

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



**GUATEMALA, AGOSTO DE 2012**

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

**LA INCOMPATIBILIDAD DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD  
COMPARTIDA DE MENORES DE EDAD POR PADRES DIVORCIADOS**

**TESIS**

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

Por

**LUZ MAGALY GÓMEZ SOTO**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, agosto de 2012

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

DECANO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Lic. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRATICÓ EL  
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Fase Pública:

Presidente:	Lic. Mario Rene Monzón Vázquez
Vocal:	Lic. Rodolfo Giovanni Celis López
Secretario:	Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz

Fase Privada:

Presidente:	Licda. Dora Renne Cruz Navas
Vocal:	Lic. Elmer Erasmo Belteton Morales
Secretario:	Lic. Luis Emilio Orozco Piloña

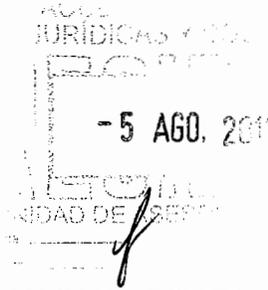
**RAZÓN:** "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Licda. ELVIA AMANDA RAMIREZ CHAVEZ  
ABOGADA Y NOTARIA  
Colegiado 8,888



Guatemala, 15 de julio de 2011.

Licenciado: **Carlos Manuel Castro Monroy**  
Universidad De San Carlos De Guatemala  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su despacho.



Como asesora de tesis de la estudiante LUZ MAGALY GOMEZ SOTO, en la elaboración del trabajo titulado: "**LA INCOMPATIBILIDAD DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD COMPARTIDA DE MENORES DE EDAD POR PADRES DIVORCIADOS**" con base al artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico, me complace manifestarle que:

**La contribución científica** en el presente estudio, la constituyente un análisis de la creciente disolución de los vínculos matrimoniales en el país, ocasionados por el divorcio, el deceso o migración de alguno de los padres ha ocasionado que menores de edad queden en situación de riesgo o total abandono, motivo por el cual en los últimos años ha aumentado el numero de procesos dirigidos a resolver controversias derivadas de la patria potestad.

**El carácter científico Técnico** del informe de tesis, lo constituye el análisis metodológico de la aplicación de los distintos instrumentos y técnicas de investigación.

**La metodología empleada** por la ponente en el desarrollo de su trabajo, se basa fundamentalmente en la inducción, la cual permite derivar consideraciones particulares para arribar a otras de carácter general. Además ha sido empleado el método deductivo, que posibilita la exposición del tema objeto central del estudio, partiendo de los más general hasta concretar las principales aseveraciones de la investigación en forma particular.

**Las técnicas de campo** empleadas por la estudiante, son especialmente las bibliografías, mismas que es posible evidenciar por medio de las distintas citas textuales que enriquecen el aporte científicos de la investigación.

Así mismo **la bibliografía** es adecuada para estos trabajos de investigación, por cuanto la ponente hace uso de dogmática de derecho, tanto de autores nacionales como extranjeros a lo largo del contenido del informe.

8ave avenida 4-05 zona 19  
Guatemala, Guatemala  
Teléfonos 2432-5836 / 5708-3496



**La redacción** de todo el trabajo es clara y concreta, adecuada a la estructura y naturaleza de estas investigaciones que exige el normativo mencionado.

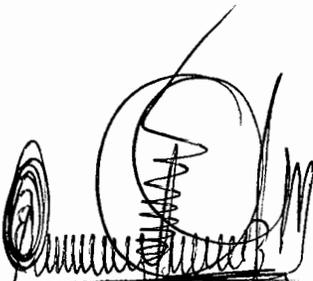
**Las conclusiones** de la autora resultan acertadas, especialmente en lo tocante a que existe incompatibilidad en el ejercicio de la patria potestad por parte de los padres que se divorcian.

En cuanto a sus **recomendaciones**, se puede afirmar que la más importante es la que apunta a recomendar reformas al Código Civil, de manera que se pueda adaptar la normativa que regula la patria potestad a la forma en que se ejerce la misma por los padres separados.

He guiado personalmente a la sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática mencionada; con lo cual comprueba la hipótesis planteada conforme a la proyección científica de la investigación.

El trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo pueda continuar el trámite correspondiente, para su posterior evaluación, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,



LICENCIADA  
Elvia Amanda Ramírez Chávez  
ABOGADA Y NOTARIA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintidós de agosto de dos mil once.

Atentamente, pase al ( a la ) LICENCIADO ( A ) **JOSÈ LUIS RIVERA CARRILLO** para que proceda a revisar el trabajo de tesis del ( de la ) estudiante: **LUZ MAGALY GÓMEZ SOTO**, Intitulado: **“LA INCOMPATIBILIDAD DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD COMPARTIDA DE MENORES DE EDAD POR PADRES DIVORCIADOS”**.

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

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



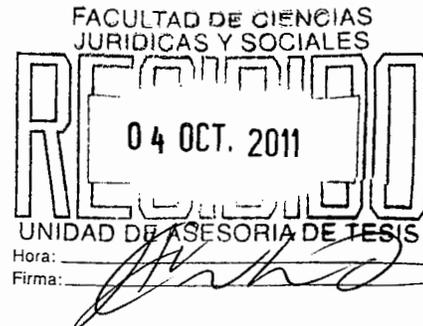
cc.Unidad de Tesis  
CMCM/ slh

Lic. JOSÉ LUÍS RIVERA CARRILLO  
Abogado y Notario  
Colegiado 5,413



Guatemala 28 de septiembre de 2,011.

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



Respetable Licenciado Castro:

Cumpliendo la disposición contenida en la resolución emanada de esa Unidad de Asesoría de Tesis, procedí a realizar el análisis correspondiente como **REVISOR** del trabajo de tesis de la estudiante **LUZ MAGALY GÓMEZ SOTO**, titulado "**LA INCOMPATIBILIDAD DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD COMPARTIDA DE MENORES DE EDAD POR PADRES DIVORCIADOS**", por lo que me complace informarle que la investigación contiene lo siguiente:

Una investigación que aborda una problemática jurídica, ya que se establecen y analizan que la incompatibilidad de la función que otorga la Patria Potestad a los padres de familia, cuando estos están divorciados.

Los métodos de investigación son los correctos. Tanto la inducción como la deducción cumplen un papel primordial en el contenido de la investigación.

El trabajo de referencia constituye un aporte científico a la ciencia jurídica, ya que desde el planteamiento de la hipótesis, se confirma que hay incompatibilidad en las funciones de la patria potestad cuando la ejercen padres de familia divorciados.

En la redacción de las conclusiones y recomendaciones se arriba a planteamientos importantes, que determinan las debilidades de nuestro sistema civil especialmente en el derecho de familia en el tema en cuestión.

La bibliografía utilizada, se considera oportuna y congruente con el trabajo técnico de esta naturaleza, derivado que fueron consultados documentos bibliográficos, que contienen información técnica y jurídica de actualidad y sobre todo, de aplicación al tema relacionado con la doctrina de índole civil.

Lic. JOSÉ LUÍS RIVERA CARRILLO  
Abogado y Notario  
Colegiado 5,413



Hago constar que he guiado personalmente a la sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática esbozada; con la cual comprueba la hipótesis planteada conforme la proyección científica de la investigación.

En virtud, que el trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos estipulados en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que la misma pueda continuar con el trámite correspondiente, para una posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo atentamente,



*José Luis Rivera Carrillo*  
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
Guatemala, dieciocho de junio de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LUZ MAGALY GÓMEZ SOTO titulado LA INCOMPATIBILIDAD DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD COMPARTIDA DE MENORES DE EDAD POR PADRES DIVORCIADOS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

CEHR/iyc

Handwritten signatures and official stamps of the Faculty of Law and Social Sciences, University of San Carlos of Guatemala. The stamps include 'DECANATO' and 'SECRETARIA'.



## **DEDICATORIA**

- A DIOS:** Por dame el ser, la virtud de la vida y la fe. Por ser mí guía, mi fortaleza en todo momento, quien me proveyó de todo lo que poseo.
- A MI PADRES:** **Alba Jeannette y Alfredo Gómez**, por darme la vida, por su infinito amor, por brindarme apoyo en los momentos difíciles, por su incansable esfuerzo, por el ejemplo de arduo trabajo, por hacerme una persona de bien, por brindarme la mejor herencia que es el estudio.
- A MIS ABUELOS:** **Alba Mélida y Juan Alfredo**, por su amor.
- A MIS AMIGOS,:** Y compañeros de estudio, por su compañía, apoyo, alegría, tiempo, por ser mi consejeros. **Abel Alberto Tobar Rosales, Byron Enrique, Lilian Karina, Clarissa Paola, Gabriella Giron, Walter Mazariegos, Eddy Aguilar, Omar Barrios, Efraín Guzmán, Nery Baten**, quienes me brindaron los mejores años de mi vida a través de los cuales fue posible culminar mi carrera profesional.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala por ser mi amada casa de estudios.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y sus catedráticos, por formarme como profesional.



## ÍNDICE

	Pág.
introducción.....	i
<b>CAPÍTULO I</b>	
1 La familia.....	1
1.1. Definición de la familia.....	4
1.2. Evolución Histórica.....	7
<b>CAPÍTULO II</b>	
2. Instituciones de familia.....	11
2.1. El matrimonio.....	11
2.2. El divorcio.....	23
<b>CAPÍTULO III</b>	
3. La patria potestad.....	25
3.1. Evolución histórica.....	25
3.2. Derecho contemporáneo comparado.....	28
3.3. Concepto de guarda y custodia.....	30
3.4. Definición legal.....	34
3.5. Patria potestad.....	36
3.6. La patria potestad en la ley.....	44
3.7. La tutela.....	49
3.8. La tutela legalmente.....	53
<b>CAPÍTULO IV</b>	
4. Análisis de la guarda y custodia como manifestación de la patria potestad de un menor de edad en forma compartida por padres divorciados.....	57
4.1. En el Código Civil.....	58
4.2. En la ley de Tribunales de Familia.....	61
4.3. En el Código Procesal Civil y Mercantil.....	62
4.5. Ley contra el feminicidio.....	63

	Pág.
4.6. Código penal.....	64
4.7. La Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia intrafamiliar...	65
4.8. Convención Sobre los Derechos del Niño.....	66
4.9. Problemática de la regulación procesal de la guarda y custodia.....	69
4.10. Necesidad de regular una vía procesal para la guarda y custodia.....	72
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
ANEXO.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	91

## INTRODUCCIÓN

La principal motivación para llevar a cabo la presente investigación consiste en que actualmente en los Juzgados de Familia del país, se ha optado por resolver los conflictos entre padres por la guarda y custodia de los hijos, por la vía oral, de tal manera que a estos procesos se les suele denominar orales de guarda y custodia.

Ahora bien, conviene preguntarse en qué ley se encuentra regulada tal situación y de la respuesta es posible establecer la urgencia de efectivamente crear el asidero legal a este proceso que ya se aplica en la práctica.

La presente investigación tiene como objetivos generales, establecer la necesidad de regular los asuntos relativos a la guarda y custodia de menores de edad, así como determinar la forma en que debe darse la reforma a los artículos conducentes del Código Procesal Civil y Mercantil; y como objetivos específicos, establecer lo que debe interpretarse por Guarda y custodia y sus diferencias con la patria potestad, establecer la forma en que los Juzgados de Primera Instancia de Familia ventilan los asuntos relacionados a guarda y custodia de menores de edad; determinar cuales son los Juzgados de Familia en los que aun no se aplica este tipo de disposiciones procesales, de los asuntos relacionados a la guarda y custodia de menores de edad.

La principal teoría que se aplica en este estudio es la de la importancia que reviste el derecho comparado como forma de verificar las falencias de un sistema determinado.

La hipótesis que se planteó el desarrollo del contenido de este estudio es la siguiente: “Debido a la falta de una vía para dar trámite a los asuntos relativos a la guarda y cuidado de menores de edad, es necesario que el Estado regule la vía de los incidentes para tales efectos”. Comprobándose dicha hipótesis con la investigación realizada.

En el desarrollo del presente trabajo de tesis fueron utilizados, el método científico en sus tres fases, indagadora, demostrativo y expositiva, el método analítico sintético, aplicado en el proceso de consulta bibliográfica y de síntesis, para documentar el marco teórico, el método inductivo-deductivo, así como las técnicas de muestreo, observación directa, observación indirecta, cuadro estadístico, y encuestas realizadas en la recolección y análisis del trabajo de campo.

El presente contenido se ha dividido en cuatro capítulos a saber. El primero contiene lo relativo a la familia, su definición y evolución histórica; el segundo, el tema de las instituciones de familia, tal el caso del matrimonio y el divorcio; el tercero, la patria potestad, especialmente en cuanto a su evolución histórica, concepto, definición y diferencias con la tutela; y finalmente el cuarto, lo atinente al análisis de la guarda y custodia como manifestación de la patria potestad de un menor de edad en forma compartida por padres divorciados, en las distintas regulaciones de la legislación guatemalteca.

## CAPÍTULO I

### 1.1 La familia

Técnicamente la familia constituye el grupo social más importante y seguro donde puede desarrollarse un ser humano desde que nace. En una familia un ser humano puede aprender y luego expresar sus mejores cualidades y virtudes. Por lo tanto la familia se puede considerar, con independencia a los significados afectivos, emocionales y humanos que puedan dársele, una de las agrupaciones sociales en donde se asienta y fortalece cualquier sociedad del mundo, de allí saldrán los ciudadanos que darán continuidad a la sociedad y en un sentido más extensivo, de toda la humanidad.

La familia es “un producto cultural de cada sociedad”<sup>1</sup>, es decir, un resultado de sus prácticas sociales, religiosas, políticas, legales y hasta económicas.

La familia como producto cultural, ha presentado a través del tiempo formas de diversa naturaleza por lo que su concepto no es unívoco (es decir uno solo en todas partes).

La denominación de familia nos remite a agrupaciones sustancialmente diferentes: Patrilineales (agnaticias) o Matrilineales (cognaticias), Patrilocales o Matrilocales,

---

<sup>1</sup> Mizrahi, Mauricio Luis. **Familia, matrimonio y divorcio**. Págs. 11.

Familia Gens de orientación u origen, Familia Conyugal, Matrimonial o Extramatrimonial, Ensambladas, Monoparental y Segmentaria, etcétera.

Para concebir a la familia es preciso determinar desde que punto de vista se hace, no es posible delinear un concepto abstracto e intemporal de la familia. En todo caso lo factible es analizar el significado de la expresión familia, enumerando los caracteres propios de una estructura familiar concreta, vigente en un determinado tiempo y espacio social; y con las necesarias especificaciones y particularidades.

Al hacerlo desde el punto de vista sociológico se sabe que familia es: “el conjunto de parientes con los cuales existe un vínculo de convivencia, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos, diferente según la persona a quien se la refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado”<sup>2</sup>.

Desde un punto de vista jurídico, para Díaz De Guijarro la familia es: “Institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de filiación”.<sup>3</sup>

Se observa que hay diferentes tipos de familia que cambian en función de la época, de la geografía, del desarrollo económico, técnico y social, de la clase social y de la evolución de las ideas. Desde esta amplia perspectiva, debe incorporarse en el concepto de familia a la llamada extramatrimonial, toda vez que, no es posible

---

<sup>2</sup> Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 313.

<sup>3</sup> **Ibid.** Pág. 313.

identificar o declarar separadamente a familia y matrimonio, dado que agrupaciones personales no fundadas en el matrimonio constituyen, conjuntos familiares que deben merecer la debida protección del Estado, tal como lo establece el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

En una misma época y lugar la coexistencia de varios tipos de familias, ha permitido la formulación del “Principio de la Pluridad de los Tipos”.

Se puede aludir, con el vocablo indicado (familia), a una agrupación restringida (la que conforman los padres e hijos que conviven con ellos o bien con el tipo monoparental integrado por un solo progenitor y sus hijos o una abuela o abuelo y sus nietos).

Una familia más extensa que como dice Carbonnier, “comprende a todos los descendientes de un progenitor común que se hallan ligados por un vínculo de parentesco consanguíneo dentro de los límites prefijados”<sup>4</sup>, es la familia jurídica que para Josserand, engloba a todas las personas unidas por un lazo de parentesco de consanguinidad o de afinidad; la cual se entendería hasta ciertos límites, según los parámetros establecidos por el derecho, y descansaría a la vez en la comunidad de sangre, en el matrimonio y en la adopción.

---

<sup>4</sup> **ibid.**

Los autores Hanser y Huet-Weiller señalan que: “El proceso que parecía inevitable – pareja, hijo, familia- a veces se encuentra invertido; pues el nacimiento de un hijo crea toda una familia en torno a una persona sola. La familia monoparental, se caracteriza por la convivencia de un hijo o más con un solo progenitor, ante la falta del otro”<sup>5</sup>.

En conclusión, cualquiera sea la postura y la concepción en que nos ubiquemos, lo cierto es que la familia está lejos de ser una entidad congelada, pues está sujeta de manera permanente a transformaciones.

Pero se puede afirmar en un sentido amplio que existe familia, cuando entre determinados sujetos hay vínculos de parentesco.

En Guatemala, la Constitución Política de la República le concede un lugar preferencial a la familia, como base fundamental de la sociedad, sobre cualquier otra forma de agrupación social, y de esa manera la protege, aunque ciertamente, en la práctica se presenten formas distintas de familia, a las originadas en el matrimonio, y la misma Carta Magna reconoce por ello, la unión de hecho. La ley de Desarrollo en su artículo 6 señala: “la organización de la familia es la unidad básica de la sociedad. La que se considera sobre la base legal del matrimonio. Constituye también núcleo familiar con los mismos derechos, la unión de hecho, las madres y padres solteros, en atención a los artículos 48 de la Constitución Política de la República y 173 del Código Civil”. A

---

<sup>5</sup> **Ibid.**

pesar de la protección a la que se compromete el Estado a brindarle, la familia atraviesa una crisis social.

## 1.2 Definición de la familia

Con los elementos aportados en las nociones generales anteriores, se puede establecer la definición de la familia, y para tal efecto se citarán a los principales tratadistas y autores que han aportado alguna definición del término.

Según el autor Alfonso Brañas, se puede hablar de un sentido popular y un sentido propio para la palabra familia. En el sentido popular se dice que familia es el: “Conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como un punto localizado de sus actividades y su vida”.<sup>6</sup>

Mientras que en sentido propio: “la familia es una rúbrica que une a los individuos que llevan la misma sangre”.<sup>7</sup>

Señalan Marcel Planiol y Georges Ripert que familia es: “el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio, o por la filiación, y también, pero excepcional por la adopción”.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Brañas. Alfonso. **Manual de derecho civil**, Tomo I, Pág. 104.

<sup>7</sup> *Ibid.*.

<sup>8</sup> Georges Ripert, Marcel Planiol. **Derecho civil**. Pág. 103.

Francisco Messineo indica que: “la familia en sentido estricto es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido naturalístico) y que constituye un todo unitario”.<sup>9</sup>

En sentido restringido es: “el núcleo paterno filial o agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad”.<sup>10</sup>

Para el relevante tratadista Federico Puig Peña, familia es: “aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se de satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida”.<sup>11</sup>

La Constitución Política de la República establece en su ARTICULO 47. Protección a la familia. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.

El Código Civil guatemalteco no define lo que debe significar: familia.

---

<sup>9</sup> Brañas, **Ob. Cit.** Pág, 105.

<sup>10</sup> **Ibid.**

<sup>11</sup> Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**, Pág. 18.

La Convención Sobre Derechos del Niño, ratificada por el Estado de Guatemala, el 22 de mayo de 1990, y publicada el 25 de febrero de 1991, señala en su artículo 5: “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

La Ley de Protección Integral de la niñez y adolescencia (Decreto Legislativo 27 – 2003 con vigencia a partir del 18 de julio de 2003), señala en su artículo 18. “todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia”.

### **1.3 Evolución Histórica**

Morgan propuso la teoría Evolutiva de la Sociedad humana, sobre la base de su precursor Bachofen: “Para Morgan, antes de la etapa de la civilización, en la que se impone definitivamente el matrimonio monogámico, el hombre transcurrió por un estadio de salvajismo y otro de barbarie. En el primero, la caracterización inicial fue un estado de promiscuidad sexual, que en una evolución posterior deriva en los llamados

**Matrimonios por Grupos**<sup>12</sup>; es decir un sistema de unión en que grupos enteros de hombres y grupos enteros de mujeres se pertenecían recíprocamente. Las variantes dentro de este estilo de matrimonios grupales habrían sido la familia consanguínea (que establece un progreso sobre la promiscuidad inicial al excluirse a madres e hijos del comercio sexual); y la familia Punalúa, en la que ya no solo se elimina los contactos sexuales entre los ascendientes y descendientes, sino también los matrimonios entre hermanos.

En el estadio de la barbarie por su parte, el matrimonio por grupos se reemplazaría por relaciones más individualizadas. Aparece la llamada familia sindiásmica, con la que se comienza la vida en pareja; pero con la particularidad de que solo a las mujeres, se les exige la fidelidad durante la vida en común, mientras que las prácticas poligámicas continúan siendo un derecho de los hombres.

En este largo período del salvajismo según Morgan: “solo existía certidumbre respecto de la maternidad”<sup>13</sup>, pues reinaba una absoluta ignorancia acerca de quién era el padre del nacido; esto determinó necesariamente que la descendencia se contara por la línea materna.

---

<sup>12</sup> Lewis H. Morgan, **Ob. Cit.** Pág. 11.

<sup>13</sup> **Ibid.**

La tesis evolucionista corresponde a la que regularmente se denomina Teoría Matriarcal, en la que supuestamente la madre era, como precisa Belluscio, “el centro y origen de la familia”<sup>14</sup>.

Posteriormente se logra el Matrimonio monogámico estable. Es así como se opera la transformación de la familia matriarcal a la familia patriarcal, quedando desde ese entonces determinada la paternidad y sustituido el parentesco uterino por el agnaticio.

Los evolucionistas afirman la existencia de las sociedades prepatriarcales, esto significa la plena vigencia de un derecho materno en un primitivo estadio cultural, conforme al cual la soberanía de los grupos se encontraba en las manos de las mujeres. Para la subsistencia cotidiana, la mujer –único progenitor conocido- desempeñaba las funciones domésticas, familiares, sociales y políticas, situación que le confería una gran fuerza y respeto dentro de los clanes (gens). Y el hombre únicamente se dedicaba a la caza y a la pesca. “Es la era de la ginecocracia”<sup>15</sup>, caracterizada por un dominio femenino absoluto.

Según Engels, como lo explica en el materialismo dialéctico, se modifica la existencia real del hombre con el surgimiento de la propiedad privada, la acumulación de riquezas y la producción de bienes para su cambio. El sexo masculino adquiere una posición importante, lo que le permite abolir la filiación según el derecho materno y el orden de la herencia establecido conforme a esta línea filiatoria. La mujer por su lado, pasa a ser

---

<sup>14</sup> **Ibid.**

<sup>15</sup> Maurício, **Ob. Cit.** Pág. 18.



una especie de satisfactor sexual. En una estructura social en la que el hombre determinaba las leyes, se da pues, la disminución de la mujer.

La tesis matriarcal tradicional encuentra como causas del transito antes indicado, del régimen matriarcal al régimen patriarcal, la estabilización de la familia en el cese de la incertidumbre en lo relativo a la paternidad; y consecuentemente, el despertar en el hombre un “sentimiento paterno”<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Belluscio, Augusto. **Manual de derecho de familia. Ob. Cit.** Pág. 18.

## CAPÍTULO II

### 2. Instituciones de familia

#### 2.1. El matrimonio

El matrimonio constituye otra fuente del estado civil, cuyas consecuencias jurídicas en cuanto a las obligaciones y derechos subjetivos origina entre los consortes.

A diferencia del parentesco, el matrimonio crea un estado civil que no es necesario las relaciones de la persona o del grupo familiar.

Realizado el acto matrimonial de él pueden derivar todas las consecuencias del parentesco legítimo, de la filiación paterna o materna y de las diversas relaciones que se constituyen con los parientes por afinidad.

El matrimonio es una de las instituciones sociales más antiguas que conoce la humanidad. Es así, a partir del surgimiento de la monogamia y por consiguiente, del final de la poligamia.

Esta es una institución. Ahora bien, a qué clase de institución se hace referencia. Por un lado puede ser social, por otro legal y aún más, puede considerarse como institución eclesial o misterio de la iglesia.

El término matrimonio, inclusive puede tener las acepciones de nombrar al vínculo jurídico entre los esposos o sociedad conyugal; así como también al acto o celebración en sí, de la unión ante funcionario.

Debido a tantas acepciones, es preciso conocer esta institución desde sus nociones más generales.

Etimológicamente, el término matrimonio se origina de dos voces latinas: matrium que hace alusión a la madre y numios que significa carga. Efectivamente, en sus orígenes el matrimonio fue concebido, a juzgar por el origen de la palabra como un asunto obligación de la madre. Es decir, se trata de que el matrimonio es una obligación de mujer quien en la familia adopta la figura de madre. Esto es así, distinguiéndose del patrimonio que en ese orden de ideas significaría: carga del padre.

“Esta etimología quedó fijada por un texto de las Decretales y por algún derecho en particular, como nuestra legislación de Partidas. Las primeras, en efecto, decían con frase feliz, que todo lo referente al matrimonio se proyecta sobre los deberes y cargas maternas, pues el niño es antes del parto, oneroso, doloroso en el parto y después del parto, gravoso”<sup>17</sup>.

La etimología a la que se refiere el autor, corresponde precisamente a las decretales, documentos oficiales que provenían de la corona española.

---

<sup>17</sup> Brañas, **Ob. Cit.** Pág. 274.

Modernamente, Martínez Vasquez de Castro señala que: "La palabra matrimonio como denominación de la institución social y jurídica deriva de la práctica y del Derecho Romano. El origen etimológico del término es la expresión "matri-monium", es decir, el derecho que adquiere la mujer que lo contrae para poder ser madre dentro de la legalidad ...La concepción romana tiene su fundamento en la idea de que la posibilidad que la naturaleza da a la mujer de ser madre quedaba subordinada a la exigencia de un marido al que ella quedaría sujeta al salir de la tutela de su padre y de que sus hijos tendrían así un padre legítimo al que estarían sometidos hasta su plena capacidad legal: es la figura del pater familias"<sup>18</sup>.

El matrimonio es una institución social que crea un vínculo conyugal entre sus miembros. Este lazo es reconocido socialmente, ya sea por medio de disposiciones jurídicas o por la vía de los usos y costumbres. El matrimonio establece entre los cónyuges, y en muchos casos también entre las familias de origen de éstos una serie de obligaciones y derechos que también son fijados por el derecho, que varían, dependiendo de cada sociedad. De igual manera, la unión matrimonial permite legitimar la filiación de los hijos procreados sus miembros, según las reglas del sistema de parentesco vigente.

Por ser una institución sumamente extendida en el mundo, aunque no de modo universal, la definición del matrimonio es materia de diversas disciplinas.

---

<sup>18</sup> **Ibid.**

Desde el punto de vista del derecho occidental, el matrimonio constituye una unión de dos personas que tiene por finalidad constituir una familia. Hasta hace pocos años se consideraba un elemento esencial de la definición el hecho que ambos contrayentes debían ser de sexo opuesto, pero en el último tiempo este elemento ha sido objeto de moderaciones debido a la introducción, por algunos ordenamientos, del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Desde el punto de vista de la información etnográfica obtenida de diversas sociedades, la antropología del parentesco define el matrimonio como la unión de dos o más personas que cumplen roles heterosexuales, incluso tratándose de matrimonios homosexuales, que en su caso sirve para legitimar la descendencia de una mujer y que establece relaciones de alianza entre los grupos de parentesco de los cuales provienen sus miembros.

El matrimonio puede ser civil y religioso y, dependiendo de la religión o del ordenamiento jurídico, los derechos, deberes y requisitos del matrimonio son distintos. Ahora bien, no todas las sociedades establecen la distinción entre matrimonio civil y matrimonio religioso, válida sólo en Occidente. Hasta hace menos de dos centurias sólo había matrimonio religioso, al que se considera un sacramento.

Las características generales de la institución del matrimonio incluidas en algunos ordenamientos jurídicos son la dualidad, la heterosexualidad y el contenido en cuanto a derechos y deberes. A partir del siglo XX, en las sociedades de influencia occidental y

procedente del liberalismo se recoge también el principio de igualdad, con un peso creciente en las regulaciones derivadas.

La dualidad del matrimonio es el principio por el que la institución está prevista, en principio, para unir a dos personas y vincularlas para su convivencia y procreación. En algunos ordenamientos, en especial los de base islámica, se reconoce la posibilidad de que un hombre contraiga matrimonio con más de una mujer. Pero incluso en este caso la institución vincula a una persona con otra, pues las diversas mujeres que un musulmán pueda tener no están unidas, en principio, por ningún nexo matrimonial ni tienen derechos y obligaciones entre sí.

Tradicionalmente el matrimonio exige que los cónyuges sean de distintos sexos, de manera que un hombre y una mujer son los únicos que, en principio, pueden contraer matrimonio. Este principio está siendo modificado en algunos países en favor del principio de igualdad, a fin de reconocer la paridad de derechos y obligaciones entre hombre y mujer y extender los beneficios que implica la institución del matrimonio a parejas formadas por personas del mismo sexo, matrimonio homosexual, lógicamente ya que hay parejas heterosexuales que se casan por aprobación de legislaciones tales como en Estados Unidos y México.

“Bélgica, Canadá, España, Noruega, Países Bajos, Sudáfrica , Suecia , así como los estados de Massachusetts, Connecticut, Vermont, New Hampshire, Iowa y Washington DC en Estados Unidos, y el Distrito Federal en México han admitido el matrimonio entre

dos personas del mismo sexo. Estos países modificaron la anterior definición legal del matrimonio al concebirlo únicamente como la unión de dos personas”<sup>19</sup>.

El contenido en cuanto a derechos y deberes de los cónyuges varía en función del ordenamiento jurídico de cada país, pero por lo general todos les imponen la obligación de vivir juntos y guardarse fidelidad, de socorrerse mutuamente, de contribuir al levantamiento de las cargas familiares y de ejercer conjuntamente la potestad doméstica y la patria potestad sobre los hijos, que se presumen comunes salvo prueba en contrario. Las singularidades del contenido del matrimonio en cuanto a derechos y deberes de los cónyuges derivan en cada país de su propia concepción cultural de la institución, que ha dado forma a la misma en su legislación positiva y en su práctica jurídica.

El matrimonio produce una serie de efectos jurídicos entre los cónyuges y frente a terceras personas, de los cuales los fundamentales son los deberes u obligaciones conyugales, el parentesco, la adquisición de derechos sucesorales entre los cónyuges y el régimen económico del matrimonio, que tiene distintas modalidades en los diferentes países. Además, en varios países produce de derecho la emancipación del contrayente menor de edad, con lo cual éste queda libre de la patria potestad de sus padres y podrá en adelante actuar como si fuera mayor, aunque posteriormente se divorcie.

---

<sup>19</sup> Monroy Cabra, M. **Derecho de familia**, Pág. 74.

Debido a la variedad de concepciones que hay acerca del matrimonio entre los distintos tratadistas y juristas del derecho civil, e inclusive de manera general entre quienes no son versados en el tema o en la ley, no se puede citar una definición como la más aceptada o la definitiva. Esto último, por cuanto el derecho es dinámico.

Para apreciar en forma concreta la discrepancia que generan las opiniones que hay del matrimonio, se tomarán en cuenta dos definiciones de las más representativas al respecto de la controversia.

“Unión espiritual y corporal de un hombre y una mujer para alcanzar el fin supremo de la procreación de la especie”<sup>20</sup>.

Cita textual que muestra una concepción no jurídica de dicha institución, lo cual hace reflexionar en que para dar una definición, no solo de matrimonio sino de todas aquellas instituciones que precedieron en su creación al derecho mismo, como la filiación, la familia, el patrimonio etc., debe considerarse previamente el contexto desde dónde se quiere discutir. Por ello, la mencionada definición no incluye en su exposición ningún término legal o jurídico. La palabra espiritual más bien hace pensar en criterios religiosos, cuando no filosóficos. Sin embargo, no es una definición carente de ciencia, puesto que el elemento de la procreación obedece más bien a la antropología social, a la psicología social o simplemente a la sociología.

---

<sup>20</sup> Puig Peña, F. **Ob. Cit;** Pág. 371.

Espín Cánovas por el contrario, señala en la definición que ofrece, fundamentos de derecho que permiten observar una noción más jurídica del término matrimonio: “unión legal de hombre y mujer para la comunidad recíproca de vida y afecto”<sup>21</sup>.

Si la definición anterior se observa carente de términos jurídicos y ubica su concepción en cualquier otra disciplina del conocimiento humano, la segunda de las dos citadas, construye su noción de matrimonio a partir de lo legal, toda vez empezar con esas palabras; a pesar de lo cual, no representa mayor contenido jurídico puesto que no caracteriza la unión que define como institución o figura jurídica; no establece el fin que el derecho debe observar o los principios mismos que la ley debe respetar en tal vínculo. Por supuesto, se trata de una definición simple de matrimonio.

Como se observa en las dos definiciones y autores citados, la simpleza en las palabras empleadas constituye una característica de ambas, a pesar de lo cual se dan a entender bastante bien, y en especial representan las dos posiciones que se quería dejar en claro, una con una visión desprovista de términos jurídicos y la otra fundada en ellos.

Se trata por supuesto, de citas planteadas hace más de medio siglo y como se mencionó oportunamente, el derecho es dinámico y su cambio constante. Por eso mismo, hoy día no puede estar completamente determinada la definición de matrimonio. En la legislación guatemalteca aún no se acepta la unión legal por medio del vínculo del matrimonio de dos personas del mismo sexo; y más allá del criterio que se tenga al

---

<sup>21</sup> Espín Cánovas, D. **Manual de derecho civil español**. Pág. 374.

respecto, no hay que olvidar que en legislaciones comparadas especialmente en el norte de América, Estados Unidos de América, Canadá y México, en fechas recientes a la que se realiza el presente trabajo, ya es un hecho permisible en ley.

Si se tomaran definiciones más antiguas, se puede mencionar a Baudry-Lacantienrie, autor francés, cuya concepción pareciera ser más un presentimiento al querer cerrarle el paso a cualquier modificación del matrimonio cuando señala: “es el estado de dos personas de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley”.

“Las fórmulas que los romanos empleaban para definir el matrimonio ya no son exactas. Según las ideas antiguas, el matrimonio tenía por esencia el establecimiento de la igualdad entre los dos esposos ...En una sociedad dividida en clases donde existe una jerarquía social de personas y en la que cada familia tiene su culto particular, se concibe que la ley traduzca bajo esta forma el carácter de la unión que sanciona”<sup>22</sup>.

En Argentina, país que no permitía disolver el matrimonio por medio del divorcio, desde 1989 tal situación cambió. Por si fuera poco, en Colombia, a principios del siglo XXI, se ha aprobado la ley de la bigamia. Todo lo cual, porque el derecho es dinámico consecuentemente a regular hechos sociales que son aún más dinámicos.

En Guatemala, se ha mantenido la misma concepción que de matrimonio se tenía desde hace más de un siglo, y eso debido a que el Código Civil vigente, recogió en la

---

<sup>22</sup> Georges R., y Planiol M. **Ob. Cit.** Pág. 301.

década de los sesenta del siglo XX, una regulación que venía desde antes y en su oportunidad contuvo el Código Civil de 1933. Sin embargo no se puede dejar de tomar en cuenta lo establecido en el preámbulo de la Constitución Política de la República cuando señalan los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente que tuvieron en sus manos la elaboración de la carta magna, el reconocimiento de que la familia es génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz; y que se inspiraban para tal tarea en los ideales de los antepasados de este país y recogiendo sus tradiciones y herencia cultural. Por ello, contenían en su Artículo 56, que se declara de interés social, las acciones contra el alcoholismo, la drogadicción y otras causas de desintegración familiar. El Estado deberá tomar las medidas de prevención, tratamiento y rehabilitación adecuada para hacer efectivas dichas acciones, por el bienestar del individuo, la familia y la sociedad.

El Artículo 78 del Decreto Ley 106 del Jefe de Estado estatuye la siguiente definición legal de matrimonio: “Es la institución social por medio de la cual se une un hombre y una mujer, con el ánimo de vivir juntos, criar, alimentar y educar a sus hijos en la menor edad y auxiliarse entre sí”.

Como es evidente, la ley citada tiene como elemento central definir al matrimonio a partir de la consideración del mismo como institución social y no como unión legal. En consecuencia se puede afirmar que el Código Civil guatemalteco no es esencialmente

legalista sino más bien respetuoso de las concepciones culturales que han privado en la sociedad a lo largo de su historia.

Es preciso considerar que la mencionada definición legal que ofrece el cuerpo de leyes mencionado, incluye dentro de los elementos que conforman el matrimonio a uno de carácter subjetivo, tal como lo es el “ánimo”. Lógicamente, si el ánimo de vivir juntos provoca en la pareja el deseo de contraer matrimonio, cuando éste falta, la ley no tiene objeción en permitir solicitar su disolución por los medios procesales legalmente establecidos.

Federico Puig Peña, quien define en forma amplia no legal, no obstante establece el que denomina fin supremo y que es la procreación. Este elemento resulta un poco controvertido puesto que hoy día proliferan las parejas sin hijos y existen incluso quienes se unen conociendo algún impedimento del contrayente o la contrayente para tener descendencia. Por ello no se comparte que el fin supremo del matrimonio sea el mencionado.

Existen matrimonios que basan su unión en la procreación. Existen parejas que una vez unidos por el matrimonio civil, no religioso, deciden hacer uso de la institución legal de la adopción.

La Ley de Desarrollo Social establece como familia a las madres solteras o padres solteros con sus hijos; o inclusive a parejas sin hijos. En criterio personal se cree que es

más completa la definición de matrimonio que ofrece el Código Civil guatemalteco, toda vez incluye las tres etapas de procreación, alimentación y educación de los hijos.

En Guatemala, la ley contiene una definición de matrimonio que más bien pareciera ser la del término familia. Tal vez, incluir en la definición legal del matrimonio en el Artículo 78 de la ley ya mencionada, que los aspectos procrear, educar y/o alimentar, sería más afortunado, motivador de la sociedad en su conjunto y adecuado a la realidad social, sino se hiciera parecer que de eso depende el matrimonio.

La tesis matriarcal tradicional encuentra como causas del tránsito antes indicado, del régimen matriarcal al régimen patriarcal, la estabilización de la familia en el cese de la incertidumbre en lo relativo a la paternidad; y consecuentemente, el despertar en el hombre un sentimiento paterno.

Las formalidades del matrimonio se encuentran contenidas en el Artículo 93 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Estado. Este señala que las personas civilmente capaces que pretendan contraer matrimonio, lo manifestarán así ante el funcionario competente de la residencia de cualquiera de los contrayentes, quien recibirá bajo juramento de cada uno de ellos, legalmente identificados, declaración sobre los puntos siguientes que hará constar en acta: nombres y apellidos, edad, estado civil, vecindad, profesión u oficio, nacionalidad y origen, nombres de los padres y de los abuelos si los supieren, ausencia de parentesco entre sí que impida el matrimonio, no tener impedimento legal para contraerlo y régimen económico que adopten si no presentaren



escritura de capitulaciones matrimoniales y manifestación expresa de que no están legalmente unidos de hecho con tercera persona.

La mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo, pueden contraerlo: el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, siempre que medie la autorización que determinan los artículos siguientes. Todo lo cual se incluye en el Artículo 81 del Código Civil.

Agrega el Artículo 96 del cuerpo de leyes mencionado que el contrayente que fuere extranjero o guatemalteco naturalizado, deberá comprobar en forma fehaciente su identidad y libertad de estado. Previamente a la celebración del matrimonio, se publicarán edictos en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación, por el término de 15 días, emplazando a denunciarlo a quienes sepan de algún impedimento legal para el mismo.

Si el matrimonio no fuere celebrado dentro de los seis meses de publicados los edictos éstos perderán su efecto legal.

Tienen impedimento absoluto para contraer matrimonio, aquellos que son parientes consanguíneos en línea recta, y en la colateral, los hermanos y medio hermanos. Entre estos también se ha de mencionar a los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad; y las personas casadas; y las unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión.



Asimismo se considera legalmente que no podrá ser autorizado el matrimonio del menor de dieciocho años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor. Así como el del varón menor de dieciséis años o de la mujer menor de catorce años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presten su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela. O el de la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho, o desde que se declare nulo el matrimonio, a menos que haya habido parto dentro de este término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado.

Si la nulidad del matrimonio hubiere sido declarada por impotencia del marido, la mujer podrá contraer nuevo matrimonio sin espera de término alguno.

No se puede autorizar tampoco el matrimonio del tutor y del protutor o de sus descendientes, con la persona que esté bajo su tutela o protutela. O el del tutor o del protutor o de sus descendientes, con la persona que haya estado bajo su tutela, sino después de aprobadas y canceladas las cuentas de su administración.

Es especial para la prohibición también el caso del que teniendo hijos bajo su patria potestad, no hiciere inventario judicial de los bienes de aquéllos, ni garantizare su manejo, salvo que la administración pasare a otra persona; y del adoptante con el adoptado, mientras dure la adopción.



## 2.2. El divorcio

El divorcio engendra un estado civil especial entre los divorciados por cuanto se originan restricciones a sus respectivas capacidades para contraer nuevo matrimonio.

En cuanto a los hijos, el divorcio tiene consecuencias importantes durante la tramitación del juicio, pues aquéllos deben ponerse al cuidado de persona que de común acuerdo hubieren designado los consortes, pudiendo ser uno de éstos.





## CAPÍTULO III

### 3. La patria potestad

#### 3.1. Evolución histórica

Es importante mencionar que la patria potestad como Guarda y Custodia, obtuvo sus primeros esfuerzos de regulación legal, en la Revolución Francesa, que reformó las más variadas materias del derecho, y sentó las bases del Derecho moderno. En el año de 1800 se integró la primera comisión codificadora encargada de hacer el más importante de los códigos, "El Código Civil". Debido a la presión de Napoleón para que se aprobara, fue definitivamente adoptado en marzo de 1804. Originalmente se le otorgó el nombre de "Code Civil des Français", pero en el año de 1807 se le dio por ley, el nombre oficial de "Code Napoleón", título que aún no ha sido formalmente derogado.

Lo que hace que se cite al Código de Napoleón, es porque el mismo contienen normas en las que se regula, aunque de forma ambigua, en los casos de desaparición o ausencia del padre, a quién deben confiarse los hijos menores de edad, lo cual indudablemente constituye un antecedente de la guarda y custodia.

Los mencionados artículos, contenidos en el Capítulo VI, Título III, Libro Primero del Código de Napoleón, señalan:

“De la vigilancia de los menores cuyo padre haya desaparecido. Artículo 141. Si el padre hubiere desaparecido dejando hijos menores legítimos, la madre quedará al cuidado de los mismos ejerciendo todos los derechos que correspondieran al marido en lo relativo a la educación de aquellos y administración de sus bienes”.<sup>23</sup>

Se debe hacer énfasis, en que si bien se mencionan varios elementos relativos a la patria potestad, como: la representación del menor que correspondía al padre; la educación y la administración de los bienes, se indica especialmente el “cuidado”, con lo cual, claramente queda evidenciada la preocupación de dicho cuerpo de leyes por garantizar a la niñez lo que en Guatemala se nombra como guarda y custodia.

“Napoleón es el directamente responsable de unos cuantos de los defectos del Código Civil, como la desigualdad de los sexos, y los excesivos poderes del padre de familia”.<sup>24</sup>

El artículo transcrito evidencia una de las debilidades del Código de Napoleón, tales como: la discriminación por sexo, puesto que la madre tenía que esperar a que el padre se ausentara para poder tener derecho a ejercitar los roles que se mencionan en el artículo, situación que en Guatemala se corrige hasta las recientes reformas introducidas al Código Civil guatemalteco, Decreto Ley 106, por medio de las cuales se otorgan iguales derechos y obligaciones al padre y a la madre.

---

<sup>23</sup> Código de Napoleón, Concordado, edición comentada por Don Francisco Laurent, Editor Juan Buxo, La Habana, Cuba, 1921, Pág. 41.

<sup>24</sup> Fournier Acuña, Fernando. **Historia del derecho**, Pág. 134.

“Artículo 142 del Código de Napoleón. Seis meses después de la desaparición del padre, o si la madre hubiere fallecido al tiempo de esta desaparición, o si muriere antes que se declarare la ausencia del padre, se confiará el cuidado de los hijos por el consejo de familia a los ascendientes más próximos, o en su defecto a un tutor provisional. Artículo 143 del Código de Napoleón. Lo mismo sucederá en el caso en que el esposo ausente haya dejado hijos de matrimonio contraído anteriormente”.<sup>25</sup>

Lo que queda claro en estos artículos transcritos es el hecho de que, ya en el Código de Napoleón se regulaba lo relativo a la guarda y custodia en terceras personas.

En cuanto al divorcio, también el Código de Napoleón establecía normas que regulaban a quién debían confiarse los hijos comprendidos dentro de la niñez y la adolescencia.

“Artículo 302 del Código de Napoleón. Los hijos se confiarán al cónyuge que haya obtenido el divorcio, a no ser que el Tribunal, a instancia de la familia o del fiscal, ordene para el mayor bienestar de aquellos que se encargue de los mismos el otro esposo, o una tercera persona”.<sup>26</sup>

En este artículo, se da mayor énfasis al Estado, para que a requerimiento de la familia o del funcionario denominado fiscal, se ordene, en atención al mayor bienestar de los hijos, que estos queden al cuidado de determinado esposo o inclusive de una tercera

---

<sup>25</sup> **Ibid.**

<sup>26</sup> Código de Napoleón, **Ob. Cit.** Pág. 79.

persona, lo cual constituye una fortaleza de dicho Código. Ya para la época, constituye un gran avance en el interés superior del niño.

“Artículo 303 del Código de Napoleón. Cualquiera que sea la persona a quien se hayan confiado los hijos, el padre y la madre tendrán siempre derecho a cuidar de su alimentación y educación, y deberán contribuir a los gastos que con este motivo se ocasionen en proporción a sus medios”.<sup>27</sup>

Lo que resulta interesante en este artículo, es que le nombren como un derecho sobre los alimentos y que hoy concebimos como una obligación, como un derecho de contribuir, a pesar de que luego el mismo artículo señale el deber de colaborar con los gastos en proporción a los medios del que proporciona los alimentos. En realidad el artículo deja mucho que desear con relación a la coercitividad propia del derecho de alimentos. Sin embargo, lo importante para esta investigación lo constituye el hecho de que se haga una individualización entre el concepto de alimentos y el de custodia como queda evidenciado con las palabras “Cualquiera que sea la persona a quien se hayan confiado los hijos”.

### **3.2. Derecho contemporáneo comparado**

Siendo el derecho argentino, un derecho latino y además de los que se puede denominar de avanzada, debido a su evolución constante y científica, es importante

---

<sup>27</sup> **Ibid.**



citar aquellos elementos con los cuales se establece respecto a la guarda y custodia del menor, y que en su artículo 11 la Ley 10.903, de la ley de Argentina dispone:

“Cuando el juez lo considera conveniente, la resolución podrá limitarse a la privación de la tenencia del menor, y en tal caso, este podrá ser entregado al Consejo Nacional del Menor en la jurisdicción nacional o a la autoridad que corresponda en la jurisdicción provincial, o adoptar alguno de los otros recaudos en vigor”.

Refiriéndose al contenido de la ley citada, la Enciclopedia Omeba señala: “En este caso el padre conserva todos los otros atributos nacidos de la patria potestad, ya que no se produce ni la pérdida ni la suspensión de la misma. Así continúa administrando y usufructuando los bienes del menor, perdiendo sólo la guarda del mismo y los derechos conexos, tales como el de corrección y educación, ya que estas facultades no podrán ser ejercidas encontrándose el menor lejos de la casa paterna por razones de orden material. Las obligaciones se mantienen y el padre continuará representando al menor, conforme con las normas que rigen la patria potestad”.<sup>28</sup>

Es necesario hacer énfasis, en que tanto la norma citada, como el análisis que realiza la enciclopedia hacen mención con total independencia de la guarda o tenencia del menor de edad, con respecto a los demás atributos que devienen de la patria potestad.

---

<sup>28</sup> Enciclopedia jurídica Ameba, **Ob. Cit.** Pág. 822.

A los atributos que la enciclopedia menciona como tales, en el ámbito nacional se les conoce como elementos, y en cuanto a la guarda y custodia estos son tres: tenencia, vigilancia y cuidado a los cuales nos referiremos posteriormente. Tomando en cuenta que el significado legal de atributo, consiste en las propiedades de un tema.

Efectivamente, un antecedente de la guarda y custodia en el sentido de la importancia que la legislación argentina concede a la misma, en contraste con lo poco desarrollada que se encuentra en el Código Civil guatemalteco, puesto que en nuestra ley no se habla de la suspensión de la guarda y custodia o “privación de la tenencia” como le nombra la enciclopedia mencionada.

Otro aspecto que es preciso destacar, consiste en la importancia que le asignan los legisladores argentinos en su legislación a los elementos de “corrección y educación” del menor de edad como elemento más bien de la guarda y custodia, que de la patria potestad, puesto que de la lectura se desprende el hecho de que la patria potestad si bien comprende elementos tales como la administración o usufructo de los bienes del menor, los otros, es decir, la educación, corrección y representación del menor incluso, son aspectos más de guarda y custodia.

### **3.3. Concepto de guarda y custodia**

Por guarda y custodia entendemos, la actividad por la cual un padre, una madre o un tercero ejercen el cuidado de un menor, de un incapaz, y verifica en forma directa que el cuidado sea efectivo.

El origen conceptual de las palabras guarda y custodia, parece más bien referirse a bienes o cosas y no a personas. Los diccionarios, tanto el de la Lengua Española, como los jurídicos se refieren en forma similar a estas palabras. Bástenos citar las siguientes definiciones de guarda: "Persona que tiene a su cargo la conservación de una cosa. Observancia y cumplimiento de la ley o estatuto".<sup>29</sup>

En cuanto a la custodia señala: "Pieza de oro, plata y otro metal, en que se expone el Santísimo Sacramento a la pública veneración. Templete o trono, generalmente de plata y de grandes dimensiones, en que se coloca la custodia u ostensorio para ser conducido procesionalmente en andas o sobre ruedas. En Chile, consigna de una estación o aeropuerto donde los viajeros depositan temporalmente equipajes y paquetes".<sup>30</sup>

Algunos criterios contradictorios se pueden dar a los términos de guarda y custodia, como que se refieren impropiaemente a las personas, porque parece más bien que se designan cosas con ellos como lo hemos citado antes. Y como lo afirma el tratadista Mauricio Luis Mizrahí:

---

<sup>29</sup> RAE. Diccionario de la lengua española. Pág. 1066.

<sup>30</sup> *Ibid.* Pág. 630.

“La impropiedad del término, en el sentido de que parece aludir más a las cosas que a las personas, ya fue destacada por la doctrina ...El significado de esta expresión es por demás elocuente: ocupación y posesión actual y corporal de una cosa. Pero he aquí que los niños, lo dijo ya la Corte Suprema, son sujetos y nunca objetos de derechos de terceros...”<sup>31</sup>.

Por lo que resulta también preciso citar lo siguiente del mismo autor: “En primer lugar, importa la precisión en las palabras para que no se posibilite la creación de situaciones ambiguas. Dado que el sujeto es un ser que apela al lenguaje –instrumento que permite la comunicación entre los hombres–, la verbalización no es indiferente para el niño”<sup>32</sup>.

Las palabras de guarda y custodia, como todas las expresiones simbólicas pueden ser transformadas. Ante el caso de que los legisladores, juristas pensadores y la sociedad civil lo consideren posible y conveniente, se puede sugerir: “cuidado y vigilancia”, tanto para la niñez como para las personas incapaces.

Esto permite que todos en general puedan concebir por niño, niña y por incapaz, lo siguiente:

Por menor de edad: “el que no ha cumplido aún la edad fijada en la ley para gozar de la plena capacidad jurídica, reconocida con la mayoría de edad”.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Mizrahi, Mauricio Luis. **Ob. Cit.**; Págs. 397 y 398.

<sup>32</sup> **Ibid.**

<sup>33</sup> Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 461.

La minoridad es la: “situación en que se encuentra la persona física que no ha alcanzado la mayoría de edad”.<sup>34</sup>

“La minoría de edad es la situación jurídica de la persona (el menor), que transcurre desde su nacimiento hasta el momento en que se alcanza la mayoría de edad: los dieciocho años”.<sup>35</sup>

En la Constitución Política de la República de Guatemala y en el Código Civil, no existe una definición legal de lo que es niñez. La minoridad se encuentra establecida en el artículo 3 del Código de Menores el cual señala: “ARTICULO 3.- MINORIDAD. Para los efectos de este Código, son menores quienes no hubieren cumplido diez y ocho años de edad, En caso de duda y mientras no se pruebe lo contrario, la minoridad se presume”. La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, publicada el 18 de julio del año 2003 con vigencia ese mismo día, señala en su artículo 2 aspectos diferentes a los mencionados en las leyes citadas: “Para los efectos de esta Ley se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad, y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad”. Los aspectos diferentes que se mencionaban son dos, el Código de la Niñez y la Juventud establece dos categorías entre las personas menores de dieciocho años: niño o niña y joven; mientras que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia señala niño o niña y adolescente. Y la otra diferencia es que mientras el primero de los cuerpos

---

<sup>34</sup> **Ibid.**

<sup>35</sup> Puig I Ferriol, Luis, y otros autores. **Manual de derecho civil I** Pág. 158.

legales mencionados establece el rango para considerar a una persona niña o niño en los doce años, el segundo lo hace hasta los trece.

Contrariamente al contenido de los artículos citados, la Convención Sobre Derechos del Niño establece en su artículo 1: “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”.

En relación a la incapacidad, según Cabanellas de Torres, es: “La declarada expresamente por la ley o establecida por sentencia judicial y que de manera absoluta o relativa impide ejercer derecho, contraer deberes e intervenir en negociaciones”.<sup>36</sup>

Por incapaz el mismo tratadista establece los siguientes significados: “Individuo privado por las leyes de alguno de sus derechos naturales o civiles. El sometido al amparo legal de la patria potestad o de la tutela, por carecer de experiencia o posibilidad de hacer valer sus derechos y cumplir las obligaciones derivadas de sus hechos o de sus bienes”.<sup>37</sup>

Al hablar de incapaz, dentro del concepto de guarda y custodia, nos referimos única y exclusivamente al que adolece de enfermedad mental, que anula su discernimiento.

Para la ley guatemalteca, es decir el Código Civil en su artículo 9. señala que: “Los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción. Puede asimismo ser declarados en

---

<sup>36</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo. **Ob. Cit;** Pág. 199.

<sup>37</sup> **Ibid.**

estado de interdicción, las personas que por abuso de bebida, alcohólicas o de estupefacientes, se exponen ellas mismas o exponen a sus familia a graves perjuicios económicos...”.

### 3.4. Definición legal

Doctrinariamente algunas definiciones importantes a saber son las siguientes: Primero se cita a Manuel Ossorio quien señala que Guarda es: "Defensa, conservación, cuidado y custodia" Y más adelante señala que es la "curatela o curadería"<sup>38</sup>.

Encontrando que el tratadista en mención establece como sinónimo los términos guarda y custodia. Y en el caso de la palabra Custodia la apunta como sinónimo de: "Guarda o vigilancia"<sup>39</sup>.

Se puede inferir por lo tanto, según ésta concepción que la persona encargada de un menor, incapaz, de su cuidado y vigilancia, en efecto será la que ejercite la guarda y custodia.

De los tratadistas estudiados únicamente Marcel Planiol establece una definición que se puede aplicar al contenido de la guarda y custodia, que se propone en ésta investigación, en donde expresa que: "La custodia de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres ...El padre, guardián de su hijo, puede, por tanto,

---

<sup>38</sup> Ossorio, **Ob. Cit.**; Pág. 339.

<sup>39</sup> **Ibid.**

obligarlo a que habite con él, y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza pública”<sup>40</sup>.

Se puede señalar con certeza que, el Código civil carece de una definición para la figura de "guarda y custodia". Al iniciar un proceso judicial se usa denominaciones tales como: "juicio oral de guarda y custodia"; "cuidado y custodia"; "tenencia y cuidado" y otros. No obstante, el Centro de Servicios Auxiliares de la Administración de Justicia, al asignar el órgano jurisdiccional que conocerá, le denomina: "oral de guarda y custodia".

Con el objeto de dar una definición más unificada de la guarda y custodia, y no individualizada de cada una de las funciones a las que aluden las palabras que constituyen su denominación, se propone la siguiente definición, para lo cual, es preciso indicar que la misma es elaborada por la autora del presente trabajo:

“La guarda y custodia comprende los derechos y obligaciones relativos a los padres en cuanto a la tenencia, vigilancia, educación y asistencia, que se ejercen temporalmente por ambos, cuando el matrimonio está integrado y en caso de separación o divorcio por uno de ellos, o por un tercero que puede ser un pariente o una institución especializada en casos calificados; siendo su fin último velar por el interés del niño, niña, adolescente, o incapaz, los cual representa para estos últimos, un derecho”.

La enciclopedia OMEBA se refiere a la figura del guardador como, instituto.

---

<sup>40</sup> Georges Ripert. **Ob Cit.** Pág. 259.

En forma más amplia se puede afirmar que: “Por Guarda y Custodia se entiende la relación por la cual, una persona, denominada guarda-custodio, quien puede ser: (a) El padre y la madre conjuntamente en caso de una familia integrada; (b) El padre o la madre, en caso de separación o disolución del vínculo conyugal; (c) La madre o padre solteros; (d) El padre viudo o la madre viuda, y, (e) Un tercero, que puede ser un pariente o una institución. Quienes ejercerán temporalmente por designación, convenio o por ley, sobre otra llamada guarda-custodiado, quien puede ser un niño, niña, adolescente o incapaz; la tenencia y vigilancia, de forma que éste último debe permanecer junto al primero, quien cuidará de su seguridad, formación, salud física y mental y demás hábitos, para que pueda desarrollarse de forma adecuada, tomando en consideración el principio del interés superior del niño como prioridad”.

El guarda-custodio podrá ser uno de los padres o un tercero, en cuyo caso puede ser un familiar u otra persona de la confianza de los padres o bien una institución.

### **3.5. Patria potestad**

Es una de las instituciones más antiguas del Derecho Civil. En sus inicios fue considerada como el derecho del padre sobre el hijo o la hija y aún más, sobre el resto de la familia y sobre los cónyuges de estos, al punto que se podía disponer no solo de los bienes sino también sobre la vida o la muerte de estos. Conforme evolucionó la patria potestad como institución, se limitaron esos excesos, hasta llegar a nuestros días

en los que no solo se concibe a la patria potestad, como derechos de los padres sino también a las obligaciones de estos para con sus hijos o hijas.

Etimológicamente la palabra patria potestad deviene del latín patrius que significa padre, y potestas que significa dominio, potestad, autoridad. Por lo tanto en sentido general o etimológico se puede decir que la patria potestad es el dominio o autoridad de los padres.

La evolución en la concepción de lo que es patria potestad lo manifiesta de mejor forma Castán Tobeñas, quien señala: "La historia de esa institución (la patria potestad) nos muestra, en efecto, un doble proceso muy interesante: el de la patria potestad poder (derecho), a la patria potestad función (deber), y de la patria potestad como poder exclusivo de padre, a la patria potestad como autoridad conjunta del padre y de la madre".<sup>41</sup>

En cuanto a los caracteres de la patria potestad, Guillermo A. Borda señala que son: a) Personal e intrasferible; y b) relativo.

- Personal e intrasferible: "No pueden renunciarse ni ser objeto de abandono. Tal conducta tiene graves sanciones legales, incluso de carácter penal, como sucede con el incumplimiento de los deberes de asistencia ...es indelegable; solo en casos excepcionales puede ser objeto de un desmembramiento práctico, aunque

---

<sup>41</sup> Brañas. **Manual de derecho civil guatemalteco**. Pág. 36.

no jurídico. Así por ejemplo la internación de un hijo en un colegio significa, sin duda, delegar la educación, el deber de cuidarlo”<sup>42</sup>

- Es relativo: “en cuanto a derecho es eminentemente relativo ...la patria potestad no es perpetua termina con la emancipación o la mayor edad, es decir cuando el hijo puede ya prescindir de la tutela de sus progenitores...”<sup>43</sup>

En la enciclopedia Omeba, encontramos definido que la patria potestad tiene los siguientes caracteres: “no es perpetua hay causas que producen su extinción ipso jure, tales como: emancipación, mayor de edad, y otras que provocan su pérdida ...no es un derecho absoluto ...es un derecho personal e intrasferible”.<sup>44</sup> Como en el caso que faltan los padres la institución por la cual se hace cargo una tercera persona de los niños, niñas o adolescentes o incapaces, es la tutela.

Como se puede evidenciar, el autor y la enciclopedia citados, coinciden en establecer que la patria potestad posee dos caracteres concretos, el primero de ellos, ser intrasferible e irrununciable y el segundo el ser un derecho relativo.

Doctrinariamente, se establece que la Patria Potestad comprende: “la guarda, que se refiere a la tenencia y vigilancia del menor; educación que comprende o que abarca la educación escolar; la educación religiosa; elección de profesión y trabajo; derecho de corrección; deber de respeto y obediencia; la asistencia que abarca prestación de

<sup>42</sup> Borda, Guillermo A. **Ob Cit.** Pág. 315 y 316

<sup>43</sup> **Ibid.** Pág. 316.

<sup>44</sup> Enciclopedia Omeba, **Ob. Cit.** Pág 798.

alimentos; asistencia moral y cuidados personales y prestación de servicios por el menor. Y la representación de los hijos e incapaces”.<sup>45</sup>

Autores que se refieren al tema de la patria potestad, tales como E. F. Camus, Guillermo A. Borda, Eugene Petit y Luis Rodolfo Argüello, coinciden en señalar que los antecedentes históricos de la misma se encuentran en el derecho romano, en el que dicha institución tiene como principales características y evolución a las siguientes:

En el derecho Romano se establece el dominio del varón en la Patria Potestad, la cual era concedida sólo a los ciudadanos romanos. Este rasgo de preeminencia se manifiesta en la facultad casi absoluta que tenía el llamado “pater familias”, quien gobernaba a toda la familia, no solo a sus hijos sino inclusive a las esposas de sus hijos.

De este dominio casi absoluto se desprenden los poderes despóticos de disponer de sus hijos en cuanto poder abandonarlos, venderlos o inclusive matarlos, sin que ninguna de estas facultades, que fueron transformándose hasta desaparecer, constituían excesos, ni mucho menos un crimen.

Con los mencionados derechos que detentaba el pater sobre los miembros no solo los del núcleo, sino los de toda la familia, se establece que la institución de la Patria Potestad en aquella época constituía solo derechos y ninguna obligación.

---

<sup>45</sup> Borda, Guillermo. **Derecho de familia**. Págs. 323.

En particular el derecho de dar muerte, (*ius vitae et necis*), se presentó porque se consideró al pater una especie de juez doméstico y, previa consulta con el consejo familiar podía disponer de la vida de algún miembro de la familia. El Emperador Adriano, ulteriormente la limitó por tal facultad a la competencia única de un Senador, considerando en caso contrario un parricidio.

El derecho de venta de los hijos, (*ius vendenti*), que tenía el pater familias; provocaba que el vendido se convirtiera en esclavo, aunque si lo vendía en la misma Roma, era entonces un cuasi esclavo. Con la Ley de las XII Tablas estableció que se extinguía la Patria Potestad si el padre vendía tres veces al hijo. Más tarde, el derecho de venta, fue suprimido por los Emperadores Caracallo y Diocleciano, por considerarlo ilícito y deshonesto, empero, otro Emperador, Constantino, permitió la venta “en el único caso de que el vendido fuera recién nacido por causa de pobreza, pero con derecho de readquirirlo”.<sup>46</sup>

El derecho a abandonar a los hijos, conocido como el derecho de exposición, (*ius exponendi*), fue también prohibido en la época imperial, pues constantino estableció que “el hijo expuesto pasara a la patria potestad del que lo recogió”.<sup>47</sup>

Todo lo explicado anteriormente constituyen los antecedentes del elemento de relación personal en la patria potestad. En cuanto a la relación patrimonial, que se puede

---

<sup>46</sup> Camus, E.F., **Curso de derecho romano, personas y derecho de familia**, Pág. 96.

<sup>47</sup> **Ibid.**

nombrar como administración de los bienes, interesa analizarlo únicamente, porque constituyó en el Derecho Romano otro rasgo más del dominio paterno.

“En la familia romana por razón del carácter absoluto de la potestad del pater, el hijo estuvo por mucho tiempo, en cuanto a sus bienes, en situación muy semejante a la del esclavo. Así, de conformidad con los principios del ius civile, solo podía ser titular de derechos patrimoniales, el pater familias, porque como expresa Gayo: el que está bajo la potestad de otro, no puede tener nada suyo”<sup>48</sup>.

Conforme evolucionó esta relación patrimonial, Roma reconoce que el hijo puede ser titular de ciertos bienes que constituían el peculio (peculium).

Los autores Arias Ramos y Arias Bonet señalan que: “La evolución de la patria potestas en el Derecho romano presenta como hitos inicial y final dos concepciones opuestas. La patria potestad comienza como un poder despótico concebido en provecho del que la ejerce, y termina considerándose como una autoridad tuitiva, destinada a beneficiar con su protección a los sometidos a ella”.<sup>49</sup>

“En el derecho germánico predominaba también la idea de protección del incapaz siendo los poderes paternos de carácter temporal”<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Argüello, Luis Rodolfo, **Manual de derecho romano**, Pág. 415.

<sup>49</sup> Arias Ramos J. y otros autores. **Derecho Romano II**, Pág. 704.

<sup>50</sup> Borda, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 313.

Es necesario hacer énfasis que en la antigüedad los niños no solo no tenían derechos sino que fueron tratados de forma irrespetuosa e inhumana. Desde no tener ropa de niño, sino vestir como cualquier adulto, los niños, niñas y adolescentes, no fueron tratados en su condición. Conductas como el aborto o el infanticidio no fueron castigadas porque no se consideraban acciones punibles. Prueba del mal trato lo constituyen los pasajes de los Obispos de España que en el medioevo, prohibieron a los padres dormir con sus niños, niñas, porque so pretexto del poco espacio en la cama, los niños amanecían muertos por asfixia, lo cual por supuesto quedaba en completa impunidad.

“Hasta el siglo XVIII el niño no recibió una atención particularizada. Estaba integrado por completo en la vida del adulto, de quien prácticamente no se lo distinguía, a tal punto que no existía una vestimenta propiamente infantil”.<sup>51</sup>

“La vida del niño se consideraba con la misma ambigüedad que hoy la del feto, con la diferencia de que el infanticidio se ocultaba en el silencio y el aborto se reivindicaba en voz alta”<sup>52</sup>.

“Al menos en el país vasco, los niños que morían eran sepultados en la casa, en el jardín o en el huerto; esto es, en cualquier lugar, de la misma manera que hoy se podría enterrar a un animal doméstico. Asimismo, y respecto del infanticidio, existen pasajes de los rituales pos tridentinos en los cuales los obispos prohíben, con vehemencia,

---

<sup>51</sup> Mizrahi, **Ob. Cit**; Pág. 109.

<sup>52</sup> **Ibid.** Pág. 110.

acostar a los niños en la cama con sus padres, donde con mucha frecuencia perecían asfixiados. Este aserto se corrobora por lo demás con la clara disminución de la mortalidad infantil observada en el siglo XVIII (cuando llega a su fin la práctica del infanticidio)<sup>53</sup>.

En la antigua legislación española: “modeladas sobre las instituciones romanas, la patria potestad implicaba poderes casi absolutos. Incluso se permitía la venta y empeño de los hijos en casos extremos de gran pobreza ...pero el cristianismo había insuflado a las leyes un nuevo espíritu: “el castigamiento debe ser con mesura e con piedad”. En América las costumbres patriarcales atenuaron aún más ese rigor. La patria potestad se ejercía con mano firme pero con temperancia y amor”.<sup>54</sup>

Es por ello que descubrimos dos vías en este asunto. En las relaciones entre padres e hijos, no ha estado normada en forma específica la función de los primeros, (con excepción del derecho romano, aunque se considere injusto); en relación a los segundos. Tampoco están definidas en el Código Civil, las obligaciones que deben los hijos para con sus padres.

La doctrina establece las siguientes definiciones: como la que nos da Espín Canovas. “El conjunto de derechos y deberes que al padre y en su caso, a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad”.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> **Ibid.** Pág. 110.

<sup>54</sup> Borda, Guillermo A. **Ob. Cit**, Pág. 314.

<sup>55</sup> Brañas. **Ob. Cit.**; Pág. 231.

Otra definición importante es la proporcionada por Marcel Planiol Georges Ripert que es la siguiente: “Es el conjunto de Derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”<sup>56</sup>.

Es necesario hacer énfasis en que la legislación nacional no ofrece una definición legal de Patria Potestad, Los artículos 254 y 253 del Código Civil, simplemente señalan lo que comprende la Patria Potestad. Pese a lo cual, en el artículo 254 no se menciona que la misma, aparte de comprender la representación del hijo menor, la administración de sus bienes y el aprovechamiento de sus servicios, deba comprender expresamente la guarda y custodia, tal como lo hace el artículo 253, a pesar de lo cual, únicamente menciona: “el cuidado”.

En resumen se puede afirmar que la patria potestad se trata de un conjunto de derechos y de obligaciones que materializan las facultades y los deberes de los padres para con sus niños, niñas o adolescentes e incapaces y regula la forma en que necesaria y legalmente los progenitores se deben relacionar con ellos.

### **3.6. La patria potestad en la ley**

El Código Civil que, retoma conceptos del derecho romano, promulgado el 14 de septiembre de 1973 y su vigencia se dio a partir del uno de julio de 1974, dispone de

---

<sup>56</sup> Georges Ripert, Marcel Planiol. Pág. 253.

manera no ordenada ni organizada, una serie de obligaciones y de derechos de los padres en relación con sus hijos en el ejercicio de la patria potestad. Dichas obligaciones y derechos los encontramos en los artículos del 253 al 255, y del 257 al 274, los que podemos resumir de la siguiente manera:

- El derecho de representar legalmente al menor y al incapacitado. El derecho de administrar los bienes del mismo si los hubiere, (artículo 254).
- El derecho de ejercer conjuntamente por los padres la representación de los menores y los incapacitados durante la patria potestad, (artículo 255 reformado por el artículo 8 Decreto 80-98 del Congreso de la República de Guatemala). La representación conjunta conlleva problemas cuando el padre únicamente reconoce al niño o niña sin haber contraído matrimonio y luego se desconoce su paradero, tal el caso de la obtención de pasaporte de niñez y adolescencia, que no puede ser expedido sin consentimiento expreso del progenitor.
- El derecho de administrar los bienes, de sus nietos cuando su padre sea un menor de edad. (Artículo 257)
- En el caso de la adopción, el artículo 258, la situación en caso de la adopción, estableciéndose que la patria potestad sobre el adoptado, la ejerce únicamente la persona del adoptante. Por lo tanto debemos entender que también ejerce la administración sobre sus bienes y la representación legal del menor como resultado jurídicamente lógico.
- Quien ejerce la patria potestad tiene derecho a adquirir bienes del menor por medio de la sucesión intestada. (Artículo 267)

- El derecho de hacer volver a sus niños, niñas o adolescentes al hogar con el auxilio de la autoridad. (Artículo 260).
- La obligación de proporcionar a los hijos los medios suficientes de subsistencia; (artículo 253).
- Dentro de las obligaciones de la administración de los bienes de niños, niñas o adolescentes, para quienes ejercen la patria potestad, se establece en el artículo 264 del Código Civil, la obligación de demostrar la necesidad ante juez competente y sin su autorización no disponer de los bienes de los niños, niñas o adolescentes, ni vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganados, por menor valor del que cotice en la plaza el día de la venta; ni prestar garantía en representación de los hijos, a favor de tercera persona.

Estableciéndose en materia procesal para esos casos, los respectivos procedimientos en el Código Procesal Civil y Mercantil, en sus artículos del 420 al 423.

Los padres también tienen obligación de entregar y rendir cuentas sobre los bienes de sus hijos, que han tenido en administración, durante la minoridad de los mismos; (Artículo 272).

También establece una serie de conductas para los niños, niñas o adolescentes. El Código Civil en sus artículos 259, 260 y 263, establece las obligaciones-derechos del menor dentro de la patria potestad: El derecho de los niños, niñas o adolescentes, pero

mayores de catorce años, de emplearse fuera del hogar y de percibir los frutos de su trabajo. Capacidad relativa para trabajar.

Los convenios y tratados recientemente aprobados por Guatemala en materia de derechos civiles, humanos y laborales, contribuyen con la actualización de las normas que en el Código Civil aún no lo están, tal como en el caso de la IV Reunión Ministerial de las Américas sobre Infancia y Política Social, que estableció entre sus acuerdos relativos al trabajo infantil, para los menores de 14 años, erradicar toda actividad que presente una interferencia sustancial con el normal desarrollo del niño, la niña y los adolescentes, particularmente con su educación.

Esta es una de las normas del Código Civil poco afortunadas que pretende regular como derecho un problema arraigado en la sociedad guatemalteca como consecuencia del crecimiento demográfico y situación económica en la que se debate la mayoría de familias, en las cuales los hijos tienen que emplearse fuera del hogar y no precisamente desde los catorce años en adelante. Es muy común ver a niños de muy corta edad vendiendo dulces, lustrando zapatos o empleados inclusive en talleres de diferentes oficios.

El Artículo 259, menciona el derecho de percibir la retribución convenida, dando la impresión de que se trata de una facultad, pero en la realidad opera de forma distinta, toda vez que un menor no decide si quiere o no trabajar, así como el destino final que tendrá la retribución ganada, porque ésta comúnmente pasa íntegra para los padres.

Es el caso que desde temprana edad está obligado en el área rural, a trabajar al lado de sus padres, sin ninguna retribución y en el área urbana, a ganarse la vida vendiendo sin obtener beneficio alguno, todo por necesidad económica manifiesta de los padres, quienes en un gran porcentaje, no son capaces de sostener completamente los gastos, y obligan a los niños, niñas o adolescentes a vender su fuerza de trabajo.

El Código Civil en su artículo 260; define como obligación de los niños, niñas y adolescentes, vivir con sus padres, Mientras la Convención Sobre Derechos del Niño lo establece como un derecho en su artículo 9º, numeral I. Este es uno de los rasgos de dominación que persisten en nuestro derecho civil sustantivo, como consecuencia de la influencia del derecho romano.

Otorgando sin embargo, el código Civil la facultad de los padres, de hacer volver bajo su poder al hijo que sin su permiso, deje la casa de sus progenitores o aquella en donde estos le han dejado.

Es importante también mencionar que el Código Civil, no admite ninguna causa por la que un menor pudiese abandonar el hogar, y por el contrario, obliga al menor a regresar al mismo, sin que exista un informe Social que demuestre lo infundado del abandono del hogar por parte del menor, o que no existe ninguna razón por la cual, el menor no deba volver a estar bajo el poder de sus padres. Con excepción de los casos de violencia intrafamiliar, en los cuales establece ya el literal f, artículo 7 del Decreto 97 – 96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley para Prevenir, Sancionar y

Erradicar la Violencia Intrafamiliar, la suspensión de la guarda y custodia de los hijos e hijas menores de edad (niñez y adolescencia). De la lectura del código Civil se podía establecer antes, que el menor no podía abandonar la casa de sus padres, sin embargo, con la normativa indicada, que lógicamente es más reciente, el menor tiene la posibilidad de ser escuchado en cuanto a por qué abandonó el hogar. Y la autoridad puede disponer su traslado a una institución o a un hogar sustituto según sea el caso. Más que una norma jurídica, creemos que lo que establece el contenido en el artículo 263 del Código Civil es la obligación de prestar asistencia a sus padres, entendiéndose además de su contenido moral la obligación de prestar alimento.

La autoridad paterna debe tener entonces, por obligación, el bienestar de los hijos como bien lo señala Alfonso Brañas<sup>57</sup>, hasta donde pueden llegar las disposiciones jurídicas, dentro de la intimidad de la familia.

Conviene comentar el contenido del artículo 254 del Código Civil, en lo que se refiere al aprovechamiento de los servicios del menor atendiendo a su edad y condición. Al respecto, la Asociación Guatemalteca de Mujeres Universitarias (AGM), presentó un anteproyecto de ley que buscaba tipificar el delito de explotación de menores, el cual fue entregado al Rector de la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC), Doctor Luis Leal.

---

<sup>57</sup> Brañas. **Ob. Cit.**; Pág. 235.

En el citado documento se resalta la necesidad de legislar para evitar la explotación en la mendicidad de los niños, y contempla además una pena mayor para los padres promotores de esa explotación, castigo que consiste en pena de prisión de dos a tres años. El porque de la cita de la propuesta, se debe a que en la parte final del artículo en mención del Código Civil se autoriza a los padres a: “aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición”<sup>58</sup>. Con esto los padres, quedarían resguardados por la ley civil; y harían valer el derecho que aquí se les concede, por lo que lo más aconsejable sería que el artículo 254 sea objeto de una reforma, para que vaya en la misma línea del anteproyecto citado.

En resumen, se puede afirmar que la patria potestad históricamente constituyó solamente derechos, y estos derechos verdaderamente eran de propiedad. Por otro lado, etimológicamente la misma palabra establecía su carácter de “dominio”. Pese a lo mencionado, la Patria Potestad hoy día constituye tanto derechos como deberes, y actualmente el sentido de la Patria Potestad ya no es de propiedad, sino de protección y de respeto a los derechos de los hijos comprendidos entre la niñez y la adolescencia.

### **3.7. La tutela**

En el derecho Romano en un principio se estimaba a la institución de la tutela: “ como el poder jurídico sobre los menores que no han llegado a la pubertad y no se encuentran sometidos a la patria potestad, y las mujeres en general que no se hallan

---

<sup>58</sup> Presa Libre, 24 de febrero 2003, Pág. 38.

bajo aquella potestad ni la de la manus marital. Prima en este orden un sentido de protección al régimen familiar y en beneficio de los agnados. Tal concepción bajo la República se modifica en cuanto a que se convierte en un deber público por parte del tutor, y se lo regula a favor del pupilo; el primero no obra ya como titular o dueño y señor de un derecho. Así mismo va desapareciendo aquella sujeción de la mujer, que por su calidad de tal; y siempre que no se hallaba sometida a otro régimen le era atinente el de la tutela.

Es así que en el derecho clásico se entiende ya que el tutor tiene la obligación de cuidar la persona del incapaz, limitándose sus derechos sobre estos últimos. En relación a los bienes se considera que solo poseen un poder de administración sobre los mismos”.<sup>59</sup>

En el Derecho Español Antiguo: según Eduardo Busso, citado en la enciclopedia Omeba, se establece cuatro fases: “a)El Fuero Juzgo, que disponía dar tutores a los menores de 15 años huérfanos de padre. Establecía asimismo que la tutela se daba por orden; madre, hermanos mayores, tíos, primos, etcétera. No se hacía distinción entre tutela y curatela. b)La Ley 1ª. Del título IV, libro V del Fuero Viejo se refiere ya a la tutela dativa, que no era tratada en el Fuero Juzgo, y prohíbe a los menores de 16 años la realización de ciertos actos como ventas, donaciones, gravar sus bienes, etcétera. c) El Fuero Real, Título VII, Libro III, le da carácter de remunerativa a la función del tutor, y lo responsabiliza por la negligencia que hubiere causado perjuicio al pupilo. d) Las Leyes de Partidas, establecieron la distinción entre menores púberes e impúberes,

---

<sup>59</sup> Enciclopedia Omeba. Tomo # 26 Pág. 478.

rigiendo para los primeros la tutela y en el otro caso la curatela. Se refiere también ya a la tutela testamentaria. Fue, podemos decir, la base del Derecho español posterior y con notable incidencia también en los países latinoamericanos<sup>60</sup>.

Víctor H. Martínez, define a la tutela como: “la función que la ley confiere para representar y gobernar la persona y bienes del menor de edad no emancipado que no está sujeto a la patria potestad”.

Rossel y Mentha, la definen como: “Tutela es la misión conferida por la ley a una persona capaz, a los efectos de cuidar de un menor o interdicto, administrar sus bienes y representarlo en los actos civiles”<sup>61</sup>.

El artículo 293 del Código Civil establece con respecto a la Tutela que: “El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedará sujeto a tutela aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres.”

De las primeras dos definiciones, se puede decir que tienen similitudes y diferencias con la del artículo del Código Civil citado. El hecho de que la tutela es función otorgada por ley, es la similitud que guarda la definición de Víctor Martínez con el artículo, la diferencia de ésta definición doctrinaria, es que no se menciona a los “interdictos”, cosa que si hacen Rossel y Mentha, en similitud con el artículo de marras. Lógicamente el

---

<sup>60</sup> **Ibid.**

<sup>61</sup> **Ibid.**

caso del artículo 293 del Código Civil define lo que es para el derecho nacional, el contenido de la tutela.

La palabra tutela, originada del latín, nos da la idea de cuidado, protección, amparo, y ella en concreción importa una proyección en tal dirección.

Guillermo Borda nos proporciona un concepto de tutela, que a continuación se transcribe: “En su esencia, la tutela es una institución de amparo, se procura dentro de lo que humanamente es posible que alguien llene el vacío dejado por la falta de los padres; que cuide del menor, velando por su salud moral, atendiendo su educación, administrando sus bienes; que supla su incapacidad, llevando a cabo los actos que el menor no puede realizar por falta de aptitud natural”.<sup>62</sup>

La clasificación que nos ofrece el artículo 296 del código Civil, es la siguiente:

- Testamentaria
- Legítima
- Judicial.

Tutela Testamentaria: Es aquella que se instituye por medio de testamento. La instituye el padre o la madre sobreviviente para los hijos que estén bajo su patria potestad.

---

<sup>62</sup> **Ibid.**

También pueden instituir la el abuelo o la abuela para los nietos que estén bajo tutela legítima. Regulada por el artículo 297 del Código Civil.

**Tutela Legítima:** La tutela legítima tiene lugar cuando los padres no dejan nombrado tutor a sus hijos/as; en caso de haberlo designado éste no entra en posesión del cargo, o bien deja de serlo. El artículo 299 del código Civil establece un orden para la designación de tutor. Para los hijos fuera de matrimonio indica el citado artículo que tiene preferencia la línea materna sobre la paterna. En legislaciones como la Argentina, a este tipo de tutela se le conoce con el nombre de Tutela Legal.

**Tutela Judicial:** Procede por nombramiento de juez competente, en caso de no haber nombramiento de tutor testamentario ni legítimo. Al tenor de lo que establece el artículo 300 del citado código.

Los caracteres de la tutela:

- Su origen proveniente de la ley, a diferencia de la patria potestad, que es de orden natural.
- Es un cargo público. “La tutela y la Protutela son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que se encuentren en el pleno goce de sus derechos civiles”. (artículo 295 Código Civil).
- Tiene carácter supletorio, pues se determina en ausencia de la autoridad paterna y/o materna.

- Limitada, pues comprende a niños, niñas y adolescentes o incapaces, no sujetos a la Patria potestad. (artículo 293).
- Es personal, se entiende que todas las funciones inherentes al cargo, deben ser desempeñadas por el tutor y protutor. (Artículo 294).
- Comprende la Guarda y custodia del menor o incapaz. (Artículo 293).
- Se ejerce la representación legal del menor o incapaz. (Artículo 293).
- Puede ser onerosa, siempre que el menor o incapaz cuenten con bienes que produzcan frutos suficientes para el pago de la retribución del tutor y protutor. (Artículo 340)
- Esta sujeta a control estatal, ya que la misma se ejerce bajo el control y vigilancia de los jueces. (artículos; 320,328,332,344)

Doctrinariamente se entiende que las obligaciones de la tutela con respecto al pupilo son: “Guarda o tenencia; Educación; Trabajo y orientación profesional; alimentación y vestimenta”.<sup>63</sup>

### 3.8. La tutela legalmente

“En materia de tutela el Código Civil de Guatemala sigue la concepción del Código Napoleónico; es decir, concibe esta institución como protectora de los menores de edad y otorga una misión importante a la autoridad judicial o administrativa”<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> **Ibid.** Pág. 486.

<sup>64</sup> Modulo Sobre los Derechos del Niño en Guatemala, Proyecto Implementación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, Organismo Judicial – UNICEF, Capítulo II, Guatemala, 2001. Pág. 156.

Comprende los artículos del Código Civil del 293 al 351.

- Casos en que procede la tutela (artículo 293).
- Clases de tutela (Artículos del 296 al 300).
- Tutela de los declarados en estado de interdicción (artículo 301).
- Derechos de los menores que han cumplido dieciséis años (Artículo 303).
- Protutor (artículos: 304 y 305).
- Tutores específicos (artículo 306).
- Providencias necesarias para el cuidado de la persona del menor o incapaz y sus bienes, cuando no se ha nombrado ni discernido los cargos de tutor y protutor. (Artículo: 307)
- Tutores legales (artículo 308).
- Extranjero no esta obligado a aceptar el cargo de tutor o protutor (Artículo 310).
- Prohibiciones para ser tutor y protutor (Artículo 314 ).
- Causales de Remoción del tutor o protutor. (Artículo 316).
- Excusas para no ejercer la tutela y protutela. (Artículo 317 ).
- Discernimiento del cargo (Artículo 319).
- Obligación de hacer inventario (artículo 320).
- Constitución de garantía (artículos: del 321 al 326).
- Fijación Pensión alimenticia del pupilo. (Artículo 327).
- Presupuesto. (Artículo 328).
- Carrera, oficio o profesión del menor. (Artículo 330).
- Necesidad de autorización judicial (Artículos 332 y 335).
- Prohibiciones (artículo 336).

- Retribución de la tutela (Artículo 340 y 341).
- Tutor obligado a llevar contabilidad. (Artículo 342).
- Rendición de cuentas de la tutela (Artículos: del 343 al 348).
- Entrega de bienes (Artículo 349)
- Producción de interés legal (Artículo 350)
- Prescripción de acciones (Artículo 351)

En resumen se puede aseverar que, etimológicamente la tutela significa protección, amparo, y lo mismo se concreta actualmente. Históricamente la tutela constituyó el poder jurídico sobre los niños, niñas y adolescentes, que no han llegado a la pubertad y que no se encuentran sometidos a la Patria Potestad y las mujeres en general que no se hallen bajo aquella potestad, ni la de la manus marital. Es decir, para menores y mujeres impúberes, actualmente únicamente para los primeros y para los incapaces. Históricamente la tutela constituyó únicamente derechos para el tutor, y actualmente, comprende tanto derechos como obligaciones, bajo el prisma de las convenciones actuales de los derechos humanos.

## CAPÍTULO IV

### **4. Análisis de la guarda y custodia como manifestación de la patria potestad de un menor de edad en forma compartida por padres divorciados**

La guarda y custodia de un niño o niña incluye, en criterio personal, las finalidades de: Salud física y mental; seguridad, formación, y persigue el interés superior del niño.

Efectivamente, la guarda y custodia no se refieren únicamente preservar la integridad física del menor, es decir, mantenerlo en el mejor estado de salud posible, sino también incluye una serie de factores colaterales.

El desarrollo mental, es consecuencia de crecer en un ambiente de seguridad y de cariño en el cual además se le proporciona todo tipo de posibilidades y oportunidades para la educación a la niña, niño o adolescente, siendo un factor importante en este sentido, el fomentar la autoestima personal, lo que produce en la niñez: disposición a participar; disposición a compartir; aceptar consejos sin verlos como crítica; confortar cuando se encuentra solo.

Seguridad, porque la niñez tiene derecho a que se le brinde un ambiente seguro con la confianza de que puede desenvolverse sin riesgo de ninguna clase o peligro, porque en caso contrario el crecimiento psicológico normal (en el caso de la niñez) se vería afectado.



En la función de guardador, también debe establecerse la formación integral del niño, niña o adolescente.

En este sentido es importante resaltar que el deber de cuidado que se tenga con el niño, niña o adolescente debe incluir su formación correspondiente, como persona en materia de instrucción, y así en general, de todo tipo de educación y recreación que contribuyan con su desarrollo físico, psíquico-normal y cultural.

Con excepción del Código Penal y la Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, el resto de la legislación nacional no se refiere uniformemente al cuidado de los hijos como guarda y custodia, dándole así un significado poco concreto y abstracto. A continuación se analizan las leyes en las cuales, de alguna manera, se hace mención de ella, no propiamente con esa denominación:

#### **4.1. En el código civil**

Pese a ser uno de los caracteres de la Patria Potestad, el Código Civil no define lo que es guarda y custodia, en ninguno de los artículos de esta institución. En la normativa que se transcribe a continuación, puede apreciarse esta situación:

Artículo 252: “La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso.

Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción”.

Artículo 253: “El padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad”.

Artículo 254: “La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición”.

En cuanto a la duración de la guarda y custodia, del análisis del artículo 252 del Código Civil guatemalteco que preceptúa en su parte conducente: "...Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción" (Artículo 252 segundo párrafo, del Código Civil, Decreto Ley 106), se puede concluir que finaliza a los dieciocho años a excepción de que el hijo sea incapaz y haya sido declarado interdicto. En caso contrario es el momento en el cual "los padres deben entregar a los hijos...los bienes que les pertenezca y rendir cuentas de su administración...".

El Artículo 253 del Código Civil, menciona el cuidado, el sustento, la educación y la corrección por parte de los padres, lo cual constituye un alcance porque los mismos son

en si, elementos de la guarda y custodia. Y como debilidad del artículo podemos indicar que deja de señalar con propiedad a la guarda y custodia, regulándola por separado de los demás elementos que comprende la patria potestad, contenidos en el artículo siguiente.

En el contenido del Artículo 254 del código civil se puede establecer claramente que no se menciona la Guarda y custodia, ni sus sinónimos, que son por ejemplo: “al cuidado de” o “en poder de”.

Al estudiarse el Código Civil se encuentra que la Guarda y Custodia si ciertamente se encuentra regulada, aparece en una forma deficiente y poco ilustrativa, es por ello que se citan y analizan a continuación los artículo 163 y 166 de dicho cuerpo de leyes.

“Artículo 163. (Mutuo acuerdo) Si la separación o el divorcio se solicitaren por mutuo acuerdo, los cónyuges deberán presentar un proyecto de convenio sobre los puntos siguientes.

1. A quién quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio...” “Artículo 166. (A quien se confían los hijos ). Los padres podrán convenir a quién de ellos se confían los hijos; pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios o Informes de trabajadores

sociales o de organismos especializados en la protección de menores. En todo caso, cuidará de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos”.

Ambos artículos hacen referencia a la Guarda y Custodia, mencionándose en los dos de igual forma como: “a quien quedan confiados los hijos”. En el artículo 166 además menciona en el segundo párrafo: “que el juez resolverá sobre la custodia y cuidado de los menores”.

Lo que es importante de señalar es que la denominación que se le da, es diferente y no uniforme; contrario a que privara en todo el cuerpo del Código Civil, la concepción de que este tema se llama Guarda y custodia, en ese caso no habría porque utilizar tantos términos similares pero no iguales. Lo cual es una regulación, más no técnica ni completa, toda vez que carece de definición y especificación de contenido.

#### **4.2. En la ley de Tribunales de Familia**

Establece la Ley de Tribunales de Familia que los procedimientos sujetos a tal ley son aquellos de cualquier cuantía siempre y cuando sean relacionados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de las personas, reconocimiento de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar, tal como lo establece el Artículo 2 de dicha ley.

El Artículo 9 de la misma ley remite a las normas del Código Procesal Civil y Mercantil en lo que sea aplicable a su procedimiento, los juicios relativos a preñez y parto, paternidad y filiación, separación y divorcio, nulidad de matrimonio declaración y cese de unión de hecho y patrimonio familiar.

Por dicha consignación se trata pues de una ley que no contiene las palabras guarda y custodia, pero que en el contexto de preferirse usar las palabras patria potestad, las primeras quedarían contenidas en las de la segunda, siempre y cuando el artículo respectivo que regula a la patria potestad haga mención de contener a la guarda y custodia.

#### **4.3. En el código procesal civil y mercantil**

El Artículo 427 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece, como medida cautelar que el juez debe determinar provisionalmente quien de los cónyuges se hará cargo de los hijos, suponiendo con ello que se trata de la guarda y custodia de los niños, niñas o adolescentes que han sido, producto del matrimonio que se intenta disolver.

Luego el Artículo 429 del Código Procesal Civil y Mercantil obliga a que se presente en el convenio de divorcio: A quien quedan confiados los hijos menores o incapaces habidos en el matrimonio.

Las palabras: cargo (1er párrafo, 427 del código procesal civil y mercantil) y confiados (mencionado en el párrafo anterior de este trabajo), con las cuales los Artículos 427 y 429 del código procesal civil y mercantil hacen alusión a la guarda y custodia de niños, niñas o adolescentes, es una de las pruebas fehacientes de que en cuanto a la terminología del tema no hay uniformidad y conceptualización adecuada, lo que deviene en una serie de denominaciones y acepciones antojadizas o en todo caso, discrecionales, desatendiendo con esto lo que señalaba el autor Mauricio Luis Mizrahí, multicitado en el presente contenido, acerca de lo importante que es precisar una terminología sobre todo en materia de niñez y adolescencia.

En el caso de la circular número 42/AH, emitida por la Corte Suprema de Justicia con fecha 9 de septiembre de 1964, es preciso enfatizar que, pese a que dicha circular pretendía ampliar o completar la Ley de Tribunales de Familia, en el sentido de aclarar cuáles asuntos corresponden a la jurisdicción privativa de familia, en su numeral romano I, no se hace mención alguna del procedimiento de “guarda y custodia” que como se ha visto, en la práctica tribunalicia más reciente, se tramita en la vía oral.

Fuera de estas leyes, la legislación nacional no se ocupa ni siquiera de los conceptos y términos de la guarda y custodia. No obstante se han sustanciado desde hace varios años en la vía oral los procesos por guarda y custodia.

#### **4.5. Ley contra el feminicidio**

El Congreso de la República de Guatemala elevó a la categoría de ley vigente el Femicidio y el Acoso sexual. Es una ley específica y su contenido se encuentra desarrollado en el Decreto 22-2008. Fue publicado en el Diario de Centro América el 7 de mayo del 2008.<sup>1</sup> y entra en vigencia 8 días después de dicha publicación. Se destaca en la normativa el aspecto que Guatemala es parte de los países que han ratificado el convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como de la convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

En dichos instrumentos internacionales se obliga al Estado de Guatemala a adoptar todas las medidas necesarias para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer, y emitir todas las leyes que permitan llegar a ese fin, lo cual se cumple con la publicación del Decreto 22-08 del Congreso de la República. Los compromisos internacionales se han cumplido. Hoy solo queda esperar que se convierta en ley positiva vigente, ya que de momento se ignora la existencia de ésta ley por la mayoría de la población.

#### **4.6. Código penal**

Entre las diferentes contradicciones que tiene nuestra legislación civil y penal, al respecto de Guarda y Custodia no está definido su alcance de protección en el Código Civil ni en el Código Penal.



Tal como se señaló antes, el Código Penal establece para efectos de aplicación con agravación de la pena cuando participa en el ilícito penal un pariente, guarda o custodio. Para el efecto conviene ver los tipos penales establecidos bajo el título de los delitos contra la libertad sexual:

Artículo 174. Violación, agravación de la pena, el cual señala en su numeral 2º; “Cuando el autor fuera pariente de la víctima dentro de los grados de ley, o encargado de su educación, custodia o guarda.” (el subrayado es nuestro).

El artículo 179, que contempla los abusos deshonestos violentos, también se refiere a esta misma concepción, toda vez que cita el artículo 174.

Artículo 178, estupro agravado, establece: “Cuando el autor fuere pariente, dentro de los grados de ley, de la estuprada o encargada de su educación, custodia o guarda, las sanciones señaladas en los artículos anteriores se aumentarán en sus terceras partes”.

El artículo 189 que se refiere a corrupción agravada, señala en su numeral 5º lo siguiente: “si el autor fuere ascendiente, hermano, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima”.

Es importante hacer énfasis en que si bien es cierto, el Código Penal menciona las palabras guarda, custodia, lo hace no con una voz conjuntiva “y”, sino con una voz

disyuntiva “o”, lo cual hace parecer que se refiere a dos figuras distintas. Lo cual es necesario reformarlo para corregirlo.

#### **4.7. La ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar**

Esta ley, promulgada en octubre del año de 1996, es una de las leyes que nombra en forma específica a la “guarda y custodia”, cuando en su Artículo 7, establece todas las medidas de seguridad que a través de los Tribunales de Justicia puede aplicar, en casos de violencia intrafamiliar. Específicamente en la literal f, donde se señala lo indicado, estatuyendo: “Suspenderle provisionalmente al presunto agresor la guarda y custodia de sus hijos e hijas menores de edad”. Es decir le suspende el cuidado, la protección.

Se plasmó en dicha ley, una clara idea de lo que es y comprende la guarda y custodia esto significa que se encuentra al niño, niña o adolescente, hijos en poder o al cuidado de ambos progenitores o del padre o madre designado, cuya responsabilidad es cuidar y velar por ellos. Pero al darse la Violencia Intrafamiliar (física, psicológica, patrimonial), esa permanencia al lado del padre o madre agresor, ese cuidado y vigilancia puede tornarse dañino o peligroso para el hijo niño, niña, adolescente o hijo/a incapaz. Por lo que queda a criterio del órgano jurisdiccional, suspender provisionalmente la Guarda y Custodia al progenitor que la sustenta, como presunto agresor.

Esta ley en ningún momento confunde a la Guarda y Custodia, con la institución de la Patria Potestad.

Se puede determinar claramente que la ley en cuestión concibe a la guarda y custodia como, la permanencia de los hijos o hijas comprendidos entre la niñez y la adolescencia al lado de sus padres. Esto último porque, el artículo señala la frase “sus hijos”.

#### **4.8. Convención sobre los derechos del niño**

Es importante transcribir en este apartado el artículo 3 numerales 1 y 2, y artículo 18, de la Convención sobre los Derechos del niño, los cuales afirman que:

“Artículo 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

## Artículo 18.

1. Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.
2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente convención, los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.
3. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.

Resulta ineludible enfatizar la palabra “guarda” que la convención utiliza para referirse en el último numeral del artículo que se transcribió, a la obligación de dar techo y abrigo a los niños, niñas y adolescentes, toda vez que se consigna esta obligación en el caso de que los padres, (quienes se entiende que los dan en casos normales), no puedan estar con sus hijos durante cierto horario del día por sus actividades laborales como medio de subsistencia.

Finalmente, es importante comentar algo al respecto del artículo 12 numeral dos de la Convención Sobre Derechos del Niños, el cual establece:

“Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas del procedimiento de la ley nacional”.

Dicha norma resulta relevante para ser tomada en cuenta en todo fallo relativo a las solicitudes de guarda y custodia, y es preciso en consecuencia que se escuche al niño para respetar su interés superior en ese tipo de procedimientos. En ese sentido, son los jueces los llamados a aplicar esta norma que es ley en Guatemala, y que además resulta bastante operativa.

En el “Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”, se señala en la “Interpretación de la normativa aplicable garantizando la protección integral de los derechos de las partes y el interés superior del menor en función del interés familiar” que:

“Prioritariamente los menores deben ser oídos, tomándose en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez del niño, para la formulación de los acuerdos o para la objeción de los mismos si correspondiere. “...Se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño...”  
Principios estos contenidos en la Convención Sobre los Derechos de Niño, artículo 12,

norma cuya redacción imperativa hace presumir razonablemente que los obligados son los jueces, ya que la misma es directamente operativa, criterio apoyado por una parte importante de la doctrina que afirma que “con la incorporación de la convención a la constitución, ya no puede discutirse el derecho del menor a ser oído donde se ventilen cuestiones que lo involucren, por lo que la audiencia no es una mera facultad que ejerce o no”. No se trata de que el menor sea un medio de información para el Juez, “sino que el menor no sólo sea el destinatario de la decisión judicial, sino una persona cuyos intereses pueden ser oportunamente considerados y evaluados (...)” ...Para algunos, la posibilidad de ser oído influirá, así mismo, en la credibilidad de las generaciones futuras en la justicia, pues el niño comprenderá que aún siéndolo, el juez lo ha escuchado”<sup>65</sup>

#### **4.9. Problemática de la regulación procesal de la guarda y custodia**

En resumen, se ha abordado única y exclusivamente el tema de la guarda y custodia, en sus diferentes aspectos. De la mencionada exposición se pueden establecer algunos puntos en concreto.

El primero de ellos y tal vez el más importante, consiste en que la guarda y custodia no se encuentra definida en el Código Civil, ni en otra ley análoga de las estudiadas en la presente investigación, y tal como quedó explicado con anterioridad en el capítulo que

---

<sup>65</sup> Kemelmajer De Carlucci, Aída. **El derecho de familia y los nuevos paradigmas**, Tomo III. Págs. 290.

precede, tampoco en los tratados internacionales, los cuales remiten más bien a la legislación interna de cada país, lo que en Guatemala queda claro que no es posible.

Otro punto importante de destacar es el hecho de que los términos con que se denomina Guarda y custodia, son inadecuados, porque no existe regulado en una ley sustantiva, como tampoco en una ley procesal específica según quedó expuesto.

La guarda y custodia no ha sido actualizada en su regulación legal en los últimos años, lo que influye invariablemente en relación a algunos aspectos que si lo han hecho a nivel doctrinario o de tratados internacionales, como el caso del principio del interés superior del niño, el cual podría contribuir a un desarrollo más eficaz de la concepción que se ha de tener de guarda y custodia, en el momento de su regulación.

La inadecuada regulación legal de la Guarda y custodia influye inclusive en su tratamiento doctrinario y procesal. En cuanto a la materia doctrinaria, se señala que hay muy poca literatura al respecto del tema, toda vez que los tratadistas lo abordan muy poco y cuando sí lo hacen es en relación a la Patria Potestad, sin permitirse la oportunidad de verla de forma independiente.

Existe poca información estadística en cuanto al tema se refiere, y la poca que hay no nos ofrece resultados que puedan servir de base para sustentar determinados argumentos.



El derecho se encuentra reformándose constantemente, y esa reforma se produce comúnmente en el plano social, antes que en el plano formal de la ley. La prueba de lo dicho se encuentra en que a diario se aplican ciertos criterios en la resolución de conflictos familiares, que no se encuentran debidamente sustentados en ley, tal el caso de las diligencias que se siguen para establecer en poder de quien quedan los hijos en una familia.

Actualmente, en algunos juzgados de la ciudad capital se ha optado por resolver los conflictos entre padres, por la guarda y custodia de los hijos, por la vía oral, de tal manera que a estos procedimientos se les suele denominar procesos orales de guarda y custodia. Ahora bien, conviene preguntarse en que ley se encuentra regulada tal situación, y de la respuesta es posible establecer la urgencia de regular en ley cuanto antes, este proceso que ya se encuentra desarrollándose en el plano práctico, para su debida sustentación legal.

En la ciudad capital, tal como se ha constatado a través de los años el fenómeno de las separaciones y los divorcios han aumentado en lugar de disminuir. Dicho fenómeno conlleva el específico tema de la guarda y custodia con él. De tal manera que, cuando una pareja a decidido separase o simplemente ha decidido no vivir juntos (como en el caso de la madre soltera), se pone de manifiesto en su conjunto la problemática que suscita el hecho de quién de los dos miembros de la pareja se quedará con los hijos menores de edad, es decir quien conservará la guarda y custodia.

En el caso de los tribunales de justicia, como se dijo, ya se cuenta con un diligenciamiento y concepción completa de un trámite para los casos en los que no haya conformidad de ambas partes, es decir en los que la negociación se torna litigiosa y el inconforme deviene en demandar al otro.

En nuestro país es común tanto de los particulares como de los órganos jurisdiccionales dar el título de guarda y custodia a lo que según el Código Civil, debemos entender como patria potestad.

Es necesario, con el objeto de fijar un concepto o marco conceptual adecuado, aclarar que en la práctica tribunalicia es más común que se oiga los términos guarda y custodia que los de patria potestad, para los efectos de disputa entre padres, sobre en poder de quién quedarán los hijos menores de edad. Sin embargo, hay que aclarar que algunos abogados litigantes del ramo de familia, cuando su cliente pretende que sus menores hijos queden bajo su cargo, para lograrlo, plantean ante los órganos jurisdiccionales la pérdida o suspensión de la patria potestad del padre que los tiene. De lo cual se desprende que prevalece una confusión en la conceptualización de guarda y custodia con la de patria potestad.

#### **4.10. Necesidad de regular una vía procesal para la guarda y custodia**

Con todos los elementos precedentemente expuestos, desde el tema de familia, y las instituciones de la Patria Potestad, la Tutela, la Curatela y la Guarda y Custodia, es

posible arribar a ciertas afirmaciones concluyentes, que permiten a su vez establecer las debilidades de la regulación actual de la Guarda y custodia como causas de su ineficacia.

Las afirmaciones concluyentes referidas son:

- La falta de definición legal de la Guarda y Custodia,
- su denominación inadecuada además de la falta de uniformidad de los términos con los que se le nombra.
- Su relativa autonomía con respecto a las instituciones de la Patria Potestad y la Tutela.

Al no contar con una definición legal se producen las siguientes limitaciones:

- Que los administradores de justicia no tienen una concepción uniforme sobre la Guarda y custodia, toda vez que hace falta el referente de un significado específico,
- Las concepciones de Guarda y Custodia, que actualmente se manejan son inadecuadas, porque se refieren más a objetos o cosas, que a seres humanos en su condición de niñez y adolescencia o incapaces, como se demuestra en el capítulo tercero del presente trabajo de investigación.
- La Guarda y Custodia, es el nombre con que se le conoce en el ámbito jurisdiccional, sin embargo algunos tratadistas se refieren, como quedó expresado en el capítulo cuarto, únicamente como guarda o incluso como, cuidado. En su contenido íntegro, no menciona las palabras: guarda y custodia

unificadas, con excepción del artículo 166 de dicho cuerpo de leyes, que aún así solo menciona la palabra custodia y lo hace conjuntamente con la de cuidado, lo que implica que en la práctica se requiera indistintamente Guarda o custodia lo que provoca que los juzgadores rechacen o enmienden el requisito.

Se verificó que la guarda y custodia aparece como un elemento de la Patria Potestad y de la Tutela, lo que lo hace complejo y que pueda dejar de depender de dichas instituciones para su existencia, debe de buscarse la autonomía de esta figura legal.

Todas las afirmaciones concluyentes expuestas, nos permiten establecer las siguientes debilidades de la guarda y custodia:

- Al no tener una definición legal ni uniformidad en la denominación que se debe dar a la Guarda y Custodia, la misma puede ser entendida de forma discrecional y las implicaciones de dicha discrecionalidad atentan contra los derechos de la niñez, adolescencia e incapaz por la falta de certeza jurídica. De no contar con la normativa específica y la concepción concreta de la guarda y custodia, no se puede decir que se está respetando íntegramente el interés superior del niño.
- Al no existir una regulación adecuada del tema que obligue a jueces y magistrados, hay suficiente excusa para que estos no actúen.

Careciendo de una normativa específica, sin una definición legal ni una denominación propia, la guarda y custodia no puede concebirse como un elemento eficaz para la Patria Potestad o la tutela, puesto que a menudo y sobre todo en el ámbito procesal, es confundida con la institución de Patria Potestad, y equivocadamente se nombra a una por la otra; se supone que la Patria Potestad significa exclusivamente la Guarda y Custodia.

Por otro lado, la guarda y custodia de redefinirse, puede tener cierta autonomía con respecto a estas instituciones, puesto que como se señaló, la Patria Potestad continúa para ambos padres, aún cuando se separan o divorcian, pero la Guarda y custodia será confiada de oficio o a petición de parte únicamente a uno de los dos o incluso a un tercero, como en el caso en que se da a uno de los abuelos, materno o paterno.

Éste último aspecto, el de la relativa autonomía de la Guarda y Custodia con respecto a la Patria Potestad y la Tutela, surte sus efectos más relevantes en cuanto a la forma como se debe sustanciar en los juzgados de familia.

Debido a la falta de una vía para dar trámite a los asuntos relativos a la guarda y cuidado de menores de edad, es necesario que el Estado regule la vía de los incidentes para tales efectos.

Por si fuera poco todo lo mencionado al respecto de la necesidad de regular esta importante institución en el derecho procesal civil guatemalteco, se puede apreciar en el



apartado de anexos del presente trabajo de investigación, la estadística de procedimientos judiciales que al respecto de guarda y custodia se ha adjuntado, de muestra al reincidencia desde el punto de vista procesal, del tema.



## CONCLUSIONES

1. La creciente disolución de los vínculos matrimoniales en el país, ocasionados por el divorcio, el deceso o migración de alguno de los padres ha ocasionado que menores de edad queden en situación de riesgo o total abandono, motivo por el cual en lo últimos años a aumentado el número de procesos dirigidos a resolver controversias derivadas de la Guarda y Custodia.
2. Durante años la institución jurídica de la guarda y custodia ha sido desatendida por los legisladores, motivo por el cual no se cuenta en la actualidad con el ordenamiento jurídico sustantivo y procesal suficiente para que los particulares y los órganos jurisdicciones atiendan los conflictos que se originan en torno a esta institución del derecho.
3. Para la resolución de controversias derivadas de la guarda y custodia, no existe un proceso que atienda las características de esta institución que permita brindarle el interés superior a la seguridad, formación, salud física y mental del niño.
4. La Ley de Tribunales de Familia Decreto Ley número 206 y la circular No. 42/AH, de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, contienen las disposiciones legales de carácter adjetivo o procesal que norman lo relativo a

la guarda y custodia desde hace más de cuarenta y seis años, legislación que no se adapta a las necesidades actuales de la sociedad guatemalteca.

5. La vía oral que por años ha sido utilizada para ventilar las controversias surgidas de la guarda y custodia, ha demostrado que no ofrece la celeridad necesaria, característica esencial de este tipo de procesos, postergándose por meses su resolución definitiva, colocando a los menores en situación de riesgo o abandono, o bien de traumas psicológicos.



## RECOMENDACIONES

1. Debido al aumento de menores de edad en situación de riesgo, por la creciente disolución de los vínculos matrimoniales, se hace necesario actualizar los procedimientos utilizados por los Juzgados de Primera Instancia de Familia a efecto de implementar procesos que ofrezcan celeridad de los menores cuya guarda o custodia es objeto de litis.
2. Como consecuencia de la falta de legislación sustantiva y procesal de la guarda y custodia se hace necesario que la Corte Suprema de Justicia o diputados al Congreso de la República, presenten al Organismo Legislativo un proyecto de ley que permita normar lo referente a la guarda y custodia adaptándose a las necesidades actuales.
3. Es preciso que se implemente para la resolución de controversias que giran en torno a la guarda y custodia el procedimiento incidental regulado en la Ley del Organismo Judicial, en virtud de ser este un procedimiento ágil, de plazos cortos, no confuso ni desordenado, pero que ofrece seguridad a las partes en conflicto, pues en el se respetan todas las garantías procesales.
4. Que el Organismo Judicial a través de la Corte Suprema de Justicia debe efectuar a través de los mecanismo legales correspondientes, actualizaciones en la Ley de Tribunales de Familia y su respectiva circular a efecto adaptar

los procesos utilizados por los Juzgados de Primera Instancia de Familia para resolver controversias relativas a la guarda y custodia a las necesidades actuales de la sociedad guatemalteca.

5. Es indispensable la utilización de procesos que ofrezcan celeridad, certeza, respeto a las garantías procesales y derechos humanos de los menores cuya guarda o custodia es objeto de litis, circunstancia que puede lograrse a través de la implementación del procedimiento incidental para resolución de este tipo de controversias.



**ANEXO**





**PROYECTO DE CIRCULAR PARA TRAMITAR LOS PROCESOS DE GUARDA Y CUSTODIA  
EN LA VÍA DE LOS INCIDENTES**

**SECRETARÍA DE LA PRESIDENCIA  
DEL ORGANISMO JUDICIAL**

Número xxx

CIRCULAR No. 000/DGP

Guatemala, agosto de 2010

A: Señores **Funcionarios y Empleados Judiciales**

**Señor:**

Atendiendo al principio del interés superior del niño, y con el objeto de mantener la agilización de la impartición de justicia, asimismo que la vía de los incidentes constituye un medio más ágil en la tramitación de las solicitudes judicial y que cumple con todos los principios procesales aplicables:

- a) Que los señores Jueces: Se sirvan dar trámite a todo asunto relativo a la guarda y custodia de menores de edad, en la vía de los incidentes.

Sin otro particular, me suscribo atentamente,

SECRETARIO GENERAL DE LA PRESIDENCIA  
DEL ORGANISMO JUDICIAL





## BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario, **Derecho procesal civil guatemalteco**, Departamento de Reproducciones, Facultad de CC JJ y SS, USAC, Tomo II, Guatemala, 1982

ALSINA, Hugo **Tratado teórico práctico del derecho procesal civil y comercial**, Ediar Soc. Anón. Editores. Buenos Aires, Argentina. 1956, 2ª. Edición Tomo I

ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A. **Derecho romano II**, Obligaciones, Familia, Sucesiones, 15ª. Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid España, 1979.

ARGÜELLO, Luis Rodolfo, **Manual de derecho romano**, Editorial Astrea, Alfredo y Ricardo DEPALMA, tercera edición corregida segunda reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 1992.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**, Editora Estudiantil Fenix, Cooperativa de Ciencia Política. R.L. Universidad de San Carlos de Guatemala, marzo 1996.

BONNECASE, Julien. **Tratado elemental de de derecho civil**, Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A., volumen 1, Parte A, México, D.F., 1997

BORDA, Guillermo, **Derecho de familia**, Ed. Emilio Perrot, Undécima edición, Buenos Aires, Argentina, 1988.

CAMUS, E. F. **Curso de derecho romano, personas y derecho de familia**,\_Universidad de la Habana, Cuba 1946.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de derecho procesal civil**. Editorial Desalma, Buenos Aires, Argentina, 3ra. Edición 1962.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo del I al IV. Catorceava edición. Ed. Eliasta. Buenos Aires, Argentina 1979.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Volumen II, 4ta Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1975.

FOURNIER ACUÑA, Fernando. **Historia del derecho**. Ediciones Juricentro S.A., Colección Escuela Libre del Derecho, San José, Costa Rica, 1978.

GALLARDO CONTRERAS, Miriam. **Distinción entre la patria potestad, guarda y custodia, y tutela**, USAC.

GEORGES RIPERT, Marcel Planiol. **Derecho civil**, Ed. Pedagógica Iberoamericana, Volumen 3, Parte A, México 1997.

GUASP, Jaime, **Derecho Procesal Civil**. Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Madrid, España, 1977. 3ª Edición.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. **El derecho de familia y los nuevos paradigmas**, Tomo III, Editores Rabinzal—culzoni y Asociados S.A. Buenos Aires, Argentina, 1999.

LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. **La patria potestad, la tutela la curatela**, Editorial Buenos Aires, Argentina, 1988.

MIZRAHI, Mauricio Luis. **Familia, matrimonio y divorcio**, Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires 1998.

Modulo sobre los Derechos del Niño en Guatemala, **Proyecto implementación de la convención sobre los derechos del niño**, Organismo Judicial UNICEF, capitulo II, Guatemala, 2001.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. **Derecho de familia**, Editorial Jurídicas Wilches, Bogotá, Colombia, 1982.

MONTERO AROGA, Juan y Mauro Chacón Corado. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**, Editorial Helvetia, Guatemala, 1999.

OMEBA, Enciclopedia Jurídica, Tomos XIII (El Guardador) y Tomo XXI (Patria Potestad), Editorial Driskill, Buenos Aires, Argentina, 1982.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Editorial Eliasta. S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1981.

PALLARÉS, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. Decimo quinta Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. 1983.

PALACIO LINO, Enrique, **Manual de derecho procesal civil**, Buenos Aires, Argentina, 1976.

PUIG FERRIOL, Luis, María del Carmen **Manual de derecho civil I (Introducción y derecho de la persona)**. Editorial Marcial Pons, Ediciones jurídicas S.A., Madrid, España, 1995.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomo II. Tercera edición, revisada, Ediciones Pirámide, S. A. Madrid, 1976.

Real Academia de la Lengua. **Diccionario de la lengua española**. Vigésima primera edición, año 2000.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de Derecho Civil**. Tomo II, Editorial Porrúa S.A., México 1978.

#### **Legislación:**

**Constitución Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente. Vigente el 14 de enero de 1986.

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

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

**Código de Napoleón**. Concordado, edición comentada por Francisco Laurent, Editor Juan Buxo, La Habana, Cuba, 1921.

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

**Ley del Organismo Judicial**, Decreto Número 2-89. Congreso de la República de Guatemala, 1990.

**Convención Sobre Derechos del Niño**. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 1989.