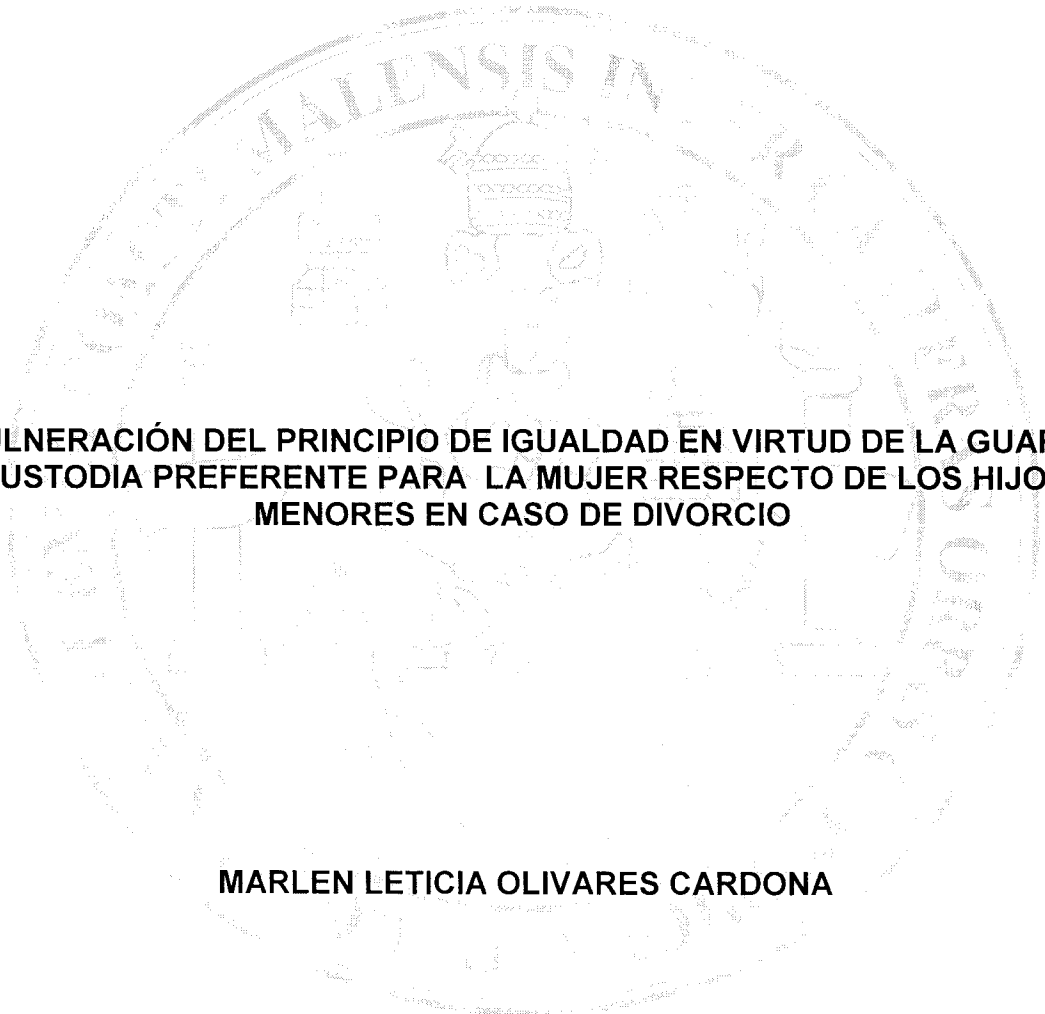


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN VIRTUD DE LA GUARDA Y
CUSTODIA PREFERENTE PARA LA MUJER RESPECTO DE LOS HIJOS
MENORES EN CASO DE DIVORCIO**

MARLEN LETICIA OLIVARES CARDONA

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2015

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

**LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN VIRTUD DE LA GUARDA Y
CUSTODIA PREFERENTE PARA LA MUJER RESPECTO DE LOS HIJOS MENORES
EN CASO DE DIVORCIO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARLEN LETICIA OLIVARES CARDONA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, septiembre de 2015

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

DECANO:	MSc.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V:	Br.	Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic.	Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

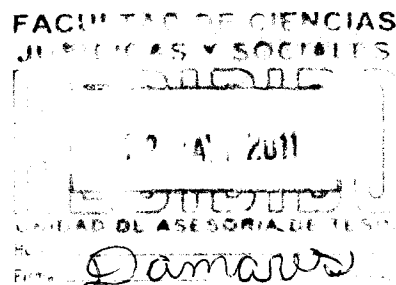
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y del Examen General Público).



LICENCIADO MARVIN ESTUARDO ARISTIDES
4ª. Avenida 16-18 zona 14 y 18 calle 5-56 zona 10
Tel. 52078210 y 23371899

Guatemala, 12 de mayo de 2011

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



Licenciado Castro Monroy:

De la Manera más atenta me dirijo a usted, en cumplimiento de la providencia de fecha once de junio del año dos mil siete, en la que me nombro Asesor de Tesis de la Bachiller: MARLEN LETICIA OLIVARES CARDONA, quien realizó el trabajo de tesis intitulado **“LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN VIRTUD DE LA GUARDA Y CUSTODIA PREFERENTE PARA LA MUJER RESPECTO DE LOS HIJOS MENORES EN CASO DE DIVORCIO”**.

Después de revisar el trabajo ya indicado, se llega a la conclusión de que el tema abordado, por si es importante y que la estudiante se preocupó por trabajarlo de la mejor manera, para informarnos desde el punto de vista legal y doctrinario en el fenómeno sobre la problemática que produce la vulneración del principio de igualdad en virtud de la guarda y custodia preferente para la mujer respecto de los hijos menores en caso de divorcio, haciéndole las observaciones que creí pertinentes, las cuales fueron bien aceptadas y cumplidas por el estudiante.

Desarrollando dentro de su contenido definiciones, características, diferencias, fundamentación legal, analizando aspectos generales del principio de igualdad en virtud de la guarda y custodia dentro de nuestra doctrina y legislación, utilizando el método científico, prácticas que puedan ser ratificadas por la comunidad estudiantil en la rama del derecho de familia como válidas a la hora de proceder con el fin de aplicarlas y confirmar sus teorías. Las teorías científicas, destinadas a explicar de alguna manera los fenómenos que se producen en la interpretación del principio de igualdad, que certifiquen su validez; dentro de las técnicas de

investigación utilizadas fueron documental, bibliográfico, y van acorde con el objeto de comprobar los lineamientos expuestos en la hipótesis planteada en el plan de investigación.

Contempla dentro de sus conclusiones los aspectos más relevantes que pudieron conocerse durante la investigación y congruentemente exponer las recomendaciones que se lograron identificar como deficiencias en el manejo del principio de igualdad en virtud de la guarda y custodia preferente para la mujer, arribando a conclusiones y recomendaciones importantes y dignas de ser aplicadas en nuestro país, el manejo de la metodología fue adecuada, con una redacción clara y práctica para la fácil comprensión del lector, en su elaboración se utilizó bibliografía nacional e internacional, sobre aspectos del tema principal del presente trabajo de tesis, en el ámbito legal guatemalteco.

En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, exigidos por la reglamentación universitaria vigente, en esencial lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

El trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos, y resulta procedente aprobar su contenido razón por la cual doy mi **DICTAMEN EN SENTIDO FAVORABLE** a efecto de que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente para su posterior evaluación, por el tribunal examinador en el examen público de tesis, previo a optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente

Colegiado 4,682

J.C. MARVIN ESTUARDO ARISTIDES
ABOGADO Y NOTARIO



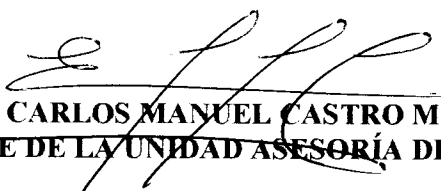
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

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

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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CARLOS RAMIRO CORONADO CASTELLANOS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARLEN LETICIA OLIVARES CARDONA, Intitulado: "LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN VIRTUD DE LA GUARDA Y CUSTODIA PREFERENTE PARA LA MUJER RESPECTO DE LOS HIJOS MENORES EN CASO DE DIVORCIO".

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


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



cc.Unidad de Tesis
CMCM/cpt.

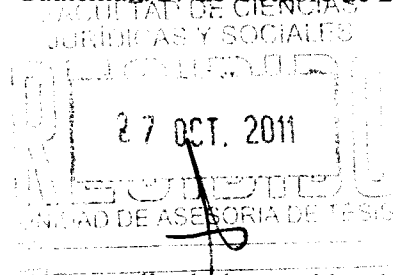
Carlos Ramiro Coronado Castellanos

7ª. Avenida 9-20 Zona 9 Edificio del Jade

Abogado y Notario

Colegiado No. 4,454

Guatemala 27 de Octubre de 2011



Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho

Con fundamento en la designación, recaída en mi persona por medio de la providencia de fecha nueve de agosto de dos mil once, dictada por esa unidad, respetuosamente presento dictamen sobre la labor que desarrollé como Revisor del trabajo de tesis de la estudiante MARLEN LETICIA OLIVARES CARDONA, intitulado: “LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN VIRTUD DE LA GUARDA Y CUSTODIA PREFERENTE PARA LA MUJER RESPECTO DE LOS HIJOS MENORES EN CASO DE DIVORCIO”. Al revisar el trabajo de tesis relacionado, el mismo cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN

- I. Contenido científico y técnico de la tesis: La sustentante abarco tópicos desde el punto de vista jurídico de impacto social relacionado con el Derecho de Familia. El aporte de la presente investigación consiste en la necesidad de regular los derechos y obligaciones de los miembros de la pareja y equiparar la igualdad entre los padres con respecto a las responsabilidades con los hijos.
- II. Metodología: Utilizó el método deductivo que llevo la investigación de lo general a lo particular, y el analítico que se aplicó a las normas analizadas.
- III. La redacción: La estructura formal de la tesis compuesta por cinco capítulos se realizó en una secuencia ideal partiendo de los antecedentes históricos jurídicos y doctrinarios, llevando al lector en secuencia lógica hasta el tema central de la investigación.
- IV. En cuanto al aporte: En la investigación la autora advierte la necesidad de reformar el Código Civil así como el Procesal Civil y Mercantil, en los artículos que su trabajo considera lesionan el principio de igualdad constitucionalmente establecido.

- V. Conclusiones: Las mismas obedecen a la realidad guatemalteca, por lo que a criterio de la autora debe crearse la Ley de Custodia Compartida. Recomendaciones: las realizadas por la sustentante son congruentes de acuerdo al desarrollo de la investigación.
- VI. Bibliografía: La investigación se encuentra sustentada en consultas realizadas entre otros a los siguientes autores: Mario Aguirre Godoy, Alfonso Brañas, Eduardo J. Couture, Flavio entre otros. También se realizaron Consultas de leyes principalmente la Constitución Política de la República de Guatemala, Código Civil, Código Procesal Civil y Mercantil y Ley del Organismo Judicial. Por todo lo anteriormente expuesto y en vista de haber sido satisfechas las exigencias del suscrito revisor por la estudiante MARLEN LETICIA OLIVARES CARDONA, sin ninguna reserva doy mi DICTAMEN FAVORABLE al trabajo presentado.

Aprovecho la oportunidad, para suscribirme.

Colegiado No. 4454

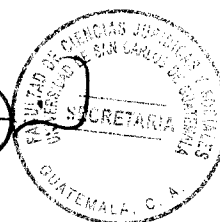
Lic. Carlos Ramiro Coronado Castellanos
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 10 de julio de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MARLEN LETICIA OLIVARES CARDONA, titulado LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN VIRTUD DE LA GUARDA Y CUSTODIA PREFERENTE PARA LA MUJER RESPECTO DE LOS HIJOS MENORES, EN CASO DE DIVORCIO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.



Lic. Avelina Ortiz Grefiana
DECANO



DEDICATORIA

A DIOS:

Por su respaldo y bendición incondicional y en su plan perfecto me dio la vida y la salud para ver realizados mis sueños. Aún, no siendo merecedora de su amor, envió a su hijo Jesucristo para salvarme y darme vida eterna. A ti Señor sea la gloria, la honra y el honor.

A MI HIJA:

Marlen Nicole Tobar Olivares, mi princesa, por tu amor, paciencia y apoyo. Por soportar mis ausencias y mis largos desvelos, porque a pesar de todo lo difícil que fue este camino, has estado conmigo siempre. Este logro es por ti y para ti. Te amo con todo mi corazón y eres lo más importante y valioso en la vida.

A MIS PADRES:

Candelario Olivares y Modesta Cardona, porque en medio de alegrías y tristezas su apoyo siempre fue incondicional. Han estado conmigo en todo momento, viviendo, disfrutando y sufriendo cada etapa de mi vida; sin ustedes, nada de esto sería una realidad. Mi amor y agradecimiento eterno.

A MIS HERMANOS:

En especial a Hugo Olivares por su apoyo incondicional con mi hija Nicole, porque en el tiempo que estudiaba él se encargaba de llevarla a pasear para que se distrajera, y no me extrañara demasiado.

A ALGUIEN ESPECIAL:

Gracias por todo el apoyo y tiempo que me has dedicado, por el amor incondicional que me brindas sin esperar nada a cambio, acompañándome, protegiéndome y cuidándome en todo momento. Gracias por la paciencia que me has tenido, por acompañarme en mis noches de desvelo, animándome para no desmayar hasta lograr éste tan anhelado propósito. Con tu ayuda se que podré llegar a donde sea. Te amo.

A MIS AMIGOS:

Son tantos que no alcanzaría esta tesis para nombrarlos a todos, pero a cada uno por nombre, mi eterno agradecimiento por su amistad y el apoyo que me han brindado durante todos estos años. Son muy especiales e indispensables para mí.

A MI CASA DE ESTUDIOS:

La tricentenaria y gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por acogerme en sus aulas y brindarme el pan del saber y lograr mi superación personal, la de mi familia y de mi país.



ÍNDICE

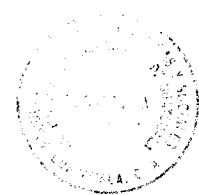
	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. La familia y el derecho de familia	1
1.1. Definiciones de familia	1
1.2. Definiciones del derecho de familia	3
1.3. Naturaleza jurídica del derecho de familia	8
1.4. Características	9
1.5. Contenido	10
1.6. Legislación existente	11
1.6.1. Procesos que se tramitan en los tribunales de familia	12
1.6.2. Constitución Política de la República de Guatemala	14
1.6.3. Código Civil	17
1.6.4. Código Procesal Civil y Mercantil.....	19
1.6.5. Ley de Tribunales de Familia.....	20

CAPÍTULO II

2. El matrimonio	23
2.1. Antecedentes históricos	23
2.2. Definiciones	25



	Pág.
2.3. Naturaleza jurídica del matrimonio	28
2.3.1. El matrimonio es un contrato	28
2.3.2. El matrimonio es un acto jurídico mixto	29
2.3.3. El matrimonio es una institución	29
2.4. Clases de matrimonio	31
2.4.1. Sistema religioso	31
2.4.2. Sistema civil.....	31
2.4.3. Sistema mixto.....	32
2.5. Aptitudes y condiciones para contraer matrimonio.....	32
2.6. Modificación y disolución del matrimonio.....	35

CAPÍTULO III

3. La separación y el divorcio.....	37
3.1. La separación.....	37
3.2. El divorcio.....	41
3.3. Diferencias y similitudes entre separación y divorcio.....	42
3.4. Efectos psicológicos de la separación y el divorcio.....	43

CAPÍTULO IV

4. Juicio ordinario civil.....	55
--------------------------------	----



	Pág.
4.1. Generalidades	55
4.2. Formas de substanciación	56
4.2.1. Fase preliminar	56
4.2.2. Fase de conciliación	59
4.3. Clases de procesos que se ventilan en juicio ordinario	60
4.3.1. El divorcio en la vía ordinaria	60
4.3.2. Proceso voluntario de divorcio	70

CAPÍTULO V

5. Análisis jurídico de la vulneración del principio de igualdad al otorgarse la guardia y custodia preferente para la madres en caso de un divorcio	75
5.1. Generalidades	75
5.2. Principio de igualdad en la Constitución Política de la Republica de Guatemala	81
5.3. Definiciones de inconstitucionalidad	83
5.4. La función de los hombres como padres de familia en la actualidad	85
5.5. Causas que provocan la custodia preferente de las madres luego de un divorcio y que violenta el principio de igualdad	88
5.6. Necesidad de reformas legales para evitar lesiones al principio de igualdad	91
5.6.1. Análisis de lo regulado en la legislación comparada	91



Pág.

5.6.2. Posibles soluciones en beneficio tanto de los padres como de los hijos menos	120
CONCLUSIONES	127
RECOMENDACIONES	129
BIBLIOGRAFÍA	131

INTRODUCCIÓN

El presente tema de tesis se elaboró con el fin de dar cumplimiento a uno de los requisitos exigidos en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, previo a otorgar el grado académico de licenciatura, y fundamentalmente por la importancia de observar por los jueces de familia, el principio constitucional de igualdad en los casos de separación o divorcio debido a que en la actualidad se excluye al hombre de la responsabilidad relacionada a la guarda y custodia de los hijos menores de edad, cuando se da la separación entre los padres.

Nuestro principal objetivo fue demostrar que en nuestro país se lesiona el principio constitucional de igualdad en virtud de la guarda y custodia preferente para las madres cuando se radica un divorcio ante los juzgados de familia. A pesar de la falta de información por parte de las autoridades competentes sobre el tema en cuestión se pudo demostrar el cumplimiento de nuestro objetivo.

Para la realización de esta investigación, se partió de la hipótesis de la vulneración del principio de igualdad en virtud de que la guarda y custodia respecto de los hijos menores en caso de divorcio, se establece con amplia preferencia a favor de las madres. El comprobar esta hipótesis conlleva como conclusión sugerir los cambios de ley correspondientes para regular objetivamente la custodia compartida en sus derechos y obligaciones.

El trabajo se estructuró en cinco capítulos: El primer capítulo se refiere a la familia y el derecho de familia, definiciones del derecho de familia, naturaleza jurídica, características, contenido y legislación vigente; el segundo capítulo, establece lo inherente al matrimonio, sus antecedentes, definiciones, naturaleza jurídica, clases de matrimonio, aptitudes y condiciones para contraer matrimonio y modificación y disolución del matrimonio; tercer capítulo, describe lo relativo a la separación y el divorcio y diferencia, similitudes entre separación y divorcio; el cuarto capítulo, explica lo concerniente al juicio ordinario civil, formas de sustanciación y clases de procesos que se ventilan en juicio ordinario; y, el último capítulo, relato lo relacionado al análisis de la vulneración del principio de igualdad al otorgarse la guardia y custodia preferente para la madre en caso de un divorcio, principio de igualdad en la Constitución Política de la República de Guatemala, definiciones de inconstitucionalidad, la función de los hombres como padres de familia en la actualidad, causas que provocan la custodia preferente de las madres luego de un divorcio y que violenta el principio de igualdad y análisis de lo regulado en la legislación comparada. Por último, se formula las conclusiones y recomendaciones, que constituyen el principal aporte para la protección de los derechos fundamentales de los afectados.

Los métodos utilizados fueron el analítico, con el que se señaló la vulneración al principio de igualdad en relación al padre en los casos de divorcio; el sintético, dio a conocer su regulación legal; el deductivo indica los efectos de la misma; y, el método inductivo, estableció la problemática actual. Las técnicas empleadas son: La documental y bibliografía, mediante la consulta de diversos libros, revistas, folletos,

periódicos e internet, con las cuales se recolecto la información doctrinaria y finalmente el análisis de la legislación interna y legislación comparada.

CAPITULO I

1. La familia y el derecho de familia

1.1 Definiciones de familia

Para Manuel Ossorio el concepto de familia es el vínculo familiar que ofrece importancia jurídica porque da nacimiento a una amplia serie de derechos y obligaciones, especialmente referidos al matrimonio, a la relación paterno-filial (la patria potestad), los alimentos y a las sucesiones.

Por otra parte para Puig Peña, familia es una institución asentada sobre el matrimonio, que enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y a sus descendientes para que dirigida por los lazos de la autoridad, enaltecida por el amor y el respeto, se de satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.

Desde una perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.

Miguel Fenech, concibe a la familia como "El conjunto de personas unidas por vínculos de sangre y, en un sentido amplio, la reunión de individuos que viven bajo el mismo

techo, sometidos a la dirección y recursos del Jefe de casa."¹ Como se aprecia tal concepción abarca la vinculación limitativa de la sangre referida al parentesco consanguíneo, y a la unión nacida por el sólo hecho de convivir bajo un mismo techo, varias personas pero siempre supeditadas a una sola autoridad, es decir, determina la estructura familiar, y en cierta forma, su normatividad en cuanto a su funcionamiento, lo que da a esta definición un signo distintivo de sencillez y claridad.

Sánchez Román, citado por el Doctor Guillermo Cabanellas, considera a la familia como la "Institución ética, natural, fundada en la relación conyugal de los sexos, cuyos individuos se hayan ligados por lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia, institución necesaria para la conservación, propagación y desarrollo, en todas las esferas de la vida, de la especie humana."²

Messineo, a que alude Diego Espín Cánovas, concibe a la familia como "Al conjunto de dos o más personas vivientes, ligadas entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible de cónyuge, de parentesco, o de afinidad, constitutivo de un todo unitario."³ Esta concepción da la idea de familia como un todo armónico compuesto por la suma de las partes que la integran, representadas por esas personas vivientes ligadas por los vínculos que específicamente determina; es en esta aceptación que la familia comprende además a personas difuntas o antepasados, o meramente concebidos; ello hace que signifique descendencia o continuidad de sangre (vínculo natural) o unidos

¹ Fenech, Miguel. **Enciclopedia práctica de derecho**. Pág. 256.

² Cabanellas. Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 456.

³ Espín Cánovas, Diego. **Derecho civil español**. Pág. 125.

por lazos que imitan el vínculo de parentesco de sangre y constituye la familia civil, tal como acontece con la institución de la adopción, siendo en estas concepciones en las que se encuentra su base el derecho de familia.

El autor guatemalteco Alfonso Brañas, en cuanto a la división y contradicción surgida entre doctrinarios respecto a la ubicación del derecho de familia, si se debe encontrar dentro del ámbito privado o público, indica que dada la naturaleza jurídica de la familia y la intervención estatal en ella, "El derecho de familia lo mismo que la mayoría de las disciplinas jurídicas, puede dividirse en derecho de familia objetivo y derecho de familia subjetivo. En sentido objetivo se entiende por derecho de familia el conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extensión de las relaciones familiares."⁴

En sentido subjetivo, derecho de familia es el conjunto de facultades o poderes que pertenecen al organismo familiar como tal o a cada uno de sus miembros. El derecho de familia objetivo se divide a su vez en derecho de familia personal y derecho de familia patrimonial. El primero tiene como función regir las relaciones personales de los sujetos que integran la institución familiar; el segundo, ordenar todo lo concerniente al régimen económico de la familia. Bossert y Zannoni dividen también en derecho de familia matrimonial, "Que tiene a su cargo lo relativo a este acto y al estado de los cónyuges, y el derecho de parentesco, que se ocupa de la reglamentación de los

⁴ Brañas, Alfonso, **Manual de derecho civil. Pág. 74.**

vínculos que se derivan de la sangre (consanguinidad) y del matrimonio o concubinato (afinidad); o de actos voluntarios regulados por la ley (adopción).⁵

En relación a las tutelas y curatelas, Manuel Ossorio, indica "Aunque no constituyen una relación familiar propiamente dicha, por razones históricas y de utilidad sistemática se estudian dentro del derecho de familia."⁶

1.2 Definiciones del derecho de familia

En primer lugar, el derecho de familia, se compone fundamentalmente por familia. Para Lizardo Alzadora "La palabra familia, que viene de famulus (esclavo o servidor). Según el vocablo osco, famel, tenía en Roma diversas acepciones, correspondientes a las distintas fases de esta institución en aquel pueblo. Indicaba en efecto: 1. La reunión de todas las personas sometidas a la potestad de un solo jefe, único sui juris en ella, y que tenía el título de pater familias. La mujer podía llegar también a ser mater familias, pero sin ninguna autoridad sobre sus descendientes. En este sentido la familia estaba constituida por los esclavos, sobre quienes el pater familias ejercía la potestad dominica; por los hijos de este cualquiera fuese su edad y condiciones personales, y sus descendientes varones, sometidos a su patria potestad; por su mujer, sobre quién ejercía, en ciertos casos, el poder marital o poder manus, y los hombres libres adquiridos en mancipación su poder mancipio. 2. Entre los alieni juris de la familia había algunas que no estaban ligados a su jefe sino por los vínculos de propiedad,

⁵ Bossert y Zannoni, **Manual de derecho de familia**. Pág. 5.

⁶ Ossorio, Manuel. **Op. Cit.** Pág. 425 y 426.

como los esclavos y los hombres en mancipio, y otros que se unían con él y entre sí por los lazos de parentesco civil, llamado agnación. La mujer y los hijos, ya fuesen legítimos, legitimados o adoptivos, propiedad del pater familias, eran sus agnados y también entre sí, es decir parientes según el derecho civil. La palabra familia designaba, pues, en sentido, más limitado que el anterior, pero de uso más frecuente: el conjunto constituido por las personas del pater familias, su mujer y sus hijos. 3.- También designaba la palabra familia el vínculo de agnación civil indestructible que aún después de la muerte del que fue su jefe único, seguía uniendo a las diversas familias en que, por causa de dicha muerte, se subdividía la primitiva y común, bajo la patria potestad de cada uno de los hijos que se hicieran sui-juris, y en las que se consideraba a cada uno de los nuevos individuos que nacían."⁷

El derecho de familia, considerado en su sentido más amplio y generalizado se puede definir como el conjunto de normas que determinan y rigen los efectos jurídicos de la relaciones familiares y cuya naturaleza jurídica ha provocado una serie de controversias el otorgarle unos, de autonomía frente al derecho privado, otros, paragonándola por aproximación al derecho público. Así Passanelli, citado por Cassio y Romero estima que, "Aunque perteneciendo el derecho de familia al derecho privado, goza de más proximidad con el derecho público."⁸ y Crome a que también alude Cassio y Romero, le da el derecho de familia, otra orientación, considerándola "Como un todo orgánico que concibe al individuo en forma muy semejante a como aparece en el Estado en

⁷ Alzadora, Lizardo. **Crítica a la estructura normativa de protección frente a la violencia intrafamiliar**. Consulta Internet. www.goesjuridica.monografias.com.html. Día: 22-02-10

⁸ Cassia y Romero. **Diccionario de derecho privado**. Pág.234.

general.”⁹ Diferenciando el derecho de familia del derecho privado, este es estimado como un cuerpo extraño en la codificación del derecho privado.

Existen otras orientaciones que examinan el derecho de familia, considerándolo como de estructura social y por ende lo sitúan en el derecho social propiamente dicho, para los sostenedores de esta tesis, la familia pertenece a la regulación del derecho de los grupos sociales, como derecho intermedio entre el que disciplina al individuo y el Estado.

Existe otro enfoque doctrinario y teórico proporcionado por juristas y doctos en la materia, entre otros Cicu que sostienen la teoría de la diferenciación del derecho de familia respecto del derecho público y del derecho privado. A juicio del Cicu antes de adentrar en el fondo de la naturaleza jurídica del derecho de familia, es preciso realizar una previa labor reajustando los conceptos sobre los que se opera al tratar de diferenciar el derecho público y el derecho privado. Pasa revista las diversas posiciones doctrinales relacionadas a este tema, se han sostenido por los autores, fijando la atención en dos elementos capitales, individuo y Estado, de que el primero considerado en el seno del segundo, sólo puede ocupar una posición de dependencia.

El individuo no es observado como elemento material o biológico del Estado, sino como auténtico ante espiritual, con voluntad de actuación y fines esenciales. Reputa comunes las voluntades y los fines, siendo siempre superiores a los del individuo aislado. Por

⁹ Cassia y Romero. **Op. Cit.** Pág.234.

ello sienta como principio la necesidad de un ente supremo que discipline y organice esas esencias. El Estado, las voluntades individuales, al mismo tiempo, convergen para satisfacer un interés único superior.

Sobre el particular y siguiendo en parte las orientaciones de Cicu, el autor Castán Tobeñas, concluye “En el derecho de familia:

- a) Las normas del derecho de familia, sin ser de orden público, si tienen signos coincidentes de éste;
- b) Que la formación supletoria específica del derecho de familia también se observa en otras instituciones que penetran en el campo del derecho privado;
- c) Que esa ostensible autonomía de sus normas no es suficiente para independizar totalmente el derecho de familia de las demás ramas que comprende el derecho privado patrimonial y;
- d) Que singularizándose el derecho de familia por la particularidad de sus normas, si se destaca de las demás ramas del derecho privado.”¹⁰

En Guatemala, el derecho de familia está básicamente contenido en el Código Civil, con posterioridad se dictaron leyes que organizaron los registros del estado civil de las personas.

¹⁰ Cassia y Romero. **Op. Cit.** Pág. 465.

Federico Puig Peña nos indica “Si se piensa en la familia como en un conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como un punto localizado de sus actividades y de sus vida; o se la relaciona con los vínculos de la sangre, de donde se deriva propiamente el concepto: la familia es una rúbrica que une a los individuos que llevan la misma sangre, se está en el primero, ante un concepto popular, y en el segundo ante el concepto propio de la familia.”¹¹

1.3 Naturaleza jurídica del derecho de familia

Se ha considerado que el derecho de familia, emana de una rama del derecho civil, y esto tiene su razón de ser, por cuanto no se había determinado como actualmente, que el derecho de familia cuenta con una serie de instituciones especiales y específicas que lo hacen muy independiente e individualista. Esta consideración emana no solo del supuesto que se estructura sobre la base de la persona individual y que habitualmente se ha estimado que las relaciones de familia no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, como sucede por ejemplo con el matrimonio, que pueda ser considerado por ello como un contrato, sino que en la actualidad gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del derecho, con fines, principios e instituciones propias. Sin embargo, para considerarse autónoma, es necesario que se den tres supuestos, la independencia doctrinal, la independencia legislativa y la independencia judicial, y en ese sentido, en el caso de Guatemala,

¹¹ Puig Peña, Federico. **Derecho civil, derecho de familia**. Pág. 245.

normas que contienen instituciones del derecho de familia, aún se encuentra legislada dentro del Código Civil, es decir, no se cuenta con una independencia legislativa.

1.4 Características

Tomando en consideración la interpretación que de las anteriores definiciones o conceptualizaciones, se puede resumir diciendo que las características de la familia, entre otras son las siguientes:

- a) Es una institución jurídica de carácter eminentemente social se constituye en la célula, primogénita de la familia, entre otras, como lo es el matrimonio.
- b) De la unión matrimonial como institución u otra institución análoga que genera la diversidad de sexos entre sus miembros, sean los hijos, etc. Hace posible el surgimiento de derechos y obligaciones que generalmente son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles.
- c) Por las características propias del derecho de familia y por la intervención del Estado, entendiéndola como una institución social, revista el carácter de publicista, por la primacía del interés social sobre el individual.
- d) Regula aspectos económicos, principalmente de tipo material para mantenimiento, alimentación, educación, etc., de los hijos.
- e) De sentido predominantemente ético por los que sus normas ofrecen un carácter más bien moral que jurídico.

1.5 Contenido

Respecto al derecho de familia, se puede determinar que por la característica especial de su contenido, regula relaciones en base a las siguientes instituciones familiares:

- a) El matrimonio como la institución creadora de la relación familiar conyugal determinando el estado de cónyuges y lo que se deriva de esta institución social.
- b) La filiación legítima que crea la relación terno filial y por ende el estado de hijo legítimo sin embargo, existen conceptualizaciones referidas a los demás hijos, entre ellos los adoptivos.
- c) La adopción, que aproxima e identifica a la persona hasta situarla y considerarla igual a la resultante de una filiación legítima y las consecuencias que de la misma se deriva.
- d) Las relaciones cuasi familiares, denominadas así por la doctrina, en cuanto a la tutela cuyo origen, puede ser por testamento, por parentesco, tutela legítima, o por ministerio de la ley tutela dativa.
- e) Las relaciones familiares que se acontecen con el vínculo jurídico nacido por parentesco de afinidad.
- f) La unión de hecho, institución moderna cuyos efectos son similares a los del matrimonio.
- g) Aspectos que se generan del matrimonio o de la unión de hecho relativos al divorcio y separación
- h) Guarda y cuida de los hijos.

1.6. Legislación existente

La base jurídica de la familia como quedó establecido, es el matrimonio y la complejidad que ello representa dentro de la sociedad, hace posible que la legislación tenga un carácter privativo, para ello, a quienes corresponde conocer de los asuntos familiares, es a los jueces especiales en jurisdicción privativa de asuntos de familia y se rige por la Ley de tribunales de familia, que tomaron forma a partir de 1960 con la importancia que adquirió el primer congreso jurídico Guatemalteco celebrado para analizar la problemática que existía al no encontrarse separada la competencia de los jueces para conocer asuntos de familia, ya que se conocía juntamente con los asuntos civiles.

Dentro de las características que contempla la Ley de tribunales de familia y que fue la base para la organización de los mismos, se encuentra:

- a) Es impulsado de oficio.
- b) Tiene carácter realista, objetivo y protector de los débiles.
- c) Es oral, pues se realiza regularmente por medio de audiencias, con constancia escrita de lo más indispensable.
- d) Es esencialmente anti formalista.
- e) Con amplia facultad pesquisidora del juez, suficiente flexibilidad y poder discrecional en su actuación para requerir la verdad y recabar la prueba que estime necesaria.

- f) Sistema probatorio regido por la sana crítica y aceptación de la prueba en conciencia para determinados casos.
- g) Rapidez, economía, fundamentalmente en problemas de alimentos.
- h) Con un sistema de medidas coactivas de protección, de aplicación rápida y eficaz.
- i) Regido por el principio de concentración procesal.
- j) Regido así mismo, por el principio de inmediación, que establezca el necesario contacto entre el juez y las partes.
- k) Con fases efectivas para que el juez pueda aplicar la conciliación en los casos que así lo recomienden para la resolución de problema familiar presentado.

1.6.1. Procesos que se tramitan en los tribunales de familia

Vía ordinaria

Oral

Ejecutiva

Ejecutiva en la vía de apremio

Providencias Cautelares

Diligencias Voluntarias

Asuntos de Violencia Intrafamiliar

La determinación de la competencia de los tribunales de familia está regulada específicamente en el decreto Ley 206 emitido con base en las facultades que el

entonces Jefe de Gobierno Coronel Enrique Peralta Azurdia y cuyo decreto fue el resultado de la importancia del primer congreso jurídico Guatemalteco, le compete a los tribunales de familia conocer de los siguientes asuntos:

Conocimiento de la jurisdicción de los tribunales de familia de los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionada 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 de matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar. Además de los que se ampliaron con la circular de la Corte Suprema de Justicia No. 42 / AH incluida dentro de la Ley referida, siendo los siguientes:

- a). Modo de suplir el consentimiento para contraer matrimonio o autorización judicial para contraer matrimonio.
- b). Insubsistencia del matrimonio.
- c). Controversias relativas al régimen económico del matrimonio.
- d). Diligencias de asistencia judicial gratuita para litigar en asuntos de familia.
- e). Recepción de jactancia cuando tenga relación con asuntos de familia.
- f). Ejecuciones en vía de apremio o en juicio ejecutivo, según el título, cuando sean de un asunto familiar.
- g). Voluntarios de asuntos que tengan relación con la familia.
- h). Disposiciones relativas a la administración de bienes de menores.
- i). Medidas de garantía en asuntos de familia.

- j). Tercerías cuando sea interpuestas en un caso de familia.
- k). Consignaciones de pensiones alimenticias.

1.6.2. Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala, contiene una serie de normas supremas que desglosan en cuerpos legales normas de carácter ordinario, sin embargo, también deja plasmado el Artículo 46 la preeminencia del derecho internacional, fundamentalmente del derecho internacional de los derechos humanos. La Carta Magna reconoce la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social “reconoce a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, el Estado como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz.”. Preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala. 1985.

En el Artículo 1. Constitución Política de la República de Guatemala, encontramos regulada la protección a la persona. Imponiendo al estado de Guatemala su organización para proteger a la persona y a la familia, siendo su fin supremo la realización del bien común.

Dentro de los derechos humanos que incluyen los derechos individuales establecidos en nuestra Carta Magna, que tienen relación con el derecho de familia se encuentran:

Derecho a la vida. Regulado en el Artículo 3. Al indicar que el Estado está obligado a garantizar y proteger la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.

Derecho de petición. Establecido en el Artículo 28 que otorga a los habitantes de la República el derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, y esta, está obligada a tramitarlas y resolverlas conforme a la ley.

Libertad de religión. Regulado en el Artículo 36 el cual se resume en indicar que el ejercicio de todas las religiones, es de manera libre por parte de los ciudadanos sin ninguna prohibición.

Derechos inherentes a la persona humana. Establece que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

Preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno, tal como lo establece el Artículo 46.

Entre los derechos sociales, se encuentra la protección a la familia regulado en el Artículo 47 al garantizar por parte del Estado la protección social, económica y jurídica

de la familia. Promoviendo 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.

Dentro de los derechos sociales se regula:

- a). Lo relativo a la unión de hecho
- b). Matrimonio
- c). Igualdad de los hijos
- d). Protección de menores y ancianos
- e). Maternidad
- f). Minusvalidez
- g). La adopción
- h). La obligación de proporcionar alimentos
- i). Acciones contra causas de desintegración familiar

Estos derechos se encuentran regulados en el capítulo II, bajo el acápite de derechos sociales, que constituyen pretensiones que individual o colectivamente pueden exigir al Estado los ciudadanos; sección primera, y de los Artículos 48 al 56 de la Constitución Política de la República de Guatemala, dedicados a la familia.

Asimismo, establece el derecho a la cultura, a la educación, al deporte, a la salud, seguridad y asistencia social, al trabajo, como parte fundamental en el desarrollo de la familia, eje de toda sociedad.

1.6.3. Código Civil

En el libro I, título II del Código Civil, se establece lo relacionado con la familia y de ello se desprende la normativa que regula las relaciones que se dan en los siguientes asuntos:

Matrimonio. Calixto Valverde nos indica que “Matrimonio etimológicamente significa carga, gravamen o cuidado de la madre, viene de la palabra matriz y minium, carga o cuidado de la madre más que el padre, porque si así no fuere, se hubiere llamado patrimonio.”¹²

Regula lo relativo a esta institución, como lo relativo a los impedimentos para contraer matrimonio, celebración del matrimonio, deberes y derechos que nacen del matrimonio, régimen económico del matrimonio, insubsistencia y nulidad del matrimonio, del divorcio y la separación, sus efectos, se encuentra regulado del Artículo 78 al 172 del Código Civil.

Unión de hecho: Se entiende como la legalización de la unión entre dos personas hombre y mujer que hayan convivido por más de tres años y que tienen los mismos efectos jurídicos sociales que el matrimonio; su procedencia, declaración del cese de la misma, etc. Se regula de los Artículos 178 al 189 del Código Civil.

¹² Valverde, Calixto. **Tratado de derecho civil español.** Tomo V. Pág. 213.

Parentesco. Se entiende como el vínculo que liga a una persona con otra como consecuencia de la descendencia de un mismo tronco (consanguíneo) por alianza (afinidad) o voluntad (adopción). Se regula en el Artículo 190 a 198 del Código Civil.

Paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial. Se encuentra regulado del Artículo 199 al 227 del Código Civil.

Adopción. Conforme a nuestra legislación civil, la adopción es un acto jurídico de asistencia social, por el que una persona llamada adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona. Se encuentra establecido en el Código Civil del Artículo 228 al 251.

Patria potestad. Se entiende como el conjunto de facultades y derechos que ejercen los padres con el objeto de salvaguardar a la persona y bienes de los menores hijos, se regula en los Artículos 252 al 277 del Código Civil.

Los alimentos. Se comprende la denominación de alimentos, todo aquello que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad. Se regula del Artículo 278 al 292 del Código Civil.

Tutela. Es una institución que forma parte del derecho de familia creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad y de las personas

incapacitadas para gobernarse por si mismos, se regula del Artículo 278 al 292 del Código Civil.

Patrimonio familiar. Como lo establece el Código Civil vigente, es la institución jurídica social por la cual se destina uno o más bienes a la protección del hogar y sostenimiento de la familia. Se regula del Artículo 352 al 368 del Código Civil.

1.6.4. Código Procesal Civil y Mercantil

El Código Procesal Civil y Mercantil regula aspectos ligados al proceso, es decir, hace posible la instrumentalización de la ley sustantiva contenida en el Código Civil y al respecto conoce de:

Juicio ordinario. La jurisdicción ordinaria es la que regula los casos en general que no tengan señalado un procedimiento especial, como ejemplo: el divorcio o la separación, la nulidad del matrimonio, y otras instituciones.

Juicio oral. Dentro de las características fundamentales del proceso oral, se encuentra que el mismo se sustancia por medio de la palabra y tiene la finalidad de obtener la declaración de voluntad a través del cumplimiento de los principios de celeridad, economía, publicidad, moralidad, concentración e inmediatez procesal, etc. Entre los asuntos que se tramitan se encuentran: los de menor cuantía, de ínfima cuantía, los relativos a la obligación de prestar alimentos, rendición de cuentas por parte de todas

las personas a quienes les impone esta obligación la ley o el contrato. La división de la cosa común y las diferencias que sugieren entre los copropietarios en relación a la misma, la declaratoria de jactancia, los asuntos que por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban seguirse en esta vía.

Juicio ejecutivo en la vía de apremio. Este juicio, como los demás procesos de ejecución, van dirigidos a asegurar la eficacia práctica de las sentencias de condena. Entre sus principales características se encuentran: Que es coercitivo, su trámite es abreviado y debe entenderse como el documento que apareja una ejecución, por que prueba por si mismo la certeza del derecho u obligación cuya observancia practica se reclama. Para el caso del derecho de familia, se puede citar por ejemplo lo relativo a la ejecución de las sentencias en las que se fija una pensión alimenticia, la cual no ha sido ejecutada por incumplimiento de la parte demandada.

1.6.5. Ley de Tribunales de Familia

Es la ley específica que regula todo lo relativo al derecho de familia y como ya ha quedado indicado con anterioridad, surge con el propósito de tratar de manera especial y privativa las controversias que se suscitan derivadas de las relaciones familiares. Los tribunales de familia, se encuentran constituidos como lo indica el Artículo 3 de la ley referida, siendo esta:

Los juzgados de familia que conocen de los asuntos de primera instancia.

Por las salas de apelaciones de familia que conocen en segunda instancia de las resoluciones de los juzgados de familia.

Como un tercer órgano jurisdiccional que conoce de asuntos de familia, lo representan los juzgados de paz, pues tal como lo dispone el Artículo 3 del decreto Ley 239, en los municipios donde no haya tribunal de familia, ni juez de primera instancia de lo civil, los jueces de paz conocerán en primera instancia de los asuntos de familia de menor o ínfima cuantía, salvo que los interesados acudan directamente a los de primera instancia. De lo anterior, se resume que los jueces de paz, únicamente se encuentran facultados para conocer de los juicios y ejecuciones en materia de alimentos, cuando el o los asuntos sea de mayor, menor o ínfima cuantía de conformidad con los acuerdos emitidos por la corte suprema de justicia.

CAPÍTULO II

2. El matrimonio

2.1 Antecedentes históricos

El origen del matrimonio descansa en los conceptos de familia y de cómo se origina la familia, la unión de un hombre y una mujer con fines de procreación y auxilio propio. Sin embargo, conviene hacer una reflexión que precisamente se ve enfocada en las antiguas y sagradas escrituras. Por ello, se cita lo siguiente:

De conformidad con la biblia de nuestro pueblo, en el libro del Génesis, cuenta, en dos relatos (Génesis, capítulo 1, versículos del 1, 2 y 4; capítulo 2, versículos 4b, 24) de sendas tradiciones, se señala la creación de la mujer y del hombre y, por tanto, el matrimonio y su carácter y dice: "Hagamos al hombre a nuestra imagen, según nuestra propia semejanza. Y Dios creó al hombre a su imagen a imagen de Dios lo creó-, varón y hembra los creó. Y los bendijo Dios diciéndoles: Creced y multiplicaos, poblad la tierra y sometedla, dominad sobre los peces del mar, las aves del cielo y todos los animales que se mueven por la tierra."¹³ En el libro del Génesis, capítulo 1, versículos del 26 al 28, del mismo texto sagrado, indica "El Señor Dios se dijo: No es bueno que el hombre esté solo; voy a hacerle una ayuda adecuada. Seguidamente, de la costilla que había sacado al hombre, el Señor Dios formó a la mujer y se la presentó al hombre, quien

¹³ Schokel, Luis Alfonso. **Biblia de nuestro pueblo**. Pág. 73.

exclamó: Esta sí que es hueso de mis huesos y carne de mi carne. Su nombre será mujer, porque la han sacado del hombre por eso el hombre abandonará padre y a su madre, se junta a su mujer, y se hacen una sola carne.”¹⁴

Se indica que el Señor los creó a los dos, semejantes a él. Son una copia dúctil y viviente de Dios. El plano de igualdad y semejanza es el más alto; que el género humano esté hecho a imagen de Dios es algo extraordinario, casi impensable. La expresión a imagen, abarca un carácter histórico-salvífico. Se ha de entender en sentido dinámico y totalitario, pues indica que todo individuo humano en su aspecto psico-físico en relación con Dios, es la especie humana, son los dueños y señores del planeta tierra, los dos reciben esa misma potestad, como delegados y representantes de Dios por sus dotes corpóreas y mentales que los capacitan para someter y someter la naturaleza y la vida; varón y hembra los creó es curiosa y relevante esta concreta diferenciación de los sexos en un texto didáctico, como Génesis. Diferencia que va referida tanto a concepciones socio-psicológicas, como a las biofísicas de macho y hembra y esta bipolaridad que forma esencialmente parte de la especie, es expresamente creada por Dios y se compagina de modo asombroso con los designios óptimos del creador. Hecho que indica la perfecta igualdad y la idéntica dignidad de la mujer y del hombre; crecen ambos, con el apoyo mutuo, han de alzarse y favorecer su propio avance y evolución, el de sus generaciones y del medio que se les confía; bendiciéndoles a los dos, la cual es extensiva y comprensiva al conjunto de las dos primeras criaturas.

¹⁴ Shokel. **Op. Cit.** Pág. 75.

El Hombre y mujer, desde la perspectiva del creador, forman una unidad, los dos se necesitan y ayudan mutuamente, ambos se complementan y juntos forman la totalidad creadora que los faculta para realizar el mandato divino de crecer y multiplicarse.

Como se observa, no existe, en toda la biblia ni en la literatura del antiguo oriente, una narración de tal amplitud y detalle sobre la formación de los primeros seres y su unión.

2.2. Definiciones

Definición doctrinaria:

Manuel Ossorio en su diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, define el matrimonio como: “La unión de hombre y mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales”. Esto en cuanto al matrimonio civil. En lo que se refiere al matrimonio canónico, el mismo diccionario expresa que se trata de un sacramento propio de los legos por el cual hombre y mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la iglesia.”¹⁵

El matrimonio es la institución más importante de todas las instituciones jurídicas, a juicio de quien escribe, puesto que de ella se desprenden las demás, y conforme ésta, también se ha instituido la sociedad, a pesar de que la unión entre un hombre y una

¹⁵ Ossorio. *Op. Cit.* Pág. 452.

mujer con el fin de procrear, alimentar, educar, auxiliarse entre sí, también se pueda verificar, con algunas variantes en la institución, como es la unión de hecho.

El matrimonio para su definición, han existido dos posturas antagónicas bien marcadas, por una parte, se dice que el matrimonio es una institución impuesta por Dios, y otros, que es una invención humana. Afirman unos que no han encontrado nada de matrimonio, ni en la naturaleza en sí, ni en sus leyes, sino sólo una facultad de procrear vida y un vehemente impulso a satisfacerla de cualquier modo. Otros, por el contrario, reconocen que en la naturaleza del hombre se hallan ciertos inicios y como gérmenes de verdadero matrimonio, ya que, de no unirse los hombres con algún vínculo estable, no se habría provisto suficientemente a la dignidad de los cónyuges y al fin natural de la propagación y educación de la prole. Pero también éstos enseñan que el matrimonio mismo, puesto que sobrepasa a esos gérmenes, por el concurso de causas diversas, es invención exclusiva de la mente humana, institución exclusiva de la voluntad de los hombres.

Apoyándose en estos principios, algunos han llegado a inventar nuevos modos de unión, acomodados, según dicen, a las actuales circunstancias de personas y tiempos, que presentan como otras tantas especies de matrimonio: uno temporal, otro a prueba, otro amistoso, que se arrogan la plena licencia y los derechos todos del matrimonio, pero suprimido el vínculo indisoluble y excluida la prole, a no ser que las partes convirtieran después su unión y modo de vida en matrimonio de pleno derecho.

Más aún hay quienes pretenden e insisten en que estas monstruosidades sean aprobadas por las leyes o que, por lo menos, sean excusadas por los públicos usos e instituciones de los pueblos, sin ni siquiera detenerse a pensar que tales abusos nada tienen en absoluto de esa moderna cultura, de que tanto presumen, sino que constituyen, por el contrario, indignas aberraciones, que harían volver, incluso a los pueblos civilizados, a los bárbaros usos de ciertos pueblos salvajes.

Conforme el diccionario enciclopédico el “matrimonio, es la unión estable entre hombre y mujer, convenida de acuerdo con la ley, regulada y ordenada a la creación de una familia. No se trata de una creación técnica del derecho, sino de una institución natural que el ordenamiento regula en interés de la sociedad.”¹⁶

Definición legal:

El Artículo 78 del Código Civil, establece: “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.”

Es común también la tendencia a considerar el matrimonio con una dualidad que responde en primer plano al vínculo conyugal establecido y en segundo término, al acto por el cual se formaliza ese vínculo, acto que debe ser solemne, mediante el cual el hombre y la mujer constituyen una unión legal para la plena comunidad de existencia.

¹⁶ Espasa Calpe. S.A. **Diccionario enciclopédico.** Pág. 436.

Ahora bien, dentro de los conceptos legales, el matrimonio, se considera una institución social, lo contrario a un contrato, por ejemplo, como sucede en algunas legislaciones, en tal virtud, el Estado tiene la obligación de protección.

2.3 Naturaleza jurídica del matrimonio

Se han establecido algunos criterios para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio, los cuales pueden resumirse básicamente en:

2.3.1 El matrimonio es un contrato

La teoría que considera el matrimonio como un contrato, es decir un acuerdo de voluntades entre dos personas que hacen surgir derechos y obligaciones entre ellas, es de origen canónico, ya que se sabe que en la última fase de existencia del imperio romano la iglesia le dio carácter de obligatorio a la manifestación del matrimonio, obligando también a los contrayentes a la pública celebración del acto y en presencia de testigos. Por su parte, en cuanto al matrimonio como contrato, los simpatizantes de los movimientos liberales en el aspecto propiamente jurídico han propugnado siempre por la competencia del Estado en materia de matrimonio, además de defender la teoría del matrimonio civil, en el que encuentra la institución su máxima proximidad a los caracteres de un contrato.

2.3.2 El matrimonio es un acto jurídico mixto

Esta teoría sostiene que el simple acuerdo del hombre y la mujer es insuficiente en la realización del matrimonio, puesto que es necesario que concurra el Estado mediante el funcionario que debe autorizar el acto. Se toma en consideración el hecho de que existen actos jurídicos públicos y actos privados, en los primeros actúa el Estado; los segundos son realizados por los particulares, por lo cual al intervenir tanto el Estado como los particulares, se hace el matrimonio un acto jurídico mixto.

2.3.3. El matrimonio es una institución

Se dice que el matrimonio es una institución, porque el mismo es un estado jurídico que representa una situación especial de vida, que es presidido por un conjunto de normas jurídicas que han sido anteriormente concebidas y establecidas por el Estado, al cual deben sujetarse los cónyuges; la voluntad de los cónyuges una vez manifestada en el matrimonio, queda relegada a un segundo plano pues los efectos establecidos por el Estado para esa institución se producen, podría decirse, de forma automática. El matrimonio es entonces algo creado por el Estado, que resulta inmodificable por los contrayentes y en el cual la voluntad de los contrayentes queda limitada a prestar o no su adhesión a las normas anteriormente establecidas. Esta naturaleza del matrimonio en el caso de Guatemala, es respaldada por el Código Civil que en el Artículo 78, lo denomina institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente.

Se dice que el matrimonio según la concepción corriente en los países civilizados se constituye por un vínculo habitual con vocación de permanencia, dirigido, por su propia finalidad, a la convivencia y colaboración de los cónyuges en un hogar, formando una familia en cuyo seno nacerán y se criarán los hijos si los hubiere.

También se dice que resulta de un acto jurídico bilateral celebrado en un concreto momento, la boda. Este acto se halla regulado, con carácter solemne, por la ley como creador exclusivo del vínculo reconocido por el Estado.

Sin embargo de lo anterior, la disciplina del matrimonio, se encuentra muy influida por el aporte del cristianismo a la cultura jurídica, un doble aspecto: el de la celebración como acto (intercambio de consentimientos en forma legal) por causa del cual nace el estado de cónyuge; y el del estado civil creado, situación de duración indefinida producida por la manifestación de tal voluntad.

El modelo actual de matrimonio, en el cual el vínculo procede de un acuerdo de voluntades, no puede disolverse sin causa legal establecida por vía judicial.

2.4. Clases de matrimonio

Básicamente se puede hablar de dos clases de matrimonio, el matrimonio civil y el matrimonio religioso. De esas dos clases de matrimonio surgen los sistemas matrimoniales, sistemas que responden a la posibilidad de admitir por el Estado, el

matrimonio efectuado de una u otra manera de conformidad con las variantes detalladas a continuación.

2.4.1 Sistema religioso

En esta variante, el matrimonio solo es admitido si ha sido celebrado ante una autoridad eclesiástica, sólo al cual reconoce efectos.

2.4.2 Sistema civil

Establece la obligatoriedad del matrimonio civil, el cual debe celebrarse antes del religioso sin que éste, el religioso, tenga carácter de obligatorio; en algunos países *puede también celebrarse después del religioso, pero claro está se da preponderancia al matrimonio celebrado en el orden civil.*

2.4.3 Sistema mixto

En éste sistema se da pleno reconocimiento tanto al matrimonio civil como al religioso, de tal manera que uno u otro pueden surtir efectos plenamente. Dentro de esta variante se establece dos formas distintas; un matrimonio civil facultativo, que otorga a los contrayentes la posibilidad de elegir el matrimonio ante un ministro de culto o ante un funcionario que ha sido habilitado para el efecto por el Estado. Y un matrimonio civil por necesidad, que se establece cuando se admite el matrimonio civil para los

contrayentes que no profesan la religión oficial, en los países en los cuales existe una religión que ha sido establecida con ese carácter.

2.5. Aptitudes y condiciones para contraer matrimonio

El matrimonio requiere aptitud nupcial absoluta y relativa, cada contrayente debe ser apto para casarse y debe poder casarse con la otra parte. En el primer aspecto exige ser mayor de edad y tener libertad para casarse. La exigencia de edad puede dispensarse a quienes tengan edad núbil, que se suele establecer en los 14 años. En el segundo aspecto es impedimento u obstáculo la existencia de un vínculo matrimonial anterior vigente, así como la existencia de un próximo parentesco entre los contrayentes. Estos impedimentos son coincidentes en la práctica en todos los sistemas matrimoniales, si bien en cada uno de éstos podemos encontrar impedimentos especiales que responden a los fines de la sociedad civil o religiosa en que se enmarcan.

A fin de acreditar que reúnen las condiciones para el matrimonio los contrayentes deben instar ante el juzgado u autoridad eclesiástica reconocida, en los sistemas en que se aceptan varias formas de celebración con eficacia civil, con jurisdicción a este efecto, la formación del expediente que proceda, en el curso del cual se publica su intención de casarse.

El matrimonio civil se autoriza por el juez encargado del registro civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes, o por el alcalde en presencia de dos testigos mayores de edad.

Lo fundamental de la celebración del matrimonio es la manifestación del recíproco consentimiento de los contrayentes. Dicha manifestación puede hacerse por medio de un representante (matrimonio por poder) pero siempre que el poder se otorgue para contraer con persona concreta, de modo que el representante se limita a ser portavoz de una voluntad ajena plenamente formada.

Se considera nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial, expresión con la que se alude al matrimonio simulado por acuerdo de ambas partes, ejemplo, para adquirir la nacionalidad por concesión o un derecho arrendatario, o para rebajar el impuesto sucesorio. También son nulos los matrimonios que se celebren entre personas para las que existe impedimento no dispensable.

Aunque el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, sin embargo para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el registro civil, sea la practicada por el juez en el propio libro al autorizar el matrimonio, sea transcribiendo un documento intermedio, el acta o certificación correspondiente.

Los denominados efectos personales del matrimonio se han visto afectados de un modo muy profundo respecto de las situaciones y concepciones jurídicas anteriores, pues hoy los derechos y deberes de los cónyuges son idénticos para ambos y recíprocos, además de resultar una consecuencia directa de la superación de la interpretación formal de la igualdad y la introducción de un concepto sustantivo de la igualdad entre los cónyuges. Destacan entre ellos, aquellos que coadyuvan a la creación, consecución y mantenimiento de una comunidad de vida. Así, los cónyuges están obligados a vivir juntos en el domicilio que ambos fijen de común acuerdo; deben respetarse, ayudarse y gobernar de forma conjunta su hogar; deben guardarse fidelidad; y en consecuencia y a su vez como paradigma de conducta, deben subordinar sus actuaciones individuales y acomodarlas al interés de la familia.

Para la sustentante a ambos padres, compete por igual el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores o incapacitados y las funciones específicas de alimentarlos, cuidarlos y educarlos conforme a su capacidad y recursos económicos, obrando en todo caso y en primer término en interés superior del hijo.

2.6. Modificación y disolución del matrimonio

En la sociedad guatemalteca actual, lamentablemente la institución social del matrimonio, subsiste cada vez por menos tiempo; diversas causas provocan que luego de transcurrido algún lapso, los cónyuges vean extinguidas las razones que los motivaron a unir sus vidas.

El problema de la disolución del matrimonio ha sido estudiado desde tiempos remotos, así, desde las primeras etapas de la sociedad formalmente organizada, el matrimonio podía disolverse incluso mediante el repudio de uno de los cónyuges; luego, en el devenir histórico de la sociedad y debido a las ideas de carácter cristiano que han dado mucha importancia a los principios de orden moral, se rechaza de plano el divorcio y se admitía únicamente la separación de cuerpos que no implicaba precisamente la disolución del vínculo matrimonial.

La revolución francesa y su influencia en todos los ámbitos de la vida, las sociedades modernas provocaron una abierta pugna entre autoridades estatales y eclesiásticas, y a causa de ello el problema de la conveniencia o no de la disolución del matrimonio, se ha ido resolviendo en cada país de acuerdo con las ideas religiosas dominantes y las condiciones sociales reinantes.

La disolución del matrimonio, es aun en nuestros días motivo de polémica, debido a que si se considera al matrimonio como la base sobre la que se edifica la sociedad misma, lógico es pensar que en la medida que los matrimonios fracasen, en esa medida se daña la familia y la propia sociedad. Sin embargo es en la familia donde las secuelas de la separación o el divorcio son más notorias, sobre todo si existe descendencia, pues los hijos aunque no comprenden la magnitud del problema sí sufren en forma directa la desaparición del vínculo familiar al cual se han acostumbrado y que les ha proveído principios y valores humanos.

Cuando la vida conyugal en común, es imposible para los cónyuges, estos han de optar por la solución que más adecuada les parezca, que en todo caso deberá ser la separación o el divorcio.

CAPÍTULO III

3. La separación y el divorcio

3.1. La separación

Es la interrupción de la vida conyugal, sin ruptura del vínculo jurídico matrimonial, que puede establecerse por acto unilateral, por acuerdo mutuo o decisión judicial.

La separación matrimonial, consiste en la modificación del régimen matrimonial que implica la interrupción de la vida conyugal. Durante el matrimonio puede cada cónyuge solicitar al juez la separación, es decir, que pronuncie el derecho de cada uno a vivir con independencia y alejado del otro, regulando la situación familiar que resulte de esa vida autónoma.

Los tribunales dictarán sentencia de separación cuando un cónyuge haya dado causa para ella, es decir, si es culpable de abandono voluntarios del hogar, infidelidad conyugal, conducta injuriosa o vejatoria, violación grave o reiterada de los deberes de los cónyuges en cuanto tales o para con los hijos; pero también es causa de separación *la perturbación mental (que no arguye culpabilidad) siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.*

Por último, la separación de acuerdo con las actuales orientaciones puede ser convenida de las siguientes formas:

a) La separación de hecho

Cuando uno de los cónyuges abandona el hogar por su voluntad o de común acuerdo con el otro, a efecto de cesar la vida en común, sin mediar resolución Judicial.

b) La separación por mutuo acuerdo entre los cónyuges

Debe determinarse por la voluntad de ambos cónyuges y no podrá tener lugar sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio.

c) Por voluntad de uno de los cónyuges por causa determinada

Esta variante se establece al ser declarada judicialmente y modifica el matrimonio, haciendo desaparecer la vida en común y el ánimo de permanencia.

También es importante señalar que la duración de la separación es indefinida, termina por divorcio o por la reconciliación de los cónyuges, quienes deben poner ésta en conocimiento del juez. La separación no disuelve el vínculo matrimonial, que sigue mediando entre los esposos; éstos, aunque separados, son todavía marido y mujer.

Para que sea admitida la demanda de separación, debe haber transcurrido un tiempo prudencial desde que se celebró el matrimonio, de por lo menos un año, de conformidad con lo regulado con nuestra legislación civil y si la demanda se presenta de mutuo acuerdo entre los cónyuges hay que acompañarla de un documento en el que conste el pacto entre los cónyuges, llamado proyecto de convenio, el que versará sobre cuestiones como, a cargo de qué cónyuge quedarán los hijos habidos en el matrimonio, el régimen de visitas del otro cónyuge, el régimen de pensiones alimenticias a favor de los hijos procreados y de la cónyuge, si esta última no tuviere medios para cubrir sus necesidades, la garantía para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, entre otras.

Los efectos específicos de la sentencia de separación son 1º. Suspensión de la vida en común de los casados; 2º. Disolución del régimen económico matrimonial; 3º. En cuanto al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, guarda legal y custodia de los mismos, uso de la vivienda familiar y abono de las pensiones compensatorias alimenticias, se estará a lo que se determine en la sentencia. Si más adelante los cónyuges separados se reconciliaran, deben ponerlo en conocimiento del juez, para dejar sin efecto la sentencia de separación. Al haber reconciliación “Los cónyuges deberán establecer el régimen económico por el que se regirán a partir de entonces.”¹⁷

¹⁷ Ibid. Pág. 673

d) Causas determinadas para la separación

Se debe tomar en cuenta, que las causas determinadas para la separación, son comunes y aplicables al divorcio. El Código Civil en el Artículo 155. regula entre las causas comunes para obtener la separación o el divorcio las enumeradas a continuación: La infidelidad de cualquiera de los cónyuges; los malos tratamientos de obra, riñas y disputas continuas, injurias graves y ofensas al honor, y en general, la conducta que haga insoportables la vida en común; el atentado de uno de los cónyuges contra el otro o de los hijos; la separación o abandono voluntario de la casa conyugal o ausencia inmotivada por más de un año; el hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio; la incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos; la negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que esta legalmente obligado; los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes; la denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro; la condena de uno de los cónyuges en sentencia firme por delito común sancionado con pena mayor a cinco años de prisión; enfermedad grave, incurable, contagiosa y perjudicial al otro cónyuge o su descendencia; impotencia absoluta o relativa, incurable y posterior al matrimonio; enfermedad mental incurable que pueda dar lugar a la declaración de interdicción; la separación de personas declarada en sentencia firme.

e) Efectos propios de la separación

Constituyen efectos propios de la separación, la subsistencia del vínculo conyugal, así como el derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro, además del derecho que la mujer tiene de continuar usando el apellido del marido.

3.2. El divorcio

a) Definición

Es la institución mediante la cual se extingue el vínculo matrimonial legítimamente establecido y que otorga a los cónyuges la libertad de contraer nuevo matrimonio.

b) Clasificación

b.1) Por mutuo acuerdo de los cónyuges

Se establece cuando interviene la voluntad de ambos cónyuges para disolver el vínculo matrimonial, fijando ellos mismos las bases de su divorcio y la actuación del juez se limita a observar que no se contravenga la ley.

b.2) Por voluntad de uno de los cónyuges

Es el que se decreta a partir de la existencia y comprobación de las causales determinadas por la ley para la disolución del matrimonio.

c) Efectos propios del divorcio

Es efecto propio del divorcio la disolución del vínculo conyugal que deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio.

d) Efectos comunes de la separación y el divorcio

Se consideran efectos civiles comunes de la separación y el divorcio, en primer lugar la liquidación del patrimonio conyugal, así como el derecho de alimentación a favor del cónyuge inculpable, además de la suspensión o pérdida de la patria potestad cuando exista petición de la parte interesada, todo ello de conformidad con el Artículo 159 del Código Civil.

3.3. Diferencias y similitudes entre separación y divorcio

Entre las principales, se pueden señalar las siguientes:

a). La separación sólo modifica el matrimonio, y el divorcio lo disuelve.

- b). En la separación se produce solamente la interrupción o suspensión de la vida conyugal, y en el divorcio los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevas nupcias.
- c). En la separación, aunque exista documento judicial que lo acredite, puede quedar nulo inmediatamente a partir de que los cónyuges lo pongan de conocimiento al Juez.
- d). En la sentencia de divorcio, existe un plazo para que a pesar de que exista sentencia esta no se interprete como cosa juzgada, como sucede en otros casos, porque hay posibilidades de reconciliación.
- e). En ambos casos, tanto en la separación como en el divorcio, se produce la separación de cuerpos.

3.4. Efectos psicológicos de la separación y el divorcio

Para algunos psicólogos españoles como Reyes Vallejo Orellana, Fernando Sánchez-Barranco Vallejo y Pablo Sánchez-Barranco Vallejo, desde la perspectiva psicológica, consideran a la familia como el contexto social más privilegiado de influencia y de eventual optimización del desarrollo biopsicosocial humano, por ser un grupo estable de convivencia constituido por una figura parental masculina y otra femenina, unidos por intereses afectivos, sociales y de grupo.

La ventaja de la familia cobra una importancia definitiva a lo largo de los tres primeros años de vida de los niños que se desarrollan en ella, ya que a partir de esta edad otros entornos sociales como los colegios, escuelas, vecinos, iglesias, amigos, van a añadir nuevos influjos a los aportados por tal constelación en el proceso evolutivo ya iniciado.

La función de la familia va más allá de garantizar la supervivencia y el crecimiento físico del hijo, pues también es la promotora principal de su desarrollo social y afectivo, gracias a lo que el sujeto puede transformarse en una individualidad biopsicosocial o personal.

Es por ello que resulta esencial el establecimiento de relaciones de vinculación afectiva o de apego del niño con ambos padres que se encarguen de su cuidado.

Durante el primer año de vida, el bebé afianzará y enriquecerá sus relaciones con las llamadas “figuras de apego”, con quien está afectivamente ligado en su entorno cercano.

Una historia de interacción fundamentada en el cuidado e interés por el otro es el factor más importante para establecer un apego seguro, mediante el cual el bebé utiliza a sus padres como base para el bienestar emocional y la exploración de su entorno, siendo además una herramienta añadida para que vaya descubriendo y ampliando su conocimiento del mundo.

Los estudios realizados sobre la vinculación afectiva en los primeros meses de la infancia, evidencian que los bebés desarrollan este nexo con ambas figuras parentales y que las funciones de las mismas son similares. En lo que se refiere a la relación con la figura paterna, ya a los tres meses de vida se puede predecir la seguridad del vínculo entre él y el bebé.

Hay que insistir al respecto, en contra de lo que tradicionalmente se ha considerado, que los estudios referidos a este aspecto evidencian que la figura parental masculina puede ser igual de sensible y tener la misma capacidad de respuesta ante las necesidades y demandas del hijo que la figura materna. En particular, los padres varones que están muy cerca de sus bebés ejercen sobre ellos una influencia positiva muy significativa en el ámbito cognitivo.

Ha de resaltarse que la calidad de las relaciones afectivas que se forman en la infancia determina la capacidad para establecer relaciones íntimas durante toda la vida adulta, de modo que la relación entre el niño y sus padres es para siempre, siendo un vínculo que los une en el espacio y perdura en el tiempo. Por ello, los niños que en la infancia tienen una base de seguridad y pueden contar con ambos padres, desarrollan y afianzan el suficiente sentimiento de confianza en sí mismos como para relacionarse con el mundo de manera sana y provechosa. Cuanto más seguro sea el vínculo efectivo de un niño con los adultos que lo cuidan y educan, más garantía hay de que se convierta en un adulto psicológicamente adaptado e independiente y de que establezca buenas relaciones con los demás.

La provisión de estabilidad afectiva y emocional que requiere el desarrollo infantil puede verse seriamente amenazada por la separación o el divorcio de los padres, especialmente cuando el apego aún no está suficientemente afianzado.

La mayoría de los hijos tiene un promedio de edad de seis años o menos en el momento de la ruptura, del cual una gran parte muestra, más desajustes psicológicos a lo largo de su vida que los que pertenecen a familias intactas.

Hetherington, Bidges e Insabella “Señalan como relevantes una serie de características en el comportamiento del niño tras el cambio de la composición de la familia, los efectos negativos de la ausencia de la figura paterna junto a la típica situación de la custodia de la madre, el incremento del estrés económico en el grupo con las subsiguientes consecuencias en el trato al hijo, los problemas que derivan del cambio que supone pasar de tener dos padres a tener uno solo y lo negativo que trae consigo la existencia de tensión interparental en el hijo”.¹⁸

Se ha considerado que el sexo de niño determina diferencias en el desajuste tras un divorcio o separación, evidenciando que los chicos varones parecen tener mayores dificultades para superar la crisis, tanto en la intensidad de sentimientos negativos como en su duración, presentando más problemas escolares y más irritabilidad que las niñas.

Buchanan, Maccoby y Dornbusch clasifican en tres categorías los factores que afectan al ajuste del niño después del divorcio o separación, “Siendo los siguientes:

¹⁸ Hetherington, E.M., Bridges, M.; Insabella, G.M., «What matters? What's does no? Five perspectives on the association between marital transition and childrens adjustment», American Psychologist, 1998, 53, pág. 167.

- 1). La pérdida de uno de los padres
- 2). Los enfrentamientos entre los progenitores
- 3). La disminución de sus funciones de paternidad”.¹⁹

Durante la separación y/o el divorcio, el factor más relevante lo constituye la ausencia de la figura paterna, asociándola con un menor aprovechamiento escolar, tanto en chicos como en las chicas, un bajo nivel de empleo laboral en el caso de los varones en la adultez y maternidades precoces cuando se trata de muchachas.

El bienestar del hijo se sustenta en el ejercicio de una paternidad con autoridad moral y la existencia de estrechos sentimientos de afecto entre padre e hijo, siendo ello el mejor predictor de los resultados respecto a una inadecuada formación escolar, externalización de conductas problemáticas e internalización de problemas emocionales.

A partir de la revisión llevada a cabo sobre investigaciones realizadas en la década de 1990, los resultados encontrados indican que los adultos y niños de familias separadas o divorciadas puntúan más bajo que sus iguales de familias intactas en el campo de las habilidades sociales y presentan mayores conflictos en sus propios matrimonios, aunque en algunos casos, tanto hijos como padres se pueden ver liberados de una convivencia infeliz e incluso a veces de situaciones con un final más o menos trágico.

¹⁹ Buchanan, C.M., Maccoby, E.E.; Dornbusch, S.M., «Adolescentes y sus familias después del divorcio, pág. 261.

En el caso de los progenitores, el desafío surge porque tienen que reestablecer el funcionamiento económico, social y parental y en el caso de los hijos porque, a todas las edades, luchan con la desconcertante demanda de tener que redefinir sus contactos con ambos padres.

Todo ello se hace más complejo en aquellos casos en los que el progenitor custodio, que generalmente suele ser la madre, tiene que hacer frente no sólo a la sobrecarga de tensiones y tareas propias de su misión, sino también al lógico desajuste emocional asociado con la tensa situación que suele conllevar la ruptura con la pareja. Es por eso que, con relativa frecuencia, la figura parental encargada de la custodia desempeña prácticas educativas erráticas, con poco control sobre el comportamiento del hijo y escasa sistematicidad en el seguimiento de reglas, con las consecuencias negativas que son de prever en el desarrollo de los hijos.

El estado de crisis del niño, cuando todavía está presente el lógico desequilibrio emocional del padre o de la madre tras la separación o el divorcio, puede exacerbar los problemas entre ellos en lugar de servir de apoyo mutuo, lo que es especialmente influyente cuando los hijos son menores de tres años.

Los grandes cambios en las relaciones con ambos padres se acompañan de una elevada ansiedad en los hijos, especialmente cuando la ruptura los toma por sorpresa, pues, dadas las peculiaridades de la psicología infantil, y teniendo en cuenta que el amor y la dedicación de sus padres han desaparecido, tal sensación de pérdida lleva a

los niños de todas las edades a la conclusión de que las relaciones personales armónicas son irrealizables, y, aún en los casos en que esas relaciones sigan siendo relativamente adecuadas, no hay garantías de que se mantengan en el futuro.

Estas creencias suelen continuar presentes en la adolescencia y en la adultez, al estar reforzadas por la experiencia personal en los años cercanos al post-divorcio o post-separación, debido al interés que los padres mostraron por hacer patente el desafecto que sentían el uno por el otro.

Si el momento de la separación o el divorcio de los padres ocurren, siendo los hijos menores de seis años, sus primeras reacciones son de temor y de una profunda sensación de tristeza y de pérdida, conmoción e infelicidad, particularmente en el período de la ruptura y en el inmediatamente posterior. La mayor parte de ellos sienten una gran soledad, desconcierto e ira hacia sus padres, sentimientos que siguen siendo muy poderosos décadas después.

Para los menores de seis años, perder la disponibilidad de sus padres supone el mayor precipitante de angustia, dada la escasa capacidad que poseen para reconfortarse ellos mismos, angustia que está presente tanto si los padres son afectuosos como indiferentes, extrañando mucho al padres que se ha ido, temiendo no volver a verlo jamás. Además, debido a las limitaciones cognitivas que los niños aún poseen, al temor de la desaparición de uno de sus padres se une la amenaza de que el otro también pueda irse, lo que hace más frecuente el llanto desconsolado, la intensificación

exagerada de conductas de aproximación y contacto físico con la figura parental que ejerce la custodia, la aparición de conductas regresivas en la alimentación, las alteraciones en el control de esfínteres y en el ritmo del sueño, así como la aparición de conductas rituales (sobre todo en torno al momento de irse a dormir), todas ellas como medidas de control mágico de las separaciones del progenitor, dado que cualquier pérdida de la mera visión del que ejerce su custodia es vivenciada como susceptible de una nueva pérdida o abandono, con el consiguiente acrecentamiento de la angustia.

Como era de esperar, las temáticas de soledad y de miedo al abandono se hacen más intensas en los casos en los que el niño ha sido testigo de cualquier tipo de violencia entre sus padres, más aún si alguno de los progenitores estaba bajo los efectos del alcohol u otras sustancias tóxicas y hay palabras de chantaje por en medio en relación con quitarse la vida o matar al otro.

Estas experiencias no sólo ponen en marcha una intensa angustia en los momentos en que tienen lugar, sino que continúan actualizadas en el recuerdo del niño con todo lujo de detalles, o bien se convierten en temas recurrentes en los sueños. Esto significa que, aunque el niño, por la edad en que tienen lugar esos hechos, no tenga una clara consciencia de las mismas, las vive como genuinos traumas psicológicos, creando la habitual sintomatología del trastorno por estrés posttraumático, síntomas que permanecen a lo largo de mucho tiempo, a veces toda la vida.

Es por eso que, en algunos jóvenes y adultos, la vivencia de la ruptura entre los padres aparece inopinadamente en forma de episodios fragmentados, a modo de flash, en situaciones claves de sus existencias, especialmente cuando sus relaciones adultas atraviesan puntos críticos.

Hay multitud de evidencias, que la crudeza del sufrimiento que experimentan los componentes de una pareja tras la ruptura de la misma, marca emocionalmente al niño de forma indeleble. Puede que, con el paso del tiempo, las influencias de los conflictos que rodean la separación o el divorcio de los padres vayan suavizándose en intensidad, pero no suelen olvidarse nunca de forma total.

Por otra parte, las consecuencias de la separación o divorcio de los padres también afecta seriamente el desarrollo social de los hijos, al fracturarse las redes de apoyo social con las que contaban hasta entonces.

Con frecuencia, tras el divorcio o la separación, los niños han de reubicarse en una zona residencial nueva y en una escuela distinta, con la consiguiente pérdida de sus relaciones con sus iguales y con las actividades hasta entonces habituales, viéndose obligados a realizar un muy costoso esfuerzo adaptativo a esos nuevos contextos. Junto a estas circunstancias, en el hogar se encuentran con unas funciones paternas seriamente disminuidas, justo en el momento en el que necesitan más que nunca del entorno estable y sensible, para desarrollar su personalidad tanto fuera como dentro de la familia.

Con frecuencia, los cambios consecuentes a la separación obligan a algunos de los hijos a asumir una serie de responsabilidades dentro del hogar como por ejemplo hacer de cuidadores de los hermanos más pequeños, o, incluso, a tener que proteger a un padre o a una madre emocionalmente necesitados. Esta eventualidad puede ser el motivo de orgullo para el niño e incluso favorecer el desarrollo del sentimiento de compasión y de responsabilidad moral, pero, si la situación es prolongada, el precio que han de pagar es muy alto, pues pierden la ocasión de disfrutar de los privilegios de la infancia y de la adolescencia, así como de importantes aspectos de su desarrollo social.

En contraste con sus padres de familias unidas, los hijos de grupos familiares separados o divorciados, juegan menos, participan poco en actividades extraescolares y no se implican mucho en programas de enriquecimiento escolar o vacacional.

Estas diferencias se deben, además de a la generalizada situación de precariedad económica que suelen tener estas familias, a la menor disponibilidad de los padres para llevar a los hijos a estos tipos de acontecimientos, y, más frecuentemente, al cambio de vecindario y escuela habituales, así como a causa de las interrupciones a que obliga el cumplimiento del régimen de visitas del padre no custodio.

Por todo lo comentado hasta ahora, se puede afirmar que la gran mayoría de los hijos de padres separados o divorciados no tienen una infancia feliz. Pero, es más, la

añoranza de los jóvenes después de haber perdido esas oportunidades de disfrutar de su infancia, continúa décadas después, como reiteradamente se ha señalado.

CAPÍTULO IV

4. Juicio ordinario civil

4.1 Generalidades

Para determinar la competencia de los jueces en el conocimiento de los asuntos en los procesos ordinarios de divorcio, y los asuntos relacionados con el derecho de familia, tiene que atenderse lo regulado en la ley de tribunales de familia, y en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Se debe tener presente que cuando se produce la ruptura de la relación conyugal de una pareja, normalmente el procedimiento judicial, puede realizarse en dos vías, una ordinaria y una voluntaria; la voluntaria es aquella en la que las dos partes contendientes se encuentran de acuerdo en su separación y divorcio, por lo tanto, tal como se verá más adelante su trámite es mucho más ágil que el divorcio tramitado a través del juicio ordinario, el que se da porque no existe acuerdo, y es uno de los dos cónyuges el que realiza la petición, normalmente debe solicitarlo quien no es culpable o no da lugar a causa alguna, las cuales se encuentran contenidas en el Artículo 155 del Código Civil.

4.2 Forma de substanciación

Como se ha señalado arriba, cuando se pretende una declaración en sentencia de que se ha disuelto el vínculo del matrimonio, en forma legal, y es por parte de uno solo de los cónyuges, se sustancia a través de un juicio ordinario, el cual se encuentra revestido de una serie de fases, que las podemos denominar en la forma siguiente:

4.2.1 Fase Preliminar

Esta fase se inicia con la intención de la parte demandante, quien debe tener la capacidad para litigar o ser representada en forma legal, normalmente quien plantea la pretensión procesal debe ser la persona o el cónyuge que no es culpable de la separación o divorcio y cuyas causales se encuentran comprendidas en el Artículo 155 del Código Civil. La parte demandante puede invocar y justificar cualquiera de ellas.

En esta fase como su nombre lo indica es preliminar, y ello conlleva la búsqueda de una asesoría profesional para entablar la demanda. En cuanto a la jurisdicción y competencia, se tiene que atender a lo que señala el Código Procesal Civil y Mercantil y la ley de tribunales de familia, y por tratarse de asuntos de familia, es competente el juez de donde reside la demandante.

a) Capacidad para accionar

Es necesario que tanto la persona que demanda como la demandada, tengan capacidad legal para actuar en juicio. Al respecto, el Artículo 44 del Código Procesal Civil y Mercantil refiere que tendrán capacidad para litigar las personas que tengan el libre ejercicio de sus derechos. Las personas que no tengan el libre ejercicio de sus derechos, no podrán actuar en juicio sino representadas, asistidas o autorizadas conforme a las normas que regulen su capacidad. Las personas jurídicas litigarán por medio de sus representantes conforme a la ley, sus estatutos o la escritura social.

En caso de que uno de los litigantes no cuente con capacidad legal para comparecer a juicio, debe hacerse representar por medio de un mandatario, quien ejercerá una representación y personería debiendo cumplir con los requisitos legales para dicho efecto. En relación a lo anterior, es importante señalar que el Artículo 47 del Código Procesal Civil y Mercantil refiere que quienes actúen en representación de otros, están obligados a interponer todos los recursos, defensas y excepciones que legalmente puedan oponer las partes, so pena de responsabilidad personal y de daños y perjuicios. Lo anterior no impide a la parte representada hacer uso, dentro de los términos legales, de todos los derechos que le confieren las leyes.

b) Requisitos de la demanda o primera solicitud

Al respecto, la ley es bastante clara, cuando los señala en el Artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil, estos son:

1. Designación del juez o Tribunal a quien se dirija.
2. Nombres y apellidos completos del solicitante o de la persona que lo represente, su edad, estado civil, nacionalidad, profesión u oficio, domicilio e indicación del lugar para recibir notificaciones.
3. Relación de los hechos a que se refiere la petición.
4. Fundamento de derecho en que se apoya la solicitud, citando las leyes respectivas.
5. Nombres, apellidos y residencia de las personas de quienes se reclama un derecho; si se ignorare la residencia se hará constar.
6. La petición, en términos precisos.
7. Lugar y fecha.
8. Firmas del solicitante y del abogado colegiado que lo patrocina, así como el sello de éste. Si el solicitante no sabe o no puede firmar, lo hará por él otra persona o el abogado que lo auxilie.

Al respecto, el Artículo 106 del mismo cuerpo legal también señala que en la demanda se fijarán con claridad y precisión los hechos en que se funde, las pruebas que van a rendirse, los fundamentos de derecho y la petición.

Los documentos esenciales que deben presentarse juntamente con la demanda, como se encuentra señalado en el Artículo 107 del Código Procesal Civil y Mercantil, si no tuviere esos documentos a su disposición, los mencionará en el memorial de demanda, con la individualidad posible, expresando lo que de ellos resulte, y designará el archivo, oficina pública o lugar donde se encuentren los originales.

4.2.2 Fase de conciliación

En los procesos de conocimiento, como los ordinarios, se señala una etapa de conciliación dentro de las fases previas, por cuanto, si esta conciliación se suscita, es posible que el juicio concluya.

El Artículo 97 del Código Procesal Civil y Mercantil, al respecto, señala: Los tribunales podrán, de oficio o a instancia de parte, citar a conciliación a las partes, en cualquier estado del proceso. Si las partes llegan a un avenimiento se levantará acta firmada por el juez o presidente del Tribunal, en su caso, por las partes o sus representantes debidamente facultados para transigir y por el secretario. A continuación se dictará resolución declarando terminado el juicio y se mandará anotar de oficio el acta, en los registros respectivos.

4.3 Clases de procesos que se ventilan en juicio ordinario

4.3.1 El divorcio en la vía ordinaria.

De conformidad con la ley de tribunales de familia, y el Artículo 96 del Código Procesal Civil y Mercantil, que dice que las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en dicho cuerpo legal, se ventilarán en juicio ordinario.

Las fases del procedimiento ordinario de divorcio son las siguientes:

a). Emplazamiento

Este se refiere a que una vez presentada la demanda en la forma debida, el juez deberá emplazar a los demandados, concediéndoles audiencia por nueve días comunes a todos ellos.

El Código Procesal Civil y Mercantil en su Artículo 112 regula los efectos del emplazamiento, siendo estos

- **Efectos materiales:**

a) Interrumpir la prescripción;

- b) Impedir que el demandado haga suyos los frutos de la cosa desde la fecha del emplazamiento, si fuere condenado a entregarla;
- c) Constituir en mora al obligado;
- d) Obligar al pago de intereses legales, aun cuando no hayan sido pactados; y
- e) Hacer anulables la enajenación y gravámenes constituidos sobre la cosa objeto del proceso, con posterioridad al emplazamiento. Tratándose de bienes inmuebles, este efecto sólo se producirá si se hubiese anotado la demanda en el Registro de la Propiedad.

- **Efectos procesales:**

- a) Dar prevención al juez que emplaza;
- b) Sujetar a las partes a seguir el proceso ante el juez emplazante, si el demandado no objeta la competencia; y
- c) Obligar a las partes a constituirse en el lugar del proceso.

b). Actitud del demandado:

El demandado puede adoptar una serie de actitudes respecto a la demanda entablada en su contra, de las cuales se señala en la ley, y estas son:

1). Rebeldía del demandado

Al respecto, el Artículo 113 del Código Procesal Civil y Mercantil refiere que si transcurrido el término del emplazamiento el demandado no comparece, se tendrá por contestada la demanda en sentido negativo y se le seguirá el juicio en rebeldía, a solicitud de parte, siendo sus efectos los siguientes:

- a. Desde el momento en que el demandado sea declarado rebelde podrá trabarse embargo sobre sus bienes, en cantidad suficiente para asegurar el resultado del proceso.
- b. Compareciendo el demandado después de la declaración de rebeldía, podrá tomar los procedimientos en el estado en que se encuentren.
- c. Podrá dejarse sin efecto la declaración de rebeldía y el embargo trabado, si el demandado prueba que no compareció por causa de fuerza mayor insuperable.
- d. También podrá sustituirse el embargo, proponiendo otros bienes o garantía suficiente a juicio del juez. La petición se sustanciara como incidente, en pieza separada y sin que se suspenda el curso del asunto principal.

2). Allanamiento

El allanamiento es una actitud activa del demandado, a través de la cual acepta la pretensión del actor. El allanamiento puede ser total o parcial; es total cuando se aceptan todas las pretensiones del actor, el juez previa ratificación, fallará sin más

trámite poniéndole fin al proceso y es parcial, cuando solo se acepta parte de las pretensiones del actor, debiendo el juez resolver en cuanto a la pretensión allanada y continuando el proceso en relación a lo demás.

3). Interposición de excepciones

El demandado también, puede oponerse a la demanda, interponiendo las excepciones que considere convenientes, al respecto, la ley señala:

En su calidad de excepciones previas, las de incompetencia, litispendencia, demanda defectuosa, falta de capacidad legal, falta de personalidad, falta de personería, falta de cumplimiento del plazo de la condición a que estuviere sujeta la obligación o el derecho que se hagan valer, la caducidad, prescripción, cosa juzgada y transacción.

Excepción de arraigo. Si el demandante fuere extranjero o transeúnte, será también excepción previa la de garantizar las sanciones legales, costas, daños y perjuicios. No procede esta excepción, si el demandante prueba que en el país de su nacionalidad no se exige esta garantía a los guatemaltecos y si el demandado fuere también extranjero o transeúnte.

El momento procesal oportuna en que el demandado podrá para hacer valer las excepciones previas es dentro de seis días de emplazado. Sin embargo, en cualquier estado del proceso podrá oponer las excepciones de litispendencia, falta de capacidad

legal, falta de personalidad, falta de personería, cosa juzgada, transacción, caducidad y prescripción. El trámite de las excepciones será el mismo de los incidentes.

Resolución de las excepciones previas. De conformidad con lo regulado en nuestra ley adjetiva, el juez resolverá en un sólo auto todas las excepciones previas. Si entre ellas se hallare la excepción de incompetencia y el juez la declare infundada, se pronunciará sobre las otras excepciones previas en el mismo auto. En caso de que la excepción de incompetencia fuere declarada con lugar, el juez se abstendrá de decidir las restantes, hasta que quede ejecutoriada la decisión recaída en materia de incompetencia. Si el auto fuere apelado, el Tribunal superior se pronunciará sobre todas las excepciones previas que se hubieren resuelto. Si debiera pronunciarse sobre la incompetencia y la declarase fundada, se abstendrá de pronunciarse sobre las restantes y dispondrá la continuación del juicio por el juez que declare competente.

4). Contestación de la demanda

Dentro del juicio ordinario al demandado le asiste el derecho a ser oído en los órganos jurisdiccionales, asistiéndole para ello la facultad de contestar la demanda planteada en su contra, al respecto, el Artículo 118 del Código Procesal Civil y Mercantil preceptúa que la contestación de la demanda deberá llenar los mismos requisitos del escrito de demanda y si hubiere de acompañarse documentos, también le será aplicable lo dispuesto en los Artículos 107 y 108 del mismo cuerpo legal. Al contestar la demanda, si lo considera procedente el demandado podrá interponer las excepciones perentorias

que tuviere contra la pretensión del actor. Las excepciones nacidas después de la contestación de la demanda se pueden proponer en cualquier instancia y serán resueltas en sentencia.

5). La reconvención

Se comprende por reconvención la actitud del demandado que consiste en el aprovechamiento de la existencia de un procedimiento en su contra iniciado por el actor para interponer frente a este, otra pretensión, entablada ante el mismo juez y por el mismo procedimiento. La reconvención también es llamada contrademanda.

Dentro del juicio ordinario el demandado tiene el derecho de reconvenir, al demandante. La reconvención podrá proponerse siempre que se llenen los requisitos regulados en el Artículo 119 del Código Procesal Civil y Mercantil, siendo estos que la pretensión que se ejercite tenga conexión por razón del objeto o del título con la demanda y que no deba seguirse por distintos trámites. Es de suma importancia tener presente que solo al contestar la demanda en sentido negativo se puede interponer la reconvención

6). Prueba

Solventados los asuntos preliminares, si el juez considera que existen hechos controvertidos, abre a prueba por el plazo legal de treinta días. Este término podrá ampliarse a diez días más, cuando sin culpa del interesado no hayan podido practicarse

las pruebas pedidas en tiempo. La solicitud de prórroga deberá hacerse, por lo menos, tres días antes de que concluya el término ordinario y se tramitará como incidente.

También se puede suscitar que se extienda el periodo de prueba, debido a diversas causas, razón por la cual el Artículo 124 de nuestro ordenamiento adjetivo señala un término extraordinario de prueba y los casos en que esto proceda, tales como que en la demanda o en la contestación se hubieren ofrecido pruebas que deban recibirse fuera de la república y procedieren legalmente, el juez, a solicitud de cualquiera de las partes, fijará un término improrrogable, suficiente según los casos y circunstancias, que no podrá exceder de 120 días.

El término extraordinario de prueba principiará a correr juntamente con el ordinario. El término de prueba se declarará vencido, si las pruebas ofrecidas por las partes se hubieren practicado o cuando éstas de común acuerdo lo pidieren.

7). Carga de la prueba

De conformidad con lo regulado en la ley de la materia las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. Quien pretende algo, ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión y quien contradice la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas de esa pretensión. Sin perjuicio de la aplicación de dichas normas los jueces apreciarán las omisiones o las deficiencias en la producción de la prueba.

8). Apreciación de la prueba

El Artículo 127 del Código Procesal Civil y Mercantil preceptúa "Los jueces podrán rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, los notoriamente dilatorios o los propuestos con el objeto de entorpecer la marcha regular del proceso. Las resoluciones que se dicten en este sentido son inapelables; pero la no admisión de un medio de prueba en oportunidad de su proposición, no obsta a que, si fuere protestada por el interesado, sea recibida por el Tribunal que conozca en Segunda Instancia, si fuere procedente.

Los incidentes sobre la prueba no suspenden el término probatorio, sino únicamente con respecto de la diligencia que motiva la discusión. Por regla general los tribunales apreciarán el mérito de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto de ley en contrario; asimismo desecharán al momento de dictar sentencia, las pruebas que no se ajusten a los puntos de hecho expuestos en la demanda y su contestación.

9). Medios de prueba en particular

Los medios de prueba enumerados en el Código Procesal Civil y Mercantil vigente, son:

1. Declaración de las partes.
2. Declaración de testigos.

3. Dictamen de expertos.
4. Reconocimiento judicial.
5. Documentos.
6. Medios científicos de prueba.
7. Presunciones.

10). Práctica de la prueba

Las pruebas ofrecidas por las partes procesales, se recibirán con citación de la parte contraria; y sin este requisito no se tomarán en consideración. Para las diligencias de prueba los tribunales señalará día y hora en que deban practicarse y citarán a la parte contraria, por lo menos, con dos días de anticipación. Dentro del proceso ordinario pueden darse la reserva de la prueba y al respecto el Artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil regula “La prueba se practicará de manera reservada cuando, por su naturaleza, el Tribunal lo juzgare conveniente. El juez presidirá todas las diligencias de prueba.”

11). La vista, auto para mejor fallar y la sentencia

Las fases finales del procedimiento ordinario, de conformidad con nuestro ordenamiento son: la vista, auto para mejor fallar y sentencia.

La vista es el momento procesal al concluir el término de prueba, en el cual las partes y sus abogados podrán alegar de palabra o por escrito. El artículo 196 del Código Procesal Civil y Mercantil regula que al concluir el término de prueba, el secretario del juzgado lo hará constar sin necesidad de providencia, agregará a los autos las pruebas rendidas y dará cuenta al juez. La vista puede ser pública, si lo solicita alguna de las partes, entonces los alegatos tendrán que presentarse en forma escrita. Para la vista el juez, de oficio, debe señalar día y hora en que se desarrollará, dentro del término señalado en la Ley Constitutiva del Organismo Judicial.

Auto para mejor fallar es la resolución emitida por el juez ordenando se practiquen toda clase de diligencia necesaria para que él pueda dictar una sentencia más justa y objetiva. El Artículo 197 del Código Procesal Civil y Mercantil preceptúa. Los jueces y tribunales, antes de pronunciar su fallo, podrán acordar para mejor proveer: 1. Que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes. 2. Que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que consideren necesario o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho. 3. Traer a la vista cualquier actuación que tenga relación con el proceso. Estas diligencias se practicarán en un plazo no mayor de quince días. Contra esta clase de resoluciones no se admitirá recurso alguno, y las partes no tendrán en la ejecución de lo acordado más intervención que la que el tribunal les conceda.

La sentencia es la única forma normal de ponerle fin a un proceso, después de haberse cumplido con todas las etapas del proceso. En relación a la sentencia el Artículo 198

regula que efectuada la vista, o vencido el plazo del auto para mejor fallar, el juez procederá a dictar la sentencia, dentro del plazo establecido en el Artículo 142 de Ley constitutiva del organismo judicial.

4.3.2 Proceso voluntario de divorcio

Mediante el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria puede sustanciarse el juicio voluntario de divorcio, que como se dijo adelante, es aquel en el que no existe contienda y ha sido previamente consensuado entre los cónyuges. La siguiente normativa es la que rige el procedimiento y es la siguiente:

Artículo 401. La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

Artículo 402. Las informaciones que las leyes exigen para la realización de ciertos actos, como el otorgamiento de autorizaciones judiciales, rectificación de partidas, etc., y todos los que no estuvieren especialmente reglamentados, se sujetarán a lo dispuesto en este título, aplicándose, además, lo que particularmente establezcan como requisito especial las leyes respectivas.

Solicitud y audiencia. Artículo 403. Las solicitudes relativas a jurisdicción voluntaria se formularán por escrito ante los jueces de Primera Instancia; y cuando fuere necesaria la audiencia de alguna persona, se le notificará para que dentro de tercero día, la evacúe. Los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren serán recibidos sin necesidad de citación. Se oirá al Ministerio Público: 1. Cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos. 2. Cuando se refiere a personas incapaces o ausentes.

Oposición. Artículo 404. Si a la solicitud se opusiere alguno que tenga derecho para hacerlo, el asunto será declarado contencioso, para que las partes acudan a donde corresponde a deducir sus derechos. Si la solicitud se hiciere por quien no tenga derecho en el asunto, el juez la rechazará de oficio.

Carácter revocable de las providencias. Artículo 405. El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujetarse a los términos y formas establecidas para la jurisdicción contenciosa.

El divorcio y separación mutuo consentimiento. Artículo 426. El divorcio o la separación por mutuo consentimiento podrán pedirse ante el juez del domicilio conyugal, siempre que hubiere transcurrido más de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio. Con la solicitud deberán presentarse los documentos siguientes: 1. Certificaciones de la partida de matrimonio, de las partidas de nacimiento de los hijos procreados por ambos y de las partidas de defunción de los hijos que hubieren

fallecido. 2. Las capitulaciones matrimoniales, si se hubiesen celebrado. 3. Relación de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Medidas cautelares. Artículo 427. Al darle curso a la solicitud, el juez podrá decretar la suspensión de la vida en común y determinará provisionalmente quién de los cónyuges se hará cargo de los hijos y cuál será la pensión alimenticia que a éstos corresponda, así como la que deba prestar el marido a la mujer, si fuere el caso. También podrá dictar todas las medidas que estime convenientes para la adecuada protección de los hijos y de la mujer. Los hijos menores de diez años, sin distinción de sexo, y las hijas de toda edad, quedarán durante la tramitación del divorcio o de la separación, al cuidado de la madre; y los hijos varones, mayores de diez años, al cuidado del padre. Sin embargo, si en concepto del juez hubiere motivos fundados, podrá confiarlos al cuidado del otro cónyuge o de una tercera persona. Los jueces determinarán, igualmente, el modo y la forma en que los padres puedan relacionarse con los hijos que no se encuentren en su poder.

Junta conciliatoria. Artículo 428. El juez citará a las partes a una junta conciliatoria, señalando día y hora para que se verifique dentro del término de ocho días. Las partes deberán comparecer personalmente, auxiliadas por diferente abogado. Previa ratificación de la solicitud, el juez les hará las reflexiones convenientes, a fin de que continúen la vida conyugal. Si aquellos se avinieren, el juez declarará el sobreseimiento definitivo. Únicamente el cónyuge que este fuera de la república podrá constituir

apoderado para este acto. En ningún caso pueden los cónyuges designar apoderado a una misma persona para tramitar estas diligencias.

Convenio. Artículo 429. Si no hubiere conciliación, en la misma junta o con posterioridad, se presentará al juez un proyecto de convenio en que consten, en su caso, los puntos siguientes: 1. A quién quedan confiados los hijos menores o incapaces habidos en el matrimonio. 2. Por cuenta de quien de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos, y cuando esta obligación pese sobre ambos cónyuges, en que proporción contribuirá cada uno de ellos. 3. Que pensión deberá pagar el mando a la mujer, si ésta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades. 4. Garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges. El convenio no perjudicará los hijos, quienes, a pesar de las estipulaciones, conservarán íntegros sus derechos a ser alimentados y educados, con arreglo a la Ley.

Aprobación del convenio. Artículo 430. El juez aprobará el convenio si estuviere arreglado a la ley y las garantías propuestas fueren suficientes, disponiendo, en tal caso, que se proceda a otorgar las escrituras correspondientes, si fuere procedente.

Sentencia. Artículo 431. Cumplidos los requisitos anteriores, e inscritas las garantías hipotecarias, en su caso, el juez dictará la sentencia dentro de ocho días, la que resolverá sobre todos los puntos del convenio y será apelable. Después de seis meses de haber causado ejecutoria la sentencia de separación, cualquiera de los cónyuges

puede pedir que se convierta en divorcio, fundado en la ejecutoria recaída en el proceso de separación. Esta petición se resolverá como punto de derecho, previa audiencia por dos días a la otra parte. En caso de oposición, se tramitará en juicio ordinario.

Reconciliación. Artículo 432. En cualquier estado del proceso de separación o de divorcio y aún después de la sentencia de separación, pueden los cónyuges reconciliarse, quedando sin efecto dicha sentencia. Solo por causas posteriores a la reconciliación, podrá entablarse nuevo proceso. La reconciliación podrá hacerse constar por comparecencia personal ante el juez, por memorial con autenticación de firmas o por escritura pública.

Inscripción en los registros. Artículo 433. La sentencia de separación, la reconciliación posterior a ella y la sentencia de divorcio, serán inscritas de oficio en el Registro Civil y en el de la Propiedad, para lo cual el juez remitirá, dentro de tercero día, certificación en papel español, de la resolución respectiva.

Norma general. Artículo 434. Son aplicables al proceso de separación o divorcio por causa determinada, que se tramitará en vía ordinaria, todas las disposiciones contenidas en los Artículos 427, 431, 432 y 433.

CAPÍTULO V

5. Análisis jurídico de la vulneración del principio de igualdad al otorgarse la guarda y custodia preferente para la madre, en caso de un divorcio.

5.1 Generalidades

En los capítulos anteriores se ha analizado, lo referente a la familia, el derecho de familia y las instituciones en el derecho de familia, como lo son el matrimonio, los alimentos por ejemplo, y la función que de acuerdo a la ley juegan los padres de familia con relación a los hijos, la motivación que los padres de familia, padre y madre, han tenido para compartir su vida juntos, con intenciones de procrear sus hijos, auxiliarse recíprocamente y protegerse entre si.

Asimismo se ha desarrollado los procedimientos judiciales que con ocasión a la ruptura del matrimonio se pueden emplear por cualquiera o por los dos cónyuges. Es evidente que en Guatemala, el alto índice de peticiones de divorcio en los tribunales, es alarmante, por cuanto, y de acuerdo a la información oficial proporcionada por El Centro de Información, Desarrollo y Estadística del Organismo Judicial –CIDEJ-, durante el año 2013 se reportaron 9,289 divorcios en todo el país, mientras que en el año 2014 la cifra se incrementó a 9,948 casos. Lamentablemente no cuentan con información estadística sobre quienes interpusieron las demandas de divorcio ni de a quien le otorgaron la guarda y custodia de los hijos, aunque según entrevista publicada por

Emisoras Unidas el 14 de febrero del año 2015 la mayoría son de mutuo acuerdo, lo que denota la confianza entre los cónyuges de resolver su estado matrimonial de conformidad con la vía procesal judicial, y también a la dirección y procuración de los profesionales del derecho a quienes consultan.

Desde el cualquier punto que se observe, se establece que se está produciendo una desintegración de la familia a gran escala, situación que afecta en gran manera a los hijos y a la sociedad. Por mandato constitucional, el Estado de Guatemala, está obligado a tomar las medidas de prevención y rehabilitación contra la desintegración familia, lamentablemente en la realidad, no se culpe con ello.

En la práctica judicial y de conformidad con la realidad nacional, cuando se resuelven los procesos ordinarios de divorcio, sean voluntarios o bien ordinarios, la guarda y custodia de los hijos menores de edad, le es otorgada a la madre, surgiendo la interrogante de que si ¿el principio de igualdad, desde el punto de vista formal, cabe en el presente caso? Por cuanto, a criterio de la sustentante, la ley en ese sentido únicamente protege y favorece a la mujer, violentándose así el principio de igualdad; cuando en las normas sustantivas se faculta a la mujer a que pueda hacerse cargo de sus hijos, dejando por un lado los derechos que le asisten al padre de los mismos, estimándose violatorio a su derecho a la igualdad de trato entre de hombres y mujeres.

Existen una serie de instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos que han sido creados, a favor de los derechos de la mujer, principalmente

porque las normas tienen un corte clasista, en contra de los hombres y los dejan afuera, violentándose el principio de igualdad, en muchos casos, lo que se ha ido corrigiendo a través de reformas legislativas, y en el presente caso, es lo que se pretende, especialmente en la problemática que se aborda.

En Guatemala han existido distintos momentos históricos en los cuales ha tenido un papel fundamental la mujer, para hacer valer sus derechos a la igualdad en relación al hombre, y que también han tenido efectos positivos en el caso de Guatemala.

En 1948, la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogota, Colombia, resolución XXX. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre. Aquí se encuentran aspectos que se relacionan con la necesidad de implementar políticas especialmente de carácter social y legal, para que todas las personas sean iguales ante la ley y tengan los derechos y deberes en igualdad de condiciones, valores consagrados en la declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, grado. Además, el derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar, ya que toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella.

En 1948, la IX Conferencia Internacional Americana, Convención Interamericana sobre los Derechos Civiles de la Mujer, en el que brevemente establece que la mujer tiene derecho a la igualdad con el hombre en el orden civil, que el Principio de Igualdad de

derechos humanos de hombres y mujeres esta contenida en la Carta de las Naciones Unidas.

En 1948, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada en Nueva York, el 10 de diciembre de 1948, señala que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que estando dotados de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Agrega además, que todos son iguales ante la ley y sin distinción tienen, derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

En 1957, la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, que entró en vigencia el 11 de agosto del año 1958 y tuvo como base el Artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Asamblea General de las Naciones Unidas que proclamo con relación al matrimonio, que ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio podrán afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer, que una mujer extranjera casada con uno de sus nacionales podrá adquirir, si lo solicita, la nacionalidad del marido, mediante un procedimiento especial de naturalización privilegiada, con sujeción a las limitaciones que puedan imponerse por razones de seguridad y de interés público; además estableció recomendaciones que aparecen en los considerandos, relacionados a reafirmar en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la

igualdad de derechos de hombres y mujeres. Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el Principio a la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en dicha declaración, sin distinción de ninguna clase.

En el mismo, la discriminación contra la mujer es incompatible con la dignidad humana y con el bienestar de la familia de la sociedad, que impide su participación en la vida política, social, económica y cultural de sus países en condiciones de igualdad con el hombre y constituye un obstáculo para el pleno desarrollo de las posibilidades que tiene la mujer de servir a sus países y a la humanidad, teniendo presente la importancia de la contribución de la mujer a la vida social, política, económica, cultural, así como su función en la familia y especialmente en la educación de los hijos.

En 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José Costa Rica, el veintidós de noviembre de ese año, fundamenta las recomendaciones con respecto al derecho a la vida, ya que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Así también el derecho a la protección de la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

En 1972, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamo el año Internacional de la Mujer en el año 1975.

En 1975, en México, la Organización de la Conferencia Mundial busca las medidas que aseguren condiciones de igualdad con el hombre, integración de la mujer al desarrollo y su contribución al fortalecimiento de la paz mundial. Los resultados de dicha conferencia fueron la preparación de tres importantes documentos internacionales entre los cuales se encuentra el Plan de Acción Social Mundial, instrumento que introduce el concepto de igualdad entre los sexos, derechos, oportunidades y responsabilidades.

En 1979, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, adquiere para los países miembros, un decisivo alcance para la observancia de los Derechos de la Mujer. Entre su regulación, se encuentra de suma importancia el Artículo 1 que preceptúa “A los efectos de la presente convención, la expresión discriminación contra la mujer, denotara toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabo o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de la mujer independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, sociales, culturales y civiles o en cualquier otra esfera”.

En 1985, las Estrategias de Nairobi, orientadas hacia el futuro, presentan medidas y programas de acción necesarios para mejorar la condición de la mujer en el desarrollo económico social, cultural y legal tanto a nivel nacional como internacional.

En 1994, la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, aprobada en la VII Sección Plenaria de la organización de los Estados Americanos, celebrada en junio de 1994, en la ciudad de Belem Do Para Brasil, regula lo concerniente a las medidas de protección a víctimas de violencia intrafamiliar.

En 1995, la IV conferencia mundial de la mujer, realizada en Beijing, China, presenta las recomendaciones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, regulando que para los efectos de esa convención, por violencia contra la mujer debe entenderse cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

5.2. Principio de igualdad en la Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en su Artículo cuarto: "Libertad e Igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí."

De acuerdo a lo anterior, la igualdad legal constituye el requisito más importante de un Estado de Derecho en el que todas las personas tienen garantías para gozar de los mismos derechos y obligaciones y de protección contra cualquier arbitrariedad o discriminación.

En el tema de la desigualdad entre hombres y mujeres, por ejemplo, la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra La Mujer constituye el marco de referencia para identificar y erradicar las discriminaciones legales que existen y que van en contra de las mujeres en los ordenamientos jurídicos de los países del mundo, como sucede en el caso de Guatemala; el Estado de Guatemala ratificó la Convención en 1,982 (Decreto Ley 49-82), y a partir de la misma, se han realizado una serie de reformas especialmente en el derecho de familia, relacionadas con las obligaciones y derechos de los cónyuges en el matrimonio.

Entonces, el Artículo 4º. Constitucional constituye la base para la construcción de una sociedad guatemalteca justa y no excluyente por razones de sexo, lo que implica vivir *en igualdad material y formalmente entre hombres y mujeres; especialmente en el caso del derecho de familia y de los derechos y obligaciones de los cónyuges en el matrimonio, por ejemplo, en relación a los hijos, debiera accederse con ello, en condiciones equitativas al desarrollo del país; lo anterior también implica construir con medidas de acción afirmativa la equidad entre hombres y mujeres: la equidad es el camino para llegar a la igualdad. Hasta el momento la igualdad legal entre mujeres y hombres, proclamada en la Carta Magna y demás leyes fundamentales de los Estados*

de la región centroamericana, no se traduce en igualdad real. En ningún Estado del mundo se han eliminado totalmente las discriminaciones contra las mujeres y ello impide el pleno ejercicio de los derechos públicos y privados inherentes a la persona humana, manteniendo a las mujeres en una situación de opresión y exclusión inadmisibles por constituir flagrantes violaciones a los derechos humanos de más de la mitad de la humanidad. Esto a pesar de que se han realizado cambios sustanciales, la problemática de la desigualdad, ya sea en función del hombre o de la mujer continúa, y podría decirse, que en el caso de los hombres, aunque estos en forma silenciosa no lo hagan valer como ha sucedido en el caso de las mujeres, si afrontan problemas de desigualdad, especialmente en el derecho de familia, como se expone en este trabajo y presentando recomendaciones tendientes a resolverlo.

5.3. Definiciones de Inconstitucionalidad

En primer lugar, conviene señalar que la palabra inconstitucional deriva de los aspectos jurídicos que comprende que una norma ordinaria comúnmente no es congruente o choca con una norma que contiene la Constitución Política de la República de Guatemala.

Se dice que una norma o ley es inconstitucional, vocablo que proviene del prefijo in-, que indica negación, y Constitución, a su vez del latín cum, con, y statuere. “Que no está de acuerdo con la constitución del Estado.”²⁰

La acción de inconstitucionalidad se encuentra establecida en la propia Constitución Política de la República y en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Inconstitucionalidad, que también es ley constitucional en si misma, y forma parte del control constitucional que deben tener no solo los estudiosos del derecho sino también cualquier ciudadano que se encuentre o se sienta afectado en sus derechos fundamentales que debe garantizar el Estado y el ente encargado para ello es la Corte de Constitucionalidad.

El principio de igualdad, plasmado en el Artículo 4. de la Constitución Política de la República impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias.

La Corte de Constitucionalidad, ha expresado “En anteriores casos que este principio de igualdad hace una referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe, ni se opone a dicho principio, el hecho que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento

²⁰ **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española**, edición 21. Pág. 879

diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo al sistema de valores que la Constitución acoge...” Fallo de la sentencia de fecha 16 de junio 1992, gaceta No. 24, expediente 141-92. Pág. 14.

De igual manera, conviene citar lo contenido al respecto en la opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad que estipula “La cláusula precitada reconoce la igualdad humana como principio fundamental, que ha sido estimado en varias resoluciones de esta Corte. Al respecto debe tenerse en cuenta que la igualdad no puede fundarse en hechos empíricos, sino se explica en el plano de la ética, porque el ser humano no posee igualdad por condiciones físicas, ya que de hecho son evidentes sus desigualdades materiales, sino que su paridad deriva de la estimación jurídica. Desde esta perspectiva, la igualdad se expresa por dos aspectos: Uno, porque tiene expresión constitucional; y otro, porque es un principio general del Derecho. Frecuentemente ha expresado esta Corte que el reconocimiento de condiciones diferentes a situaciones también diferentes no puede implicar vulneración del principio de igualdad, siempre que tales diferencias tengan una base de razonabilidad...” Gaceta No. 59 expediente 482-98 de la Corte de Constitucionalidad.

5.4. La función de los hombres como padres de familia en la actualidad

La sociedad guatemalteca se encuentra caracterizada por ser eminentemente machista, es decir, que el padre de familia, tradicionalmente se ha opuesto a que la mujer trabaje o se supere en forma alguna.

Por otro lado, también resulta evidente de que las leyes de Guatemala, especialmente las que regulan lo relativo a la familia, han sido elaboradas o creadas por legisladores varones, es decir, que los diputados al Congreso de la República en su mayoría son hombres y esta situación ha prevalecido hasta la actualidad.

Se considera que llega a tal grado el machismo o el poder de los hombres sobre las mujeres, en el sentido de que se han opuesto a que estas se destaquen, llegando a prohibir o no permitir, por cualquier razón que la mujer labore fuera del hogar, y son ellos los que proveen los alimentos y los gastos para la subsistencia de la familia de éstos.

Esa forma sobre protectora que se regula en el Código Civil y en la Ley de Tribunales de Familia, cuando la norma ordena que al juez le corresponde proteger a la parte más débil de las relaciones familiares, refiriéndose a la mujer y a los hijos, hace que el nivel de machismo se mantenga, por cuanto, la sociedad ha avanzado considerablemente y en el caso de Guatemala, no sería la excepción.

Lo anterior, por cuanto, ha habido un incremento de mujeres en el trabajo, ya no se quedan en el hogar al cuidado de los hijos y de los quehaceres domésticos, sino también, adicionalmente se dedican a las labores productivas, por encontrarse solas, al ser madres solteras, viudas, abandonadas, etc., ó cuando a pesar de estar en una posición económica solvente, deciden por ellas mismas, ser parte productiva de la sociedad.

En general, las circunstancias sociales han variado considerablemente, y el cambio que han producido las leyes nacionales derivadas de las internacionales a favor de los derechos de la mujer, han tenido mucho que ver con estos cambios, a tal grado que muchas de las leyes como se verá más adelante lesionan el principio de igualdad, pero en perjuicio de los hombres, en materia de familia y sobre ese tema no ha habido pronunciamiento femenino, a tal grado, de determinarse que aquellas normas que señalan que el juez decidirá, han permitido que los juzgadores en un alto porcentaje, emiten resoluciones a favor de la mujer respecto de los hijos, como en los casos de la guarda y custodia de los hijos luego del divorcio o separación.

También es de reconocer que los hombres en la sociedad guatemalteca, han cambiado en su conducta y actitudes con respecto, a los hombres de épocas anteriores, por cuanto, muchos de ellos, ya son responsables con sus hijos, se hacen cargo de los alimentos, a pesar de que la mujer trabaja, en muchos casos, la mujer trabaja y sus ingresos son solo para ella, pero el conyugue varón sigue aportando con su salario los gastos del hogar como de costumbre, que hacen denotar que en ese sentido también, las responsabilidades familiares han sido compartidas y en muchos casos, los hombres se han quedado en calidad de padres solteros, viudos, y se han hecho responsables de sus hijos. Lo anterior indica, que ya no es la regla general que la mujer sea la que lleve la carga pesada del mantenimiento y crianza de los hijos, sino que eso también le corresponde al esposo quien se hace responsable de ello.

5.5. Causas que provocan la custodia preferente de las madres luego de un divorcio y que violentan el principio de igualdad

A continuación se señalan las normas que se consideran lesivas a los derechos de los padres hombres, con relación a pretender la guarda y custodia de sus hijos cuando se produce el cese del vínculo conyugal, y que por ello, producen una violación al principio de igualdad de manera formal.

Respecto a la norma que señala la protección al a mujer, Artículo 110 del Código Civil que dice: El marido debe protección y asistencia a su mujer y está obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar de acuerdo con sus posibilidades económicas. Ambos cónyuges tienen la obligación de atender y de cuidar a sus hijos, durante la minoría de edad de estos últimos. Como se observa, esta norma, el legislador se quiso inclinar a favor de la mujer y los hijos, imponer la obligación de suministrar los alimentos al cónyuge varón, y por ello, se dice que muchas mujeres que trabajan, el ingreso que perciben por su trabajo, es solo para ellas, y el esposo continua proporcionando lo necesario para los gastos del hogar y de los hijos. Por otro lado, resulta contradictorio dicha normativa por cuanto en el primer párrafo se indica lo analizado, y en el segundo, proporciona en igualdad de obligaciones a los cónyuges o padres de los hijos, el deber de crianza y cuidado.

La norma que señala la protección a la mujer y a los hijos, contenida en el Código Civil, Artículo 162. Desde el momento en que sea presentada la solicitud de separación o de

divorcio, la mujer y los hijos quedarán bajo la protección de la autoridad para seguridad de sus personas y de sus bienes, y se dictarán las medidas urgentes que sean necesarias. Los hijos quedarán provisionalmente en poder del cónyuge que determine el Juez, hasta que se, resuelva en definitiva, a no ser que causas graves obliguen a confiarlos a un tutor provisional. En igual manera, esta norma, el legislador quiso desequilibrar las obligaciones del cónyuge varón con relación a la mujer y los hijos, e incluso, le indica al juez que deben quedar bajo su protección a partir del momento en que sea presentada la solicitud de separación y divorcio. Cuando refiere que los hijos quedarán en poder del cónyuge que el juez decida, definitivamente existe una parcialidad manifiesta, por cuanto, es a la mujer a quien el juez le proporcionará la guarda y custodia de los hijos del matrimonio.

El Artículo 252 del Código Civil que dice: 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. A pesar de que esta norma es bastante clara respecto al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores, y que indica que por igual la ejercen madre y padre, en caso de las uniones de hecho por ejemplo, que como es común en Guatemala, muchas no han sido declaradas, a pesar de que existe un padre, el juez se inclinará necesariamente a favor de la madre. Lo anterior, resulta inconsistente en el tema de la vulneración de los derechos de igualdad constitucional en perjuicio del cónyuge varón.

Artículo 261. Cuando el padre y la madre no sean casados ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen a poder del padre, o que sean internados en un establecimiento de educación. Si la separación de los padres procede de la disolución del matrimonio, se estará a lo dispuesto en el Artículo 166. En todo caso el que por vías de hecho sustrajere al hijo del poder de la persona que legalmente lo tenga a su cargo, será responsable conforme a la ley y autoridad deberá prestar auxilio para la devolución del hijo, a fin de reintegrar en la patria potestad al que la ejerza especialmente. Esta norma también lesiona el principio de igualdad en perjuicio del padre de los hijos, porque automáticamente decide el legislador que quedaran el poder de la madre soltera, a pesar de que es soltera, es común que los hijos de ella cuenten con un padre, y que este puede que ayude al sostenimiento del hogar, sin necesidad de requerimiento judicial, y que sea responsable de los mismos, pero en este caso, de acuerdo a esta norma, la mujer goza de ventaja sobre este, y por lo tanto vulnera el principio de igualdad constitucional en perjuicio del padre de los hijos.

Conforme el Código Procesal Civil y Mercantil, respecto a las medidas cautelares, el Artículo 427 establece: Al darle curso a la solicitud, el juez podrá decretar la suspensión de la vida en común y determinará provisionalmente quién de los cónyuges se hará cargo de los hijos y cuál será la pensión alimenticia que a éstos corresponda, así como la que deba prestar el marido a la mujer, si fuere el caso. También podrá dictar todas las medidas que estime convenientes para la adecuada protección de los hijos y de la mujer. Los hijos menores de diez años, sin distinción de sexo, y las hijas de toda edad,

quedarán durante la tramitación del divorcio o de la separación, al cuidado de la madre; y los hijos varones, mayores de diez años, al cuidado del padre. Sin embargo, si en concepto del juez hubiere motivos fundados, podrá confiarlos al cuidado del otro cónyuge o de una tercera persona. Los jueces determinarán, igualmente, el modo y la forma en que los padres puedan relacionarse con los hijos que no se encuentren en su poder. En los divorcios voluntarios o separaciones, tal como se señala en esta norma, el legislador faculta al juez para que intervenga a favor de la mujer y los hijos, sin tener previamente conocimiento de las razones por las cuales se presenta la demanda de separación o divorcio.

5.6. Necesidad de reformas legales para evitar lesiones al principio de igualdad

5.6.1. Análisis de lo regulado en la legislación comparada

1). Ley de responsabilidad paterna y materna de la República de Nicaragua

Esta ley trata de equiparar la desigualdad de las demás leyes ordinarias de ese país entre el hombre y la mujer, en los distintos ámbitos sociales, dentro de ellos, el familiar. Algunos de los aspectos más importantes a señalar, se encuentran los siguientes:

La ley que se denomina No. 623, aprobada el 17 de Mayo del 2007, y dentro de los considerandos, se encuentra que la Constitución Política de la República de Nicaragua, establece que la niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su

condición requiere; que la ley regulará y protegerá estos derechos; así como la plena vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea Nacional, el 18 de Abril de 1990, por Decreto A. N. No. 324 y ratificada por Nicaragua en ese mismo año, la que estatuye el derecho de los niños y niñas a su identidad.

Además, la Constitución Política de la República de Nicaragua también ordena, la protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, que las relaciones familiares descansan en el respeto, solidaridad e igualdad absoluta de derechos y responsabilidades entre el hombre y la mujer. Que los padres deben atender el mantenimiento del hogar y la formación integral de los hijos, mediante el esfuerzo común, con iguales derechos y responsabilidades.

Igualmente la norma constitucional referida, regula la igualdad de derechos de todos los hijos ante la ley y, la protección del Estado a la paternidad y maternidad responsable, así como el derecho a la investigación de la paternidad y maternidad.

El Código de la Niñez y la Adolescencia del país centroamericano. Estatuye el derecho intrínseco de toda niña, niño y adolescente a la vida y a la protección del Estado, a través de las políticas que permitan su nacimiento, supervivencia y desarrollo integral y armonioso en condiciones de una existencia digna, derecho a tener un nombre propio y una nacionalidad, el de conocer a su madre y padre, el de ser cuidado por ellos, y el derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento.

El derecho de toda niña, niño y adolescente a recibir alimentos de parte de su padre o madre y es deber del Estado garantizar los mecanismos expeditos, gratuitos y de fácil acceso para lograr tal derecho.

En su normativa, el Artículo 1. Señala el objeto de la ley. “La presente Ley tiene por objeto regular el derecho de las hijas e hijos a tener nombres y apellidos y, en consecuencia, el derecho a su inscripción expedita; el derecho de las hijas e hijos a la determinación de la filiación paterna, materna o ambas, a pedir de forma alternativa la resolución de conflictos en materia de alimentos y de visitas a través de mecanismos administrativos y judiciales, ágiles y gratuitos.”

Asimismo el Artículo 2. Establece la promoción de la responsabilidad paterna y materna, a través de los poderes del Estado y la administración de las regiones autónomas de la costa atlántica, quienes deberán promover la responsabilidad paterna y materna. Para efectos de esa Ley, se entenderá por paternidad y maternidad responsable el vínculo que une a padres y madres con sus hijos e hijas, que incluye derechos y obligaciones, ejercidos de forma conjunta y responsable en el cuidado, alimentación, afecto, protección, vivienda, educación, recreación y atención médica, física, mental y emocional de sus hijas e hijos, a fin de lograr su desarrollo integral.

El interés superior del niño y la niña, deberá ser atendido por las autoridades correspondientes, en todas sus actuaciones y decisiones; el principio del interés superior del niño, niña y adolescente, se entiende todo aquello que favorezca su pleno

desarrollo físico, psicológico, moral, cultural, social en consonancia con la evolución de sus facultades y que le beneficie en su máximo grado.

Artículo 4.- **Ámbito de Aplicación.** La referida ley es de orden público, de interés social y de obligatorio cumplimiento para garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes establecidos en el Artículo primero de esta Ley. En la República de Nicaragua, le corresponde al Estado a través del Ministerio de la Familia, dar seguimiento a la aplicación de la ley de responsabilidad paterna y materna, debiendo establecer coordinaciones con los diferentes Poderes del Estado, la Administración de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica y los Gobiernos Municipales.

En el ordenamiento Nicaragüense se encuentra regulado el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes, preceptuando con relación a la inscripción de nacimiento, que toda niña, niño y adolescente tiene derecho a un nombre propio y sus apellidos, y que los poderes del Estado, la administración de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica y los Gobiernos Municipales, promoverán su inscripción en el Registro del Estado Civil de las Personas y garantizando la inscripción gratuita e inmediata a su nacimiento. La coordinación con la Dirección de Registro Central del Estado Civil de las Personas, a cargo de El Ministerio de Salud, deberá instalar ventanillas de registro de inscripción en cada hospital y centro de salud. Así mismo cada Registro Municipal del Estado Civil de las Personas deberá desplazar a sus funcionarios hacia las comunidades más alejadas para efectos de realizar las inscripciones. La inscripción será gratuita y la primera certificación del Acta de Nacimiento no tendrá ningún costo.

En la citada ley, se regula con relación al derecho de todo niño o niña a conocer su padre y madre, declaración de filiación, la cual se debe realizar al momento de la inscripción de un niño o niña y si no hubiere reconocimiento del padre, la madre podrá declarar quien es el presunto padre de su hijo o hija.

Esta declaración se hará mediante acta, ante funcionario del Registro del Estado Civil de las Personas del Municipio que corresponda, o ante funcionario de las ventanillas de inscripción, instaladas en los hospitales o centros de salud. Se deberá declarar además de la identidad, el domicilio o lugar de trabajo del presunto padre. Cuando la madre haga la declaración de paternidad de su hijo o hija, el funcionario que corresponda les informará que deberán realizarse la prueba científica de marcadores genéticos o Ácido Desoxirribonucleico (ADN), al presunto padre, a la madre y al hijo o hija.

Relacionado a la inscripción, la normativa refiere, cuando la madre declare la identidad del presunto padre, se iniciará el trámite administrativo de reconocimiento y el funcionario del Registro del Estado Civil de las Personas procederá a inscribir provisionalmente, al hijo o hija con el apellido del presunto padre y el apellido de la madre. El Registrador o Registradora del Estado Civil que corresponda, mediante notificación citará dentro de los tres días posteriores a la inscripción al presunto padre, para que dentro del término de 15 días comparezca a expresar lo que tenga a bien sobre la respectiva inscripción de paternidad a la que se ha hecho referencia, bajo el apercibimiento que de no hacerlo se procederá a reconfirmar la inscripción del hijo o

hija con el apellido de ambos padres. La inscripción provisional no causará Estado, mientras no se compruebe la paternidad conforme a los procedimientos que ha establecido la indicada ley.

El Artículo 8 de la norma citada en regula la impugnación de la paternidad. a quien se le haya aplicado el reconocimiento administrativo por la no comparecencia ante el Registro Civil, el interesado debidamente notificado, tendrá un plazo de un mes para presentar ante el Juzgado de Familia, demanda de impugnación de la paternidad declarada administrativamente. El trámite de impugnación no suspenderá la inscripción del niño o niña con el apellido del padre y la madre.

En el caso de negación de la paternidad, en el caso de presentarse el presunto padre a la cita hecha por el Registrador negando la paternidad, pero aceptando practicarse la prueba de ADN, el Registrador remitirá al presunto padre, a la madre y al hijo o hija para que se practiquen la prueba de ADN en el laboratorio señalado y debidamente certificado. De ser positiva la prueba de ADN, se reconfirma la inscripción del niño o niña con el apellido del padre y la madre y, de ser negativa se inscribirá sólo con el apellido de la madre.

Si se diera la negativa a practicarse la prueba de ADN. De presentarse el presunto padre a la cita hecha por el Registrador o Registradora del Estado Civil de las Personas negando la paternidad y además, rechazare practicarse la prueba de ADN, el Registrador procederá a aplicar la presunción de la paternidad y reconfirmará al hijo o

hija con los apellidos de ambos progenitores, quedando firme dicha declaración administrativa otorgándoles las obligaciones legales propias de la paternidad. De no presentarse la persona citada a practicarse la prueba de ADN o habiéndose presentado al laboratorio y se niega a practicársela, el laboratorio respectivo emitirá una constancia de este hecho, firmada, sellada y enviada por la persona autorizada al Registrador que conoce el caso. Esta constancia constituye prueba a favor de la persona solicitante. Cuando sea el solicitante el que no se presente a practicarse la prueba de ADN, se le citará nuevamente para que se presente, si no lo hace se archivará el caso y no se dará continuidad en la vía administrativa. En tal caso, quedan las partes en libertad de ejercer el derecho de acudir ante los Juzgados de Familia.

Para practicar la prueba en el laboratorio, las partes citadas, comparecerán para practicarse la prueba del ADN, entregando la cita expedita por el Registrador o Registradora del Estado Civil correspondiente. La práctica de la prueba científica será conforme a las normas de calidad y seguridad requeridas. El laboratorio que realice las pruebas de ADN, deberá estar debidamente habilitado, acreditado y certificado por el Ministerio de Salud, así como tener la tecnología adecuada, obligándose a guardar la confidencialidad de los resultados del análisis. El personal del laboratorio para la toma de las muestras biológicas, deberá realizarlo respetando la integridad física, psicológica y moral de las personas que se someten a ella. El laboratorio tiene veinte días hábiles para hacer llegar los resultados de la prueba al registrador o registradora del estado civil del municipio correspondiente.

El Artículo 12 regula sobre el valor probatorio de la prueba del ADN. El registrador o registradora del estado civil para declarar la paternidad o maternidad, debe fundamentarse, cuando fuese el caso, en el informe de resultados de la práctica de la prueba que determine índice de probabilidad de 99.99%. Recibidos los resultados de la prueba, el Registrador o Registradora tiene un plazo de ocho días para resolver y dar a conocer el resultado a las partes interesadas.

En relación al costo de la prueba del ADN, este será asumido por: a) El padre; cuando luego de practicarse la prueba resultare positiva y por ende, quede establecida la filiación. b) La madre; cuando luego de haberse practicado al presunto padre la prueba, ésta resultare negativa. c) El Estado; una vez comprobada por la institución encargada, la situación de pobreza de los presuntos padres, asumirá una sola vez el costo del examen del ADN.

En la norma citada se reconoce el derecho a la paternidad, concediendo el mismo derecho de declaración administrativa de filiación, al padre que quisiera reconocer voluntariamente a su hijo o hija y la madre se negare a ello, siempre y cuando se demuestre a través de la prueba de ADN, que realmente es el padre biológico. Se excluye el reconocimiento voluntario del padre en los casos de violación. También se procederá a la inscripción ante el Registrador o Registradora Civil, cuando el niño o niña esté inscrito solamente con el apellido de la madre y el padre se presente voluntariamente junto con la madre, a reconocer a su hijo o hija en el Registro del Estado Civil, independientemente de que haya vencido el plazo establecido por la ley

para dar conocimiento del nacimiento al funcionario o funcionaria del Registro Civil, esta inscripción será gratuita. Lo anterior es sin perjuicio de las otras formas de reconocimiento de hijos o hijas establecidas en las leyes vigentes.

Cuando existan dudas sobre la maternidad biológica, esta podrá investigarse administrativamente, de acuerdo al procedimiento establecido en los Artículos para la fijación de la paternidad. Pudiendo solicitar investigación la maternidad, el padre o cualquier parte interesada, para lo cual la madre, el padre y los hijos e hijas deberán someterse a las pruebas de ADN y en caso de que la madre se niegue a ello, se aplicará el Artículo 10 de la Ley analizada.

El Artículo 16 regula la declaración por partes interesadas, en caso de impedimento, ausencia o muerte de la madre o del padre, los familiares que ejerzan la tutela del niño o niña, las personas interesadas y el Estado, a través del ministerio de la familia que tengan conocimiento sobre el presunto padre o madre de la niña o niño, estarán facultados para iniciar el procedimiento de reconocimiento administrativo, de acuerdo con lo establecido en la ley y su reglamento. En caso de estar ausente el padre o la madre para iniciar el proceso de reconocimiento, se establece un período de un año para declararlo ausente.

Los Artículos siguientes se refieren a la pensión de los alimentos y a las relaciones entre padre, madre e hijos, y sus normas más importantes son: Lo relativo al derecho a las relaciones familiares, establece que las hijas o hijos tienen derecho a relacionarse

con su padre o madre en casos de separación de éstos. Este derecho se extiende a los demás familiares, tanto por línea paterna como materna. En estos casos, el ministerio de la familia, podrá actuar como conciliador para contribuir al ejercicio efectivo de la paternidad y maternidad responsable, sin perjuicio de que las y los interesados ejerzan sus derechos ante el Juzgado de Familia correspondiente. En todo caso se procurará establecer relaciones regulares y permanentes, entre madres - padres, hijos - hijas, observando en todo momento el interés superior del niño y la niña como principio rector para establecer el régimen de visitas en los casos de separación y divorcio.

El Artículo 22 establece lo concerniente de las visitas de las hijas o hijos que no vivan con su padre o madre tendrán derecho, como mínimo, de relacionarse con sus progenitores un fin de semana cada quince días y durante las vacaciones escolares, de navidad y fin de año, de forma equitativa entre el padre y la madre, salvo que sea contrario al principio del interés superior de la hija o hijo. Exceptúan de esta disposición los hijos e hijas lactantes, o los que por circunstancias especiales estén imposibilitados o les cause daño abandonar el hogar habitual de residencia, en este caso, se deberán prestar las condiciones adecuadas para que el otro progenitor y demás familiares se relacionen periódicamente con la hija o hijo. El período de visitas será establecido en sedes administrativas o en el correspondiente Juzgado de Familia, según lo solicite la parte interesada. En todo caso el período de visita no causa estado, cuando varíen las circunstancias que los motivaron, siempre que de común acuerdo lo soliciten las partes suscriptoras de los mismos.

La norma referida preceptúa que los niños, niñas y adolescentes deberán ser escuchados en todo procedimiento administrativo que afecte sus derechos, libertades y garantías, ya sea personalmente, por medio de un representante legal o de la autoridad competente, en consonancia con las normas de procedimientos correspondientes, según sea el caso y en función de la edad y la madurez.

El Artículo 28 se refiere a la participación de los padres y madres indicando que le corresponde al Estado a través del Ministerio de la Familia; promover, coordinar y programar acciones dirigidas a apoyar el desarrollo de los padres y madres de familia, para que estos puedan cumplir con su responsabilidad paterna y materna, acompañada de políticas de sensibilidad y relación afectiva sobre la paternidad y maternidad responsable.

2). Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Esta ley se encuentra contenida el número 3/2007 de fecha veintidós de marzo, que se refiere que tiene como objeto lograr la igualdad efectiva de mujeres y hombres, aprobada por las Cortes Generales de España, y publicada el veintitrés de marzo del dos mil siete.

Dentro de los aspectos más importantes de referir en esta ley, se encuentran:

En la exposición de motivos de la Ley se exponen entre otros los siguientes aspectos:

El Artículo 14 de la Constitución Española proclama el derecho a la igualdad y a la no

discriminación por razón de sexo. Por su parte, el Artículo 9.2 consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983. En este mismo ámbito procede evocar los avances introducidos por conferencias mundiales monográficas, como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995.

La igualdad es, asimismo, un principio fundamental en la Unión Europea. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros son un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros.

Resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Esta exigencia se deriva del ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres, pero es a la

vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española, que contribuirá al desarrollo económico y al aumento del empleo.

La Ley se refiere a la generalidad de las políticas públicas en España, tanto estatal como autonómica y locales. Y lo hace al amparo de la atribución constitucional al Estado de la competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles y las españolas en el ejercicio de los derechos constitucionales, aunque contiene una regulación más detallada en aquellos ámbitos de competencia, básica o legislativa plena, del Estado.

Instrumentos básicos serán, en este sentido, y en el ámbito de la Administración General del Estado, un plan estratégico de igualdad de oportunidades, la creación de una Comisión Interministerial de Igualdad con responsabilidades de coordinación, los informes de impacto de género, cuya obligatoriedad se amplía desde las normas legales a los planes de especial relevancia económica y social, y los informes o evaluaciones periódicos sobre la efectividad del principio de igualdad.

El logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares. La regulación del acceso a bienes y servicios es objeto de atención por la Ley, conjugando los principios de libertad y autonomía contractual con el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres. También se ha estimado conveniente establecer determinadas medidas de promoción de la igualdad

efectiva en las empresas privadas, como las que se recogen en materia de contratación o de subvenciones públicas o en referencia a los consejos de administración.

Especial atención presta la Ley a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa.

La Ley pretende promover la adopción de medidas concretas en favor de la igualdad en las empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes, libre y responsablemente, las que acuerden su contenido.

Dentro del mismo ámbito del empleo, pero con características propias, se consignan en la Ley medidas específicas sobre los procesos de selección y para la provisión de puestos de trabajo en el seno de la Administración General del Estado. Y la proyección de la igualdad se extiende a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y a las Fuerzas Armadas.

En cuanto a la estructura de la ley, cuenta con un Título preliminar, ocho Títulos, treinta y una disposiciones adicionales, once disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales. El Título Preliminar establece el objeto y el ámbito de aplicación de la Ley.

El título primero define, siguiendo las indicaciones de las directivas de referencia, los conceptos y categorías jurídicas básicas relativas a la igualdad, como las de discriminación directa e indirecta, acoso sexual y acoso por razón de sexo, y acciones positivas. Asimismo, determina las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias e incorpora garantías de carácter procesal para reforzar la protección judicial del derecho de igualdad.

En el título segundo, capítulo primero, se establecen las pautas generales de actuación de los poderes públicos en relación con la igualdad, se define el principio de transversalidad y los instrumentos para su integración en la elaboración, ejecución y aplicación de las normas. También se consagra el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales y en los nombramientos realizados por los poderes públicos, con las consiguientes modificaciones en las Disposiciones adicionales de la Ley Electoral, regulándose, asimismo, los informes de impacto de género y la planificación pública de las acciones en favor de la igualdad, que en la Administración General del Estado se plasmarán en un plan estratégico de igualdad de oportunidades. En el Capítulo II de este título se establecen los criterios de orientación de las políticas públicas en materia de educación, cultura y sanidad. También se contempla la promoción de la incorporación de las mujeres a la sociedad de la información, la inclusión de medidas de efectividad de la igualdad en las políticas de acceso a la vivienda, y en las de desarrollo del medio rural.

El título tercero contiene, medidas de fomento de la igualdad en los medios de comunicación social, con reglas específicas para la de titularidad pública, así como instrumentos de control de los supuestos de publicidad de contenido discriminatorio.

El título cuarto, se ocupa del derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, incorporando medidas para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo. Se incluye además, entre los derechos laborales de los trabajadores y las trabajadoras, la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

El título quinto, en su capítulo I regula el principio de igualdad en el empleo público, estableciéndose los criterios generales de actuación a favor de la igualdad para el conjunto de las Administraciones públicas y, en su Capítulo II, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos de órganos directivos de la Administración General del Estado, que se aplica también a los órganos de selección y valoración del personal y en las designaciones de miembros de órganos colegiados, comités y consejos de administración de empresas en cuya capital participe dicha administración.

El Capítulo III de este título se dedica a las medidas de igualdad en el empleo en el ámbito de la Administración General del Estado, en sentido análogo a lo previsto para las relaciones de trabajo en el sector privado, y con la previsión específica del mandato de aprobación de un protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo.

Los Capítulos IV y V regulan, de forma específica, el respeto del principio de igualdad en las Fuerzas Armadas y en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

El título sexto de la ley está dedicado a la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios, con especial referencia a los seguros. El título VII contempla la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social por las empresas en materia de igualdad, que pueden ser también objeto de concierto con la representación de los trabajadores y trabajadoras, las organizaciones de consumidores, las asociaciones de defensa de la igualdad o los organismos de igualdad. Específicamente, se regula el uso de estas acciones con fines publicitarios.

El título séptimo de la ley, establece una serie de disposiciones organizativas, con la creación de una Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres y de las Unidades de igualdad en cada Ministerio. Junto a lo anterior, la ley constituye un consejo de participación de la mujer, como órgano colegiado que ha de servir de cauce para la participación institucional en estas materias.

En cuanto a las materias y organismos públicos que afecta la ley, se encuentra: El consejo General del Poder Judicial, el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones penitenciarias, discriminación, distintivos, empleo, empresas, excedencias, familia, fuerzas armadas, fuerzas y cuerpos de seguridad de Estado, función pública, hombre, igualdad de oportunidades, instituto de la mujer, jornada laboral, mujer, organización de la administración de Estado, procedimiento electoral, publicidad, sanidad, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, sociedades anónimas, trabajadores, vacaciones, violencia de género.

Las consideraciones más importantes del articulado, son 'Derecho. Artículo 1: Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Artículo 2: Todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo. Artículo 3 El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. Artículo 4: La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Artículo 5. Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo. Artículo 6: Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. Artículo 7. Acoso sexual y acoso por razón de sexo.

Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. El Artículo 8. Discriminación por embarazo o maternidad. Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.

Artículo 9. Indemnidad frente a represalias. También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. Artículo 12. Tutela judicial efectiva. Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.

Artículo 14. Criterios generales de actuación de los Poderes Públicos. El compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres. La participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones. La adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género, la violencia familiar y todas las formas de acoso sexual y acoso por razón de sexo. La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia. El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia. La implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales.

Artículo 16. Nombramientos realizados por los Poderes Públicos. Los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan. Artículo 21. Colaboración entre las Administraciones públicas. La Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas cooperarán para integrar el derecho de igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de sus respectivas competencias y, en especial, en sus actuaciones de planificación. En el seno de la Conferencia Sectorial de la Mujer podrán adoptarse planes y programas conjuntos de actuación con esta finalidad. Las Entidades Locales integrarán el derecho de igualdad en el ejercicio de sus competencias y colaborarán, a tal efecto, con el resto de las Administraciones públicas.

Artículo 23. La educación para la igualdad de mujeres y hombres. El sistema educativo incluirá entre sus fines la educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres.

Artículo 24. Integración del principio de igualdad en la política de educación. Las Administraciones educativas garantizarán un igual derecho a la educación de mujeres y hombres a través de la integración activa, en los objetivos y en las actuaciones educativas, del principio de igualdad de trato, evitando que, por comportamientos sexistas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan desigualdades entre mujeres y hombres. La eliminación y el rechazo de los comportamientos y contenidos

sexistas y estereotipos que supongan discriminación entre mujeres y hombres, con especial consideración a ello en los libros de texto y materiales educativos.

Artículo 25. La igualdad en el ámbito de la educación superior. En el ámbito de la educación superior, las Administraciones públicas en el ejercicio de sus respectivas competencias fomentarán la enseñanza y la investigación sobre el significado y alcance de la igualdad entre mujeres y hombres.

Artículo 27. Integración del principio de igualdad en la política de salud. Las políticas, estrategias y programas de salud integrarán, en su formulación, desarrollo y evaluación, las distintas necesidades de mujeres y hombres y las medidas necesarias para abordarlas adecuadamente.

Artículo 28. Sociedad de la Información. Todos los programas públicos de desarrollo de la Sociedad de la Información incorporarán la efectiva consideración del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución.

Artículo 29. Deportes. Todos los programas públicos de desarrollo del deporte incorporarán la efectiva consideración del principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución.

Artículo 30. Desarrollo rural. A fin de hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres en el sector agrario, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y el Ministerio de

Trabajo y Asuntos Sociales desarrollarán la figura jurídica de la titularidad compartida, para que se reconozcan plenamente los derechos de las mujeres en el sector agrario, la correspondiente protección de la Seguridad Social, así como el reconocimiento de su trabajo.

Artículo 31. Políticas urbanas, de ordenación territorial y vivienda. Las políticas y planes de las Administraciones públicas en materia de acceso a la vivienda incluirán medidas destinadas a hacer efectivo el principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Artículo 32. Política española de cooperación para el desarrollo. Todas las políticas, planes, documentos de planificación estratégica, tanto sectorial como geográfica, y herramientas de programación operativa de la cooperación española para el desarrollo, incluirán el principio de igualdad entre mujeres y hombres como un elemento sustancial en su agenda de prioridades, y recibirán un tratamiento de prioridad transversal y específica en sus contenidos, contemplando medidas concretas para el seguimiento y la evaluación de logros para la igualdad efectiva en la cooperación española al desarrollo.

Artículo 33. Contratos de las Administraciones públicas. Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, podrán establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en

el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público.

Artículo 34. Contratos de la Administración General del Estado. Anualmente, el Consejo de Ministros, a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determinará los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.

Artículo 35. Subvenciones públicas. Las Administraciones públicas, en los planes estratégicos de subvenciones que adopten en el ejercicio de sus competencias, determinarán los ámbitos en que, por razón de la existencia de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes.

Artículo 36. La igualdad en los medios de comunicación social de titularidad pública. Los medios de comunicación social de titularidad pública velarán por la transmisión de una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres en la sociedad, y promoverán el conocimiento.

Artículo 40. Autoridad audiovisual. Las Autoridades a las que corresponda velar por que los medios audiovisuales cumplan sus obligaciones adoptarán las medidas que procedan, de acuerdo con su regulación, para asegurar un tratamiento de las mujeres conforme con los principios y valores constitucionales.

Artículo 41. Igualdad y publicidad. La publicidad que comporte una conducta discriminatoria de acuerdo con esta Ley se considerará publicidad ilícita, de conformidad con lo previsto en la legislación general de publicidad y de publicidad y comunicación institucional.

Artículo 42. Programas de mejora de la empleabilidad de las mujeres. Las políticas de empleo tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Para ello, se mejorará la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo.

Artículo 43. Promoción de la igualdad en la negociación colectiva. De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo

Artículo 44. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio. El permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social. Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.

Artículo 45. Elaboración y aplicación de los planes de igualdad. Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral.

Artículo 47. Transparencia en la implantación del plan de igualdad. Se garantiza el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras o, en su defecto, de los propios trabajadores y trabajadoras, a la información sobre el contenido de los Planes de igualdad y la. Artículo 48. Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y

arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo.

Artículo 49. Apoyo para la implantación voluntaria de planes de igualdad. Para impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad, el Gobierno establecerá medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pequeñas y las medianas empresas, que incluirán el apoyo técnico necesario.

Artículo 51. Criterios de actuación de las Administraciones públicas. Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Artículo 52. Titulares de órganos directivos. El Gobierno atenderá al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en el nombramiento de las personas titulares de los órganos directivos de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, considerados en su conjunto, cuya designación le corresponda.

Artículo 54. Designación de representantes de la Administración General del Estado. La Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella designarán a sus representantes en órganos colegiados, comités de personas expertas o comités consultivos, nacionales o internacionales, de acuerdo con el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas.

Artículo 58. Licencia por riesgo durante el embarazo y lactancia. Cuando las condiciones del puesto de trabajo de una funcionaria incluida en el ámbito de aplicación del mutualismo administrativo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer, del hijo e hija, podrá concederse licencia por riesgo durante el embarazo, en los mismos términos y condiciones previstas en la normativa aplicable. En estos casos, se garantizará la plenitud de los derechos económicos de la funcionaria durante toda la duración de la licencia, de acuerdo con lo establecido en la legislación específica.

Artículo 59. Vacaciones. Sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella con la representación de los empleados y empleadas al servicio de la Administración Pública, cuando el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad, o con su ampliación por lactancia, la empleada pública tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan.

Artículo 69. Igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios. Todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo.

Artículo 70. Protección en situación de embarazo. En el acceso a bienes y servicios, ningún contratante podrá indagar sobre la situación de embarazo de una mujer demandante de los mismos, salvo por razones de protección de su salud.

Artículo 71. Factores actuariales. Se prohíbe la celebración de contratos de seguros o de servicios financieros afines en los que, al considerar el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones, se generen diferencias en las primas y prestaciones de las personas aseguradas.

Artículo 73. Acciones de responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad. Las empresas podrán asumir la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social, consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social.

Artículo 74. Publicidad de las acciones de responsabilidad social en materia de igualdad. Las empresas podrán hacer uso publicitario de sus acciones de responsabilidad en materia de igualdad, de acuerdo con las condiciones establecidas en la legislación general de publicidad.

Artículo 75. Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles. Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número

de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico. En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas. También se mantendrá la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en ese tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista.

5.6.2 Posibles soluciones en beneficio tanto de los padres como de los hijos menores

En virtud de lo que se ha venido exponiendo en el presente informe de investigación, resulta oportuno tomar en consideración que los legisladores que constituyen la mayoría varones en el Congreso de la República de Guatemala, actualmente, dentro de un afán machista y condición de varones, podrían no contribuir a reformar normas contenidas en el Código Civil relacionadas a la custodia de los hijos respecto de los padres, tanto padre, como madre, derivado de una ruptura del matrimonio que se traduce en separación o divorcio, y previendo una serie de normas, aparte de las ya citadas, que se encuentran investidas normalmente de forma parcializada, esencialmente en el caso de la mujer, se propone como una solución a esta problemática que se cree una ley que podría denominarse: Ley de custodia compartida, que precisamente abarque todos los aspectos relacionados con las normas del Código Civil y de la Ley de Tribunales de Familia, que refieran a los aspectos relacionados con la guarda y custodia de los hijos, precisamente derivado de esa vulneración a la igualdad que existe entre hombre y mujer con respecto de ello, y que las normas precisamente contribuyen a eso, en el caso de la decisión judicial.

Por lo que a continuación se presentan los aspectos que deben contemplarse en esta iniciativa de ley, que se considera tendrá efectos positivos en el caso de los varones y las mujeres respecto de los hijos.

Tendrá como fundamento observar los principios constitucionales de igualdad entre los cónyuges y no discriminación entre los hijos por razón de la filiación.

Los supuestos de ruptura de la relación conyugal o de vida familiar han crecido notablemente en la última década, siendo uno de los asuntos más delicados a resolver el de la guardia y custodia de los hijos comunes, cuando se produce la ruptura del matrimonio, o bien en cualquier caso. Esta cuestión se encuentra actualmente regulada por normas del Código Civil que ya fueron citadas en este trabajo, y que como se determina, vulneran el principio de igualdad.

En aplicación de estos preceptos, normalmente, los Jueces y Tribunales conceden de forma generalizada la custodia de forma individual a la madre y otorgan al padre la condición de visitante, lo que impide un contacto continuado de ambos padres con los hijos y una clara desigualdad entre los progenitores. Por lo que se pretende con la presente ley, responder a una importante demanda social que supone un cambio del esquema tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual, como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares. Con este cambio se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores.

Cuando se habla de la custodia compartida esta se fundamenta en la conjugación de dos derechos básicos, por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y por otra, el derecho-deber de los padres

de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar. Actualmente, son numerosos los estudios e informes científicos que coinciden en defender las consecuencias beneficiosas del ejercicio de la custodia en régimen de coparentalidad, al ser el único modelo de custodia que garantiza que los hijos mantengan una relación equilibrada y continuada con ambos padres, pese a la ruptura de la convivencia de éstos. Como ejemplo, lo que sucede en España, Francia e Italia, legislaciones que han sido modificadas para configurar la custodia compartida como el régimen preferente a aplicar, en defecto de pacto.

Se debe considerar las ventajas de la custodia compartida son evidentes, con ella los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres, permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos, ambos padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos y se reduce la litigiosidad entre los padres, dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos.

La custodia compartida se acepta mayoritariamente como un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar en el marco de una sociedad avanzada, que promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar imponen un cambio en el esquema

tradicional de atribuir la custodia en exclusiva a la madre. La custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres. En definitiva, la razón principal que motiva la presente ley son los importantes cambios que se han ido produciendo en la sociedad las últimas décadas como consecuencia de la incorporación de la mujer al mundo laboral, circunstancia que ha generado unas nuevas relaciones familiares que se ajustan más al modelo de custodia compartida que al modelo de custodia individual. Es verdad que todavía queda camino por recorrer, pero esta ley contribuiría a avanzar en la igualdad sociológica entre mujeres y hombres.

Se debe componer de los articulados necesarios que se creen y que adicionen o que deroguen las normas vigentes que existen en relación al tema.

El objeto de la ley, debe ser el establecer los derechos y principios que han de observarse ante la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. El derecho de los hijos a un contacto directo y continuado con sus padres y el derecho de los padres a la igualdad en sus relaciones con los hijos, son los dos derechos esenciales sobre los que se fundamenta toda la ley.

La finalidad de la custodia compartida es un reparto efectivo de los derechos y responsabilidades de los padres, fomentando las relaciones afectivas y continuadas de convivencia con los hijos y la participación directa en su desarrollo y educación. La custodia compartida, no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los

hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida.

Se le debe otorgar al juez y a los padres, dentro de la ley, un marco flexible para que pueda valorar todas las circunstancias que concurren en el caso concreto y decida el régimen de convivencia de cada progenitor en interés de unas adecuadas relaciones familiares, para lo cual aporta una serie de criterios a tener en cuenta, como la edad de los hijos, su arraigo social o las posibilidades de los padres de conciliar su vida familiar y laboral. Todo ello teniendo siempre en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá proponer cada progenitor. Evidentemente, existen supuestos en que la protección del menor aconseje la atribución de la custodia individual a uno solo de los padres, supuestos que deberán motivarse por el Juez teniendo en cuenta los informes emitidos por especialistas independientes, como el caso de trabajadores sociales, psicológicos, psiquiatras, etc. Una de las causas que expresamente debe preverse para el otorgamiento de la custodia individual es el de la violencia de género, con el fin de prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica en todos los ámbitos de la sociedad.

Se deben regular también las reglas que deben regir la atribución del uso de la vivienda familiar, distinguiendo entre los supuestos de custodia compartida de los hijos y los de custodia individual. En la custodia compartida el criterio de atribución del uso de la vivienda es a favor del progenitor más necesitado, dado el criterio de igualdad que debe prevalecer en este régimen de custodia. Una posibilidad excepcional que debe admitir

la ley es la de que el juez acuerde la venta de la vivienda familiar cuando ello fuera necesario para unas adecuadas relaciones familiares, a fin de que cada progenitor pueda contar con los medios suficientes para hacer frente a su necesidad de alojamiento y a la de los hijos en los periodos en que cada uno disfrute de su compañía.

Se debe establecer los gastos de asistencia de los hijos y establecer el deber de los padres de contribuir proporcionalmente a sus recursos, así como la posibilidad de que uno de los padres solicite al otro una asignación económica destinada a compensar la desigualdad económica que le produzca la ruptura de la convivencia. Esta asignación compensatoria, temporal o indefinida, deberá determinarse por el Juez.

También se deben regular las medidas precautorias que puedan adoptarse judicialmente antes de dictarse la resolución definitiva, que apruebe el pacto relaciones familiares o las medidas judiciales aplicables.

CONCLUSIONES

1. En los procesos relacionados a la separación o divorcio, se violenta en forma sistemática, lo preceptuado en el Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala, debido a que el Estado no promueve la protección a la familia sobre la base de la igualdad de derechos de los cónyuges y la paternidad responsable.
2. El Código Civil vigente, regula los efectos de la separación y el divorcio entre los cónyuges, pero no establece nada en relación a los efectos que esta causa en relación a los hijos, que también son parte del núcleo familiar que queda fraccionado por estas instituciones.
3. Lamentablemente la CIDEJ, no cuenta con información estadística sobre quienes interpusieron las demandas de divorcio ni de a quien le otorgaron la guarda y custodia de los hijos, por lo que concluimos que el mayor porcentaje de custodias se le otorgó a la madre, por la opinión de varios jueces de familia entrevistados.

RECOMENDACIONES

1. Que los jueces de familia que resuelven casos de separación y divorcio, observen principios e instituciones en la emisión de sus resoluciones que promuevan la protección a la familia sobre la base de la igualdad de derechos de los cónyuges y la paternidad responsable.
2. Que los jueces del ramo de familia en los juicios relacionados a la separación y el divorcio, con base a estudios serios y observancia del principio del interés superior del niño, observen el principio constitucional de igualdad otorgando la guarda y custodia de los hijos al padre, equiparando la igualdad entre los padres respecto a las responsabilidades con los hijos.
3. Que los entes sociales, con iniciativa de ley, propongan al Organismo Legislativo, un proyecto de ley de Custodia Compartida, que resguarde los principios y derechos de igualdad de los cónyuges respecto de los hijos, garantizando una vida física y mentalmente saludable para la familia, atendiendo los cambios y necesidades de la sociedad guatemalteca actual.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. 2 tomo. 2 vols.; 2ª. ed.; Guatemala: Ed. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1989.
- AGUIRRE GODOY, Mario. **La prueba en el proceso civil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1965.
- BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo Zannoni. **Manual de derecho de familia**. 3ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Estrés, 1991.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2001.
- COUTURE, Eduardo J. **Derecho procesal civil**. 3ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1989.
- HERRERA, Flavio. **Curso de derecho romano**. 2 tomo. Guatemala: Ed. Imprenta Universitaria, 1967.
- HETHERINGTON E.M., Bridges, M.; Insabella, G.M., **What matters? What's does no? Five perspectives on the association between marital transition and childre adjustment**, American Psychologist, 1998.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 27ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2000.
- PALLARES, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. 10ª. ed.; México: Ed. Porrúa, S.A 1990.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 2ª. ed.; Madrid, España: Ed. Arazandi, 1974.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**. 2 tomo. México D. F.: Ed. Porrúa, S.A., 1978.

SCHOKEL, Luis Alfonso. **La biblia de nuestro pueblo**. 10ª. Ed.; Bilbao, España: Ed. Mensajero, S.A.U., 2005.

1. Hetherington, E.M., Bridges, M.; Insabella, G.M., «What matters? What»s does no? Five perspectives on the association between marital transition and childrens adjustment», *American Psychologist*, 1998, 53, pp. 167-184.

Legislación:

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

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

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

Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 2-89, 1989.

Constitución Política de Nicaragua. Asamblea Nacional, 1986.

Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Cortes Generales Madrid. Ley número 3/2007, 2007.

Ley de Responsabilidad Paterna y Materna de la República de Nicaragua. Asamblea Nacional, Ley número 623, 2007.