basar la actuación de los Jueces de Familia que si bien no representa una guía concreta para cada caso en específico crea limitantes y directrices que permiten dictaminar a favor del interés de los niños y adolescentes. Es por ello que el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la sociedad;

y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de estos derechos.

UNICEF, Hojas Informativas sobre la Protección de la Infancia expone:

La violencia contra los niños y niñas incluye el abuso y maltrato físico y mental, el abandono o el tratamiento negligente, la explotación y el abuso sexual. La violencia puede ocurrir en el hogar, las escuelas, los orfanatos, los centros residenciales de atención, en las calles, en el lugar de trabajo, en prisiones y establecimientos penitenciarios. Puede afectar la salud física y mental de los niños, perjudicar su habilidad para aprender, socializar y, más adelante, socavar su desarrollo como adultos funcionales y buenos progenitores. En los casos más graves, la violencia contra los niños conduce a la muerte. (2006:5)

Evolución de la concepción del interés superior del menor

Para algunos autores la denominación interés superior del menor aparece por primera vez en Preámbulo de la Convención de La Haya de 1980 *best interest of the children*. La Convención Americana de Derechos Humanos, definió el Interés Superior del Menor y fue adoptada por nuestra legislación en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia en su Artículo 5 donde establece que el Interés superior del niño es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez.

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

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

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

UNICEF, Estudio Jurimétrico: Evaluación de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación desarrollada a su amparo:

Establece que en las sentencias que emitan los órganos jurisdiccionales, la opinión del niño debe ser valorada; deben expresarse los argumentos que justifiquen la decisión de tomar o no en cuenta su opinión en la resolución del caso que se somete a consideración, tomando en cuenta el interés superior del niño. (2013:38)

Más allá de la subjetividad del término interés superior del menor este se presenta como el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo.

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

Por lo tanto, para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones fácticas es decir las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados, así como consideraciones jurídicas; los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil.

UNICEF, Hojas Informativas sobre la Protección de la Infancia expone:

Los maestros, asistentes sociales, personal médico y otras personas que estén en estrecha proximidad con los niños deben recibir formación sobre medidas de prevención y protección, entre ellas aprender a detectar el abuso a tiempo y a ofrecer respuestas apropiadas. (2006:6)

En ese mismo sentido, es necesario tener en cuenta que, el interés del menor debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad de los padres o funcionarios públicos encargados de protegerlo; no obstante, ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres.

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

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

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

derecho de la persona y del derecho de familia. En este sentido no es posible obviar la circunstancia de que, aun atendida su realidad cambiante, la familia constituye el principal centro de desarrollo de la personalidad del individuo ni las implicaciones de respeto hacia los derechos esenciales de cada uno de sus integrantes que conlleva la convivencia familiar.

Por otra parte, el establecimiento constitucional de un orden familiar anclado en el principio de igualdad de los esposos, determinante de la atribución conjunta de la titularidad de la patria potestad a ambos progenitores, así como la previsión del ejercicio de dicha potestad paterna en exclusivo beneficio del hijo y de acuerdo con su personalidad han incidido en esta renovada valoración del interés del menor, consagrado por imperativo constitucional como criterio preferente en abundantes normas.

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

que determinará que el procedimiento de la mediación asiente sobre el concepto normativo de su interés.

UNICEF, Estudio Jurimétrico: Evaluación de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación desarrollada a su amparo, establece:

En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar, que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia". (2013:50)

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

El principio general del *favor minoris* y *favor filli*

Superada la clásica configuración romana, como poder determinante de la sujeción al *pater familias* quien ejercía una suerte de derecho subjetivo de naturaleza casi pública sobre los hijos y descendientes, en la actualidad la patria potestad, institución en cuyo ámbito habitualmente se

plantean las cuestiones en las que se resuelve sobre el interés del menor, se concibe específicamente en interés y beneficio del hijo.

La conclusión inmediata que se deriva es que, en todo caso, la decisión de cualquier cuestión familiar suscitada en el marco de las relaciones de patria potestad y, por ende, todo conflicto o situación en que intervengan menores o de un modo u otro les afecte, debe valorar el beneficio del menor como interés prevalente. Desde tal consideración los Tribunales han venido subrayando, con matices diversos, el esencial principio del *favor filli* como imprescindible criterio inspirador en la adopción de cualquier medida referente a los derechos de los hijos sometidos a la potestad paterna.

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

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

El principio de que el interés superior del niño debe presidir cualquier medida concerniente al mismo, consagrado tanto en el orden internacional como en el ámbito interno, demanda que, en esta línea de *favor filli*, con carácter general debe procurarse que los menores tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores, a no ser que el mismo se revele perjudicial para el hijo, razón por la que no cabe adoptar medios de general aplicación para todos los casos sino que siempre se habrá de estar a las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado.

En aplicación de las pautas anteriormente expuestas resulta que la concepción de la patria potestad al igual que, en su propio ámbito, la tutela como institución por excelencia protectora del menor, fundada en la relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza, y ejercida siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, es puesta de relieve por abundantes resoluciones judiciales. Sin duda, la actual revalorización de la infancia emerge como reflejo general de los valores individuales de la persona, entendida como el reconocimiento de su propia dignidad que, respecto de los menores, presenta una peculiaridad determinada por el hecho de integrar la personalidad individual en una de las fases más esenciales de su desarrollo.

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

De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas

menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansan las anteriores disposiciones, específicamente en las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección.

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

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

Valor jurídico del principio del *favor filli*

La referencia al valor jurídico del principio del interés del menor se conecta con su sanción expresa en los textos legales y, consecuencia de tal formulación normativa, con la vinculación a su cumplimiento, que se impone como criterio básico en la solución de cuantos conflictos afecten o puedan afectar a un menor de edad. Anteriormente he tenido ocasión de señalar algunas normas que explícitamente recogen el principio del beneficio del hijo como criterio rector, de manera esencial en el ámbito del Derecho de Familia. No se trata ahora de reiterar lo indicado pero sí conviene sistematizar y completar las menciones expuestas que nos permitirán concluir la eficacia vinculante del principio del *favor minoris*. Considerando la necesidad de asegurar la protección del interés superior del menor y de su bienestar, consagrado en los tratados internacionales, teniendo en cuenta notablemente los problemas que entraña, en materia de guarda y derecho de visitas, una separación o un divorcio, atendiendo la experiencia que evidencia que la mediación familiar puede, asegurar la continuidad de las relaciones personales entre padres e hijos.

Este principio del *favor minoris* se consolida como criterio general conforme al cual debe desarrollarse el proceso de mediación, y en tal sentido se confirma que se dispone que el mediador debe tener especialmente en cuenta el bienestar y el interés superior del niño, debiendo alentar a los padres a concentrarse sobre las necesidades del

menor y debiendo apelar a la responsabilidad básica de los padres en el bienestar de sus hijos.

También aparece en la referencia a la relación entre la mediación y los procedimientos judiciales, señalándose al respecto la necesidad de que los Estados establezcan mecanismos tendientes a asegurar que en este caso la autoridad judicial u otra entidad competente conserve el poder de tomar decisiones urgentes relativas a la protección de las partes o sus hijos, o su patrimonio.

Y se reitera de manera especial para todas las cuestiones concernientes a los niños, y en particular aquellas relativas a la guarda y al derecho de visita en la consideración de aquellos supuestos en los que se presente un elemento de extrañeza, al tratar de la mediación internacional.

Eficacia vinculante del principio del *favor minoris*

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

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

De un lado, su naturaleza de contrato, impone el pleno imperio de la autonomía privada que no encuentra más límite que la ley, la moral y el orden público; sancionado legalmente el criterio y declarada la imperatividad del orden público familiar. Por otra parte, no se debe obviar el valor de fuente del Derecho de los principios generales, como el del interés superior del niño, y su dual posibilidad de aplicación, directamente, en defecto de ley o costumbre, o de manera indirecta, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

Naturaleza imperativa del estatuto jurídico del menor

El efecto inmediato, de que el principio informador de la patria potestad como de todas aquellas situaciones afectantes a un menor no es otro, que el beneficio de los hijos.

Es la peculiar naturaleza de orden público, que con esencial fundamento revisten las normas sobre esta materia, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados dirigidos a modificarlas, con la consiguiente imposibilidad para los padres de renunciar a la misma, aspecto éste de *ius cogens* que aparece destacado por la doctrina y también por los Tribunales en numerosas resoluciones.

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

Sin duda, la trascendencia práctica de la calificación es evidente, porque esa naturaleza de normas de orden público, de *ius cogens*, justificará la interpretación de algunas normas concretas, la resolución de ciertos conflictos de intereses del menor, los límites legítimos de algunos

derechos y libertades públicas de otras personas que deben ceder ante los del menor y su interés, y los límites también en el ejercicio de potestades y funciones normales, que sólo se comprende hoy, al cabo de largos siglos de existencia, desde la óptica recién aludida. De esta última consideración necesariamente participará la institución de la mediación familiar que, configurada jurídicamente como un contrato, no se puede sustraer a la imperatividad en la aplicación de un principio que integra el orden público familiar.

El contenido material del interés del menor según la doctrina

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

En efecto, la mención normativa del principio del *favor minoris* opta por la utilización de un concepto jurídico relativamente indeterminado que se impone al intérprete y eventual realizador de la norma a través de dos funciones primordiales.

En primer lugar, constituyendo causa esencial de cualquier acto o negocio que pudiera afectar a un menor. En segundo lugar, implantándose como criterio interpretativo imprescindible para alcanzar

el auténtico sentido de aquellas normas que impliquen a un menor de edad.

Ciertamente, la fórmula del concepto jurídico indeterminado presenta aspectos positivos pero también destacados inconvenientes.

Entre sus principales ventajas sin duda sobresalen las más amplias y mejores posibilidades de adaptación al específico supuesto que se pretende resolver ofrecidas por una genérica mención, que no constriñe al encargado de aplicar la norma a hacerlo con sometimiento a la estrechez de unos parámetros predeterminados, permitiéndole una flexibilidad adecuada a las concretas circunstancias que se deben valorar.

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

Por otra parte, esta indeterminación normativa plantea el inconveniente de hacer depender la solución acordada esencialmente del criterio propio de su emisor, y ello determina la singular relevancia que en este ámbito adquiere la sensibilidad, formación y perspectiva personal del mismo en

orden a la estimación de la situación planteada, lo que en definitiva se traduce en una palpable inseguridad jurídica manifestada en la disparidad de soluciones que respecto de un mismo caso se pueden llegar a ofrecer. Es por lo que se entiende razonablemente fundado, abogar por el establecimiento de unos mínimos criterios de determinación del interés del hijo, método que sin duda reduciría la inseguridad jurídica que se percibe ante la señalada discrecionalidad judicial. El descubrimiento de lo que sea beneficioso o convenga a un menor, plantea inicialmente el problema de su genérica delimitación.

En este contexto resulta que la cuestión esencial gravita en la definición de lo que se entienda por interés, en este caso del niño. Esta idea del interés, de amplia repercusión en el ámbito jurídico se relaciona perfectamente con la defensa de los derechos subjetivos atribuidos a su titular. Al respecto hay que precisar que la protección del interés del menor puede plantearse en situación conflictual, es decir, en condiciones de enfrentamiento con otros intereses confluyentes, o bien sin conexión alguna con otros intereses de terceros.

En todo caso, resulta evidente que la razón última de la defensa prevalente del interés del menor aparece localizada en la circunstancia de su minoría de edad, es decir, en su condición de personalidad humana en desarrollo, que el legislador valora como susceptible de una mayor

vulnerabilidad y, por consiguiente, merecedora de una mayor protección jurídica, puesto que la condición de persona de un menor no lo diferencia de un sujeto mayor de edad.

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

Contenido material del interés del menor según la norma legal

El Estado como principal garante de los derechos de la niñez, a través de los jueces y las juezas, al establecer en la Constitución en su artículo 51, que el Estado protegerá la salud física, mental y moral de las personas menores de edad y les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social, asumiendo un rol activo y positivo en cuanto a su intervención en la vida los niños y las niñas.

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

Por su parte el Artículo 260 establece en relación al derecho de los hijos a vivir con sus padres casados o unidos: Los hijos menores de edad, deben vivir con sus padres o con el padre o la madre que los tenga a su cargo; no pueden sin permiso de ellos dejar la casa paterna o materna o aquella en que sus padres los han puesto, debiendo en todos los casos, ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores.

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

persona de reconocida honorabilidad, o si fuere posible, de un centro educativo.

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

Así mismo la Ley de Protección Integral de la Niñez y la adolescencia en su Artículo 5 donde establece que el Interés superior del niño es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez.

En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, y los Tratados y convenios en materia de Derechos Humanos aceptados y ratificados por Guatemala si bien tal conexión no se plantea en términos absolutos pues las expresadas circunstancias pueden decaer si se manifiestan como contrarias a dicho interés.

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

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

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

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

Factores que intervienen en el proceso de individualización del interés del menor

Necesidad de intervención del menor en la concreción de su propio interés

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

Sin embargo en otras legislaciones, como el Código civil español, dispone la audiencia de los hijos si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. Se considera al respecto, que el menor tiene el derecho a ser oído tanto en el contexto familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

Con acertado criterio se ha señalado en la jurisprudencia española que la audiencia del menor se ha convertido en un derecho inherente al mismo, que le acompañará siempre, tanto en situaciones procesales que le impliquen directamente, como cuando se adopten decisiones que afecten a su esfera personal, familiar o social, o sea, siempre; de manera que jueces, representantes legales, instituciones deben tener presente que la audiencia del menor se ha hecho en la práctica inevitable, resultando esencial cuidar el trámite de audiencia del menor para no ser acusado de violación de su intimidad.

Con semejantes premisas normativas se debe concluir que en todo proceso de mediación familiar, en donde se involucre el interés del menor; el menor deberá ser oído siempre que los acuerdos a adoptar pudieran afectarle, correspondiendo en todo caso al juez de familia; la

cautela de evitar que los hijos se conviertan en parte activa de la controversia que enfrente a sus progenitores.

De todas formas parece oportuno precisar que el incumplimiento del trámite de audiencia del hijo menor en el proceso de mediación extrajudicial que se lleva a cabo ante la Procuraduría de Derechos Humanos; podrá ser subsanado por el órgano judicial que, deberá intervenir siempre que los acuerdos alcanzados en la mediación afecten al interés del menor por ser necesario en este supuesto su homologación. No obstante, si en Guatemala, se regula respecto a la audiencia del menor, para conocer su parecer sobre el conflicto puesto en conocimiento del juez de familia, el elemento decisivo de la norma que regule dicha audiencia, debe radicar en el suficiente juicio del menor, de manera que el Juez deba oír a los hijos, sean mayores o menores de doce años, siempre que tengan ese juicio suficiente, esto es, siempre que sean capaces de formarse una opinión y expresarla.

Franco Aida, Modelo de Gestión Judicial por Audiencias Jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia, expone:

Cuando ya se tenga preparado el ambiente adecuado para el niño, se puede iniciar con la entrevista, es importante recordar que la expresión corporal y el lenguaje que se utilice no deben influenciar al niño o a la niña, este aspecto debe ser tomado en cuenta ante todo por el juez y hacérselo saber al Abogado delegado de la Procuraduría General de la Nación y las otras partes. (2009:47)

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

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

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

La participación de los padres o los tutores

Atendido el dato de que el interés del menor debe ajustarse siempre a las concretas circunstancias fácticas del medio en que éste desarrolla de manera habitual su vida ordinaria, es decir, esencialmente su entorno familiar, en el orden de los factores intervinientes en la concreción de ese interés aparece en segundo lugar los padres o, en su caso, los tutores o guardadores.

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

UNICEF, Hojas Informativas sobre la Protección de la Infancia, expone:

Millones de niños y niñas del mundo entero crecen sin tener a su lado a uno o a ambos progenitores. Muchos más corren el riesgo de quedar separados de ellos a causa de la pobreza, la discapacidad y el VIH/SIDA, o de crisis como desastres naturales y conflictos armados. Los niños y niñas que carecen de la atención de sus progenitores están más expuestos a la discriminación, los cuidados inadecuados, los malos tratos y la explotación, y a menudo no se vela suficientemente por su bienestar. A muchos se les ingresa de forma innecesaria y demasiado prolongada en instituciones, donde reciben en menor grado los estímulos y la atención individual necesarios para desarrollar su pleno potencial. Los entornos en los que no se dispensan los cuidados apropiados pueden dañar el desarrollo emocional y social de los niños, y exponerlos a la explotación, los abusos sexuales y la violencia física. (2006: 21)

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

En el contexto de la mediación familiar, las anteriores consideraciones resultan especialmente significativas pues, concebida tal vía alternativa con carácter esencialmente voluntario y en el marco de un genérico propósito de autocomposición excluyente de la intervención vinculante de un tercero en el caso del juez de familia, ello determina un amplio margen de actuación para la autonomía de las partes.

Y es precisamente en este ámbito donde la intervención de los progenitores de algún modo se va a ver constreñida por la injerencia externa que la modifique, alcanzando plena eficacia las decisiones adoptadas en orden a los menores siempre y cuando éstas se ajusten a lo

que verdaderamente suponga su interés. En caso contrario tendrá que ser el Juez quien decida acerca del interés del menor.

El criterio valorativo del juez

Concebida la potestad paterna con finalidades básicamente instrumentales orientadas de manera exclusiva en beneficio de los hijos, concurre en el seguimiento de su adecuado ejercicio un evidente interés público que justifica la intervención de los poderes del Estado.

Especialmente del judicial, en orden a su control, cuando la conducta de quienes de modo natural están llamados a ostentar su titularidad se distancia gravemente del fin último perseguido por la institución o las circunstancias familiares resultan adversas o inconvenientes para tal propósito.

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

Desde la anterior consideración el carácter voluntario de la mediación familiar, valorada especialmente como institución insertada en el actual contexto progresivo de desjudicialización que viene presidiendo

importantes reformas legislativas, adquiere especial dimensión por cuanto que, admitida la posibilidad de separación o divorcio consensual, el convenio de mediación alcanzado al margen del procedimiento puede llegar a ser homologado por un Juez, resultando por otra parte indispensable dicha homologación judicial siempre que los acuerdos adoptados afecten a menores.

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

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

Precisamente en este ámbito la participación del Juez adquiere una dimensión adicional en orden a la mediación; pues, el órgano judicial puede orientar su actuación a advertir a las partes acerca de la oportunidad y conveniencia de esta vía.

Esta posibilidad resulta especialmente interesante pues en la regulación del ejercicio de la patria potestad compartida sobre los menores de edad el mutuo acuerdo de las partes se constituye en criterio preferente. Y en este orden de ideas, como quedó explicado, se debe resaltar que son especialmente los padres quienes con mayor acierto van a poder intervenir en la toma de las decisiones acerca de lo que interesa al menor. En materia de menores según la norma legal debe aplicarse con sentido funcional; el juez debe poseer un margen de discrecionalidad cuyo límite y justificación lo constituye el caso concreto a resolver del mejor modo posible para el bien del menor.

Las decisiones judiciales, cuando existen menores involucrados, deben consultar, primordialmente, su interés y están inspiradas en lo que resulte más conveniente para su protección. El niño tiene derecho a una protección especial.

Por ello, la tutela de sus derechos debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que ocurra en cada caso.

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

Los procesos relacionados con los derechos de la niñez, representan un reto para los jueces, ya que se ven en la obligación de buscar fórmulas ecuánimes para equilibrar la realidad de una persona en pleno desarrollo de su personalidad, tomando en cuenta que se deben respetar el ejercicio de sus derechos propios, así como la protección general de sus garantías individuales y la protección especial que su condición exige; en tal virtud los jueces deben ser creativos, sensibles y más humanos recordemos que toda decisión que se tome en relación a un niño o niña marcará siempre su presente y su futuro.

Análisis del Interés de los menores en base al Criterio Superior en los procesos de familia

La problemática dada en base a los hechos surgidos en casos sobresalientes suscitados en los tribunales en los últimos tiempos, dio paso a la urgente necesidad de implementar un nuevo modelo de gestión, basándose específicamente en el rol que desempeña el juez, quien lo desempeña a través de la inmediatez en todas las audiencias.

Franco Aida, Modelo de Gestión Judicial por Audiencias Jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia, expone:

Hay que recordar que el proceso de niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos, es eminentemente oral y no tiene ninguna relación con los procesos que se encuentran en el Código Procesal Civil y Mercantil y el Código Procesal Penal, la supletoriedad a que hace referencia el Artículo 141 LPINA, se refiere únicamente al proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal su objetivo y finalidad son distintos, ya que lo que aspira es hacer cesar la amenaza o violación de un derecho humano y restituir ese derecho cuando la víctima es un menor de edad. (2009:41 y 42)

La intervención de la Procuraduría General de la Nación como garantía de la defensa de los intereses del menor

La función de tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley se le ha otorgado a la Procuraduría General de la Nación, y en ocasiones en los que se ven violentados los derechos de los menores, interviene a la vez, la Procuraduría de los Derechos Humanos a

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

Conviene tener en cuenta que la Procuraduría General de la Nación, carece de funciones decisorias en cuanto a las medidas a adoptar respecto de los menores de edad, aspecto éste que en modo alguno debe mermar la importancia de su intervención en orden a la protección y defensa de los intereses de los niños.

En consecuencia, cabe mencionar que en los procesos del orden familiar siempre que se resuelva sobre cuestiones relativas a los hijos menores de edad se producirá la intervención de la Procuraduría General de la Nación que participará en la concreción del interés del menor.

El juez de familia y la importancia de su adecuada intervención en los asuntos de menores

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

Franco Aida, Modelo de Gestión Judicial por Audiencias Jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia, expone:

El juez debe familiarizarse primeramente, con cualquier dato o averiguación existente; tomar en cuenta que esta información no es proporcionada por la víctima, sino que es extraída de las declaraciones de las autoridades, testigos, u otros medios que se consideren pertinentes; esencialmente de los datos aportados por el abogado de la Procuraduría General de la Nación. (2009: 46)

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

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

UNICEF, Estudio Jurimétrico: Evaluación de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación desarrollada a su amparo: “No basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que suponen el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos.” (2013:52).

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

Su función en términos generales, es relevante aún más cuando se trata de resolver cuestiones que implican, en mayor o menor grado, a los menores. Es entonces cuando la repercusión de una adecuada calificación adquiere relieve, pues sus conocimientos se van a proyectar al servicio de un interés superior que necesariamente debe dar resultado en base a los acuerdos que las partes adopten.

UNICEF, Estudio Jurimétrico: Evaluación de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación desarrollada a su amparo, expone:

Como puede observarse, el principio del interés superior de la infancia es conocido por las y los funcionarios; sin embargo, tienen dificultades para expresar la forma en que lo aplican o solicitan su aplicación, generando una brecha entre el contenido y alcance de este principio y la calidad de su actuar o sus resoluciones. (2012: 81)

El interés superior del menor en los asuntos de guarda y custodia

Pasar por una separación o un divorcio, o decidir salir de una relación marital abusiva no es fácil pues la vida se ve interrumpida, y dura mucho tiempo para juntar las piezas del rompecabezas de nuevo. Hay que recordar que los primeros afectados en la separación de los padres, son los hijos.

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

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

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

Si los padres no pueden llegar a un acuerdo sobre las cuestiones importantes relacionadas con los niños, antes de acudir ante un juez; será el juez quien tendrá que decidir cómo encargarse de otorgar la custodia y el derecho de relaciones paterno o materno filiales. Sin embargo, es un derecho de los menores, el relacionarse con ambos padres.

La guarda y custodia

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

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

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

Es de interés en este ámbito también lo referente al mantenimiento de todos los hijos, cuando éstos fueran varios, bajo la guarda y custodia de uno sólo de los padres. Sin duda, la regla de procurar no separar a los hermanos debiera encerrar la intención de los legisladores de apartar, en la mayor medida, a los hijos de la crisis que únicamente debe afectar a sus progenitores, preservándoles de cualquier circunstancia que pudiera perjudicar su desarrollo integral como sería la vulneración del derecho de los hermanos a relacionarse entre sí que deberá quedar oportunamente garantizado aunque se llegara a acordar la separación de los mismos.

¿Qué significa custodia? En la ley, hay dos aspectos sobre la custodia:
Custodia física: Cuando se refiere a con quien vive el niño o niña, y
Custodia legal: Es la que se refiere a quien hace las decisiones importantes en la vida de un niño, como educación, tratamiento médico,

y crianza religiosa, las cuales en la práctica pueden ser exclusivas o compartidas.

Cada tipo de acuerdo de custodia otorgado apropiadamente depende en la situación planteada en el caso concreto, sin embargo hay muchos asuntos a considerar, como la habilidad de los padres de comunicarse, qué es lo mejor para el niño, el lugar donde vive cada padre y su relación con el niño.

En vista de lo anterior, es necesario conocer ¿Qué examina el juez cuando está considerando el asunto de custodia? Si los padres no pueden estar de acuerdo sobre cómo resolver el asunto de custodia, el juez decidirá quién tendrá la custodia.

Varios son los asuntos que los jueces consideran cuando hacen una decisión sobre quien obtendrá la custodia. El factor primordial que los jueces examinan cuando deciden la custodia física y legal es el interés del niño. Los jueces dan custodia al padre quien ellos creen puede mejor cumplir las necesidades del niño.

Para determinar qué es en el mejor interés del niño el juez examina lo siguiente: ¿Quién ha sido el que ha ejercido la patria potestad de forma primordial?, ¿Quién es incapaz de cuidar a su hijo?, ¿Existencia de

violencia intrafamiliar? ¿Qué custodia tiene que ver con el derecho de visitas?

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

Es un derecho de los progenitores a relacionarse con los hijos menores con sometimiento al principio del interés del menor que debe presidir cualquier comunicación paterno filial, de manera que tal derecho de visitas constituye continuación o reanudación de la relación paterno filial, evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos.

Frecuentemente, los jueces dan custodia física al tutor primordial, a menos que el juez concluya que el tutor primordial es incapaz. Incapaz significa que el padre tiene un problema serio que pudiera poner al niño en riesgo o descuido, como por ejemplo: un problema serio con alcohol

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

Cuando hay historial de violencia doméstica entre los padres, los jueces tienen que considerar los efectos que esta violencia ha tenido en el niño antes de tomar una decisión sobre la custodia. Muchas veces tienen como referencia los informes de las trabajadoras sociales, pero en otros casos no, por lo que toman las decisiones de acuerdo con las pruebas aportadas por la parte interesada como ocurre en las medidas de seguridad de personas.

También los jueces tienen el criterio que un menor que crece mirando violencia doméstica, este factor negativo tiene un gran impacto en los niños y puede crear problemas psicológicos bien serios en ellos. Si alguien ha sido una víctima de violencia doméstica y ha solicitado una orden de restricción o medida de seguridad en contra del otro padre, y el juez le da custodia física o legal al abusador, el juez tiene que explicar, por escrito, porque su decisión es en el mejor interés del niño.

El derecho a relacionarse los padres y los hijos se refiere a los arreglos para un niño a ver el padre con quien él o ella no están viviendo. En muchas situaciones donde un padre tiene custodia física, el otro padre

tiene derecho de visitar a su hijo en las condiciones pactadas con el otro padre.

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

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

En algunas situaciones, no es seguro para un niño estar solo con un padre durante de las visitas. Si este es el caso, una opción es arreglar para que las visitas sean supervisadas.

Visitas supervisadas significa que una tercera persona esté presente durante las visitas para asegurar que el niño esté bien y que el padre visitador actúa en forma apropiada.

Si el supervisor cree que el niño no está seguro, él o ella puede terminar con la visita. Por ejemplo, visitas supervisadas pueden ser apropiadas cuando el padre visitando tiene un historial de abuso con respecto al niño o cualquier otro niño o con respecto al otro padre, o ha tenido un problema con alcohol o drogas, un récord criminal, o problemas de la salud mental.

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

¿Qué examina un juez cuando está haciendo una decisión sobre la guarda y custodia de un menor?

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

Los jueces no basan sus decisiones en si el padre obligado está o no, pagando el sostenimiento de menores.

La gente usualmente piensa que si un padre paga sostenimiento de menores o la pensión alimenticia como es conocida en nuestro ordenamiento jurídico; entonces él, automáticamente, tiene derecho a visitar a sus hijos.

La gente también piensa que si el padre no está pagando sostenimiento de menores, ella o él, no tiene derecho a las visitas. Ninguno es verdad. Los jueces no consideran que el sostenimiento de menores y el derecho de visitas sean conectados entre sí.

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

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

Lo que es importante tener en cuenta cuando se pelea por la guarda y custodia de un menor, es que los jueces de familia, no estarán velando por qué es lo mejor para el padre que lo solicita, sino que es lo mejor para el niño. Los jueces serán más receptivos a la gente quien muestre que ellos están pensando sobre las necesidades del niño.

Criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor

Desde este punto de vista las resoluciones emanadas de los Juzgados de Familia, deben contribuir a modelar el sentido último de las normas que configuran este particular núcleo de *ius cogens* en el que se localiza el principio del interés del menor.

UNICEF, Un mundo apropiado para los niños y las niñas, establece:

La familia es la unidad básica de la sociedad y, como tal, debe reforzarse. La familia tiene derecho a recibir una protección y un apoyo completos. La responsabilidad primordial de la protección, la educación y el desarrollo de los niños incumbe a la familia. Todas las instituciones de la sociedad deben respetar los derechos de los niños, asegurar su bienestar y prestar la asistencia apropiada a los padres, a las familias, a los tutores legales y a las demás personas encargadas del cuidado de los niños para que éstos puedan crecer y desarrollarse en un entorno seguro y estable y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, teniendo presente que en diferentes sistemas culturales, sociales y políticos existen diversas formas de familia. (2006:21)

Son múltiples las reglas constitucionales y legales que pueden ser aplicadas para determinar en qué consiste el interés superior de cada niño, dependiendo de las circunstancias de cada situación particular. En lo que concierne al interés superior del menor, existen diferentes parámetros de análisis que resultan relevantes para adoptar una decisión.

Garantía para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor

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

UNICEF, Un mundo apropiado para los niños y las niñas, establece:

Un mundo apropiado para los niños es aquél en que todos los niños adquieren la mejor base posible para su vida futura, tienen acceso a una enseñanza básica de calidad, incluida una educación primaria obligatoria y gratuita para todos, y en el que todos los niños, incluidos los adolescentes, disfrutan de numerosas oportunidades para desarrollar su capacidad individual en un entorno seguro y propicio. (2006:20)

Garantía del desarrollo integral del menor

Como regla general, es necesario asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Obligación consagrada a nivel constitucional e internacional, estableciendo que compete a la familia, la sociedad y el

Estado, brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor.

Protección del menor frente a riesgos

Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas. No en vano la legislación interna ordena que los menores serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, y se enfatiza en que los niños tienen derecho a ser protegidos de toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación.

En este orden de ideas, las distintas situaciones irregulares que un menor puede sufrir, proporcionan un catálogo de riesgos graves para los menores que se deben evitar a toda costa; sin embargo, dicha enunciación no agota todas las distintas situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular, las cuales deberán determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Equilibrio con los derechos de los padres

Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor.

De allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior.

Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, como parámetro general, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el Estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo.

Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor

Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por la legislación guatemalteca y los convenios internacionales, se le debe proveer una familia en la cual los padres cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección.

Pensión alimenticia

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

Guarda y custodia

Con referencia al único principio legal rector a valorar al tiempo de su acuerdo, es puesto de relieve por numerosísimas resoluciones que, no obstante, ofrecen fundamentos poco explícitos respecto del efectivo

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

Conflictos convivenciales entre padres e hijos

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

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

hijo sino a aquéllos entre sí respecto del menor persistiendo la convivencia.

Así, cabe considerar la eventual situación en la que, originado por un desacuerdo entre los progenitores, se produzca un conflicto de intereses entre los cónyuges con relación al menor, lo que exigiría la intervención del Juez para decidir la atribución de la facultad de decisión a uno de los dos, distribuir entre ambos sus funciones o, en su caso, si el conflicto enfrentara gravemente al padre o la madre con el hijo el nombramiento de un defensor judicial a éste último es de suma importancia.

De cualquier manera, nada parece impedir que esta previsión referida a los supuestos en los que se mantiene la convivencia familiar, pueda aplicarse a las situaciones creadas con la separación o el divorcio, en las que se conserva la titularidad de la patria potestad respecto de ambos progenitores, salvo los casos de privación total o parcial a uno de ellos, habida cuenta de que en las mismas es posible que las disparidades de los padres en orden a su ejercicio afloran con mayor frecuencia. En todo caso, el juez encargado de determinar el mejor interés para los menores, debe guardar y velar por que se cumplan los preceptos ya mencionados establecidos en nuestra legislación nacional como internacional que son los que engloban el interés superior del menor.

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

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

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

La administración de la justicia entra a formar parte de las luchas entre las partes que se retroalimentan mutuamente, los hijos se instrumentalizan como un elemento de poder para ganar o perder. Asimismo, la separación física no garantiza la finalización del conflicto, dado que estas confrontaciones tienen larga duración y un alto costo emocional. Las consecuencias a largo plazo son impredecibles, por lo que se requiere la implementación de un sistema alternativo de conflictos, denominado Mediación Familiar, que se utiliza en la mayoría de los países que han legislado el divorcio.

La mediación familiar es un instrumento psicojurídico, social y constituye el espacio donde la pareja construye su propia separación compartiendo el reconocimiento de los problemas y aceptando las diferencias. Instancia que acompaña la disolución de la pareja, minimizando el coste emocional de la separación y favorece la implementación de la coparentalidad.

Su objetivo es disminuir el enfoque y la cantidad de separaciones litigiosas lo que permite descargar a los Tribunales del exceso de demandas y trabajar en aquellas que sí ameritan atención por su carácter en extremo contencioso.

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

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

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

responsabilidad familiar y social del niño, a través de su cooperación en los actos que lo afectan.

En nuestro país, en relación con la igualdad de los seres humanos, el derecho a la identidad que tiene toda persona y la supremacía del interés superior del menor está regulado en nuestra Carta Magna, el Código Civil y en la Ley de Protección Integral de Menores y Adolescentes.

Estas ideas matrices forman parte de la filosofía y de las normas y principios contemplados en los tratados de derechos humanos que Guatemala ha ratificado y que se encuentran vigentes, y que colocan a la persona humana como fin en sí misma, reconociéndole su dignidad, inviolabilidad y autonomía.

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

El interés superior del niño constituye una forma de actuar siendo un criterio determinante que deberá tener en cuenta el juez en sus intervenciones, dado que la Convención sobre los Derechos del Niño

contempla reiteradamente este criterio, señalando en su artículo. 3 que; en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño.

El interés superior del menor, mira al menor como titular de derechos autónomos, susceptibles, si fuere necesario, de ser ejercidos contra sus padres. El menor es un sujeto de derecho, distinto de los padres. Por ello, en consecuencia, se considera al menor, cuando está en condiciones de formarse un juicio, como sujeto de opiniones propias y se establece la necesidad de oírlo.

En cambio, si aún no tiene juicio propio, los mayores no podrán adoptar cualquier resolución a su respecto, ya que se le considera una autonomía en desarrollo. Las resoluciones de los mayores deberán tener en cuenta el impacto de la decisión que se adopte en la autonomía futura del menor.

El asegurar el desarrollo de la personalidad, la autonomía actual y futura e identidad del menor, aparecen indisolublemente ligados a ese criterio de la protección del interés superior del niño. Este principio tendrá especial relevancia a propósito de las decisiones que se adopten en materia de tutela, patria potestad y relaciones paternas filiales.

La actual potenciación de los valores individuales de la persona, propiciada por variadas razones de índole sociocultural y económica, que en el orden jurídico encuentra reflejo en la revalorización de los derechos de la personalidad, ha contribuido a reforzar la protección conferida por el derecho a la infancia, configurada no sin razón desde la Psicología como etapa vital esencial en la formación de la personalidad del individuo y en la consolidación de su propia identidad. El denominado interés superior es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad.

En el pasado, el menor era considerado menos que los demás y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida, por lo que esta consideración se justifica la mayor atención prestada a las necesidades de la persona del menor, sin duda valorado forzosamente en su propia dimensión pero también sin desatender su notoria proyección de adulto en formación, sometido por consiguiente a un mayor grado de vulnerabilidad en especial por parte de agentes y circunstancias externas. No obstante, justificado su sentido y predeterminado su alcance como valor superior, la concreción del interés del menor no es tarea fácil. La utilización por parte del legislador de un concepto jurídico relativamente indeterminado, impone al sujeto obligado

a aplicarlo un proceso complementario de valoración, en el que deberán ser ponderadas todas y cada una de las particulares circunstancias concurrentes a fin de conseguir determinar en concreto y de una manera efectiva cuál sea el interés de los menores en la específica situación que se pretende resolver, a lo que cabe añadir la amplitud del marco cronológico que jurídicamente enmarca el estado de minoría de edad, por lo que resulta imposible el establecimiento de pautas de solución válidas para todos los supuestos, ni siquiera para aquéllos que pudieran presentarse con engañosa apariencia de semejanza, pues la necesaria operación de discernimiento en la búsqueda del beneficio del menor siempre presupondrá la misión de descubrir su personalidad, y la identidad de cada persona que ofrece un paisaje único e irrepetible.

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

deban resolverse cuestiones que, de un modo u otro, afecten a menores. Así, principalmente, el legislador en la fase de la elaboración de la norma jurídica, los Jueces y Tribunales en la interpretación y aplicación de las fuentes del Derecho en su función de defensa y protección de los intereses del sometido a patria potestad, las entidades públicas como gestoras del funcionamiento de las diversas instituciones protectoras del menor, los progenitores o tutores en el ejercicio de sus funciones e igualmente, el agente mediador en la prestación de sus servicios orientados inicialmente a la creación de un clima propicio para que se produzca la comunicación entre los sujetos implicados, necesaria para la efectiva consecución de aquellos acuerdos que permitan satisfacer las necesidades de las partes y, prioritariamente, de los menores. Se hace evidente la imperatividad de hacer positiva la normativa legal vigente en Guatemala aunada a que la aplicación de los criterios jurídicos tengan como prioridad el interés de los niños y adolescentes, teniendo en consideración que un alto porcentaje de la población es menor de dieciocho años y se encuentra en un estado de vulnerabilidad debido a circunstancias socioculturales y económicas, el estado de Guatemala a través de sus órganos jurisdiccionales está obligado a brindarles seguridad, libertad e igualdad.

Conclusiones

El fin primordial por el cual se realizó este análisis es para evidenciar que en la actualidad en los juzgados de familia, en los que se tramitan asuntos de menores, no se observa el debido respeto al principio fundamental del Interés superior del menor, además de establecer la situación de indefensión de este principio, determinar que, lo que se defiende es el interés de los padres, aun siendo los progenitores quienes causen un sin número de violaciones en contra de sus propios hijos. Basado en la forma en la cual los jueces han actuado, guiándose bien en la costumbre, tradición, norma, regla o como mejor pueda aplicarse el término, no velando por el interés superior del menor, al no romper el estigma que los menores están más seguros con los padres, tomando en cuenta que por sentido común se cree que por el hecho de ser la madre quien lo lleva en su vientre, existiendo así un vínculo más poderoso, de mayor afecto y protección, pero no se sabe a ciencia cierta cuales fueron las causas o bajo qué circunstancias se dió vida a ese ser, por lo que es menester individualizar cada caso en particular, investigar a fondo, anteponer ante todo, aún ante los propios padres, el interés superior del menor otorgando la guarda y custodia del menor a quien garantice el efectivo desarrollo integral del menor.

El interés superior del niño, niña y adolescente contempla dos aspectos importantes: uno por parte del Estado a fin de proveer los medios necesarios para el desarrollo pleno de la niñez, adecuando las instituciones y la legislación en base a los principios y derechos establecidos sobre los Derechos del Niño y, otro, por parte de los jueces de familia, siendo creativos, consientes y más humanos, teniendo en cuenta que cualquier decisión que se tome en relación al menor, traerá las consecuencias de un desarrollo pleno y por ende un mejor futuro para el menor como para el país. Como puede observarse, el principio del interés superior del niño, es conocido por los funcionarios; sin embargo, tienen dificultades para expresar la forma en que lo aplican o solicitan su aplicación, generando una brecha entre el contenido y alcance de este principio y la calidad de su actuar en sus resoluciones. Es necesario señalar que lo que se pretendió es estudiar la motivación de las sentencias en cumplimiento de la debida tutela judicial efectiva desde los principios que rigen el debido proceso y principios reconocidos por convenios internacionales adoptados por Guatemala y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y así proponer soluciones a la problemática sobre la falta de aplicación del interés superior del menor en los procesos desarrollados en los juzgados de familia de Guatemala.

Referencias

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2006). *Hojas informativas sobre la Protección de la Infancia*. Washington. UNICEF.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2006). *Un mundo apropiado para los niños y las niñas*. New York. UNICEF.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2012). *Estudio Jurimétrico: Evaluación de la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación desarrollada a su amparo*. Guatemala. UNICEF.

Franco, A. (2009) *Modelo de Gestión Judicial por Audiencias Jurisdicción de la niñez y la adolescencia*. 2ª. Edición. Guatemala. Editorial Artgrafic.

Solórzano, J. (2004). *Justicia Penal de Adolescentes y Niñez Víctima*. 2ª. Edición. Guatemala. Editorial IDEART.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala.

Convención sobre los Derechos del niño.

Declaración de los Derechos del Niño.

Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

Código Civil

Reglamento General de Juzgados y Tribunales con Competencia en
Materia de la Niñez y Adolescencia Amenazada o Violada en sus
Derechos Humanos y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal.