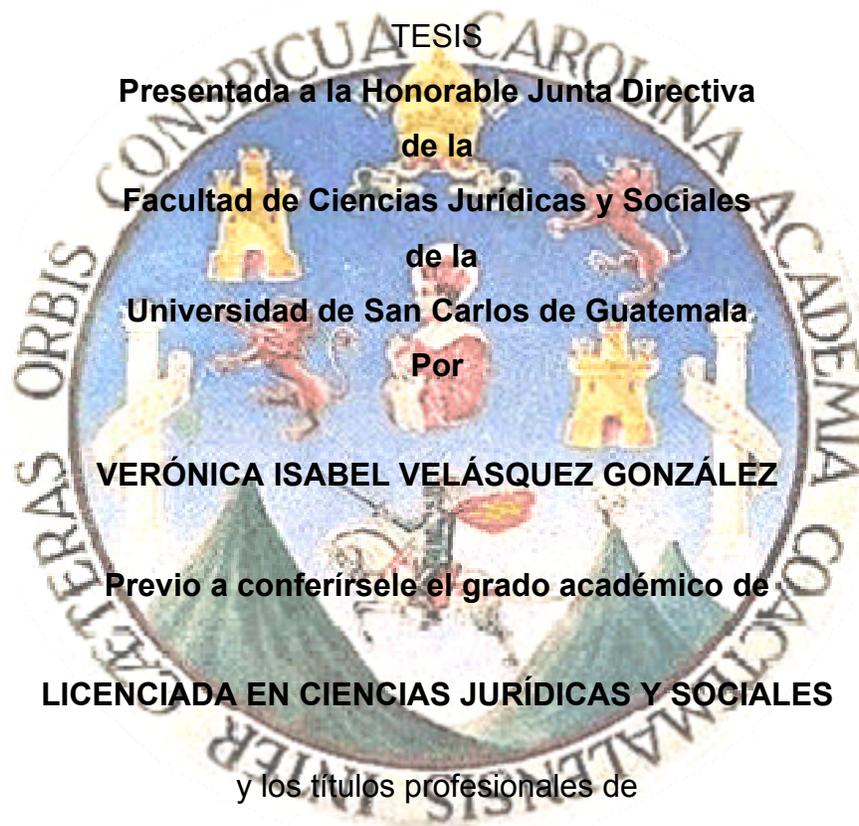


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO CONTENIDO EN LA
CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, COMO
PRINCIPIO RECTOR EN LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO
VOLUNTARIO**



TESIS
Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Por

VERÓNICA ISABEL VELÁSQUEZ GONZÁLEZ

Previo a conferirsele el grado académico de
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre del 2007.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Héctor Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana
Vocal: Lic. Enexton Emigdio Gómez Melendez
Secretario: Lic. Héctor Rene Marroquín Aceituno

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Ivonne Deana Crista Ruíz de Juárez
Vocal: Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
Secretario: Lic. Juan Ramiro Toledo Alvarez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la Tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
ABOGADO Y NOTARIO
3ra. Avenida 13-62 zona 1, ciudad capital.
Teléfono: 22327936



Guatemala 4 de mayo del 2007.

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria
Guatemala.

Señor Jefe de la Unidad de Tesis:

En atención a la providencia emanada de la Decanatura, por medio de la cual se me nombró Asesor del trabajo de tesis denominado: LA FALTA DE POSITIVIDAD DEL ARTICULO 427 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL RESPECTO A LOS PROCEDIMIENTOS DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO VOLUNTARIOS Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA EN CONGRUENCIA CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, elaborado por la Bachiller VERÓNICA ISABEL VELÁSQUEZ GONZÁLEZ, y tomando en cuenta el artículo 32 de la normativa para elaboración de tesis, de manera atenta a usted comunico:

Que el trabajo esta redactado en forma clara, las conclusiones se realizaron de acuerdo con el contenido del trabajo, asimismo se consulto la bibliografía necesaria. El trabajo realizado por la Bachiller Verónica Isabel Velásquez González, es de trascendental importancia dentro del ámbito en que se realizo dicha investigación. Con respecto al titulo del trabajo de tesis y después de discutirlo ampliamente con la bachiller, llegamos a la determinación de modificarlo para simplificar la comprensión del mismo al posible lector, por el titulo: **EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO CONTENIDO EN LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, COMO PRINCIPIO RECTOR EN LOS PROCESOS DE SEPARACION Y DIVORCIO VOLUNTARIO**, el cual define de manera amplia el centro de la investigación.

En vista de lo anterior expuesto, es para mi entera satisfacción haber cumplido con la misión asignada, poniendo de conocimiento a las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales que este trabajo se desarrollo con diseño jurídico apropiado al tema.

Por lo antes manifestado soy de la opinión, de que el trabajo de tesis de la Bachiller Verónica Isabel Velásquez González, cumple los requisitos exigidos para esta clase de trabajo académico, por lo que solicito se sirva nombrar al revisor correspondiente, tal y como lo establece el reglamento de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo de usted, atentamente:


Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala **Edgar Armindo Castillo Ayala**
Colegiado 6,220 **Abogado y Notario**

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, once de octubre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante VERÓNICA ISABEL VELÁSQUEZ GONZÁLEZ, Titulado EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO CONTENIDO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, COMO PRINCIPIO RECTOR EN LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO VOLUNTARIO Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico de Tesis.-

MTCL/slth

Lic. Héctor Rolando Guevara González
ABOGADO Y NOTARIO
Avenida Reforma 7-62, zona 9, Edificio Aristos Reforma,
6°. Nivel, Oficina 610, ciudad capital.
Teléfono: 23851217



Guatemala, 10 de septiembre de 2007.

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria
Guatemala.

Señor Jefe de la Unidad de Tesis:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de informarle que he revisado el trabajo de tesis de la bachiller **VERÓNICA ISABEL VELÁSQUEZ GONZÁLEZ**, intitulado: **"EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO CONTENIDO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, COMO PRINCIPIO RECTOR EN LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO VOLUNTARIO"**.

En base a lo preceptuado por el artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, estimo que el trabajo realizado por la bachiller Verónica Isabel Velásquez González, esta redactado en forma concreta, las conclusiones han sido establecidas de acuerdo con el contenido del trabajo, además, fue consultada la bibliografía necesaria y se utilizó la metodología apropiada para este tipo de investigación; es mi opinión, que el resultado obtenido mediante la presente investigación, es de vital importancia dentro del ámbito del derecho de familia y además cumple con todos los requisitos establecidos por nuestra Facultad, aportando un análisis importante dentro de esa esfera jurídica, por lo tanto es procedente aceptarse para efectuar el examen público respectivo.

Sin otro particular, me suscribo de usted, atentamente:

Héctor Rolando Guevara González
Abogado y Notario

Lic. Héctor Rolando Guevara González
Revisor de Tesis
Colegiado No. 5434

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintidós de agosto de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HÉCTOR ROLANDO GUEVARA GONZÁLEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante VERÓNICA ISABEL VELÁSQUEZ GONZÁLEZ, Intitulado: "EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO CONTENIDO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, COMO PRINCIPIO RECTOR EN LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO VOLUNTARIO".

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


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

DEDICATORIA

A Dios:

Por regalarme el don de la vida y bendecirme con la culminación de esta etapa, permitiéndome glorificarlo con el éxito alcanzado, gracias a su infinita bondad.

A mis padres:

Por haberme demostrado con su ejemplo el valor del esfuerzo y el sacrificio, motivando mi vida a la excelencia, con solo imitar el modelo que han dejado en mi. Gracias papi por tus sabios consejos, que me llenan de fortaleza; y a ti mami por tu invaluable apoyo y muestras de amor en todo momento.

A mis abuelitos:

Porque durante todos los años de mi vida, fueron ese toque de amor y sabiduría que marcaron mi vida y que ahora, son la inspiración de mi caminar.

A mis hermanas:

Por la comprensión y apoyo que me brindaron durante cada etapa de este proceso.

A mi amado:

Alejandro, por estar a mi lado en las buenas y en las malas, consolarme y animarme cuando mas lo he necesitado. Te amo.

A mis amigos:

Comunidad Juvenil Ven a Cristo, porque han compartido conmigo los momentos mas importantes de mi vida.

A Lusky & Asociados:

Por ser una fuente de apoyo y guía constante en el inicio de mi caminar profesional.

A los Licenciados:

Edgar Armindo Castillo Ayala, Javier Romero, Estuardo Castellanos, por sembrar la semilla del conocimiento y ser una guía, en este camino recorrido, gracias por su valiosa instrucción.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme brindado una enseñanza tan valiosa, y por descubrir en los salones de clase que el Derecho es mas que una ciencia.

INTRODUCCIÓN

La presente monografía de tesis, proporciona a los operadores del derecho, funcionarios de instituciones públicas, miembros de las Organizaciones No Gubernamentales de Guatemala y estudiantes en general, una aproximación al contenido y alcances del estado actual, de la protección internacional y nacional de los derechos humanos de las niñas y niños, a fin de propiciar y difundir su cumplimiento en el territorio guatemalteco. Este estudio constituye una herramienta básica, para el desarrollo de actividades de promoción y protección de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, contra todas las formas de vulneración de sus derechos mínimos, los cuales se encuentran consagrados internacionalmente en la Convención sobre los Derechos del niño.

Esta investigación se desarrolló, a partir del análisis profundo, del planteamiento del problema, mismo que podría sintetizarse, diciendo que, cuando se lleva a cabo un proceso de separación y divorcio, sean estos voluntarios o contenciosos, siempre resuelven un problema de apatías entre la ex pareja, pero acarrea como consecuencia inevitable, una lucha por la custodia de los hijos menores “en el mejor de los casos”. Pues como se noto durante la investigación, la custodia generalmente es concedida por un juez de familia a la madre de los menores, sin que la opinión del menor sea tomada en cuenta por el juez; dicho de otro modo, sin tomar en cuenta el Principio de Interés Superior del Niño, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, vulnerando de este modo, los derechos del menor.

Llevar a cabo un análisis jurídico y doctrinario de lo que regula nuestro Código Procesal Civil y Mercantil, en cuanto a la separación y divorcio, para adecuarla jurídicamente a lo que regula la Convención sobre los Derechos del Niño, principalmente con lo que respecta a las edades y al derecho de elegir, que tienen los menores, según dicha Convención, de con quien de los ex cónyuges se quedan o si deciden una custodia conjunta; Constituyendo éste, el objetivo general de la presente investigación.

La elaboración de esta monografía de tesis, no fue tarea fácil, ya que durante la investigación documental, pudimos notar que se ha escrito poco material acerca del interés superior del niño en nuestro medio. Se utilizó el método analítico, partiendo de que, éste permitió desplazar todo el conocimiento en partes, en relación a lo que establece la legislación nacional, en cuanto al tema estudiado; también se utilizó el método deductivo, partiendo del supuesto de que el Estado de Guatemala, a través de su órgano de justicia, no vela porque el interés superior del niño sea protegido, pues este principio, es vulnerado, cada vez que se dicta una resolución judicial definitiva de custodia de menores, pues por regla general, en la práctica forense, la opinión del menor de edad, es descartada. También se utilizó la técnica de fichas bibliográficas, para conservar la información encontrada. De tal manera que la recolección de datos es la adecuada, mínima y posible en nuestro medio.

El estudio se inicia con una relación de los derechos del niño y la niña, sus antecedentes y evolución histórica, sus categorías, la legislación interna de menores, sus avances, sus fundamentos y un breve análisis de los mismos. Luego se escribe acerca del derecho de familia, mismo que está ligado al tema, su naturaleza, sus características, además de abordar, los temas más importantes para la investigación, tales como: El matrimonio, la separación y el divorcio. En el tercer capítulo, se aborda el tema de los efectos de la separación y divorcio, en los hijos menores de edad. El cuarto capítulo, hace referencia a la UNICEF y a la Convención Sobre los Derechos del Niño, sus generalidades, y la vinculación de la Convención a los Estados contratantes. El último capítulo, pero no por eso menos importante, hace referencia al Principio de Interés Superior del Niño y las batallas legales de custodia, de las cuales son objeto los menores, capítulo en el cual se define el concepto de Interés superior del niño y se propone la custodia compartida, como herramienta, a través de la cual, se podría evitar la violación al derecho fundamental que tiene todo niño, para escoger con quien de los padres se queda, cuando estos pugnan por su guarda y custodia, en los procesos de separación y divorcio; por ende, este capítulo es fundamental en nuestro estudio y en las conclusiones del mismo.

CAPÍTULO I

1. Los derechos del niño y la niña y sus instituciones

Los derechos del niño o derechos de la infancia, son derechos que poseen los niños, niñas y adolescentes, por la simple razón de nacer, éstos son inalienables, irrenunciables, innatos e imprescindibles, para el desarrollo de una buena infancia.

1.1. Antecedentes

La primera declaración de derechos del niño de carácter sistemática, fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, redactada por Eglantine Jebb, fundadora de la organización internacional Save the Children, que fue aprobada por la Sociedad de Naciones, el 26 de diciembre de 1924. Posteriormente, en 1948, las Naciones Unidas aprobaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que implícitamente incluía los derechos del niño, sin embargo, posteriormente se llegó a concretar el hecho de que las particulares necesidades de los niños debían estar especialmente enunciadas y protegidas, por ello, la Asamblea General de la ONU, aprueba, en 1959, una Declaración de los Derechos del Niño, que constaba de 10 principios, estableciendo para los niños, los derechos contemplados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero adecuándolos a sus particularidades. Seis años antes, se había decidido que el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para los niños (UNICEF), continuara sus labores como organismo especializado y permanente para la protección de la infancia (denominándolo oficialmente Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia).

En 1989, tres décadas más tarde, y tras diez años de arduo trabajo, las Naciones Unidas presentan la Convención sobre los Derechos del Niño, que entró en vigor el año siguiente.

1.2. Categorías

Los derechos del niño y niña pueden dividirse en las siguientes categorías:

1.2.1. Derechos a la supervivencia

Que buscan proteger y garantizar el derecho a la vida y a satisfacer sus necesidades más básicas, como el alimento, el abrigo y la protección de salud.

1.2.2. Derechos al desarrollo

Que buscan proteger y garantizar su desarrollo pleno (físico, espiritual, moral y social), como el derecho a educación, a la cultura, al juego y la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

1.2.3. Derechos a la protección

Que buscan proteger y garantizar que no sean objeto de abusos, negligencia y explotación, como el derecho al nombre (identidad), nacionalidad y cuidado.

1.2.4. Derechos a la participación

Que buscan proteger y garantizar su participación en las decisiones que les afectan y en las actividades de sus comunidades locales y países, como la libertad de expresión.

1.2.5. Derechos a ser escuchado

Que buscan proteger y garantizar su respeto por los demás. Por que si no escuchas a un niño, el niño tampoco escuchara a los demás (es para su educación).

1.3. Derechos del niño y niña, y la legislación interna

Aunque la legislación y el sistema jurídico de cada país suele ser diferente, casi la totalidad de los países de mundo, entienden que las necesidades de los niños son sumamente importantes, por esto consagran medidas especiales para su protección, las cuales, no solo se establecen en una ley simple, sino que, habitualmente, son incluidas en la Carta Magna de cada país.

Este es nuestro caso, pues la propia Constitución Política de la República consagra garantías fundamentales para los infantes.

Entre los derechos que se protegen constitucionalmente se encuentran los siguientes:

- Derecho a la educación
- Derecho a una familia
- Derecho a la atención de salud preferente
- Derecho a no ser obligados a trabajar
- Derecho a ser escuchado

1.4. El avance de la noción de derechos de la infancia

La noción de los derechos de la niñez se inscribe a escala mundial dentro de una gran corriente de derechos humanos, que tomó gran fuerza también durante el siglo pasado. Este avance ha dado pie a una gran cantidad de instrumentos de carácter internacional, en torno a los diferentes derechos humanos y que constituyen herramientas jurídicas fundamentales, que deben de ser adaptadas a las situaciones específicas en cada sociedad.

Sin embargo, podemos decir que la noción de derechos humanos refleja la importancia de promover el respeto y despliegue de la dignidad humana, en un ámbito de justicia social, que involucra las dimensiones tanto individual como colectiva de la persona.

Por ello, los instrumentos jurídicos relacionados con los derechos humanos, van

Haciendo notar la necesidad de libertad, igualdad, paz, trabajo, autodeterminación, asilo, etc. Se han creado, en este devenir, categorías para referirse a los derechos: Derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales.

Desde esta idea, los Estados democráticos se deben construir bajo la noción de garantizar, respetar y promover los derechos de la población que les dio origen. Por ello cada Estado tiene la obligación de crear los instrumentos jurídicos que sean apropiados, para proyectar una mejor condición de los pueblos y hacer uso de los instrumentos jurídicos internacionales, para lograr sus propósitos.

La niñez tampoco ha quedado fuera de este proceso histórico de la humanidad, aún cuando es uno de los sectores que más ha tardado en llegar a ser considerado como tal. Y sin embargo, los marcos jurídicos referidos a las niñas y niños, no ayudan a orientar una visión de niñez más capaz y con mejores condiciones de vida.

Si cuando hablamos de los derechos humanos en general, entendemos que es mucho lo que falta para lograr la justicia y dignidad humana, cuando se trata de los niños y niñas, vemos que el vacío es todavía enorme. El avance de los derechos humanos nos muestra la necesidad de progresar en la comprensión y proyección de aquellas condiciones que son necesarias para esta clase de población en particular, es decir, para los niños, y de esta forma seamos capaces de articular aquellos elementos que son indispensables para ello.

Para entender las razones por las que ha avanzado la noción de los derechos de la infancia, así como los enormes obstáculos para su cabal cumplimiento, es necesario remitirse a algunos elementos fundamentales: La situación histórica y actual de la infancia; el concepto de infancia; el principio del interés superior del niño; la búsqueda de una nueva relación entre la sociedad civil y el gobierno; mecanismos de exigibilidad; los derechos de la niñez frente a la globalización económica; la convención de los derechos de la infancia como instrumento filosófico y legal sobre los derechos de la niñez; la influencia de la Convención Internacional sobre los derechos del niño en las políticas públicas y los marcos legales en Guatemala.

1.5. La niñez como un descubrimiento del siglo XX

Si bien es cierto que los niños son seres humanos desde el momento de su concepción, no es sino hasta finales del siglo XX que adquieren una importancia inusitada. Los descubrimientos en materia de desarrollo psicogenético, de la pedagogía, de la antropología y de los propios sistemas filosóficos, muestran que se trata de una etapa privilegiada de la humanidad, en la que se construyen los elementos que son necesarios para el desarrollo del sujeto como individuo y como grupo social.

Aunque las culturas modernas, continúan dejando en los sujetos de mayor edad la capacidad de dirigir y de tomar decisiones, bajo el supuesto de que cuentan con mayor conocimiento y experiencia para ello, los avances mencionados, muestran que en la medida en que se pone mayor atención a la crianza y educación de los niños, es posible desarrollar individuos con mejores capacidades para tomar las decisiones que son relevantes y adecuadas, ante una determinada situación. Como por ejemplo, el tomar la decisión de con quien de sus progenitores quedarse, después de la ruptura del vínculo matrimonial.

Más que una visión utilitaria, a esta noción le subyace la idea de que el ser humano se construye, en una profunda interacción con el medio social, histórico y

cultural en el que se desenvuelve y es desde esta interacción, que se hace posible la construcción creativa de nuevos conocimientos, formas de organización y experiencias que le permiten un crecimiento integral, tanto en lo individual como en lo colectivo.

Nuevos enfoques sobre el devenir del hombre, centran su atención en la capacidad activa y constructiva de los sujetos y entienden a la niñez como un período de amplia y profunda actividad, con una lógica, que es diferente a la de los adultos pero no por ello menos importante. No es extraño que los descubrimientos en torno a la importancia de la niñez en el desarrollo del hombre (sin quitarle crédito a las visiones humanistas al respecto), hayan dado paso a nuevos sistemas que, en el ámbito jurídico, pueden verse reflejadas en la Convención Internacional de los Derechos Humanos de la Niñez.

Sin embargo, la mayoría de los sistemas jurídicos vigentes aún en la mayor parte de los países del mundo, tiene su origen en un momento histórico, en el que la idea y conocimiento de la niñez es prácticamente escaso, y se llega al grado de considerarle como una etapa de debilidad en el ser humano, que si bien es necesario proteger, esa protección es limitada en la medida de lo que el infante será en el futuro: Una persona completa.

Así, pese a los avances que ha registrado la historia humana en cuanto a la visión y tratamiento de la niñez, esto no ha repercutido en los marcos jurídicos, pues éstos simplemente no recogen tal riqueza.

Estas nociones darán cuenta de las condiciones básicas para la vida de los niños, pero también de las formas de relación entre el mundo adulto y el de la niñez, desde una perspectiva de interacción creativa y constructiva.

Vemos, al final del siglo pasado a una niñez diferente, a una niñez que requiere mejores condiciones para construirse, una niñez viva y creativa, que nos sorprende por su capacidad de sobreponerse, a pesar de las situaciones a las que en muchas

ocasiones se ve sometida, a pesar de decisiones equivocadas que se hacen en su nombre.

Vemos en suma, a una niñez con un enorme potencial como parte de la humanidad, sin embargo, vemos también que la sociedad no ha construido aún estructuras suficientes para permitir y canalizar dicho potencial. Vemos también, la enorme necesidad de educarnos como sociedad, dentro de una cultura que permita una mejor comprensión y actitud, frente a esta joven población, que hasta hace muy poco tiempo atrás era casi invisible.

Notamos que esta es una necesidad imperiosa en un momento histórico, donde los niños y niñas, sufren condiciones aberrantes y miserables que niegan y cancelan los derechos más elementales que forman parte de la vida humana.

1.5.1. Origen y evolución histórica de los derechos del niño

A lo largo de la historia el niño y niña ha sido considerados como un objeto de absoluto sometimiento. La soberanía absoluta y el poder ilimitado del padre, se extendieron hasta la edad contemporánea. A medida que retrocedemos en el curso de la historia, observamos que, mientras más bajos son los niveles de protección, son más altos los de abandono, violencia y todo tipo de abuso que sufrieron los niños y las niñas.

Sin embargo existían pueblos que comparativamente constituían una excepción. Por ejemplo en la India, entre la clase alta, los niños eran muy cuidados por sus padres, en Atenas se atendía la educación y el desarrollo de los niños, pues dentro de sus ideales democráticos, eran considerados futuros ciudadanos.

Aún así, la dureza de las condiciones de vida, la brutalidad en las costumbres, el considerar al niño y niña como un adulto en pequeño, marcaron el largo camino que debió recorrer la humanidad, para reconocer al niño y niña, como seres dotados de

personalidad psicológica propia, sujeto de derechos y por el cual es responsable toda la sociedad.

Es indiscutible la aportación que hacen las ciencias a esta nueva concepción de la infancia; pero hay un factor que resulta decisivo, que coincide con la finalización de las dos guerras mundiales y constituye el despertar de la conciencia mundial ante los sufrimientos e injusticias, infligidos al ser más inofensivo e inocente. Es así, que a través de una serie de textos internacionales -Declaraciones y cartas- se ha ido plasmando la necesidad de garantizarles derechos esenciales a todos los niños y niñas, sin consideración alguna de raza, sexo, nación, confesión religiosa o posición social.

Esto no significa que estos derechos protegidos en distintos instrumentos internacionales, regionales o nacionales, no sean vulnerados en distintas circunstancias y lugares, pero el que existan, constituye indudablemente una conquista dentro de la historia y un logro para la humanidad.

Uno de los primeros antecedentes, por parte de un Estado en conocer y proteger a su población infantil, lo encontramos a finales del siglo XVII, cuando Finlandia dispuso que todas las parroquias del país registraran los nacimientos y las muertes. A través de este simple procedimiento contable, pudieron medir los niveles de vida de su población y esto llevó a que fuera uno de los países con tasa de mortalidad más baja y tuviera la población infantil más sana del mundo.

El simple acto de registrar nacimientos y muertes, así como el de darle al niño y niña un nombre y una nacionalidad, se da por sentado en casi todo lugar, sin embargo, hay muchas naciones que no llevan registros o bien estos son incorrectos; y así muchas veces los niños son tratados como posesiones y también son explotados. Además, la denegación de una identidad, como la falta de registros correctos, sumado a la despreocupación del Estado, ha conducido a miles de niños a la esclavitud, la explotación y todo tipo de discriminación.

A finales del siglo pasado, la percepción de la niñez se humanizó gracias a los estudios de una serie de psicólogos y psiquiatras, como Sigmund Freud, quien está a la cabeza, y evidenciaron que las vivencias infantiles (y por tanto, las relaciones de los adultos con ellos), constituían y conformaban básicamente la personalidad futura de los mismos.

El camino para llegar a los instrumentos de protección de los Derechos del Niño, ha sido largo y ha estado marcado por hechos crueles y destructivos como las guerras mundiales.

Como ya hemos señalado, antiguamente se consideró al niño como un ser sin personalidad propia y diferenciada, esta carencia de valor autónomo conllevó una falta de declaración jurídica de sus derechos. Una de las primeras defensoras de los derechos de los niños fue Englantina Jebb, quién a raíz de la primera guerra mundial, redactó una carta: La Magna Carta del Niño, en 1922, la cual fue adoptada por la Unión Internacional para el socorro de la infancia y después por la Sociedad de Naciones en 1924, con el nombre de Declaración de Ginebra o Tabla de los Derechos del Niño, en ella se hace especial referencia al compromiso de la humanidad para con el niño, excluyendo toda consideración de sexo, raza, nacionalidad y creencia religiosa.

A estos instrumentos le siguieron la Carta de la Infancia, elaborada después de la segunda guerra mundial, por la liga Internacional para la Educación Nueva en Londres; además de distintas modificaciones a la Declaración de Ginebra, para el posterior surgimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en diciembre de 1948, la cual incluía implícitamente, las libertades y derechos de los niños, hasta llegar a la Declaración Universal de los Derechos del Niño, adoptada en 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Los principios de esa Declaración, fueron luego desarrollados por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que viene a darle valor normativo internacional, a lo que era tan solo una mera proclamación de derechos. A partir de ese momento se elaboran distintos instrumentos vinculantes que tratan de concretar los principios contenidos en ambas Declaraciones. Es así la Comisión encargada de la redacción de la Declaración de los Derechos Humanos, recibe una Resolución de la Asamblea, mediante la cual la exhorta a continuar la tarea y dar prioridad a la redacción de un proyecto de tratado, que le diera fuerza jurídica a la Declaración. Es entonces que la Comisión prepara dos proyectos, uno de derechos civiles y políticos y el otro de derechos económicos, sociales y culturales. El primero, con un protocolo facultativo conteniendo las medidas para observar la aplicación de las disposiciones del pacto y también las medidas especiales que facultan a los particulares, en determinadas circunstancias, a presentar denuncias contra un Estado que haya ratificado el Pacto.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (PIDCP), con respecto a los Artículos uno, tres y nueve de la Declaración de los Derechos del Niño señala en la segunda parte, Artículo dos punto uno, el compromiso de los Estado Parte (quienes lo han ratificado) para con los derechos protegidos en el Pacto, así como elimina la posibilidad de cualquier forma de discriminación; en su Artículo ocho, incisos uno y dos, afirma que nadie será sometido a esclavitud o servidumbre; en su Artículo 16 reconoce el derecho de todo ser humano a su personalidad jurídica; en el Artículo 24, incisos uno, dos y tres señala el derecho a ser inscrito, poseer un nombre y a adquirir una nacionalidad.

1.5.2. Concepto de derecho del niño y niña

Los derechos del niño y niña se definen como el conjunto de normas que tienen como sujeto titular de las mismas al niño y niña; es decir, a aquella persona que está comprendida entre las edades de cero a dieciocho años. El concepto de niño es definido en el Artículo uno de la Convención de las Naciones Unidas Sobre los

Derechos del Niño: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”¹

El comienzo de la titularidad del derecho es el momento de la concepción. “Por concebido se considera al ser humano antes de nacer, lo que implica un período de tiempo que media entre la concepción y el nacimiento”²; pero ¿cuándo ocurre la concepción? Responder a esta pregunta requiere determinar el momento en el cual hay vida humana; así, “desde el punto de vista biológico, cabe diferenciar a la concepción de la fecundación, la misma que se origina con la unión de gametos (óvulo y espermatozoide) y que producirá una serie de cambios morfológicos y funcionales.”³ “Este proceso concluirá alrededor del sexto día, momento en el que se dará inicio a la concepción, entendida como la interacción del cigoto con la mucosa uterina que culmina con la anidación en el útero.”⁴ Ello quiere decir, que es recién en esta etapa donde existe la certeza del desarrollo de un nuevo ser humano. Así lo reconocen expresamente las norma internacionales. Este reconocimiento es muy importante, pues significa que a los efectos de garantía, por parte del sistema de derechos humanos, el nasciturus es niño, al que debe brindársele todo tipo de protección de su vida, especialmente frente al aborto y frente a las investigaciones científicas con embriones y fetos humanos.

Todos los niños y las niñas son sujetos titulares acreedores, de su protección efectiva, sin que pueda prevalecer ningún criterio discriminatorio frente a ella.

Sin embargo no son siempre los niños quienes ejercen directamente sus derechos, sino sus padres, tutores y representantes legales, pues esa es la figura adoptada en la mayor parte de legislaciones a nivel mundial, pretendiendo de esta manera que los adultos puedan proteger con mayor certeza, los derechos que les

¹ **Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de Niño.** Artículo 1.

² **Enciclopedia jurídica omeba.** Tomo III. Buenos Aires, Argentina: Editorial Driskill S.A., 1985. Pág. 571.

³ González Mantilla, Gorki. **La consideración jurídica del embrión in vitro.** Lima, Perú: Fondo editorial PUCP, 1996. Pág. 27.

⁴ **Ibíd.** Pág. 43.

corresponden a los menores y que se considera acertado, en el sentido de que existen ciertas figuras jurídicas que el menor comprende con limitación.

1.5.3. Niña, niño y adolescente

“La niñez, como concepto, tuvo su origen en el siglo XIX, época en la que se dio inicio al desarrollo doctrinario del tema de la infancia, el cual permitió acabar con la confusión que existía entre entender a la infancia como hecho biológico natural y concebirla como hecho social.”⁵

En este sentido, surge el postulado de que el niño es un sujeto de derecho y por ello goza y puede ejercer por si o a través de terceros, todos los derechos humanos que se fundamentan en la dignidad humana y que han sido reconocidos en los tratados de alcance general y de alcance específico.

En el primer grupo de tratados de alcance general, se ubican por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; mientras que en el segundo grupo encontramos a las normas que desarrollan el ámbito de protección específica para los niños, niñas y adolescentes, por ejemplo, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, entre otros. Esta Convención, en su Artículo uno, señala que “...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” En esta línea se ubican tanto el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre las peores formas de trabajo infantil, que establece en su Artículo dos que el término niño designa “(...) a toda persona menor de 18 años”, así como el Protocolo para Prevenir y

⁵ Iglesias, Susana. **El desarrollo del concepto de infancia**. Revista en sociedades y políticas N° 2. Buenos Aires, Argentina: Fundación Pibes Unidos, 1996. Pág. 48.

Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que completa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional.

“Al respecto se puede observar que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que considera como tal a “todo ser humano” y no sólo a la “persona”, establece un ámbito de protección más amplio en comparación con el Convenio 182 y el Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños que completa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional, ya que el ser humano es tal, desde el momento de su concepción, en tanto que la expresión “persona” se reserva para hacer referencia al ser humano, desde el momento de su nacimiento.”⁶

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que, si bien el Artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ordena a los Estados Partes adoptar medidas especiales de protección a favor de los niños, el citado artículo no define el concepto niño. Además, la Corte afirma que las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de RIAD utilizan los términos “niño” y “menor” para designar a los sujetos destinatarios de sus disposiciones. Por ello, la Corte indica que la definición de niño idónea es la prevista en el Artículo uno de la Convención sobre los Derechos del Niño.”⁷ En esta línea, la Corte considera que la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad, carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.

⁶ Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho de las personas**. 8ª edición. Lima, Perú: Editorial Grijley, 2001. Pág. 26.

⁷ **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Opinión Consultiva OC-17/2002, párrafo 38.

Al tener en cuenta estos preceptos, es necesario que los Estados adecuen su ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales, sobre todo a lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño; ya que “... una parte (léase Estado) no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”.⁸

“Ello no excluye a aquellos países que no son parte de este u otros tratados dados por las Naciones Unidas, los cuales deberán tomar muy en cuenta las disposiciones de esta organización, debido a su “personalidad jurídica objetiva”⁹, cuya oponibilidad se fundamenta en la Carta de las Naciones Unidas y en los fines universales por los cuales fue creada.

1.5.4. Objeto de los derechos de niño y niña

El objeto de los derechos del niño y niña, es proteger los bienes de la personalidad, a través de todos y cada uno de los derechos humanos; los que corresponden a la primera, segunda y tercera generación son:

- La vida.
- La integridad psicofísica y moral.
- La libertad y los bienes de la personalidad relacionados a ella.
- La seguridad y los bienes de la personalidad relacionados a ella.
- La igualdad y los bienes de la personalidad relacionados a ella.
- La educación.
- La cultura y todas sus manifestaciones o bienes de la personalidad adyacentes.
- La salud.
- El medio ambiente sano.
- El desarrollo.

⁸ **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados**. 23 de mayo de 1969, Artículo 27.

⁹ Díez de Velazco, Manuel. **Las organizaciones internacionales**. 11ª edición. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1999. Págs. 69 y 70.

- La paz.

1.6. Fundamento de los derechos del niño y niña

El fundamento último de los derechos del niño, no es más que el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, inherente a toda ser humano, y en los valores que la rodean. Así lo reconoce el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989: Considerando que, de conformidad con lo principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas, han afirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, su dignidad y el valor de la persona humana, además de su determinación de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad.

El fundamento inmediato o justificación del derecho, radica, como bien lo afirma la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 y el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, en el valor de la seguridad jurídica: El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

1.7. Análisis de los derechos del niño y niña

Los logros alcanzados por la humanidad en los últimos cincuenta años, han sido significativos y han originado instrumentos que tienden, cada vez más, a garantizar los derechos fundamentales de la infancia; si bien, los hechos que han signado el origen de esos instrumentos han sido experiencias negativas, es innegable que el impacto de las mismas ha contribuido a crear una conciencia mundial más solidaria.

No obstante, es preciso que señalemos que estos derechos están formalmente reconocidos y protegidos por las normas jurídicas internacionales, pero eso no significa que tal protección se concrete invariablemente en la práctica efectiva, dentro del ámbito del Estado. Una de las causas de esa carencia está, como en el resto de los derechos, en la falta de coactividad que las organizaciones internacionales tienen sobre los Estados, para hacerles cumplir aquello a lo que se han comprometido en virtud de los tratados internacionales.

Por otra parte, se puede observar que mientras en algunos Estados la preocupación pasa por garantizar derechos de tercera generación, en otros no se aseguran ni siquiera los de primera. Es preciso distinguir la situación de los niños en el Tercer Mundo y en el Cuarto Mundo, respecto de la situación de los niños del Primer Mundo.

En los países del Norte, en el ámbito del Primer Mundo, la situación ha variado sustantivamente, en la actualidad, en relación a la situación que tenían en siglos anteriores. Ha habido un proceso de humanización y de revalorización de la dignidad de la persona del niño, el cual ha llevado al reconocimiento de un mayor protagonismo del mismo y de su progresivo aumento de poder. Durante siglos el niño estuvo sometido a la "patria potestad" romana, que confería al padre una autoridad total e incuestionable sobre sus hijos. En el momento actual, la autoridad de los padres implica el cumplimiento de una serie de deberes que son correlativos a los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las normas jurídicas. De ser "carne de cañón" e instrumento de explotación, ha pasado progresivamente a ser titular de exigencias y derechos.

Ese fenómeno complejo, va unido al cambio de actitud y la estructura de la relación planteada entre adultos y niños. Hasta la actualidad, la relación era unidireccional, no había régimen de reciprocidad. El niño era solamente receptor, no sujeto agente. Era una perspectiva "ingenua y desequilibrada", porque se apoyaba en una serie de principios que negaban "el papel de los niños como actores sociales por

derecho propio"; una perspectiva que consideraba a los niños "como simples recipientes, entes en potencia, productos futuros." Hoy por el contrario, "nos enfrentamos con los desafíos que nos plantean una niñez más compleja e influyente, pero a la vez, más humana, dinámica y saludable."

En los países del Sur y en el cuarto Mundo existente en el Norte, la situación es muy distinta, sigue la línea de explotación marcada por los siglos anteriores, y en algunos aspectos, esa situación incluso se ha agravado. El niño sigue siendo instrumento de explotación en guerras como soldado o guerrillero, es quien más sufre las consecuencias del hambre, de la persecución política y de las discriminaciones en el ámbito laboral y en el ámbito familiar (cuando tiene la fortuna de estar integrado en una familia), y son también los que más soportan el deterioro ecológico y el atraso cultural. Se impone como deber ineludible, en consecuencia, el ir reduciendo el foso abierto entre la situación de los niños entre un mundo y la situación de los niños en los otros.

CAPÍTULO II

2. El derecho de familia

El derecho de familia está conformado por el conjunto de reglas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares. Estas relaciones forman parte del derecho civil. En el derecho de familia, el orden público domina numerosas disposiciones (las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paternas filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc. El interés familiar limita las facultades individuales.

También podemos decir que el Derecho de Familia es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia entre sí y respecto de terceros. Tales relaciones se originan a partir del matrimonio y del parentesco.

2.1. Naturaleza del derecho de familia

Tradicionalmente se ha considerado que, el Derecho de Familia, es una sub-rama del Derecho Civil, sin embargo, puesto que este último se estructura sobre la base de la persona individual y que habitualmente se ha estimado que las relaciones de familia no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, en la actualidad gran parte de la doctrina considera que es

una rama autónoma del Derecho, con principios propios. Varios países han recogido legislativamente este cambio doctrinario, dictando un Código de Familia (a parte de un Código Civil). Ese ha sido el caso de Argelia, Bolivia, Cuba, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Marruecos, Panamá y Rusia, entre otros. Además, y por similares consideraciones, desde hace varios años, diversos Estados han creado judicaturas especializadas en esta materia, denominadas comúnmente juzgados o tribunales de familia.

2.1.1. Definición y naturaleza del estado de familia.

La ubicación que a un individuo le corresponde dentro de un grupo social, le atribuye un status. A todo individuo le corresponde un estado de familia determinado por los vínculos jurídico familiares que lo unen con otras personas, o aun por la ausencia total de tales vínculos, como ocurre en el caso del soltero o la declaración del estado de abandono de un menor.

El emplazamiento determinado por la existencia de dichos vínculos o por la ausencia de ellos, implica un conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos atribuidos a las personas que configuran su estado de familia. El estado de familia es un atributo de las personas de existencia visible.

2.1.2. Características

2.1.2.1. Universalidad: El estado de familia abarca todas las relaciones jurídicas familiares.

2.1.2.2. Unidad: Los vínculos jurídicos no se diferencian en razón de su origen matrimonial o extramatrimonial.

2.1.2.3. Indivisibilidad: La persona ostenta el mismo estado de familia frente a todos, por ejemplo, si es soltero, es soltero ante todos.

2.1.2.4. Oponibilidad: El estado de familia puede ser opuesto erga omnes para ejercer los derechos que de él derivan.

2.1.2.5. Estabilidad o permanencia: Es estable pero no inmutable, porque puede cesar. Citando como ejemplo que el estado de casado puede transformarse en estado de soltero.

2.1.2.6. Inalienabilidad: El sujeto titular del estado de familia no puede disponer de él convirtiéndolo en objeto de un negocio.

2.1.2.7. Imprescriptibilidad: El transcurso del tiempo no altera el estado de familia ni tampoco el derecho a obtener el emplazamiento.

El estado de familia es inherente a la persona. No puede ser invocado ni ejercido por ninguna otra persona que no sea su titular. No puede ser transmitido mortis causa. No pueden subrogarse los acreedores del sujeto en sus derechos para ejercer acciones relativas al estado de familia. Solamente los derechos y acciones derivados del estado de familia, de carácter meramente patrimonial, podrán ser ejercidos por vía subrogatoria por los acreedores (por ejemplo, reclamar el pago de alimentos devengados y no percibidos).

2.2. Acto jurídico familiar

Cuando la constitución de las relaciones familiares nace de la voluntad de las personas, se está frente a auténticos actos jurídicos que son la fuente de relaciones familiares. El acto jurídico familiar es una especie dentro del género acto jurídico, la teoría general del acto jurídico (sus presupuestos y condiciones de validez, vicios, etc.) es aplicable al acto jurídico familiar, aunque el contenido de estas relaciones esté predeterminado por la ley.

2.2.1. Clasificación de los actos jurídicos familiares

El acto jurídico familiar puede tener por fin inmediato la creación, modificación, conservación e incluso la extinción de relaciones familiares. Se clasifican en actos de emplazamiento y desplazamiento en el estado de familia. El matrimonio, el reconocimiento del hijo, la adopción, emplazan en el estado de cónyuges, de padre o madre e hijo, y de adoptante y adoptado respectivamente. La revocación de la adopción simple desplaza del estado de familia creado por la adopción. Hay actos jurídicos familiares unilaterales y bilaterales. Unilateral es el reconocimiento del hijo. Bilateral es el matrimonio.

2.2.2. El título de estado de familia

Este concepto tiene dos acepciones: Primero, como instrumento o conjunto de instrumentos públicos, de los cuales emerge el estado de familia de una persona. Se alude al título de estado en un sentido formal; segundo, como causa o título de un determinado emplazamiento. Se alude al título en sentido material o sustancial.

2.2.2.1. Título de estado y prueba del estado

El estado de familia se prueba con el título formalmente hábil, ejemplo: El estado de hijo se prueba con la certificación de la partida de nacimiento. También puede probarse el emplazamiento por otros medios cuando no es posible obtener el título.

2.2.2.2. Posesión notoria de estado

El emplazamiento en el estado de familia, requiere del título de estado en sentido formal, ya que sólo mediante él se hace oponible erga omnes y permite ejercer los derechos y deberes que corresponden al estado. Pero bien puede suceder, que una persona ejerza, en los hechos,

tales derechos y deberes sin poseer un título. Tal es el caso de alguien que se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y afirman, a su vez, ser los padres. En estos casos se dice que hay posesión notoria de estado, aun cuando no existe un estado de familia.

Tal posesión notoria de estado tiene importancia jurídica, porque permite a la ley presumir que quienes en los hechos se han conducido públicamente como si estuviesen emplazados en el estado de familia, reconocen por medio de esa conducta la existencia de los presupuestos sustanciales del estado. La posesión notoria de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento expreso, si no quedase desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo biológico.

Antiguamente la posesión notoria de estado requería tres elementos: nomen, tractatus y fama (que el presunto hijo fuese conocido con el nombre del presunto padre, que además fuera tratado como hijo por éste y que fuera tenido por hijo por los miembros de la comunidad). El concepto se reduce al trato que se dispensa como si la persona estuviese emplazada en el estado de familia respectivo.

2.2.3. El matrimonio

2.2.3.1. Concepto:

Es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar, educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.

Como acto jurídico, el matrimonio es la celebración de un acto solemne entre un hombre y una mujer con el propósito de crear una unidad de vida entre ellos. Es un

acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinados ante el funcionario que este facultado para celebrarlo;

Así también, el matrimonio se refiere al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión.

Como estado permanente de vida, se compone de un conjunto de deberes y facultades, derechos y obligaciones para la protección de los intereses superiores de la familia, como son la procreación, alimentación, educación y protección de los hijos, y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges; De ahí que se entienda al matrimonio como una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne.

El matrimonio constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual, esa institucionalización de la unión entre un hombre y una mujer se logra en virtud de un acto jurídico, es decir, un acto voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato establecer las relaciones jurídicas conyugales. Las formas matrimoniales, son el conjunto de solemnidades requeridas por la ley para el reconocimiento jurídico del vínculo matrimonial.

Los fines del matrimonio son implícitos. Es decir el matrimonio conduce a la realización plena del hombre y la mujer en el encuentro interhumano, mediante el cual fundan una familia, constituida por ellos y más tarde por sus hijos, para educarlos y educarse, y así lograr formar un sano núcleo a la sociedad.

El matrimonio en el derecho canónico. El derecho canónico lo concibe como una alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole.

Asimismo señala que los principios esenciales del matrimonio son la unidad e indisolubilidad, producidos por el consentimiento de las partes.

2.2.3.2. Naturaleza jurídica del matrimonio

Es una institución social y no un contrato, que es la noción tradicional. Es un acto jurídico bilateral que se constituye por el consentimiento de los contrayentes pero integrado por la actuación también constitutiva del Estado o de la autoridad competente para celebrar el matrimonio, para hacer efectivo un control de legalidad por parte del Estado.

2.2.3.3. Derechos civiles dentro del matrimonio

La Constitución señala que el Estado debe garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia, promoviendo su organización sobre la base legal del matrimonio. De igual manera, señala expresamente que el Estado debe promover la igualdad de derechos de los cónyuges y la paternidad responsable. El Código Civil coincide con este principio al establecer que ambos cónyuges gozan de igualdad de derechos y obligaciones dentro del matrimonio.

Durante el matrimonio, la mujer tiene el derecho de agregar a su propio apellido el de su cónyuge y de conservarlo, salvo que el matrimonio se disuelva por nulidad o divorcio. Ambos cónyuges fijarán de común acuerdo su residencia y arreglarán todo lo relativo a la educación, establecimiento de los hijos y la economía familiar.

El Código Civil establece el deber del esposo de proteger y asistir a la mujer, estando obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar. Ambos cónyuges tienen la obligación de atender y cuidar a sus hijos durante la minoría de edad.

2.2.3.4. Generalidades del divorcio y la custodia de los hijos

El Código Civil establece las figuras de la separación, que modifica el matrimonio, y el divorcio, que lo disuelve. Tanto la separación como el divorcio pueden declararse por acuerdo de los cónyuges o por voluntad de uno de ellos, mediante causa determinada por la ley. Son causas legales para la separación o el divorcio, entre otras, las siguientes: La infidelidad, maltrato, injuria grave y toda conducta que haga insoportable la vida en común; atentado contra la vida del cónyuge; alumbramiento de un hijo concebido antes del matrimonio, sin conocimiento previo del marido sobre el embarazo; enfermedad grave, incurable y contagiosa que pueda perjudicar al otro cónyuge o a la descendencia; e impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que sea incurable y posterior al matrimonio.

En la separación, el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de administración de alimentos e imposibilidad de nuevas nupcias, es decir, separación material de cónyuges, que ya no están obligados a vivir juntos. En el divorcio, se da la disolución del vínculo, otorgando a los cónyuges capacidad de contraer nuevas nupcias.

La custodia de los hijos se asigna como efecto de la separación o del divorcio. El cónyuge culpable de esta situación queda suspendido o pierde la patria potestad, si hay petición expresa de la parte interesada. El Código Civil establece además que, desde el momento en que se presenta la solicitud de separación o divorcio, la mujer y los hijos quedarán bajo la protección de la autoridad para la salvaguarda de sus personas y de sus bienes, hasta que se dé la sentencia definitiva. El juez determina la custodia provisional de los hijos hasta la resolución definitiva del divorcio, pudiendo ser otorgada al padre, a la madre o a un tutor.

2.2.3.5. La violencia domestica y la suspensión de la guarda y custodia

En 1996, el Congreso de la República de Guatemala promulgó la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. La ley define como violencia intrafamiliar “a cualquier acción u omisión que directa o indirectamente causen daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial a una persona integrante del grupo

familiar. El agresor puede ser un pariente o conviviente o exconviviente, cónyuge o excónyuge o la persona con quien se haya procreado hijos.”¹⁰

La ley establece medidas de protección, tales como la orden judicial de abandono de la residencia común por el agresor, suspensión de la guarda y custodia de los hijos menores de edad, embargo preventivo de los bienes del agresor, reparación civil por los daños ocasionados a la víctima, entre otras. Estas medidas pueden ser solicitadas por la víctima, los parientes o médicos que tengan contacto con la persona agredida, o cualquier persona que sea testigo de los hechos. La ley determina la participación de la Policía Nacional y los Juzgados de Paz en el trámite de las denuncias o solicitudes de protección, en los casos de violencia intrafamiliar.

2.3. Modificación y disolución del matrimonio

2.3.1. Causas de disolución

- Muerte de uno de los cónyuges, declaración de muerte presunta de uno de los cónyuges, divorcio.
- Muerte natural y muerte presunta de uno de los cónyuges
- La muerte de uno de los cónyuges como causal de disolución del matrimonio, es un hecho natural de efectos jurídicos, no produce dificultades.
- La declaración de muerte presunta produce como efecto inmediato la disolución del matrimonio y autoriza al cónyuge para contraer nuevo matrimonio, según el Artículo 77 del Código Civil.

2.3.2. Separación y divorcio

La separación es la causa modificativa del matrimonio, en donde se interrumpe la vida en común, sin ruptura definitiva del vínculo, por acto unilateral de uno de los

¹⁰ **Ley para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.** Decreto 97-96, Artículo 1. Segunda Edición. Guatemala, 1998.

cónyuges, por acuerdo mutuo o por decisión judicial; y el divorcio es la ruptura del vínculo matrimonial por la resolución judicial pronunciada por funcionario competente, previos los trámites y formalidades legales.

2.3.3. Causales de separación y divorcio

- Mutuo acuerdo o mutuo consentimiento de los cónyuges;
- Por voluntad de uno de los cónyuges, fundada en una causa determinada señalada en la ley.

2.3.4. Divorcio y separación por mutuo acuerdo y por causal determinada

2.3.4.1. Divorcio y separación por mutuo acuerdo

El divorcio o separación por mutuo consentimiento podrá pedirse ante el juez de domicilio conyugal, siempre que hubiere transcurrido más de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio. Con la solicitud deberán presentarse los documentos siguientes:

- Certificaciones de la partida de matrimonio, de las partidas de nacimiento de los hijos procreados por ambos y de las partidas de defunción de los que hubieren fallecido;
- Las capitulaciones matrimoniales, si se hubiesen celebrado y;
- Relación de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

El juez podrá decretar la suspensión de la vida en común y determinará provisionalmente quien de los cónyuges se hará cargo de los hijos y cual será la pensión alimenticia que a éstos corresponda, así como la que deba presentar el marido a la mujer, si fuere el caso.

También podrá decretar las medidas que juzgue convenientes para la protección de los hijos y de la mujer. Si el juez tuviere motivos fundados podrá confiar el cuidado de los hijos a tercera persona, y establecerá en todo caso las formas en que se relacionarán los padres que no están con sus hijos. El juez citará a una junta conciliatoria a las partes, para que se verifique dentro de ocho días y mediante la misma puedan llegar a un acuerdo. Las partes acudirán personalmente y pueden ser auxiliadas por abogado por separado. Previa ratificación de la solicitud, el juez hará advenimiento de las partes para que continúen la vida en común, si se avienen se declarará el sobreseimiento definitivo, esto es imperativo, debido a que el Estado garantiza la protección a la familia y por lo tanto, el representante estatal, que en este caso es el juez, debe aconsejar a las partes, para que ellos logren una reconciliación, intentando con ello, salvar a la familia de una ruptura.

Si no hay conciliación se presentará ante juez un convenio en que consten los siguientes puntos:

- A quien quedan confiados los hijos menores de edad o incapaces;
- Por cuenta de quien de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos y cuando esta obligación pese sobre ambos cónyuges, en que proporción contribuirá cada uno de ellos;
- Que pensión deberá pagar el marido a la mujer si esta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades;
- Garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges.

El convenio no perjudicará a los hijos, quienes, a pesar de las estipulaciones, conservarán íntegros sus derechos a ser alimentados y educados, con arreglo a la ley. El juez aprobará el convenio si estuviere apegado a la ley y las garantías propuestas fueren suficientes, disponiendo, en tal caso, que se proceda a otorgar las escrituras correspondientes, si fuere procedente. Dentro de ocho días, el juez dictará sentencia pronunciándose sobre todos los puntos del convenio y será apelable. Después de seis

meses de haber causado ejecutoria la sentencia de separación, cualquiera de los cónyuges puede pedir que se convierta en divorcio, fundado en la ejecutoria recaída en el proceso de separación.

Esta petición se resolverá como punto de derecho, previa audiencia a la otra parte, si hubiere oposición se tramitará en juicio ordinario. En cualquier estado del proceso de separación o divorcio y aún después de la sentencia de separación, pueden los cónyuges reconciliarse quedando sin efecto dicha sentencia. Solo por causas posteriores a la reconciliación puede entablarse nuevo proceso. La reconciliación podrá hacerse constar por comparecencia personal ante juez, por memorial con autenticación de firmas o por escritura pública. Estas sentencias (separación y divorcio) se inscribirán en el registro civil y de la propiedad.

2.3.4.2. Divorcio por causa determinada

Es el típico divorcio absoluto o vincular en cuanto constituye precisamente la forma admitida por las legislaciones que no aceptan el divorcio por mutuo consentimiento. Dichas causas conforme el Artículo 155 del Código Civil, son las siguientes:

- La infidelidad de cualquiera de los cónyuges;
- Los malos tratamientos de obra, las riñas y las disputas continuas, las injurias graves, ofensas al honor, y en general, al conducta que haga insoportable la vida en común;
- El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos;
- La separación o abandono voluntario de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año;
- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio;
- La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos;

- La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que están legalmente obligados;
- La disipación de la hacienda doméstica;
- Los hábitos del juego o la embriaguez;
- La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro;
- La condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por otro común con pena mayor de cinco años de prisión;
- La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia;
- La impotencia absoluta y relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio;
- La enfermedad incurable de uno de los cónyuges;
- La separación de personas declarada en sentencia firme,

Por su parte el Artículo 158 del Código Civil regula de que no puede declararse el divorcio o la separación con el simple allanamiento de la parte demandada, ni es suficiente prueba para declararlos la confesión de la parte demandada sobre la causa que los motiva.

2.3.5. Efectos comunes y propios de la separación y el divorcio

Son comunes la liquidación del patrimonio conyugal; derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable; suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de parte interesada. De acuerdo al Artículo 159 del Código Civil.

Los efectos propios de la separación son la subsistencia del vínculo matrimonial; el cónyuge inculpable de la separación tiene derecho a la sucesión

intestada del otro; y la mujer puede continuar usando el apellido del marido. Según los Artículos 160 Y 1082 Código Civil respectivamente.

Los efectos propios del divorcio son: La disolución del vínculo conyugal de acuerdo al Artículo 161 del Código Civil; la mujer pierde el derecho de seguir usando el apellido del marido Artículo 171 del Código Civil; el parentesco por afinidad se extingue de acuerdo al Artículo 198 del Código Civil y se extinguen los derechos de sucesión intestada.

CAPÍTULO III

3. Efectos de la separación y divorcio en los hijos menores de edad

3.1. Historia del divorcio.

Las legislaciones de la antigüedad consagraban, en su mayoría, una fortísima potestad marital. Esta tenía por consecuencia, un poder conferido al marido, para repudiar a su mujer, facultad soberana, al menos en el origen y por supuesto, unilateral. Era divorcio o repudio. Se encuentra por ejemplo en el derecho hebreo, en el derecho islámico y en las antiguas costumbres germánicas.

Se encuentra también el antiguo derecho romano, pero, desde que las grandes conquistas introdujeron en Roma, las riquezas y las libertinas costumbres del Oriente, los esposos se pudieron divorciar por mutuo consentimiento. El divorcio se convirtió entonces en el desenlace formal del matrimonio, lo cual constituyó la ruina para la familia. El divorcio por mutuo consentimiento, fue abolido por Justiniano, pero posteriormente fue restablecido por Justiniano II, su sucesor.

La indisolubilidad del matrimonio, no aparece en el antiguo derecho francés, sino después de muchos siglos en los que se esforzaba la Iglesia por hacer que

triunfara esa doctrina nueva, incluso revolucionaria. Obra de la Iglesia, es la indisolubilidad del matrimonio, que fue combatida por sus adversarios, a los cuales se unían naturalmente cuantos buscaban, incluidos en ellos reyes y príncipes, librarse de los vínculos del matrimonio. La Reforma, posteriormente, admitió el divorcio. Los filósofos del siglo XVIII, Juan Jacobo Rousseau y Voltaire, afirmaron la necesidad de la existencia del mismo.

Los adversarios de la Iglesia triunfaron con la Revolución Francesa. El matrimonio, secularizado, sale del derecho canónico. La ley del 20 de diciembre de 1792, instituye el divorcio en Francia, a consecuencia de la libertad: Los cónyuges han sido libres para unirse; deben ser libres para separarse. Por tanto, se admite el divorcio, no sólo por causas determinadas, sino por mutuo consentimiento; porque los contratantes pueden destruir, siempre por su acuerdo, el contrato que por su consentimiento hubieran formado. Se admite incluso, el divorcio por simple incompatibilidad de caracteres, que es el divorcio por la voluntad unilateral de uno de los esposos, dispuesto siempre a crear, por su actitud, la incompatibilidad que justifique su ruptura.

Los líderes de la Revolución Francesa querían, sobretodo, mediante el divorcio, atacar a la Iglesia, para hacerle una mala pasada, suprimieron la separación de cuerpos. Por esperar así, que se obligaría la figura del divorcio, para los esposos incapaces de continuar la vida en común. Una buena táctica, creían ellos, aunque no querían quebrantar la familia, sino más bien defenderla, fue un grave error, pues lo que se consiguió fue un ataque directo a la institución de la familia.

3.2. El divorcio y los hijos

En nuestra época, los índices de separación y divorcio son cada vez más elevados. Entre un 40 y 50% de los matrimonios iniciados, terminan en divorcio. Casi cuatro de cada diez niños nacidos entre 2000 y 2005, pasaron parte de su niñez en una familia conformada solamente por un padre. Generalmente las parejas que se

divorciados tienen historias de divorcio en sus familias. Es más frecuente en matrimonios que se han casado jóvenes o que provienen de distintos niveles socioeconómicos.

Diferentes son las situaciones que desencadenan en un divorcio o separación; Entre otras se encuentra la aparición de un tercero, violencia por parte de alguno de los cónyuges, celos, problemas económicos, problemas sexuales, problemas en la interpretación de la realidad, de creencias y mitos (las creencias compartidas que contienen muchas de las reglas secretas de la relación). Las personas evolucionan y cambian a lo largo de la vida, lo que en ocasiones provoca que uno de los cónyuges descubra, que el otro no es el mismo con el que se casó. A su vez, ambos pueden estar satisfechos con estos cambios, pero también pueden sentirse desilusionados, siendo esto, motivo de conflicto constante.

El divorcio suele ser visto como un peligro de desintegración familiar, pero también puede ser una oportunidad para crecer, si la crisis se resuelve, ya que como toda crisis, al resolverse, se pasa a otra etapa de cambio. El divorcio es un factor traumático tanto para los cónyuges como para los hijos, pero no por ello debe ser disfuncional. La disolución de una relación significativa, puede producir trastorno emocional, angustias y sufrimientos en las personas que lo viven. Incluso llegar a ocasionar depresión, intentos de suicidio o enfermedades psicosomáticas.

Actualmente el divorcio es aceptado socialmente, gracias a factores como la pérdida de la influencia de la religión o del resto de la familia, la agilidad de las leyes de divorcio, etc. La mayor parte de las personas que se divorcian, sufren sentimientos depresivos, ambivalencia, o cambios de humor; y la recuperación suele durar aproximadamente dos años, durante los cuales, una psicoterapia sería necesaria en muchos casos, para poder hacer frente a estos síntomas y obtener una recuperación favorable de la persona y su entorno.

3.3. Divorcio y discrepancias sobre efectos en los hijos

Según una investigación del psicólogo irlandés Patrick Fagan, acérrimo defensor del matrimonio, miembro investigador de la fundación William H.G. Fitzgerald y de la Heritage Foundation en temas relacionados con la cultura y la familia, el divorcio está hiriendo de forma devastadora a la sociedad norteamericana y la de todo el mundo, pero sobre todo las vidas de los hijos.

El autor irlandés, quien además se desempeñó como subsecretario subrogante de Salud y Servicios Humanos, en el gobierno de George Bush, señala que sus efectos son obvios en la vida familiar, asistencia a clases, estabilidad laboral, salud física y mental, consumo de drogas y criminalidad.

Muchos decían que no había diferencias entre los hijos de divorciados y los de familias estables, lo que es un gran error, porque se ha demostrado que hay diferencias entre ellos. Lo que muestran las investigaciones repetidamente, es que a los niños les va mejor, incluso, cuando los padres están en problemas pero juntos, que cuando están separados, dice Fagan.

Fagan, señala que los niños cuyos padres se han divorciado están cada vez más expuestos a ser víctimas de abusos y abandonos. Ellos muestran más problemas de salud, emocionales y de conducta, además de que se presenta un porcentaje más alto de suicidios.

De la misma opinión es la investigadora norteamericana Judith Wallerstein, quien indica que, además, los hijos de familias divorciadas y vueltas a casar, son más agresivos hacia sus padres y profesores, incurren en actividad sexual más prematura, hay más niños nacidos fuera del matrimonio y más divorcios en la adultez.

Los hijos deben ser tenidos en cuenta, en el momento previo y posterior al divorcio. La solución ideal en un divorcio difícil, es la que menos perjudique a los niños, pero sin dejar de lado, la que menos perjudique a toda la familia, ya que el hecho de perjudicar a uno de los miembros hará que sufran todos los demás. El principal

problema que tienen los hijos, cuando surge la separación o el divorcio, es que los padres incurren en una serie de conductas erróneas para con ellos.

Los padres no deben utilizarlos como "espías" para que les informen qué está haciendo el otro cónyuge, o como "corre ve y dile" o "mensajeros" para comunicarse entre ellos. Los padres, no deben presentar reacciones agresivas contra sus hijos para vengarse de la pareja. No deben amenazar a la pareja, en el sentido de que "si se divorcian, le harían un daño tremendo a los hijos" para tratar con esta frase, evitar la separación.

La custodia de los niños debería ser compartida y que el niño tenga acceso a ambos padres, ya que el hecho de mantener contacto regular con ambos progenitores, les permite crecer y desarrollarse mejor.

Porque, si la pareja marital no logra llevarse bien, vive en conflicto por diferentes motivos y llega a divorciarse, es necesario que permanezca unida. A esto se le llama función parental y por ende debe ser compartida por ambos padres, de lo contrario causará ambivalencia en los hijos, sabotaje y coaliciones con uno de sus progenitores, pudiendo llegar a causarle serios daños psicológicos a éste. Es preciso que ambos padres estén de acuerdo en las normas a impartir y que coordinen acuerdos básicos.

Este último punto es el más difícil, ya que esta función está más relacionada con las prohibiciones, por lo que resulta la más frustrante y estresante. A esta función la llamamos "normativa". La función nutritiva consiste en dar amor, cuidado, y además satisfacer las necesidades básicas de alimentación, abrigo, etc. Es fundamental que los padres puedan lograr estos acuerdos, separando la crianza de los hijos de los resentimientos del post-divorcio, siendo capaces de soportar las frecuentes comunicaciones con su ex-cónyuge y cooperando en forma conjunta en la educación de los hijos.

Los padres tendrán que tomar una serie de decisiones que van a afectar la crianza de los hijos, relacionada con la residencia, enseñanza, salud, y las relaciones con la demás familia. La reacción del niño, ante la separación o el divorcio, va a depender de la edad que tenga, ya que su manera de percibirlo va a ser distinta. Los niños de tres a seis años, no comprenden lo que sucede y se sienten culpables, en cierto modo, por la ruptura; los menores de siete a doce años, sufren consecuencias escolares, como una especie de retroceso en el aprendizaje; los hijos mayores entienden el divorcio, se sienten dolidos, críticos, pero consideran que los padres pudieron haberlo evitado, si hubieran intervenido sobre la situación. Ahora bien, independientemente de la edad, es una alteración emocional y conductual, algunos niños pueden tener la fantasía de que sus padres volverán a unirse.

Los niños necesitan de tres a cinco años para recuperarse y readaptarse del divorcio, pero alrededor de un tercio sufre un trauma psicológico persistente. El síntoma más evidente que padecen, es la agresividad. Al producirse el divorcio, los padres no deben quedar resentidos con sus hijos, no deben existir conductas inapropiadas contra los hijos, tales como el abandono afectivo del padre que no tiene la custodia o sobreprotección por parte de quien la tiene. No se le debe presentar al hijo una nueva pareja, antes de que esté en capacidad de asimilar ese impacto. Todos estos comportamientos provocan conductas profundamente obstaculizadas en la evolución psicológica de los niños. Investigaciones revelan que los hijos de padres divorciados, presentan menos autoestima, que los de matrimonios constituidos. El divorcio, es el más grande stress que un niño puede soportar, tal como lo hemos visto. Los niños perciben la muerte de un padre, de manera más natural que un divorcio. Los hijos de divorciados, necesitan más tratamiento psicológico, que los hijos de los no divorciados. Las consecuencias de una conducta inadecuada de los padres cuando se divorcian, pueden ocasionar ansiedad, miedo, inseguridad, sentimientos ambivalentes y diferentes trastornos de conducta. De manera que si una pareja se encuentra en proceso de divorcio, debe tener en cuenta:

- El problema es con la pareja, nunca con los hijos;

- La única forma en que los hijos no sufran durante la separación o divorcio, es que los padres estén plenamente conscientes, de que deben explicarles claramente la situación a ellos y decirles que, independientemente de la decisión que tomen, ambos cónyuges seguirán queriéndolos y ayudándolos,
- Si no hay más remedio que el divorcio, siempre será preferible una separación amistosa que una conflictiva, por el bienestar y seguridad de los hijos y de la propia pareja;
- Hay que hacer un gran esfuerzo para superar el rencor y la rabia, pero es indispensable por el bien de todos.

Si el ambiente que rodea al niño es favorable, es decir, que sus padres pueden ejercer juntos la paternidad, muestran un comportamiento consistente frente al niño y evita discusiones frente a éstos, entonces los hijos lograrán adaptarse bien al divorcio. Los adolescentes, suelen pasar más tiempo fuera de la casa luego del divorcio; los hijos presentan creencias más problemáticas ante la separación o divorcio de los padres, cuando éste se produce de manera conflictiva. En estos casos, los niños tienden a culpabilizar más al progenitor no custodio, pero las concepciones son menos culpabilizantes, si los niños mantienen contacto con los progenitores no custodios, al mismo tiempo que experimentan menos sentimientos de abandono. Se ha comprobado también que la mayor presencia de creencias problemáticas, se asocia a mayor inadaptación social y personal de los niños.

El hecho de que los niños vivan con uno de sus progenitores, es la prueba de que, efectivamente se produjo la ruptura del matrimonio de sus padres, y lo manifiestan con enfado y rabia; en ocasiones difícil de manejar por el padre custodio.

Hay diferentes reacciones de los padres:

- Cuando comparten con los hijos el enojo hacia el otro progenitor;
- Cuando desplazan el enojo que sienten hacia la otra parte, los hijos;

- No respondiendo a las necesidades de los hijos, por estar demasiado ocupados en sus propias necesidades;
- Intercambiando cuestiones personales con los hijos, como si fueran iguales;
- No proporcionándoles límites necesarios y apropiados;
- Utilizando a los hijos mayores para que cuiden de los menores;
- Viendo a los hijos como propiedades.

En estudios realizados, se ha observado que una década después del divorcio, muchos de los hijos tienden a evitar casarse jóvenes y/o bajo influjo de sus impulsos, que valoran el amor romántico duradero y comprometido. Además, se formuló que arriba del 33% confiesa que ha sido muy importante mantener el contacto con ambos progenitores y que éstos hayan dejado de pelearse continuamente.

3.4. La custodia de los hijos

Se dice legalmente, que la custodia se confía al padre que se considera más apto para hacerse cargo de los niños, e intenta proteger de la mejor forma los intereses que éstos tengan. Igualmente es común que se le confiera a la madre. Hasta fines de los sesenta, era difícil que un padre consiguiera la tenencia de su hijo, salvo por enfermedad psicológica, dependencia de drogas o de alcohol, entre otros, de la madre.

3.4.1. Distintos tipos de custodia de los hijos

- Compartida: Los hijos pasan la mitad del tiempo con cada uno de sus progenitores. Es la más frecuente. Los padres deben compartir no sólo los derechos sobre los hijos, sino también las responsabilidades y obligaciones sobre los mismos.
- Separada: Los hermanos se separan y cada padre se responsabiliza de uno o más de sus hijos.

- Única: El niño se queda con un sólo de sus padres, y el otro tiene derecho a visitas que son otorgadas por el juez.

Es preferible que la custodia sea compartida, pero cada caso es único y por lo tanto, se estudia y evalúa en forma particular. Cuando se cede la custodia a uno sólo de los padres, podrán surgir problemas entre los niños y el progenitor custodio, con el que no posee la custodia. El padre no custodio, pierde la gratificación del día a día y con ella las responsabilidades que acarrea la paternidad, provocando problemas emocionales en los padres y en los niños.

3.5. La separación de los padres

Cuando dos personas se separan, dejan de ser pareja, pero siguen siendo padres. Esta obviedad, no lo es tanto en algunos procesos de ruptura. por ese motivo, psicólogos y mediadores familiares, repiten la frase sin cesar "lo importante no son sus derechos, sino los del niño". Saben que a menudo, en plena batalla legal y emocional, los implicados olvidan que lo importante es encontrar acuerdos en beneficio de los niños.

Las parejas en proceso de separación, puede hacer cosas que en otras circunstancias jamás harían. El amor puede transformarse en odio, con una aspereza que impide cualquier diálogo. Esa tensión se transmite a toda la familia y se hace evidente en las puestas de sus antiguos hogares, por ejemplo, los fines de semana, cuando los adultos esperan a que sus hijos bajen con la bolsa preparada para pasar juntos 48 horas. A veces la entrega del "niño" se asemeja a la de un paquete postal., los adultos no cruzan una palabra, ni siquiera una mirada. Para afrontar esta realidad es necesario que las personas aprendan a afrontar las separaciones.

Nosotros creemos, que debería educarse a los jóvenes, para poder asumir conflictos y entender, que a veces las relaciones se agotan por diferentes causas. Es esencial enseñarles a no odiar. En ningún caso los propios sentimientos deberían ser transmitidos al menor. En la actualidad existen formas tan brutales de maltrato, por ejemplo, la "utilización despiadada de un menor en las separaciones traumáticas". Sin recurrir a fórmulas especialmente crueles de manipulación, como el hacer la pregunta clásica "Y tú, ¿a quién quieres más, a mamá o a papá?" hoy es más insoportable que nunca. Y es que, a veces los niños deben responderla ante un juez con su imponente investidura. Esa imagen resulta especialmente dolorosa para un niño. "Es lo que se conoce como "maltrato institucional o doble victimización".

3.5.1. La opinión de los niños

En los procesos de separación, se consulta la opinión de los niños mayores de diez años y de los menores de esta edad, solamente si tienen madurez suficiente, para comprender la importancia de la situación. En la actualidad, algunos jueces disponen que los equipos técnicos conversen con los menores, en ambientes distendidos, pero depende de la sensibilidad de cada letrado.

Nosotros consideramos que del mismo modo que los altos cargos tienen el privilegio de que se les interrogue en su domicilio, los niños deberían poder ser consultados en sus casas, mientras hablan de fútbol o cualquier otro tema. El juez debería poder conocer la opinión del menor, sin necesidad de interrogarle y durante este trámite, siempre debería estar presente un psicólogo o un trabajador social.

En cualquier caso, las preguntas directas del tipo "escoge entre papá o mamá" han de descartarse por completo, sobre todo, "porque el niño necesita a ambos". Sin embargo, con la separación o divorcio, uno de los cónyuges se convierte en el verdadero padre y el otro en visitante.

Incluir la figura de la guarda y custodia compartida, podría aliviar esta situación, para quienes la padecen. Pero al hablar de guarda y custodia, es tratar el tema de responsabilidad o tiempo compartido. Para nosotros, lo idóneo es que el menor viva con uno de los cónyuges y que el otro participe al máximo en la vida del niño, que tenga contacto y relación, la mayor parte del tiempo que le sea posible. Ello se puede concretar de muchas maneras, así, un niño o niña podría vivir con su madre, pero el padre podría recogerle en el colegio, ayudarle con los deberes o llevarle al cine entre semana. Pero en Guatemala, lamentablemente, cuando se da una separación, uno de los progenitores deja de ser un padre afectivo, para convertirse en un proveedor económico. No se entiende el motivo por el cual, el padre era un "buen padre" antes de que se diera la separación y deje de serlo al concretarse la misma.

En nuestro país, la tendencia de los jueces de familia, es conceder la custodia a las mujeres de manera generalizada. Sin embargo, nosotros consideramos que la custodia debería otorgarse de forma compartida, y procurar hacerle menos traumático el proceso, a los menores.

3.5.2. Con mamá o con papá

La guarda y custodia, suele otorgarse a la madre en más del 90% de los procesos judiciales. Del 80 al 85% del cuidado de los hijos, lo desarrollan las madres. Son ellas las que acuden mayoritariamente a las escuelas de padres y a las asociaciones de padres y los jueces no suelen contradecir a la sociedad en este punto.

La mayoría de los varones admite esta realidad, pero también reivindica que los hombres que apuestan por la "paridad y la igualdad de sexos" no sean discriminados por razones de sexo, al momento de hablar de los hijos. Del mismo modo en que se está potenciando que los hombres pidan el permiso de paternidad, alegando que están

tan capacitados como las mujeres para cuidar de los hijos, debería seguir responsabilizándoles en su crianza, en caso de separación.

Los psicoterapeutas familiares consideran, que un padre puede estar tan capacitado como una madre, para cuidar de un menor y viceversa. Lo que los niños necesitan es nutrición emocional, cariño, y una buena socialización. La mayoría de los psicólogos infantiles, coinciden en que el mayor daño que se produce al menor, no se debe al cambio de domicilio o al sexo de a quien le corresponde su guarda y custodia, sino a las desavenencias entre los padres.

En principio es interesante, pero no imprescindible, que el niño tenga como punto de referencia un domicilio familiar, explica Josep Tomás Villalta, especialista en psiquiatría infantil del Hospital de la Vall d'Hebron en España. Pero esta referencia, no debe ir en detrimento de que se relacione con ambos padres.

Durante los primeros meses de vida, el vínculo materno filial es fundamental, pero a partir del primer año, la socialización del niño se produce, tanto por el lado del padre, como por el de la madre. Por otro lado, Tomás Villalta opina, que quitarle el poder a una sola persona y hacérselo compartir con el otro progenitor, puede ser beneficioso, porque les obligará a entenderse y a reducir la conflictividad.

3.5.3. ¿En casa de quién se quedan los hijos?

Otro tema pendiente, que debería regularse, a criterio nuestro, es el de la vivienda. Esta cuestión falsea muchas situaciones, los niños no vienen con el pan bajo el brazo, pero hay cónyuges que piensan que los niños sí vienen con la casa bajo el brazo. Cuando la custodia es compartida, el convenio que regula la pensión y el uso o acceso a la vivienda cambia. Si los dos cónyuges trabajan y cuentan con salario propio, ambos pueden resolver asumir los gastos de los niños durante el período en que estos están a su cargo. De este modo, se evitan muchas disputas. Pero las posibilidades son muchas y con el tiempo, son cada vez más. Inmediatamente después de una ruptura, algunos ex cónyuges, no quieren ni hablarse, pero cuando

llega la calma, hay quienes reconducen la situación. De hecho, hay algunos regímenes de visitas, que con el tiempo acaban modificándose y convirtiéndose en custodias compartidas.

A medida que los miembros de las ex parejas rehacen sus vidas e incluso crean nuevas familias, con sus nuevos compañeros, la tiranía se suaviza. Pero para conseguir superar esta situación, hace falta no sólo tiempo, sino también tiempo libre.

3.6. Los efectos del divorcio en los niños menores de tres años

El divorcio, siempre produce un alto impacto emocional en los hijos. Atenuar este impacto, para que sus consecuencias no acarreen un daño irreversible en el desarrollo psico-evolutivo del menor, así como, alcanzar una reorganización familiar viable, es crucial para los niños. Pareciera que los matrimonios duran cada vez menos tiempo y no es raro, ver padres que se separan con sus hijos aún muy pequeños, a los que les espera una larga tarea de crianza.

Es muy importante, que estos padres sepan cuales son las reacciones más comunes de los chicos y cómo actuar. Los progenitores que se divorcian, aún los que no querían hacerlo, sienten culpa y por lo general la culpa los vuelve incompetentes para cumplir con las funciones normativas. Por otro lado, cuando se trata de bebés o niños pequeños, los padres creen que ellos no perciben lo que pasa en su familia y esto es un error, porque los niños pequeños comienzan a presentar síntomas y características similares.

El aumento del número divorcios en los últimos años, es una penosa realidad social. Entre el 40 y 50 % de las primeras uniones, termina en separación o divorcio y la inmensa mayoría de estas familias desintegradas, tienen hijos. Cuando la separación es un hecho y no hay vuelta atrás, tomar las medidas necesarias para disminuir el impacto de la ruptura marital en los hijos, debe ser alta prioridad para los padres. Hay dos cosas que en estas circunstancias deben saber: La primera es, que

nadie mejor que ellos puede ayudar a sus hijos a transitar la crisis y la segunda, es que, para ayudar a sus hijos, deben estar bien informados.

El efecto reparador que produce en los niños, especialmente en los más pequeños, el mensaje dicho por ambos padres: "Aunque ya no vivamos todos juntos, los dos te vamos a seguir queriendo mucho toda la vida y te vamos a seguir cuidando juntos", no puede ser superado.

El divorcio, es siempre para los hijos. una experiencia diferente que para los padres: La familia en la cual los niños nacieron, crecieron y vivieron toda su vida, se muere y cualquiera fueran sus deficiencias, sienten que es la entidad que les brinda el apoyo y la seguridad que necesitan. El ser humano, al nacer, requiere del cuidado de sus progenitores durante mucho más tiempo que cualquier otra especie y los niños son conscientes de esa dependencia.

Investigadores de distintas especialidades, han estudiado los efectos del divorcio en los niños y adolescentes, pero no hay conclusiones unánimes. Un estudio publicado por UNICEF, señala "que las consecuencias pueden ir de moderadas a graves, de transitorias a permanentes y que dependen del grado del conflicto previo, especialmente que se involucre o no a los hijos; del ejercicio o no de la co-parentalidad (crianza conjunta de los hijos); y de los efectos del deterioro económico y del estilo de vida que por lo general trae aparejado."¹¹

"El divorcio se ha instituido para los cónyuges, no para los padres, no existen "ex hijos" ni "ex padres". Los esposos no se divorcian de sus hijos, ni entre sí como padres, o... al menos, no deberían hacerlo. El divorcio disuelve el vínculo conyugal que une legalmente a los esposos y les devuelve la aptitud nupcial, pero conserva el vínculo parental que los une como padres. Esta disolución, implica la transformación de la familia nuclear original (constituida por padres e hijos), en una familia con una

¹¹ UNICEF y UDELAR. Revista nuevas formas de familia. Perspectivas nacionales e internacionales. Uruguay. Noviembre 2003. Pág. 21.

estructura diferente: La familia bi-nuclear, con dos núcleos, representados por la casa de la mamá y la casa del papá. Este tipo de configuración familiar, requiere, para ser viable, el ejercicio conjunto de la parentalidad o co-parentalidad. Es decir, la familia del divorcio, es viable en tanto los padres cumplan conjuntamente las funciones de crianza.”¹²

“Los divorcios que afectan la co-parentalidad, se conocen como divorcios destructivos y sus consecuencias adversas para los hijos, son irreparables. Las reacciones y sentimientos de los niños, dependen de diferentes factores: Edad, explicaciones recibidas, continuidad de la relación con ambos progenitores, acuerdos o desacuerdos entre los padres, grado de hostilidad entre los mismos, intervención de otros adultos o sistemas, etc.”¹³

3.6.1. Menores de tres años

Numerosas investigaciones describen la aparición de síntomas en bebés y niños pequeños como: Irritabilidad, llanto inconsolable, berrinches, hiperactividad, dificultades en el sueño, pesadillas, rechazo a la comida, dolores estomacales. En esta etapa, los padres los ayudan cuando: Mantienen una relación tan "civilizada" como sea posible entre ellos y con los abuelos u otros familiares o cuidadores, el padre que no convive con el, lo visita regularmente y de preferencia en el hogar, cuidando mantener un clima calmo, durante estas visitas, deben brindarles mucho acercamiento afectivo como caricias, mimos, abrazos y juegos.

Otro aspecto sumamente importante a tener en cuenta, para el desarrollo saludable de los hijos, es que los padres deben mantener entre sí, un diálogo regular, por ejemplo, una llamada telefónica semanal, que les permita compartir los progresos psico-evolutivos de los menores, y tomar conjuntamente las decisiones importantes de la vida de sus hijos. Cuando el nivel de hostilidad entre ellos, no lo permite, es

¹² Davison, Dora. **Curso para padres en proceso de divorcio, “Acuerdos duraderos”**. Fundación Familias Siglo XXI. Ediciones Vergara. España 2005. Pág. 91.

¹³ **Ibíd.** Pág. 93.

necesario buscar ayuda profesional, para restaurar o construir el ejercicio conjunto de la parentalidad.

CAPÍTULO IV

4. La UNICEF y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

4.1. Generalidades

La Convención sobre los Derechos del Niño, es un tratado de las Naciones Unidas y es la primera ley internacional sobre los derechos del niño y la niña, jurídicamente vinculante. Esto quiere decir que su cumplimiento es obligatorio. Reúne derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, reflejando las diferentes situaciones en las que se pueden encontrar los niños, niñas y jóvenes de todo el mundo. La Convención tiene 54 Artículos, que reconocen a todos los menores de 18 años como menores y que tienen derecho al pleno desarrollo físico, mental y social y a expresar libremente sus opiniones. Pero además, la Convención es también un modelo para la salud, la supervivencia y el progreso de toda la sociedad.

4.2. Antecedentes de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

En 1959, las Naciones Unidas aprobaron una "Declaración de los Derechos del Niño" que incluía diez principios, pero no era suficiente, para proteger los derechos del niño, porque legalmente, no tenía carácter obligatorio. Por eso, en 1978, el gobierno de Polonia, presentó a las Naciones Unidas, la versión provisional de una Convención sobre los Derechos de los Niños; Tras diez años de negociaciones con gobiernos de todo el mundo, líderes religiosos, ONG, y otras instituciones, se logró acordar el texto final de la "Convención sobre los Derechos del Niño", el 20 de Noviembre de 1989, cuyo cumplimiento sería obligatorio para todos los países que la firmaran.

La Convención se convirtió en Ley en 1990, después de ser firmada y aceptada por 20 países. Hoy, la Convención ya ha sido aceptada por todos los países del mundo, excepto por dos (Somalia y Estados Unidos).

4.3. ¿Qué es UNICEF?

UNICEF es el "Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia" y su misión es fomentar y proteger los derechos aprobados en la Convención sobre los Derechos del Niño, defendiéndolos en cualquier lugar, y contribuir al bienestar de los niños, niñas y jóvenes en todo el mundo.

Como se trata de una agencia de Naciones Unidas, UNICEF, trabaja para ofrecer a los niños y niñas el mejor comienzo en la vida, para ayudar a que las niñas, niños y jóvenes, sobrevivan y se desarrollen plenamente, para que vayan a la escuela, y contribuir a crear espacios protegidos, para todos los niños, niñas y jóvenes, especialmente durante las situaciones de emergencia, además, para cumplir todos y cada uno de los 54 artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

4.4. La Convención, un instrumento jurídicamente vinculante

La Convención sobre los Derechos del Niño, es el primer instrumento internacional, jurídicamente vinculante, que incorpora toda la gama de derechos humanos: Civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. En 1989, los dirigentes mundiales, decidieron que los niños y niñas debían de tener una Convención especial, destinada exclusivamente a ellos, ya que los menores de 18 años, precisan de cuidados y protección especiales, que los adultos ya no necesitan. Los dirigentes querían también, asegurar que el mundo reconociera que los niños y niñas, tenían también derechos humanos.

La Convención establece estos derechos en 54 artículos y dos Protocolos Facultativos. Define los derechos humanos básicos de que disfrutaban los niños y niñas en todas partes: El derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación; y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social. Los cuatro principios fundamentales de la Convención son: La no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la Convención, son inherentes a la dignidad humana y al desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. La Convención protege los derechos de la niñez, al estipular pautas, en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales.

Al aceptar las obligaciones de la Convención (mediante la ratificación o la adhesión), los gobiernos nacionales, se han comprometido a proteger y asegurar los derechos de la infancia y han aceptado que se les considere responsables de este compromiso ante la comunidad internacional. Los Estados parte de la Convención, están obligados a pactar y llevar a cabo, todas las medidas y políticas necesarias para proteger el interés superior del niño.

Los principios que se señalan en el marco internacional de derechos humanos, se aplican, tanto para los niños como para los adultos. La infancia está mencionada

concretamente, en muchos de los instrumentos de derechos humanos; las normas se modifican o se adaptan específicamente, cuando las necesidades y preocupaciones en torno a un derecho se aplican concretamente a la niñez.

La Convención sobre los Derechos del Niño, reúne los derechos humanos de la infancia, que estaban articulados en otros instrumentos internacionales. Esta Convención, articula los derechos de un modo más completo y proporciona una serie de principios rectores, que conforman el concepto fundamental que tenemos de la infancia.

Esta recopilación y clarificación de los derechos humanos de la infancia, establece el entorno y ofrece los medios necesarios para permitir que todos los seres humanos, desarrollen su pleno potencial. Los artículos de la Convención, además de establecer los principios básicos, que sirven de base a la realización de todos los derechos, exigen la prestación de recursos, aptitudes y contribuciones específicas, necesarias, para asegurar al máximo la supervivencia y el desarrollo de la infancia.

Los artículos, también exigen la creación de mecanismos para proteger a la infancia contra el abandono, la explotación y los malos tratos. Todos los niños y niñas tienen los mismos derechos. Todos los derechos están mutuamente relacionados y tienen la misma importancia.

La Convención, hace hincapié en estos principios y se refiere a la responsabilidad de los niños y niñas, de respetar los derechos de los demás, especialmente el de sus progenitores. Por el mismo motivo, la comprensión que tienen los niños de los temas que se suscitan en la Convención, depende de su edad. Ayudar a la niñez a comprender sus derechos, no significa que los progenitores deben obligarles a tomar decisiones, cuyas consecuencias no puede asumir aún, debido a su edad.

La Convención, reconoce expresamente, que la función principal en la crianza de los niños, recae en sus progenitores. El texto alienta a padres y madres, a abordar

con sus hijos cuestiones relacionadas con sus derechos "en consonancia con la evolución de sus facultades". Los progenitores, que conocen intuitivamente el nivel de desarrollo de su hijo, llevan a cabo esta tarea de forma natural. Los temas que debatan, la forma en que respondan a las preguntas, o los métodos disciplinarios que utilicen, dependerán, de si el niño o niña tiene tres, nueve o dieciséis años. Los niños y los jóvenes tienen los mismos derechos humanos básicos, que los adultos y también derechos concretos que reconocen sus necesidades especiales.

Debido a que la Convención sobre los Derechos del Niño, reúne derechos articulados en otros tratados internacionales, puede que existan paralelos, entre la Convención y estos otros tratados.

Los otros cinco instrumentos básicos de derechos humanos son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

CAPÍTULO V

5. El interés superior del niño y niña; y las vivencias de las batallas legales de la guarda y custodia de los menores en los tribunales de familia

5.1. Concepto de interés superior del niño o niña

El principio del interés superior del niño o niña, es entendido como un conjunto de acciones y procesos, tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas, que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.

La noción de interés superior, es una garantía de que los niños, tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los vulneren. Consideramos que esta

noción, supera dos posiciones extremas: El autoritarismo o abuso del poder, que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades, por el otro.

El concepto del interés superior del niño, tendría por lo menos, algunas funciones que a nuestro parecer se refieren a:

- Ayudar a que las interpretaciones jurídicas, reconozcan el carácter integral de los derechos del niño y la niña.
- Obligar a que las políticas públicas, den prioridad a los derechos de la niñez.
- Permitir que los derechos de la niñez, prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo, si entran en conflicto con aquellos.
- Orientar, tanto a los padres como al Estado, en general, para que en aquellas funciones, que les son relativas, tengan como objeto "la protección y desarrollo de la autonomía del niño, en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo".

Así, el interés superior del niño o niña, indica que las sociedades y gobiernos, deben de realizar el máximo esfuerzo posible, para construir condiciones favorables, con el fin de que éstos, puedan vivir y desplegar sus potencialidades.

Esto lleva implícita la obligación de que, independientemente de las coyunturas políticas, sociales y económicas, deben asignarse, todos los recursos posibles para garantizar este desarrollo.

La noción del interés superior del niño o niña, significa por otro lado, que el crecimiento de las sociedades depende en gran medida, de la capacidad de desarrollar plenamente, a quiénes se encuentran en esta etapa de la vida. Desde esta perspectiva, dicha prioridad, no es producto de la bondad de la sociedad adulta o de los sistemas de gobierno, sino que, constituye un elemento básico para la preservación y mejoramiento de la raza humana.

5.2. ¿Qué es el interés superior del niño?

Es uno de los Principios, sobre los cuales se fundamenta la Doctrina de Protección Integral, desarrollada en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual se encuentra ratificada por Guatemala y que además, está consagrada constitucionalmente y ordinariamente, en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

Este principio de Interés Superior, debe ser considerado, ante todas las medidas a tomar por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos concernientes a los niños, niñas y adolescentes, es un principio de interpretación y aplicación, que está dirigido a asegurar protección integral a la niñez y adolescencia del país, tomando en cuenta su opinión, es el equilibrio entre el ejercicio de sus derechos y garantías y sus deberes, su condición específica como personas en desarrollo; además del equilibrio de las exigencias del bien común, los derechos de las demás personas y los derechos de la población guatemalteca.

5.2.1. ¿Qué es la prioridad absoluta?

Es otro principio fundamental, en la aplicación de la Doctrina de Protección Integral, que esta muy ligado al principio anterior e implica que, por parte del Estado, la familia y la sociedad, debe cumplirse el mandato legal de atender con prioridad, las necesidades y derechos básicos de los niños, niñas y adolescentes, que se encuentren en el territorio nacional, es decir, todos; Debe asumirse este principio que le confiere preferencia a los menores, en el diseño y ejecución de las políticas públicas, asignación privilegiada de los recursos públicos, para el aseguramiento de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes del país, igualmente, en el acceso a los servicios públicos y a la atención, protección y socorro, en cualquier circunstancia adversa.

5.3. Los derechos del niño y el interés superior de los mismos

El concepto es introducido formalmente por la Convención sobre los Derechos del Niño, y en la lectura ordenada de su articulado, se facilita conformar una grilla de indicadores, que alimentan este concepto, el cual podemos desarrollar así:

5.3.1. El niño como sujeto de derechos:

- El niño es persona desde su concepción.
- Todos los niños son iguales y no tienen distinción por sexo, raza, color, idioma, religión, nacionalidad, etc.
- Todos los niños son sujetos de los derechos que consagra la Convención.
- Tienen derecho a la protección, aún antes de nacer.
- Derecho intrínseco a la vida.
- Derecho al nombre, nacionalidad, a conocer los padres y ser cuidados por ellos, por la familia ampliada.
- Derecho a preservar las relaciones familiares.
- Derecho a fijar la residencia con uno de los padres y a tener contactos y relaciones con el otro, en caso de separación de estos.
- Derecho de entrar y salir del país para reunirse con alguno de sus padres o con la familia ampliada.
- Derecho a opinar en todas los trámites que le afecten y a gozar de una representación apropiada.
- Derecho a la libertad de expresión.
- Libertad de pensamiento, conciencia y religión.
- Libertad de asociarse y celebrar reuniones pacíficas.
- Protección de injerencias arbitrarias.
- Derecho a los medios de comunicación.

- Derecho a que sus padres o representantes sean asistidos por el Estado en el proceso de crianza.
- Derecho al medio familiar.
- Protección especial del impedido físico o mental.
- Derecho a la salud.
- Derecho de la seguridad social.
- Derecho a un nivel de vida adecuado para alcanzar su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
- Derecho a la educación.
- Derecho al descanso, esparcimiento, juego, y a la recreación propia de su edad.
- Derecho a la libertad ambulatoria.
- Garantías del debido proceso; principio de inocencia; defensa en juicio; no declarar; reserva de su vida privada.

5.3.2. El interés superior del niño como principio rector

En la misma Convención sobre los Derechos del Niño, se consagra este concepto como superador del anterior principio favoris minoris, elaborado por la doctrina y la jurisprudencia, en forma pacífica; Es así, como encontramos material suficiente, para conformar otra guía, con los indicadores que ayudan a definir este concepto:

- El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.
- Los Estados deben asegurar la protección y cuidado necesario para su bienestar.

- El niño mental o físicamente impedido, deberá disfrutar de una vida plena y decente, en condiciones que aseguren su dignidad y que le permitan llegar a valerse por sí mismo y que le faciliten la participación activa en la comunidad.
- El niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
- El niño tiene derecho a la educación, que en la etapa primaria debe ser obligatoria y gratuita para todos.
- La educación debe encaminarse a desarrollar la personalidad, las aptitudes, la capacidad mental y física del niño, hasta el máximo de sus posibilidades.
- El niño tiene derecho a la protección contra cualquier trabajo que pueda entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

Se impone reflexionar que, así como en el Derecho de la Navegación en México, el principio que motoriza su autonomía, es que la nave debe llegar a destino, y en respuesta a ello, se alteran concepciones clásicas y se justifican soluciones de emergencia, así pues, en el Derecho de Menores, como si fuera una réplica, aparece el principio dinámico del interés superior, que da cuenta de la necesidad de que el niño alcance su desarrollo pleno, así como optimizar sus aptitudes y capacidades mentales y físicas, hasta el máximo de sus posibilidades. Cada niño es una universalidad y una individualidad, en la que, además de su familia, la comunidad y el propio Estado, garanticen ese pleno desarrollo.

5.3.3. La institución familia y el interés superior del niño

Pretender alcanzar una definición de familia, que concilie con las innumerables alternativas que brinda la realidad, y que conforme a todos los que, desde distintas ciencias comparten el abordaje de su problemática, desborda el propósito de nuestra tarea.

Intentamos acordar los contenidos de algunas expresiones, que nos resultan imprescindibles para delimitar esa armonización que indicamos al inicio, y para ello, no podemos obviar los enunciados normativos, de los estatutos fundacionales o básicos de nuestro sistema.

Sobre todo, cuando se han consagrado derechos del niño a la familia, a la familia ampliada, a preservar las relaciones familiares, a vivir y crecer en familia; todo en un contexto cuyo objetivo principal es el interés superior del niño. Ello compromete la contribución de todos los operadores, para que él, logre superar las dificultades en la formación personal y en la búsqueda de alcanzar su plenitud, esto es llegar a la mayoría de edad, habiendo logrado desarrollar al máximo todas sus posibilidades físicas, morales e intelectuales.

Intentamos una contribución positiva, buscándola en el sistema normativo, ya que el mismo es ineludible. Ciertamente es, que esas fórmulas legales se llenan con el contenido que le fija el proceso cultural de cada comunidad, donde los operadores de las distintas ciencias, tienen un rol de extrema importancia.

Rápidamente podemos extraer como primera conclusión, que la familia se conforma con una célula fundacional, que nace con la unión de un hombre y una mujer, tradicionalmente contenida en la fórmula legal del matrimonio o unión de hecho, lo que deja fuera cualquier otro concepto que sea extraño al de estas dos figuras.

Concretamente, no hay familia en las parejas homosexuales, lo que jurídicamente las inhabilita para la crianza, educación, adopción de un niño. Por otro lado se dice que el niño tiene derecho a ser criado por papá y mamá, y es obvio que para ello no se requiere la unión matrimonial. Esto importa también al reconocimiento de la unión de hecho, como fundadora también de la familia.

Ya se dijo que el niño pequeño no debe ser separado de su mamá, lo que de alguna manera conforma un reconocimiento al grupo monoparental, que es un fenómeno muy difundido en este tiempo.

Todas éstas, son expresiones válidas, que se colocan por debajo de la plataforma que constituye el sistema normativo del matrimonio. Son realidades que no podemos eludir, si es que pretendemos, en serio, la protección del niño. Buscamos la definición de un modelo, pero admitimos que hay variantes que quedan fuera del mismo y que también debemos atender.

Avanzando hacia otro extremo, encontramos que la familia, es algo más que la base papá, mamá, hijos. Eso lo extraemos de expresiones como familia ampliada; familiares ausentes; miembros de familia; medio familiar que trae la Convención de los Derechos del Niño, así como del deber que tienen los hijos de honrar siempre a sus padres, y viceversa, lo que valida sus propios vínculos hacia los abuelos, tíos y primos.

Así lo ha recibido la jurisprudencia, al establecer la obligación alimentaria en distintas direcciones: de padres a hijos; de hijos a padres y abuelos; de abuelos a nietos, entre otros ejemplos.

De este modo, podemos tener una expresión primaria en la conformación del nexo mamá-hijo, otra ideal o básica que la integran podría ser: Mamá-papá-hijos y por último una ampliada que alcanza a los abuelos, tíos y primos.

Ahora bien, ¿cual es el rol de esta institución? Intentemos hilvanar los conceptos:

En principio, la familia, debe asumir la responsabilidad de ser entidad fundacional de la sociedad. De allí los deberes para con la familia, que se mensuran en la seguridad y el bien común. El deber básico de la familia, es el de la convivencia,

reconocida como la metodología apropiada para el desarrollo de la personalidad; ya que la familia es el elemento natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, debiendo abrigar en su seno, un ambiente estable y positivo, de felicidad, amor y comprensión, por ser imprescindible para el pleno y armonioso desarrollo de los hijos; para que éstos perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad, es necesaria la protección de la sociedad y del Estado, que no solo debe ser material, sino también moral; mientras la familia sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo, extendiéndose para con los hijos adolescentes, a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral.

Esta familia, se debe manejar con los principios de igualdad de derechos y equivalencia de responsabilidades, siendo imprescindibles para ello, la educación familiar y la ejecución de programas especiales de formación familiar. También hay que brindarle asistencia y protección tanto material como moral, por parte de la sociedad y del Estado.

Simplificando lo que dentro de todo su ordenamiento jurídico, regula la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de Costa Rica; el Protocolo Adicional de esta; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, se puede ensayar la siguiente concepción:

La familia es el núcleo humano que nace con el matrimonio o la unión de hecho; se extiende, según el niño, a los abuelos, tíos y primos, y tiene por objeto, la convivencia para el desarrollo de la personalidad, crecimiento y bienestar de sus miembros; la conformación de un ambiente estable y positivo de felicidad, amor y comprensión, imprescindible para el desarrollo de los hijos, incluso los adolescentes,

para que perciban y desarrollen esos valores de solidaridad, respeto y responsabilidad, hasta la plena maduración de sus capacidades físicas, intelectuales y morales; y promover la mutua protección de sus integrantes.

5.4. Los jalones de brazos por la guarda y custodia de los hijos menores de edad

5.4.1. Los niños se quedan conmigo

“El ideal plasmado en las leyes, señala que los niños deben crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Pero, con frecuencia, la realidad los sitúa en el centro de una lucha de poder protagonizada por sus propios padres, quienes los utilizan como objeto de negociación y manipulación. En medio de esta batalla, algunos, padres, madres y profesionales del derecho abogan por un cambio como nuestro particular interés”.¹⁴

Disfrazado de Batman, Jasón Hatch escaló en noviembre de 2004 la pared frontal del Palacio de Buckingham y se encadenó a una de las lámparas como protesta para exigir reformas a las leyes de divorcio británicas. Miembro de la organización Fathers 4 Justice (padres por la justicia), Hatch se convirtió en el héroe de miles de hombres divorciados o separados, que consideran injustas las leyes que los limita en su derecho de relacionarse con sus hijos.

“Esto ha inspirado a padres guatemaltecos en similares condiciones a organizarse, para promover cambios culturales y jurídicos en el mismo sentido. Los esfuerzos se orientan a modificar estereotipos que sitúan a los hombres como “los encargados de la billetera”, “los que raras veces aportan en términos emocionales al desarrollo de los hijos” y “los que difícilmente enfrentarían la crianza de los hijos en soledad.”¹⁵

¹⁴ Beteta, Lili. **Los niños se quedan conmigo**. *Revista amiga*. Guatemala, 26 de julio de 2006. Pág. 22.

¹⁵ **Ibíd.** Pág. 23.

“Estos conceptos alcanzan las esferas legales y son reforzados diariamente por hombres que, al encontrarse en un proceso de divorcio, ceden, sin ejercer acción alguna en sentido opuesto, la guarda y custodia de los hijos a la madre. Cuando deciden dar la pelea, el dictamen de los jueces los favorece en un 10 por ciento de los casos. Cerca del 90 por ciento de los juicios ordinarios de divorcio y juicios de guarda y custodia, ésta es concedida a la madre.”¹⁶

En Guatemala, cuando se da una separación o divorcio por mutuo acuerdo, los cónyuges presentan un proyecto de convenio, cuyos primeros puntos son: A quién quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio y por cuenta de quién deberán ser alimentados y educados según lo que regula el Artículo 163 del Código Civil.

Cuando la separación o divorcio se demanda por causa determinada, corresponde al juez resolver lo referente a los puntos anteriores de acuerdo al Artículo 165 del Código Civil. El segundo de estos casos, suele desencadenar una batalla legal cargada de resentimiento, ira y deseos de venganza, en cuyo centro, por lo general, están los hijos, quienes psicológica y emocionalmente, navegan entre dos aguas.

5.4.2. Que deciden los padres

“El matrimonio se funda en la igualdad de derechos y obligaciones”, dice “José Fernando García, Abogado, citando el Artículo 79 del Código Civil. La Constitución Política de la República, garantiza que el Estado promoverá la organización de la familia sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges y la paternidad responsable. Para algunos hombres, estas bases se pierden cuando se produce un divorcio.”¹⁷

Existe un estigma: Por aquellos que son padres irresponsables, en los juzgados, todos los hombres son discriminados y tachados de malos. Hasta nuestro abogado

¹⁶ Loc. Cit.

¹⁷ Loc. Cit.

nos dice “ni vayas a pelear la custodia porque no te la van a dar”, señala Christian Bernard, vicepresidente de la asociación guatemalteca Papá Responsable.

Al conceder la custodia a uno de los cónyuges, queda una sombra gris, que abre la posibilidad para el chantaje y la venganza, agrega David Garda, presidente de la misma agrupación.

“Esta sombra fue advertida por Josué, quien demandó a la madre de su hijo para poder relacionarse con él. Nunca vivimos juntos, pero cuando ella quedó embarazada me hice cargo de todo. La relación de noviazgo era muy mala y nos separamos. Cuando el niño nació me permitía verlo, pero empecé a ser objeto de chantaje. Haberme casado con otra persona fue mi suicidio, porque no me permitió verlo durante dos años.”¹⁸

En un juicio oral de relaciones paterno-filiales, el juez resolvió aprobar una relación que se daría de manera libre. “Quedaba la duda, pues el concepto de libre, no es lo mismo para la mamá, para mí y para el juez y dije “prefiero que se me limite y se establezcan las reglas mínimas de la relación, porque una relación libre, sigue estando sujeta a la discrecionalidad de la madre”. A Josué se le permite reunirse con su hijo una hora dos días a la semana y, según dice, ha sido un nuevo y doloroso inicio pues el niño de cuatro años, lo ve como un extraño.

Lo peor que pueden hacer, es darnos a nuestros hijos con una etiqueta de precio, dice Bernard, refiriéndose a aquellas mujeres que utilizan a los hijos como medio de negociación: “Si no me das el dinero, no te los doy”. Esto puede compararse con el secuestro, sugiere.

Los representantes de Papá Responsable, reconocen que son muchas las madres que ruegan a su indiferente ex pareja, que se relacione con los hijos (bajo custodia de ella). Sin embargo, dicen, muchas veces la mujer “monopoliza” a los hijos y restringe la relación con el padre. “Limitar esta relación a horarios y

¹⁸ Loc. Cit.

calendarizaciones estrictos, es limitar el derecho natural de los niños a una relación que debe ser dinámica”, destaca Garda. “Como dato, se estipula que durante el primer trimestre del año 2006, ingresaron en los juzgados de primera instancia del ramo de familia del país: 1,273 juicios por pensión alimenticia y 4,399 por medidas de seguridad.”¹⁹

5.4.3. Que hablen las madres

Caminar entre el primero y cuarto piso de la Torres de Tribunales, es suficiente para conocer la situación que enfrentan muchas mujeres guatemaltecas, en lo relativo a la custodia y manutención de sus hijos. Se las cuenta por decenas, con niños en brazos, cargando enseres de los menores y sobres con documentos. “Yo estoy peleando la pensión, porque el papá solo me da Q 300.00 por los dos niños”, dice Rosaura, mientras espera ser atendida por una trabajadora social. “A mi hija le costó casi un año lograr la pensión”, le dice una mujer mayor que cuida de un par de nietos y cuya hija tramita, en otro juzgado, una medida de seguridad en contra del padre de los niños, quien, tras la sentencia judicial, la amenazó.

En opinión de Mercedes Asturias, Abogada y feminista activa, la costumbre y la tradición, hacen que a la mujer, por el hecho de la gestación, se le atribuya casi con exclusividad la responsabilidad de la crianza y educación de los hijos: “Muchas trabajan fuera de la casa, y cuando llegan, tiene que cumplir una segunda jornada, encargándose, entre otras cosas, de atender a los hijos.

El vínculo que debe establecer el padre, no existe; Por eso es lógico, que a la hora de un divorcio, los niños queden con quien les da seguridad y cuidado: La madre.

Es común, dice Asturias, que un padre viudo o designado para tener la custodia de los hijos, los deje al cuidado de una abuela u otro familiar, mientras que una mujer, al quedar sin pareja, sale adelante con los hijos. Con estas circunstancias se enfrenta

¹⁹ **Ibíd.** Pág. 24.

Matilde, quien busca obtener la custodia de sus tres nietas de diez, ocho y cinco años de edad. Las niñas y sus padres vivieron por varios años en casa de Matilde, el padre abandonó el hogar, “me dijeron que como el padre esta con vida, llevo las de perder”, señala la abuela, “pero seguiré insistiendo para que se queden conmigo, ya que él no da dinero y se olvidó de ellas”.

Conocer este tipo de dramas hizo reflexionar a Karin Henry, quien, tras un duro proceso de divorcio, acordó con su ex pareja compartir la custodia de su hijo, en condiciones de igualdad. “Estábamos despedazando al niño por nuestros problemas personales. Los pleitos entre las parejas, son guerras en las que nadie gana y quienes más pierden son los pequeños”, concluye.

5.4.4. El beneficio óptimo de los niños

Los profesionales citados aportan algunas pautas útiles para reducir el trauma que la separación de los padres supone para los infantes:

- Hacer un esfuerzo por tomar la vía del acuerdo y evitar largos y desgastantes procesos.
- Mantener una actitud de respeto hacia el ex cónyuge y nunca hablar mal de éste a los hijos.
- No anteponer intereses económicos o de otra índole al bienestar de los hijos.
- Nunca permitir que los hijos entiendan la relación con el padre que no tiene la custodia, como un intercambio monetario.
- Anteponer el vínculo con los hijos, a la relación con una nueva pareja.
- No presionar de ninguna manera a los hijos, para que acepten a la nueva pareja, ni pretender que ésta sustituya al progenitor biológico.
- Buscar apoyo psicológico para toda la familia.

5.4.5. Tribunal, dulce hogar...

“Un juicio ordinario de divorcio se inicia, cuando uno de los cónyuges presenta una demanda, la cual, puede desencadenar una serie de procesos, que obliga a padres e hijos a visitar con frecuencia las salas de los tribunales. Si en la audiencia conciliatoria no hay resultados positivos, el proceso continúa, siendo la guarda y custodia de los hijos, el punto más importante a resolver.”²⁰

“Quien pide el divorcio, propone que queden al cuidado de uno u otro, pero el juez decide, previos estudios socioeconómicos y psicológicos”, explica Elia María Verdúo, Jueza de un Juzgado de Primera Instancia de Familia del Organismo Judicial. Lo que a nuestro parecer, es lo más importante en beneficio del interés superior del niño.

Posteriores juicios pueden ser iniciados por el padre que no tienen la guarda y custodia, mediante los cuales puede pedirla, o bien, para exigir el establecimiento de las pautas de relación paterno-filial. Cualquiera de los dos puede, además, solicitar la suspensión o pérdida de la patria potestad, en contra del otro progenitor. En los Artículos 273 y 274 del Código Civil, se describen las causas que pueden dar lugar a uno de estos procesos. En cualquiera de estos juicios es preciso aportar pruebas. En el caso de suspensión de la patria potestad, el padre puede ser rehabilitado; la pérdida de la misma, es definitiva, explica Verdúo. En ambos casos, las obligaciones económicas para con los hijos, subsisten, de acuerdo a lo prescrito en el Artículo 275 del Código Civil.

La sanción para el incumplimiento de la prestación de alimentos, según el Artículo 242 del Código Penal, es prisión de seis meses a dos años, salvo que probare no tener posibilidades económicas para el cumplimiento de su obligación. El Artículo 243 del mismo cuerpo legal, aumenta la sanción, en una tercera parte, cuando el autor, para eludir el cumplimiento de la obligación, traspasa sus bienes a tercera persona o emplea cualquier otro medio fraudulento. Prisión de dos meses a un año es la pena para quien, estando legalmente obligado, incumpliere o descuidare los

²⁰ **Ibíd.** Pág. 25.

derechos de cuidado y educación con respecto a descendientes o a personas que tenga bajo su custodia o guarda.

El Código Civil señala, que cuando la conducta de ambos padres es perjudicial para los hijos, el juez adoptará las medidas que exija el interés del menor. Puede disponer dejarlos al cuidado del pariente más próximo o de otra persona de reconocida honorabilidad y si fuere posible, en un centro educativo.

5.4.6. Que pasen los niños

“Dice mi mamá que vengas por nosotros y no se te olvide el cheque”, dice Karla, de nueve años, por teléfono, a su papá. “Mi mamá sólo dijo que le dijeras que viniera por nosotros”, replica Diego, de siete años. “Pero ella siempre me dice que le recuerde el cheque”, concluye la niña, convencida de haber hecho lo correcto. Los padres de Karla y Diego, tramitan un divorcio de mutuo acuerdo y convinieron que los niños pasarían dos fines de semana cada mes con el padre y que éste pagaría una pensión alimenticia mensual de Q. 3,000.00, por ambos menores.

Karla y Diego nunca han estado en la Torre de Tribunales, que no es el caso de decenas de infantes, que deben acudir con frecuencia. Los más pequeños, parecen ajenos al conflicto del que son parte y al constante paso de hombres esposados y custodiados; los más grandecitos, son intimidados por ambas circunstancias. Algunos de ellos saben, que uno de los pocos espacios “bonitos” del frío edificio está en el piso número 12, en el Departamento de Psicología del Organismo Judicial.

Como en el salón de un jardín infantil, con juguetes, sillas y mesas pequeñas, aquí son recibidos los infantes, cuyos padres forcejean por obtener derechos legales sobre ellos. “Por lo general, en juicios de guarda y custodia, de relaciones paterno-filiales y de suspensión o pérdida de patria potestad, el juez nos pide evaluar a toda la familia”, explica Zenaida Escobedo, directora de dicho departamento. “Evaluamos a los niños desde los tres años de edad. Tratamos de hacer que se sientan cómodos, pero

eso no garantiza que venir a un lugar donde hay reos y gente muy seria, no sea un evento traumático”, dice Escobedo.

El peritaje psicológico forense, se practica a los menores, mediante recursos como ludoterapia (terapia del juego), test como el llamado Cat, que aporta información acerca de la dinámica familiar, y muñecos. “Generalmente, los niños vienen muy manipulados, tanto por el padre como por la madre y en muchos casos, los hijos aman a los dos padres y se culpan a sí mismos por la separación”, anota la psicóloga.

Tanto esta evaluación psicológica, como el estudio socioeconómico que realiza una trabajadora social, son herramientas útiles para los jueces de familia, pero no son dictámenes determinantes. “Nosotros opinamos, no concluimos”, dice Marina del Aguila, trabajadora social del Juzgado Primero de Familia, cuyo trabajo consiste en realizar entrevistas y visitas personales a las partes involucradas, para conocer la capacidad económica, hábitos y costumbres, educación y tipo de relación que sostienen con los niños.

“La ley no contempla una edad específica para este fin, pero a partir de los diez años, la opinión del niño es tomada en cuenta en estos procesos. Algunos expresan con seguridad, su deseo porque sus padres se separen para que cesen las peleas en casa, mientras otros, con lágrimas, confiesan haber callado durante años el deseo de comunicarse o de vivir con el padre o la madre de quien el poseedor de la custodia los ha alejado.”²¹

En una de estas evaluaciones, Javier de 12 años, pidió a su mamá que le permitiera pasar 15 días con su papá y 15 días con ella todos los meses. Un año atrás, los padres de Javier se divorciaron y acordaron que el hijo mayor quedaría bajo custodia del padre y el menor (Javier), con la madre. Un año después, tras conocer el deseo del niño, la jueza a cargo del caso, estipuló un período de prueba, tras el cual se realizará una nueva evaluación.

²¹ **Ibíd.** Págs. 25 y 26.

La desintegración de la familia puede generar en los infantes: Depresión, hiperactividad, agresividad, bajo rendimiento escolar y conductas autodestructivas, incluyendo el suicidio. Los varones suelen tener arranques de ira y tornarse rebeldes. Las niñas con frecuencia se muestran menos afectuosas, salvo hacia hermanas menores.

5.4.7. ¿Modificar la ley o hacerla funcional?

Sobre la base del derecho de los niños, los miembros de la asociación Papá Responsable, esbozan reformas legales en puntos específicos:

- Dar carácter de obligatoriedad, a la relación del padre o la madre que no tiene la custodia, con sus hijos. Ésta es planteada en el Artículo 167 del Código Civil, como un derecho de los padres y en el Artículo 9, inciso tres, de la Convención sobre los Derechos del Niño, como un derecho de los niños.
- Establecer de manera clara en la ley, los términos y las bases de guarda y custodia compartida. En la actualidad, ésta puede ser solicitada de manera espontánea por los padres o incluso, por los hijos.
- Establecer sanciones para la madre o el padre que, habiendo obtenido la guarda y custodia de los hijos, incumple una sentencia judicial o un acuerdo voluntario legalizado, en el sentido de obstaculizar la relación de éstos, con el padre que no tiene la custodia.
- Crear mecanismos para impedir que el acceso del padre -que no tiene la custodia- a los hijos, sea condicionado en función del pago de pensión alimenticia. No obstante, conservar las sanciones para quienes incumplan dicha obligación.

Además se observa la necesidad de distinguir la competencia de los juzgados de familia y los juzgados de menores, pues, en ocasiones, uno de los dos, hace nula la resolución del otro sin conocer antecedentes. Pues hay ocasiones en que estas competencias colisionan y perjudican a quienes pretenden proteger: Los niños.

5.5. La custodia compartida de los hijos, no viola los derechos del niño y niña

Algún día, las personas con cierta curiosidad sociológica o histórica, se preguntarán como ha sido posible que, durante décadas, las sociedades más avanzadas, hayan llegado a admitir, que la separación de padre e hijo tras el divorcio - es decir, la semi-orfandad artificial del niño- pueda resultar beneficiosa para el desarrollo del menor.

Una abrumadora cantidad de estudios, han coincidido en que los niños que mantienen un contacto regular con ambos progenitores, tras el divorcio, muestran mejores niveles de adaptación social y rendimiento académico, que los niños criados en hogares monoparentales, y han puesto de manifiesto las imborrables y negativas huellas de la ausencia del padre, durante la infancia y la adolescencia. En cambio, los estudios sobre niños en situación de convivencia alterna con ambos padres, no han permitido constatar trastornos significativos, asociados al cambio de domicilio.

En esta última parte del estudio, trataremos de demostrar que el interés superior del niño, piedra angular de cualquier régimen de divorcio o custodia, requiere el contacto frecuente y continuo del niño con ambos padres, tras la separación de éstos.

Con ello nos limitamos a hacer eco, de lo dispuesto en las legislaciones sobre divorcio más progresistas del mundo y en la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo Artículo nueve se establece que: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones

personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”

No es honrado afirmar, que el interés superior del niño resulte bien servido, por un régimen de divorcio concebido como un cuadrilátero de boxeo, en el que, durante los años más delicados de su vida, el menor es testigo de un pugilato sin tregua entre sus padres.

En el momento en que una pareja con hijos se separa, caben dos posibilidades:

- Reconocer a uno de los padres, más derechos que al otro, y con ello, crear las condiciones para toda clase de abusos y hostilidades; o
- Reconocer exactamente los mismos derechos a ambos padres, lo que automáticamente, restará interés a cualquier planteamiento contencioso.

En el segundo supuesto, ninguna de las partes tendrá motivos especiales para entablar costosos y traumáticos procesos judiciales, la custodia perderá todo el valor que actualmente tiene, como arma de máxima eficacia frente al ex cónyuge, los hijos dejarán de ser hipotéticos rehenes en manos del progenitor custodio y los términos de la separación, se basarán exclusivamente en el bienestar del menor.

En definitiva, tanto la negativa experiencia de nuestra legislación sobre divorcio, como los estudios realizados en diversos países, demuestran que el interés del niño es incompatible con el actual sistema de custodia exclusiva y requiere cambios legales profundos que dejen paso a nuevas fórmulas de compartir la responsabilidad parental.

5.5.1. El argumento de estabilidad

En realidad, ningún detractor de la custodia compartida, ha conseguido demostrar, que para el niño, sea perjudicial vivir con ambos padres. Hasta ahora, el

más frecuente –y casi único- argumento esgrimido a favor de la custodia materna exclusiva, ha sido la necesidad de estabilidad, es decir, el deseo de evitar al niño, los supuestos trastornos resultantes del cambio periódico de domicilio. Para una sociedad en la que los niños, ya desde los primeros meses de su vida, reparten su tiempo entre la guardería y el hogar, es una pobre argumentación esa supuesta inestabilidad que conllevaría el desplazamiento entre los hogares materno y paterno.

Pero sobre todo, no se ha tenido en cuenta el hecho evidente, de que lo importante para el niño, no es la estabilidad material, sino la estabilidad emocional y la sensación de seguridad que le proporciona el contacto asiduo con ambos padres, al exponer esa preocupación por la estabilidad, tal vez los mayores, estamos proyectando sobre la realidad infantil, un elemento condicionante de nuestra vida adulta.

Los defensores de este argumento, a favor de la estabilidad, suelen olvidar también, que en los casos de custodia exclusiva, son frecuentes los cambios injustificados de residencia por parte del progenitor custodio, a veces, con un fin meramente punitivo del otro progenitor, con el que apartan al niño de su entorno, su colegio y su comunidad y reducen drásticamente o imposibilitan, el contacto con el progenitor no custodio.

Ese tipo de cambios, realmente desestabilizadores, no tendrán cabida en un régimen de “custodia compartida”, ya que ninguno de los padres tendrá la “propiedad” del niño, ni el derecho a llevarlo de un lado para otro, a su antojo, sin el consentimiento previo del otro progenitor y la ratificación del juez. Antes bien, prevalecerá el arraigo y el interés del niño, y los cambios de residencia de los padres y sus desplazamientos, para ejercer su deber y su derecho de convivencia con el menor, correrán por cuenta del progenitor que se desplace y no deberán repercutir en la estabilidad del niño.

5.5.2. La coparentalidad

Curiosamente, uno de los efectos formales más perceptibles, que tendrá la instauración de la denominada "custodia compartida", será la desaparición de la propia expresión, como fórmula para designar el régimen que se establezca, tanto por las connotaciones negativas ya asociadas a la palabra "custodia" como por su impropiedad, para designar una modalidad en la que ningún progenitor será, en principio, "custodio" de sus hijos.

Por ejemplo, en la nueva legislación francesa sobre divorcio, no ha habido cabida para el antiguo término "custodia" (garde), que carecería de significado, en una situación en que se prevén, para ambos padres, los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la separación. Simplemente, se reconoce a ambos padres la "autoridad parental" (autorité parentale) y el derecho y el deber de ejercer la "coparentalidad" (coparentalité).

Por su parte, las legislaciones anglosajonas más progresistas, aunque suelen mantener, a causa de las peculiaridades de la terminología jurídica inglesa, la expresión "custodia conjunta" (joint custody), han ido introduciendo cada vez con mayor frecuencia, expresiones que podrían traducirse por "coparentalidad" (shared parenting) o "función parental" (parenting).

Lo significativo del fenómeno, es que a diferencia de tantos términos que surgen en sustitución de palabras que están fuertemente desgastadas, para designar de modo distinto a la misma realidad, esta nueva terminología, ha nacido para diferenciar una realidad, que se abre paso de modo imparable, en los países más avanzados de nuestro entorno sociológico.

Hemos llegado al momento histórico, en que es preciso romper el viejo molde de la custodia exclusiva o monoparental y sustituirlo, por mecanismos más aptos, para dar respuesta a las necesidades de las familias separadas y atender el interés superior del niño. La coparentalidad, es un derecho común a todos los niños, con independencia de que sus padres vivan juntos o estén divorciados.

5.5.3. Custodia conjunta: teoría de la vinculación afectiva del control

La correlación existente, entre la custodia compartida y menores tasas de divorcio, se orienta, especialmente en función de dos factores. Con arreglo al primero de ellos, es más probable, que entre el padre y los hijos se establezcan vínculos más sólidos, si saben que sus relaciones estarán protegidas, por la custodia compartida física en caso de divorcio. La solidez de esos vínculos, reducirá la probabilidad de que el padre inicie el divorcio. Es lo que los autores denominan "teoría de la vinculación afectiva".

Por otra parte, la custodia compartida resuelve el problema de las reticencias económicas del progenitor no custodio, incapaz de controlar el uso real del dinero destinado a su hijo, y permite a ambos progenitores, el mismo nivel de acceso y responsabilidad. A esto los expertos lo llaman "teoría del control".

Los teóricos verifican ambas teorías de la custodia conjunta, mediante análisis de regresión. En primer lugar, aplican el análisis de regresión a los niveles de divorcio, en función de la custodia conjunta y los factores socioeconómicos, y constatan que las leyes sobre custodia conjunta, guardan una significativa correlación, con tasas de divorcio más bajas, de acuerdo con las teorías de la vinculación. Posteriormente, aplican el análisis de regresión, a los coeficientes de pago de pensiones alimenticias, en función de los sucesos legales y socioeconómicos, y concluyen que las legislaciones sobre custodia conjunta, guardan una correlación significativa, con coeficientes más altos de pagos de pensiones alimenticias, de conformidad con la teoría del control.

Esos resultados se confirman mediante diversas estimaciones técnicas y mediante la introducción de distintas variables independientes. Los autores advierten que se requieren más investigaciones al respecto, y que, en todo caso, sus conclusiones no deben confundirse con una defensa a ultranza, de la reducción de las

tasas de divorcio, ya que "la reducción de los niveles de divorcio, puede no ser benigna, si las esposas permanecen en relaciones abusivas incluso violentas, para no perder parte de la custodia de sus hijos en un régimen de custodia conjunta, lo que también apunta a la necesidad de más investigaciones empíricas.

En definitiva, las dos principales conclusiones obtenidas por los autores en sus análisis estadísticos, podríamos resumirlos del modo siguiente:

- Una variable de custodia conjunta, constituye un predictor significativo y negativo de divorcio, y
- Una variable de custodia conjunta, constituye un predictor significativo y positivo de pagos de pensiones. Y concluyen: En que, el cambio hacia la custodia conjunta, reducirá las tasas de divorcio. Los padres reaccionarán al cambio que se introduzca en la ley y de manera conjunta, se dejara por un lado la vulneración que hasta la fecha, se ha tenido, en relación a los derechos de los niños.

5.5.4. El tiempo de convivencia

Otro de los mitos que hay que desterrar, es la creencia de que la coparentalidad (o custodia compartida), significa necesariamente un reparto al 50 por ciento de los períodos de convivencia del niño, con cada uno de los padres. Más bien, convendría interpretar la coparentalidad, como un reparto al 50 por ciento de los derechos y obligaciones de ambos padres.

En principio, la fórmula de coparentalidad más idónea, es la que permita al niño un mayor disfrute de la presencia y los cuidados de ambos padres, y ése debería ser el criterio judicial que, en último término, prevaleciese, en caso de desacuerdo entre los padres. Pero es evidente que cada situación familiar es distinta y que los padres están en mejores condiciones que nadie, para establecer el régimen de custodia que

consideren más conveniente para sus hijos, en función de sus respectivas circunstancias personales.

Al juez corresponderá, en último término, ratificar o no el acuerdo establecido por los padres, según lo considere o no idóneo, para el bienestar del niño.

Uno de los tópicos más generalizados y, sin embargo, desmentido por múltiples estudios e investigaciones, es lo que podríamos denominar "principio de la corta edad", que preconiza la irremplazabilidad de la madre, en el cuidado de los niños, en los años más tiernos de la infancia (en general, de 0 a 7 años), considerando superflua o secundaria la figura paterna. En cambio, el peculiar sentido del tiempo de los niños pequeños, hacen necesarios los contactos más cortos, pero más frecuentes, con cada uno de sus progenitores. Los niños de más corta edad, tienen menos desarrollada la memoria a largo plazo, por lo que el contacto frecuente con cada uno de los padres, es importante, para prevenir retrocesos en las relaciones. El contacto asiduo, es particularmente importante, durante los primeros años de la vida, para reforzar la relación con ambos padres, por lo que el régimen de convivencia, exigirá intercambios más frecuentes. Con el paso de los años, la alternancia de los períodos de convivencia, puede adoptar un ritmo más espaciado.

Otro factor que deberá tenerse en cuenta es la distancia geográfica. Cuando los padres viven cerca uno del otro y a poca distancia del colegio, cualquier modalidad de coparentalidad, es en principio, viable. Cuando uno de los padres fija su residencia en un lugar distante, el reparto del tiempo de convivencia, deberá ajustarse en consecuencia, con períodos de alternancia más largos y cambios menos frecuentes, básicamente adaptados al calendario escolar y a los periodos vacacionales.

Las obligaciones laborales de los padres, condicionarán también la distribución de los períodos de convivencia. Por ejemplo, si el trabajo de uno de los padres, exige viajes frecuentes entre semana u horarios nocturnos, sus períodos de convivencia con

el hijo deberán orientarse, básicamente, hacia los fines de semana, días de asueto, feriados y vacaciones.

Un modelo orientativo de la alternancia de esos períodos de convivencia, con cada uno de los padres, flexible y adaptable a las circunstancias de cada caso, podría ser el siguiente, propuesto por la institución estadounidense Children's Rights Council (Consejo de los Derechos del Niño):

Edad / Frecuencia del contacto con ambos padres:

- Menos de 1 año / una parte de cada día (mañana o tarde)
- De 1 a 2 años / Días alternos
- De 2 a 5 años / no más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
- De 5 a 9 años / alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana
- Más de 9 años / alternancia semanal

Aunque son muy diversas las modalidades de alternancia en la convivencia con cada uno de los padres, conviene siempre tener presente que el ritmo de alternancia, deberá ser más frecuente, cuando menor sea la edad del niño.

En general, a falta de un acuerdo distinto entre los padres, podemos considerar que la alternancia semanal frecuente, no prevista en nuestro Código Civil y Código Procesal Civil y Mercantil, sería de urgente regulación para la sociedad guatemalteca, primordialmente para lograr el interés superior del niño, pues ésta es la fórmula más idónea de convivencia, siempre que se intensifiquen los contactos del progenitor no conviviente, en proporción inversa a la edad del niño.

CONCLUSIONES

1. Los derechos del niño o derechos de la infancia, surgen por la necesidad de amparar al sector más vulnerable y desprotegido de la sociedad, atendiendo de esta manera, la imperante obligación de salvaguardar el desarrollo y formación de quienes serán, los pilares del futuro de la humanidad, aunque aún se desconoce la extensión y amplitud de los mismos, pues han sido limitados a la

superficialidad de su existencia, sin considerar lo realmente importante, que es el desarrollo integral y saludable del menor, dentro de la esfera social, para poder aportar valor a la misma.

2. La Convención sobre los Derechos del Niño, constituye el instrumento jurídico internacional, por el que varios países, incluyendo Guatemala, voluntariamente, deciden defender los derechos del niño, la niña y el adolescente, definiendo cuáles son las obligaciones de los Estados, para garantizar esos derechos. En ella se reconoce que el niño, por sus mismas condiciones, requiere de una atención especial, que asegure su bienestar, sin embargo en nuestro país, pocas son las medidas que se han tomado para el pleno cumplimiento de la misma.
3. En la actualidad, la sociedad padece la pérdida del valor de la familia, como elemento básico para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños, siendo atacada de forma directa por la desintegración familiar, lo que genera una deficiencia en el desarrollo integral del menor, quedando en el centro de impacto, al padecer una ruptura familiar, siendo afectado profundamente el futuro y solidez de la personalidad del menor.
4. En la mayoría de los casos de separación, divorcio o cese de la unión de hecho, la guarda y cuidado de los hijos, la acuerdan los padres y la resuelve el juez, primordialmente en base al derecho interno; sin embargo, la postura obtenida mediante la realización de la presente investigación, nos señala, que debe ser resuelta, en base al principio de interés superior del niño, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, debido a la importancia de establecer procesos tendientes a garantizar, un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan, a los menores, vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible, cumpliendo también el compromiso, internacionalmente adquirido por Guatemala, de atender con prioridad los derechos humanos de los menores.

5. El interés superior del niño, requiere del contacto frecuente y continuo con ambos padres. El divorcio, en todo caso, debe basarse en un modelo de coparentalidad, mediante el cual se reconozca la igualdad de derechos y responsabilidades, de ambos padres.

6. En los procesos de separación y divorcio, se consulta la opinión de los niños mayores de diez años, en cuanto a los menores de esta edad, únicamente se les consulta, si tienen la madurez suficiente, para esa práctica forense. Algunos jueces, disponen que los equipos técnicos, conversen con los menores en ambientes distendidos, pero depende de la sensibilidad de cada letrado. Nosotros consideramos, que del mismo modo en que los altos cargos tienen el fuero de que se les interroga en su domicilio, los niños deberían poder ser consultados en sus casas, mientras hablan de fútbol o cualquier otro tema de su interés. El juez debería poder conocer la opinión del menor, sin tener que interrogarle, y durante este trámite, siempre debería estar presente un psicólogo o un trabajador social.

RECOMENDACIONES

1. Que en los casos en que los padres, acuerdan mediante convenio la guarda y cuidado de sus menores hijos, el convenio sea aprobado judicialmente de oficio y esa aprobación, deberá hacerla el juez, auxiliándose de los estudios

psicológico y social de cada caso en particular, siempre buscando el interés superior del niño, como norma imperativa.

2. Realizar una campaña de conciencia social, para desaparecer la dinámica de “parte ganadora o parte perdedora”, dentro de un juicio de separación o divorcio, para que el mismo, carezca de intereses para las partes, y las instituciones, la sociedad y principalmente el Estado, deberá fomentar el mutuo acuerdo y la mediación en estos casos.
3. Se recomienda la fórmula de coparentalidad, como la más idónea, en los casos de separación y divorcio, pues permite al niño o niña, un mayor disfrute de la presencia de ambos padres. En general, el ritmo de alternancia de las visitas, deberá ser más frecuente, cuando menor sea la edad del niño.
4. Al Estado y a los jueces de familia de la república de Guatemala, para que en los casos de separación y divorcio, no se vulneren los derechos fundamentales de los niños y niñas, mismos que se encuentran consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.
5. Al Organismo judicial, para que dentro de los juzgados de familia de la República, se establezcan centros multidisciplinarios, en los cuales actúen no solo abogados de la parte actora y de la parte demandada, sino también, un grupo selecto de psicólogos y trabajadores sociales, para que realicen todos los estudios necesarios, que tengan como fin, la presentación de informes relativos al interés superior del niño y que éstos, sean presentados a consideración del juez, antes de tomar alguna decisión, buscando que éstos alcancen obtener un carácter vinculante, para la decisión judicial de otorgar la custodia de los menores. Informes que, desde luego, se encuentren apegados al principio de interés superior del niño.

6. Finalmente, considero necesario y de interés público, la realización de políticas, que tiendan a fomentar dentro de la niñez y juventud, una visión mas profunda de los derechos que les otorga la Convención sobre los Derechos del Niño, a través de anuncios publicitarios, trifoliales, folletos, talleres en las escuelas primarias y secundarias de toda la República de Guatemala.

7. El principio de Interés Superior del Niño, deberá ser considerado ampliamente, ante cualquier medida a tomar por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, concernientes a los niños, niñas y adolescentes, y tenerlo como un principio de interpretación y aplicación, que esta dirigido a asegurar la protección integral de la niñez y la adolescencia del país; tomando en cuenta su opinión, el equilibrio entre el ejercicio de sus derechos, garantías y deberes, su condición específica como personas en desarrollo, además del equilibrio de las exigencias del bien común, los derechos de las demás personas y los derechos de la población guatemalteca en general.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. Tomo I y II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Editorial Universitaria, Guatemala, 1981.

ALTERINI, Atilio Aníbal. **Derecho Privado**. Segunda Edición Actualizada, Primera Reimpresión. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot, 1997.

ALVAREZ MORALES de FERNANDEZ, Beatriz. **El estudio socioeconómico y su importancia en los tribunales de familia en la ciudad capital**. Tesis de Graduación, Escuela de Trabajo Social, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1990.

BETETA, Lili. **Los niños se quedan con conmigo**. Revista Amiga. Guatemala, 26 de julio de 2006. Pág. 22.

BARRIOS CASTILLO, Oscar. **El juez de familia**. Tesis de Grado Académico, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala, Imprenta Zeta, 1970.

BRAÑAS, Alfonso. **Manuel de derecho civil. Nociones generales de las personas, de la familia**. Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Editorial Universitaria. Guatemala, 1973.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Ed. Heliástica, Buenos Aires, Argentina: (s.f.).

CAPITANT, Henri. **Vocabulario jurídico**, Ed. Desalma, Buenos Aires, Argentina: (s.f.).

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y floral. Derecho de familia, relaciones conyugales**. 9ª. Edición. Madrid, editorial Reus, 1976.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002,

párrafo 38. (s.l.i.), (s.f.), (s.e.)

DAVISON, Dora. **Curso para padres en proceso de divorcio, “Acuerdos duraderos”**. Fundación Familias Siglo XXI. Ediciones Vergara. España 2005.

DAVISON, Dora. **Acuerdos duraderos. Familias ensambladas. Mitos y realidades de los tuyos y los míos y los nuestros**. Presidente de la Fundación Familias Siglo XXI. Ediciones Vergara. España, 2005. (s.e.)

DEL VISO, Salvador. **Lecciones elementales del derecho civil del derecho de las personas con relación a su estado civil**. Valencia Juan Mariana y Sanz, 1868. (s.l.i.), (s.e.), (S.E.)

DE PINA, Rafael. **Tratado de las pruebas civiles**. 3ª. Edición. (S.E.), (s.f.), (s.l.i.).

DIEZ PICAZO, Luís Antonio Dullon. **Sistema de derecho de familia, derecho de sucesiones**. 3ª. Edición, Madrid, España, 1983. (S.E.)

DIEZ DE VELAZCO, Manuel. **Las organizaciones internacionales**. 11ª edición Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

Enciclopedia jurídica omeba. Tomo III. Buenos Aires, Argentina: Editorial Driskill, 1985.

Enciclopedia jurídica omeba. Tomo XX. Buenos Aires, Argentina: Editorial Driskill, 1990.

Enciclopedia metódica en color larousse, Ed. Larousse, S.A., 3ª. ed.; México: 1991.

Enciclopedia salvat diccionario, Ed. Salvat, S.A., 2ª. ed.; Barcelona, España:

1979.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. **Estudios de derecho de las personas**. 2da edición. Lima, Perú: Editorial Huallaga, 1996.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Derecho de las personas**. 8ª edición. Lima, Perú: Editorial Grijley, 2001.

GONZÁLEZ COUREL, Teodosio. **Los problemas del divorcio temporal ante la legislación civil**. Valladolid, Colegio Santiago, España, 1924.

GONZALES MANTILLA, Gorki. **La consideración jurídica del embrión in Vitro**. Lima, Perú: Fondo editorial PUCP, 1996. (s.e.)

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 2ª. Reimpresión de la 3ª. Edición, Tomo I. (s.f.), (s.l.i.), (S.E.).

IGLESIAS, Susana. **El desarrollo del concepto de infancia**. Revista en sociedades y políticas N° 2. Buenos Aires, Argentina: Fundación Pibes Unidos, 1996.

MORALES TRUJILLO, Hilda. **El derecho de familia, su posición en la sistemática jurídica**. Tesis profesional. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala, año 1970.

NACIONES UNIDAS. **Formas contemporáneas de la esclavitud**. En Derechos Humanos. Folleto informativo número 14. Naciones Unidas, 1991.

PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. **“Derecho de Familia”**, www.es.wikipedia.org/wiki/Derecho_de-familia

PUIG BRUTAN, José. **Fundamentos de derecho civil: la familia, matrimonio,**

divorcio, filiación, patria potestad, tutela. Bosch Editorial, 1985. (s.l.i.), (s.e.)

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

Real academia española. Diccionario de la Real Academia Española. Madrid, 2001. Tomo 1.

RICCI, Francisco. **Derecho civil teórico practico. Del contrato, del matrimonio, de la compraventa.** Madrid, Editorial España Moderna, (s.f.), (s.e.).

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

SOTO ALVAREZ, Clemente. **Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil.** Editorial Mimusa, México, 1975. (s.e.)

UNICEF. Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York: UNICEF, 1997. (s.e.), (S.E.).

UNICEF y UDELAR. Revista nuevas formas de familia. Perspectivas nacionales e internacionales. Uruguay. Noviembre 2003. (s.e.), (S.E.).

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. **Derecho civil español. Derecho de familia, parte especial.** Tomo IV. Talleres Tipográficos, Madrid, 1975. (s.e.).

VARGAS ORTIZ, Ana Maria. **Breve comentario sobre el decreto ley 106.** Folleto. Guatemala. (s.f.), (s.e.)

Legislación:

ONU, Convención Sobre los Derechos del Niño.

ONU, Reglas Mínimas Para la Administración de la Justicia de Menores. “Reglas de Beijing”.

ONU, Reglas de las Naciones Unidas Para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

ONU, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. “Directrices de RIAD”.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 23 de mayo de 1969.

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

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

Código Civil, Decreto Ley numero 106. 1963.

Código Civil y Procesal Civil y Mercantil y sus reformas. Decreto 107

Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la Republica, 1973.

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

Ley de Tribunales de Familia. Decreto Ley 206.

Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. Decreto 97-96 del Congreso de la República. 1996.

Instructivo para los Tribunales de Famili