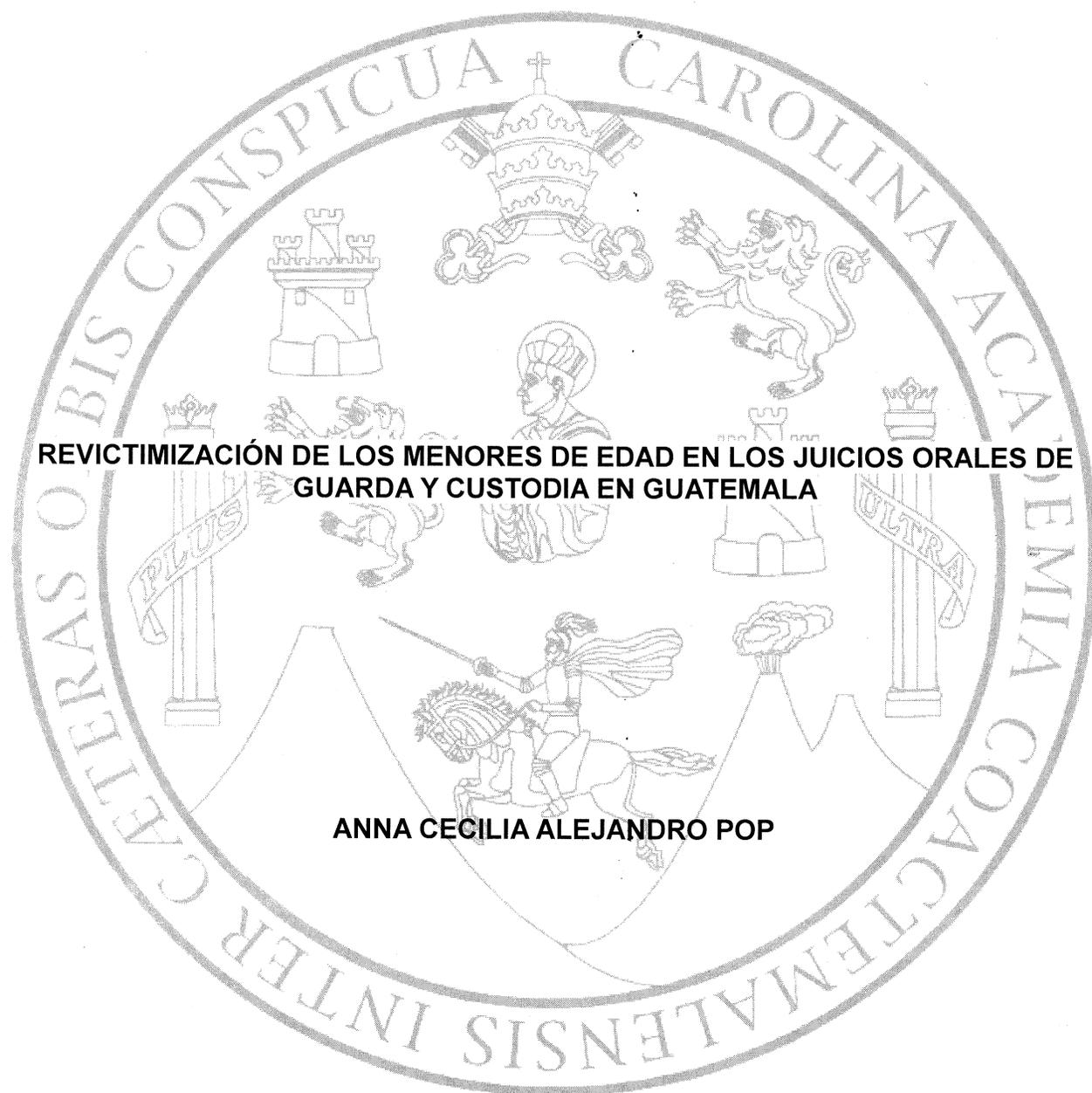


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**REVICTIMIZACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD EN LOS JUICIOS ORALES DE
GUARDA Y CUSTODIA EN GUATEMALA**

ANNA CECILIA ALEJANDRO POP

GUATEMALA, FEBRERO DE 2017

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

**REVICTIMIZACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD EN LOS JUICIOS ORALES DE
GUARDA Y CUSTODIA EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ANNA CECILIA ALEJANDRO POP

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, febrero de 2017

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla

VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil

VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia

VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana

SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urízar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Nancy Lorena Paiz García

Vocal: Licda. Dora René Cruz Navas

Secretario: Licda. Ana Elvira Polanco Tello

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Carlos Alberto Cáceres Lima

Vocal: Lic. José Luis Portillo Recinos

Secretario: Lic. Mauro Danilo García Toc

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



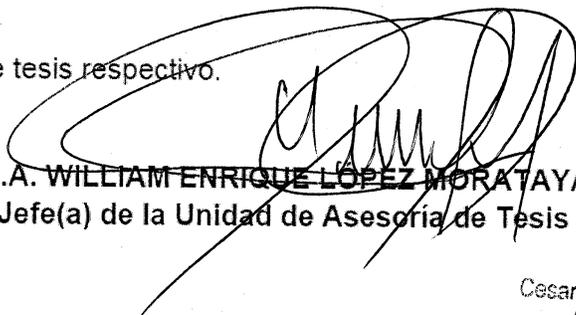
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 20 de mayo de 2016.

Atentamente pase al (a) Profesional, CESAR AUGUSTO SAZO MARTINEZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
ANNA CECILIA ALEJANDRO POP, con carné 9111117,
 intitulado REVICTIMIZACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD EN LOS JUICIOS ORALES DE GUARDA Y CUSTODIA
EN GUATEMALA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


 M.A. WILLIAM ENRIQUE LÓPEZ MORATAYA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Licenciado
 Cesar Augusto Sazo Martínez
 Abogado y Notario

Fecha de recepción 24 / Mayo / 2016. f) _____

Asesor(a)
 (Firma y Sello)





Licenciado Cesar Augusto Sazo Martínez
Abogado y Notario
Colegiado No. 10161

Guatemala, 12 de agosto de 2016

Licenciado
Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Estimado Licenciado Orellana:

Como Asesor de tesis de la Bachiller: **ANNA CECILIA ALEJANDRO POP** quien se identifica con el número de carné: **911117** en la elaboración del trabajo titulado: **“REVICTIMIZACION DE LOS MENORES DE EDAD EN LOS JUICIOS ORALES DE GUARDA Y CUSTODIA EN GUATEMALA”**, me complace manifestarle que:

1. El trabajo analiza un estudio de la necesidad de la re victimización de los menores en los juicios orales de guarda y custodia en Guatemala, el cual debido a la carencia e importancia de este problema, es necesario e imprescindible realizar un trabajo de investigación que proteja la vida de los menores de edad.
2. En la presente tesis se emplearon los métodos apropiados y correctos, siendo utilizados los siguientes: método deductivo, método de análisis, y el método sintético; procediéndose a la construcción del contenido, para obtener como resultado el presente trabajo de tesis.
3. La bibliografía empleada tiene relación directa con los capítulos y con las citas bibliográficas y la conclusión discursiva es acorde al contenido del trabajo relacionado. Durante la asesoría de la tesis, señalé a la sustentante una serie de modificaciones necesarias para una mejor comprensión del tema en investigación; encontrándose la Bachiller **ANNA CECILIA ALEJANDRO POP** conforme.

Licenciado Cesar Augusto Sazo Martinez
Abogado y Notario
Colegiado No. 10161



Por lo tanto, conforme a los estatutos y lineamientos vigentes fue revisado el presente trabajo y de acuerdo al profesionalismo que se demanda, guíe a la bachiller en todas las etapas correspondientes al proceso de investigación científico, aplicando para el efecto los métodos y técnicas señalados; con lo cual se comprueba la hipótesis planteada, con la re victimización de los menores en los juicios orales de guarda y custodia en Guatemala El trabajo de tesis, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo cual emito **DICTÁMEN FAVORALBE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador respectivo, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Asimismo, hago constar que con la estudiante **ANNA CECILIA ALEJANDRO POP**, no me une ningún vínculo de parentesco dentro de los grados de ley

Atentamente,

Licenciado
Cesar Augusto Sazo Martínez
Abogado y Notario

Licenciado Cesar Augusto Sazo Martínez.
Asesor de Tesis
Colegiado 10161



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 30 de enero de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ANNA CECILIA ALEJANDRO POP, titulado REVICTIMIZACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD EN LOS JUICIOS ORALES DE GUARDA Y CUSTODIA EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.

SECRETARIA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
GUATEMALA, C. A.

DECANATO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
GUATEMALA, C. A.





DEDICATORIA

A DIOS:

A ÉI quien es omnipotente, amoroso y tiene control del Universo, y quien me dio la vida y la oportunidad de cumplir unas de mis metas y sueños, y los que vienen.

A MI MADRE:

Esther Pop, por ser la mujer que ha inspirado mis días y me ha dado ejemplo de vida y de perseverancia, a no rendirme ante las circunstancias adversas de la vida, que con su amor incondicional me ayudado a levantarme en cada situación.

A MI PADRE y HERMANOS:

Hector Alejandro López, que pese a las circunstancias no se dio por vencido, mis hermanos **Darwin y Karla**, por el amor y apoyo brindado, mi Sobrina **Andrea Esther** por ser perseverante y enseñarme que todo puede realizarse, mi pequeña **Sofia Daniela** por llegar a alegrar mi vida en el momento preciso.

A MI FAMILIA:

Mis tíos, Joba Raquel, Eva, Julio, Flor, Mateo, mis queridos primos **Velveth Guisela, Claudia María, Hamlet, Debora**



Isabel, Olga, Olivia, Irma, Henry Omark,
por su apoyo y oraciones incondicionales.

A MIS AMIGOS:

Erwin H. Contreras Linares y Carolina Teos a quienes llevo en el corazón siempre, Mario Bustamante, Amerika Rodriguez, Mirna Martínez Lau, Clarissa Gómez, Licenciada Judith Secaida, Doctora Zonia de la Paz Santizo Corleto, Doctora Jisela Yadel Reynoso, Doctor Jorge Almengor, Doctor Jaime Hernández, Licenciado Juan Carlos Ortega, Licenciada Rosa Eugenia Godínez, Sandra Valvert, Olga Peña, Loreny de Miralles, Paola Gudiel, Miriam Andrea Garcia, Ana Carolina Porras, Lesley Palacios, Evelyn Quiej, Segrid Ibarra, Mariela Morales, Claudia Ortiz, Miriam Raxon, Mayra Jimenez, José María Galindo, Ana Ligia, Sharlin Tellez, Ana Barillas.

A:

La Tricentennial Universidad de San Carlos de Guatemala y Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Gracias por haberme permitido realizar mis estudios.



PRESENTACIÓN

Esta tesis contiene un análisis sobre la revictimización de los menores en los juicios orales de guarda y custodia en Guatemala. Así mismo, se analiza cómo influye la revictimización en el ánimo de los menores, convirtiéndose en una forma de infundir temor y convirtiéndolo en un instrumento de venganza entre los progenitores, en lugar de ser un momento de garantizar el bienestar del menor por parte de los padres.

La presente tesis pertenece al derecho de familia, ya que busca mantener unido el núcleo familiar y de una manera sutil prevenir toda clase de violencia intrafamiliar, tomando en cuenta que la familia es la base fundamental de la sociedad. El tipo de investigación utilizada en este trabajo de tesis es la investigación cualitativa porque se estudia el impacto social que provoca la violencia que se comete en los menores.

Derivado de lo anterior, en este informe se plantea también, el aporte académico de implementar un protocolo adecuado que evite la revictimización de los menores en los juicios orales de guarda y custodia.



HIPÓTESIS

El problema a tratar consiste en la falta de regulación de un procedimiento para la delegación de la guarda y custodia de los menores, utilizando los jueces procedimientos análogos como alternativa para otorgar la custodia y guarda a los padres, o en su efecto a los directores de instituciones de asistencia social, sin tomar el debido cuidado de las consecuencias sociales y psicológicas que le ocasionan al menor, y restándole importancia a la revictimización de los menores que pudieran estar viviendo durante todo el proceso, siendo ellos utilizados como un instrumento de venganza entre los mismos progenitores.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Luego de la investigación y del análisis de la problemática que existe en la revictimización de los menores en los juicios orales de guarda y custodia en Guatemala, se comprobó la hipótesis, puesto que se estableció que el problema de la revictimización en los juicios orales no se tomaba el debido cuidado de las consecuencias sociales y psicológicas que se le ocasionan al menor, restándole importancia a la revictimización de los menores que pudieran estar viviendo durante todo el proceso, siendo ellos utilizados como un instrumento de venganza entre los mismos progenitores.

Para comprobar la hipótesis se utilizaron los métodos siguientes: el método analítico para identificar las causas que originan la revictimización en los menores y sus efectos en la sociedad; el método deductivo para relacionar el interés superior del niño, derechos fundamentales y la revictimización de los menores. El método inductivo para determinar el protocolo adecuado a seguir con el fin de evitar la revictimización de los menores en los juicios orales de guarda y custodia, considerando que las partes interesadas sobre el menor son sus progenitores.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

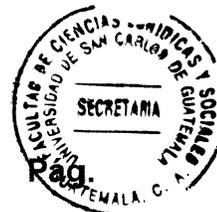
1 El proceso civil	1
1.1 Definición	4
1.2 Naturaleza jurídica	5
1.3 Características	9
1.4 Principios procesales	11

CAPÍTULO II

2 Juicio oral de guarda y custodia	19
2.1 Antecedentes históricos	19
2.2 Definición de guarda y custodia	22
2.3 Juicio oral de guarda y custodia ante juez de primera instancia de familia	28
2.4 Estudio de la regulación legal de guarda y custodia.....	33

CAPÍTULO III

3 La victimología	37
-------------------------	----



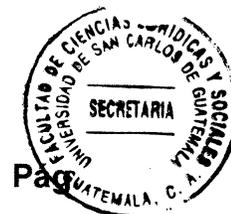
3.1 Definición de victimología	37
3.2 Origen	38
3.3 Características	40
3.4 La víctima, objeto de estudio de la criminología	40
3.5 Revictimización del menor de edad	46

CAPÍTULO IV

4 Regulación de los juicios orales de guarda y custodia en el derecho Comparado.....	59
4.1 El ordenamiento jurídico mexicano	59
4.2 El ordenamiento jurídico argentino.....	64
4.3 El ordenamiento jurídico español	66

CAPÍTULO V

5 Revictimización de los menores de edad en los juicios orales de guarda y custodia en Guatemala	69
5.1 Derecho de familia	71
5.2 Tutelaridad de los derechos de la niñez	71



5.3 Medidas de protección para el menor en los juicios orales de guarda y custodia propuesta de regulación del proceso oral de guarda y custodia.....	76
5.4 Protocolo que deben seguir los juzgados de familia previo a conocer los juicios orales de guarda y custodia.....	80
5.5 Protocolo que deben seguir los juzgados de familia en la única audiencia de los juicios orales de guarda y custodia.....	81
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se realizó en base a la problemática de la revictimización de los menores de edad, cuando han sido víctimas de violencia interpersonal en dos o más momentos de su vida, y vuelven a serlo durante los procesos de juicio oral de guarda y custodia, al ser obligados a decir o hacer constar circunstancias no verdaderas para perjudicar a alguno de sus progenitores, siendo un grave problema que afecta a la niñez guatemalteca en los últimos años.

Se elaboró un análisis social y jurídico sobre la revictimización del menor de edad en los juicios orales de guarda y custodia en Guatemala el cual fue alcanzado al comprobar la hipótesis planteada que consistía en la falta de regulación de un procedimiento para la delegación de la guarda y custodia de los menores, utilizando los jueces procedimientos análogos como alternativa para otorgar la custodia y guarda a los padres, o en su efecto a los directores de instituciones de asistencia social, sin tomar el debido cuidado de las consecuencias sociales y psicológicas que le ocasionan al menor, y restándole importancia a la revictimización de los menores que pudieran estar viviendo durante todo el proceso, siendo ellos utilizados como un instrumento de venganza entre los mismos progenitores.

Se Comprobó dicha hipótesis al demostrar que, si existe revictimización de los menores de edad en los juicios orales de guarda y custodia, cuando no se toma el debido



cuidado de las consecuencias sociales y psicológicas que le ocasionan al menor, siendo ellos tomados como un instrumento de venganza entre los mismos progenitores.

Los métodos de investigación empleados en este trabajo fueron el analítico, al descomponer en todas sus partes el presente tema para estructurar el objeto de estudio; el método inductivo, en donde se especifica las partes del tema para poder lograr los conocimientos de carácter general; el método deductivo, utilizado para la comprobación de la hipótesis derivado de los conocimientos generales del tema; el método sintético para descomponer en sus partes los temas y concluir con un razonamiento lógico y concreto.

El trabajo en mención consta de cinco capítulos, el primero de ellos consiste en el proceso civil; el segundo capítulo está compuesto por el juicio oral de guarda y custodia; el tercer capítulo contiene todo lo referente a la victimología; y el cuarto capítulo desarrolla la regulación de los juicios orales de guarda y custodia en el derecho comparado; finalmente el quinto capítulo desarrolla todo lo relacionado a la revictimización de los menores de edad en los juicios orales de guarda y custodia en Guatemala

Es importante que se desarrolle un protocolo pertinente que evite la revictimización de los menores de edad en los juicios de guarda y custodia con el fin que no se perjudique el desarrollo integral del menor.



CAPÍTULO I

1 El proceso civil

Empezaremos por definir o entender que es un proceso, el proceso son los actos que se realizan para la composición del litigio.

El proceso lo podemos definir como el conjunto de actos mediante los cuales se constituyen, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen; y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por parte, o a través de una decisión del juzgador basada en los hechos afirmados y probados y en el derecho aplicable.

El proceso es la suma de actos por medio de los cuales se constituyen, desarrolla y terminan la relación jurídica su finalidad es dar solución al litigio planteado por las partes, a través de la sentencia que debe dictar el juzgador. El objeto del proceso es el tema sobre el cual las partes deben concentrar su actividad procesal en donde el juzgador debe decidir, y no puede estar formado sólo por la petición de la parte actora o acusadora, ni por la pretensión de ésta.

En sentido estricto, el objeto del proceso es el litigio planteado por las dos partes y, en consecuencia dicha esencia está constituida tanto por la reclamación formulada por la parte actora o acusadora, como por la defensa o excepción hecha valer por la parte demandada o inculpada; en ambos casos, con sus respectivos fundamentos de hecho y de derecho.



Para entender lo que es un proceso, previamente es necesario referirse al concepto de litigio, el cual no es un concepto esencialmente procesal porque todo proceso presupone un litigio, pero todo litigio desemboca indefectiblemente en un proceso; es decir, el litigio esencial procesal, aunque siempre sea el contenido de todo proceso.

El litigio, es el conflicto de intereses calificados por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro el punto de partida o causa determinante de un proceso, de una autocomposición o de una autodefensa. Se resume como la llave que abre la puerta al proceso, por si tendríamos que cocinar caldo de gallina, tendremos que tener primeramente la gallina. Pero para que exista litigio hay que tener primeramente pretensión, el cual es un querer o una voluntad de tener un litigio.

El proceso es abstracto mientras que el procedimiento es la actualización concreta del proceso, por lo tanto, la relación entre proceso y juicio es una relación de género. El proceso puede ser materialmente administrativo o materialmente jurisdiccional.

A diferencia del juicio, el concepto original de la denominación juicio proviene de la lógica aristotélica, y se entiende que es un mecanismo del razonamiento mediante el cual llegamos a la afirmación de una verdad.

El juicio, proviene de la palabra latín *iudicium*, que originariamente significaba, en el derecho romano, la segunda etapa del proceso, que se desarrolla ante el juez designado, pero meramente el concepto de juicio es el acto en el que intervienen



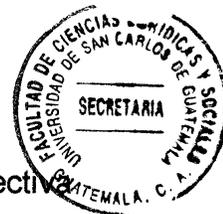
cuando menos tres personas; el acto que pretende, el demandado que resiste y el juez que conoce y decide.

En Guatemala se utiliza la palabra juicio, con mayor frecuencia, como la reunión ordenada y legal de todos los trámites de un proceso. La suprema corte de justicia ha entendido por juicio, para efectos de amparo, el procedimiento contencioso desde que se inicia en cualquier forma, hasta que queda ejecutada la sentencia definitiva. No obstante, la doctrina ha señalado que, en realidad, el juicio termina con la sentencia definitiva y no incluye los actos de ejecución de ésta.

Lo que sí es importante señalar que el juicio es la forma en que se ventila un litigio, y en cuanto al proceso es el tipo de proceso, ya sea penal, civil, administrativo, mercantil.

El juicio y proceso, siempre van a estar presente en nuestro lenguaje, ya que ambas definiciones las tenemos presentes en los códigos civiles, ya que toda persona tienen la ideas que ambas definiciones es lo mismo, pero esto no daña el entender de las personas a que se dedican aplicar el derecho ya que siempre lo más importante es la forma de proceder del derecho para encontrar la razón.

Habiendo definido que es un proceso, litigio, procedimiento y juicio podemos llegar a entender en si que es el proceso civil como tal.



El proceso civil, se rige por los principios que le son propios para su efectiva aplicación, La finalidad del proceso civil es la misma del derecho en general, o sea, la aplicación de la justicia en el proceso civil para la emanación de una sentencia

El objeto del proceso civil son las conductas que intervienen en el proceso. El proceso civil se hace y se desarrolla mediante conductas: La del Juez, las partes y demás auxiliares de la jurisdicción, y no mediante normas; la norma sirve al procesalista para conocer el sentido de la conducta, su valor o significación propios.

Las conductas que son objeto de la ciencia procesal son únicamente aquellas que interviene en el proceso civil. Otras conductas serán objeto propio de otras diferentes ramas de la misma ciencia jurídica, como aquellas que consideran el penalista, el mercantilista, el laboralista.

Las conductas que intervienen en el proceso civil persiguen una finalidad última, que constituye el destino normal del proceso: la emanación de una sentencia por el Juez.

1.1 Definición

Son las conductas que intervienen en el proceso civil, especializándose así objetivamente y diferenciándose de otras ramas de la misma ciencia jurídica que toman como objeto otras conductas.



El proceso civil se regula, a través de sus etapas, los sujetos recurren al órgano jurisdiccional para hacer valer sus propios derechos y resolver incertidumbres jurídicas. Es la rama del Derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del estado y que fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo y los funcionarios encargados de ejercerla a cargo del gabinete político, por el cual quedan exceptuados todos y cada uno de los encargados de dichas responsabilidades.

El proceso civil, por definición, se compone por distintas etapas según la naturaleza contenciosa, ejecutiva, de jurisdicción voluntaria de la actuación procesal ventiladas bajo la égida demandatoria, probatoria y resolutive de los derechos de acción y defensa.

1.2 Naturaleza jurídica

Para poder encontrar la naturaleza jurídica es importante mencionar las diferentes teorías. Los sujetos que actúan como objetos dentro de un proceso son el Estado y los particulares. La primera respuesta sería: el proceso es el medio a través del cual el Estado concede a los particulares de resolver su conflicto de intereses, por lo cual el Estado está a disposición de los particulares, que es el vínculo del servicio.

Sin embargo, las partes en un conflicto de intereses brindan al Estado la oportunidad de reafirmar la eficiencia del derecho objetivo con la finalidad de lograr la paz social en



la justicia por lo cual se someten a la voluntad de la jurisdicción. En consecuencia el proceso pasa a ser una actividad pública sujeto a normas de derecho público.

De esta manera encontramos la teoría privatista que ha tratado de explicar la naturaleza del proceso, ubicándolo dentro de figuras conocidas del derecho privado, como el contrato o el cuasicontrato. La teoría publicista, en cambio, ha considerado que el proceso constituye por sí sólo una categoría especial dentro del derecho público, ya sea que se trata de una relación jurídica.

En el derecho Romano aparece una doctrina contractualista, proceso como contrato, basada en una *litis contestio* en el que se ponía en manifiesto la voluntad de las partes para aceptar la decisión final que se adoptara en el proceso, donde se resolvía un conflicto entre ellas es decir, una convención entre el actor y el demandado del cual se fijaba determinados puntos de discusión y se le otorgaba la autoridad al juez.

Este procedimiento consiste en dos fases: en la primera fase el magistrado expedía la fórmula al actor y esto se le consignaba al demandado el cual lo aceptaba, mediaba así una especie de contrato entre las partes, al ser aceptado dicha fórmula por el demandado se consentía evidentemente en someterse al juicio en los términos fijados; y la segunda fase se designaba a, su función para resolver el conflicto no era jurisdiccional y su elección dependía propiamente del acuerdo de las partes, así sus facultades y atribuciones eran dispuestas por el acuerdo de las partes no tenían función autónoma e independiente.



De esta manera por un lado se encuentra un acto de la autoridad pública, a saber el decreto del magistrado que pronuncia la fórmula; y, por otro, un acto consensual, que constituye entre ellos una aceptación de la fórmula.

Sin embargo el proceso jurisdiccional no requiere de un acuerdo previo entre las partes, para que puedan iniciarse y desarrollarse ante el legislador ya que la obligación de las partes de sujetarse al proceso y a la sentencia que dicta el juzgador deriva del imperio mismo de la ley. Además este proceso es una acción desventajosa para el actor ya que al consignarse la fórmula dependerá del demandado el desarrollo del proceso porque en él esta si lo acepta. Ante la teoría presentada se propone otra teoría mejorada, el proceso al ser un hecho de generador de obligaciones ya que no era un contrato, puesto que ya no requería del acuerdo de voluntades de las partes, tampoco era un delito ni un *causi delicto* entonces, es un cuasicontrato.

Lo que se propone es abandonar el acuerdo implícito ya que dejaba de lado la voluntad de las partes o el acuerdo implícito bilateral, más por el contrario se lanzaba la primacía de una voluntad, la voluntad unilateral del acto o demandante, entendida aquella como el poder que ejercía el demandante en un proceso para obligar al demandado a inmiscuirse en éste, es decir basta su voluntad para ejercer presión frente a su demandado para forzarlo a ingresar al proceso.

Dentro de las teorías se presentan otras que se contraponen a lo sustentado, dando la categoría de Teorías Publicistas, que se fundamentan al acudir a un órgano jurisdiccional y someterse a voluntad de sus decisiones. Dentro de esta teoría encontramos el



proceso como relación jurídica, la vinculación de las partes con el juez, y el proceso como situación jurídica, estados constantes que proviene de las partes ante la perspectiva de una sentencia.

Es una relación de derechos y obligaciones, es decir, una relación jurídica, pero que ésta no es de derecho privado, desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el derecho resulta, por tanto, una relación jurídica pública. Con esto se afirma que la actividad de las partes y del juez está regida por la ley del proceso, determina una relación jurídica de carácter procesal, consiste en el complejo de derechos y deberes a que está sujeto cada uno de ellos, teniendo a un fin común.

Por lo tanto Pertenece al ámbito del derecho público. La doctrina moderna afirma generalmente la naturaleza pública del proceso civil, toda vez que regula las relaciones entre los ciudadanos y el Estado con motivo del ejercicio de una función pública estatal la Jurisdicción.

La regulación del proceso civil se lleva a efecto no en un plano de igualdad, sino de supra ordenación y subordinación, en la cual el órgano del Estado aparece en un plazo superior al de los demás sujetos del proceso y les impone su decisión.



Evita un proceso convencional, pues aunque las partes litigantes manifiesten acuerdo, no es potestativo de los tribunales subvertir las reglas legales con que el legislador ha revestido la tramitación del juicio

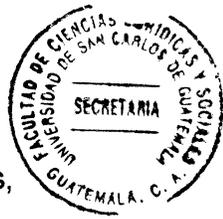
El proceso civil es caracterizado como un proceso instrumental o de contenido técnico jurídico, en el sentido de que la observancia del proceso no es fin en sí misma, sino que sirve de medio, de instrumento para lograr la observancia del derecho substancial y, por tanto, sus normas están dirigidas a constituir o realizar otras normas y no a componer directamente un conflictos de intereses.

El proceso civil es un derecho formal, en cuanto no regula directamente el goce de los bienes de la vida, sino que establece la forma de las actividades que se deben cumplir para obtener del Estado la garantía de aquel goce.

Tiene sus propios procedimientos científicos y dogmáticos, que informan toda su estructura su propia elaboración, cuyos resultados participan de las notas de certeza y universalidad que son propias de la ciencia.

1.3 Características

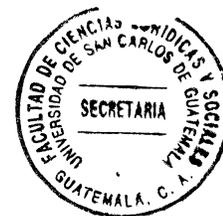
Las características del proceso civil son propias a continuación mencionan las siguientes:



- Perentoriedad en los términos. En materia civil todos los plazos son perentorios, improrrogables de acuerdo a lo que indica el procedimiento.
- Impulso Procesal: amplias facultades del juez para impulsar el procedimiento para agilizar el mismo, o a declarar la perención de instancia.
- Juez Director del proceso: El juez como tal puede solicitar todas las pruebas que considere necesarias para llegar a establecer la verdad jurídica

Formal: son las formas, medios o maneras establecidas en la ley a través de los cuales las partes y el juez expresan su voluntad, el juez a través de sentencia, resoluciones, autos, providencias, despachos.

- Partes: mediante la demanda, contestación, pruebas, informes, recursos, alegatos, diligencias.
- Instrumental: instrumento para la realización de la justicia.
- Ciencia autónoma: que tiene sus propias normas formales y materiales, sus propios principios, presupuestos e instituciones que no comparten con otras ramas del derecho.
- Con principios: dispositivo, inquisitivo, de dirección etc.
- Con un objeto: hacer efectivo el derecho



1.4 Principios procesales

Los principios procesales son la estructura sobre la que se construye un ordenamiento jurídico procesal es así que de ellos derivan las diversas instituciones que permiten presentar el proceso como un todo orgánico y compenetrándonos al mismo tiempo de sus funciones.

Por su parte Ovalle Favela define los principios procesales como “aquellos criterios o ideas fundamentales, contenidos en forma explícita o implícita en el ordenamiento jurídico, que señalan las características más importantes del derecho procesal en un lugar determinado, así como las de sus diferentes sectores; y que orientan el desarrollo de la actividad procesal.”¹ Cuando se trata de los principios que dirigen la organización del proceso, en la mayoría de los casos, frente a un principio existe otro principio contrario.

Los principios procesales en ningún caso se presentan en forma absoluta, es decir, no excluyen totalmente a su contrario de manera que en más de una ocasión se acoge en un sistema procesal un principio en forma mixta Cada uno de los principios procesales han venido evolucionando durante el tiempo, y se complementan entre sí, puesto que la presencia de algunos y su cumplimiento cabal solo es posible si además se está en presencia del complementario.

¹ Ovalle Favela, José. **Teoría general del proceso**. Colección textos jurídicos universitarios. Pág. 187.



La función de los principios procesales son de suma y especial importancia en materia procesal porque cumplen funciones esenciales tales como:

- Constituyen la base para que el legislador realice su función de redactar las normas jurídicas procesales: los principios procesales son de diversa índole y el legislador puede elegirlos y seleccionarlos para utilizarlos como base de la norma jurídica, algunos de estos principios están consagrados en la Constitución Política, de manera que en esos casos, el legislador no puede elegir entre varios principios sino que debe someterse a ellos al elaborar la ley.
- Facilitan la labor comparativa: Por la identificación de los principios procesales que se siguen en un derecho procesal es posible identificar las características del sistema en un momento histórico y lugar determinados facilitándose el estudio comparativo entre varios sistemas.
- Contribuyen a dirigir la actividad procesal: los principios procesales orientan al operador del derecho en la función interpretativa de la ley y también lo auxilian en la labor de integración de la misma



Entre los principios procesales se mencionan:

- Libre acceso a la justicia: el principio de libre acceso a la justicia se define como la posibilidad que tiene cualquier persona de acudir a la administración de justicia a ventilar un conflicto de intereses. Es el derecho de acción, la posibilidad jurídica o el derecho subjetivo abstracto que tienen todas las personas de poner en movimiento el aparato jurisdiccional para obtener una respuesta ante un conflicto de intereses. Este principio tiene rango constitucional.
- Principio de juez imparcial: no se puede hablar de administración de justicia si no se cumple con este principio. En todos los casos, el juez debe ser un imparcial a las partes, que estudie y resuelva el asunto con absoluta imparcialidad.
- Principio de justicia cumplida: las personas que acuden al proceso tiene derecho a exigir que la justicia que imparten los tribunales sea cumplida, es decir, que el asunto se tramite en cumplimiento estricto de las normas procesales de orden público y además que la decisión del fondo del asunto se haga de acuerdo con las normas de fondo correspondientes.
- Principio del debido proceso: que consagra la inviolabilidad de defensa en juicio de las personas, el cual tiene importancia no únicamente en el proceso penal,



sino también en el civil, pues la defensa del patrimonio y de la familia tiene para el individuo una importancia trascendental.

o sea, el derecho a oponerse a la ejecución del acto, y el contralor, o sea el derecho de verificar su regularidad. Cada una de las partes debe conocer lo pedido por la otra de manera que se le garantice la oportunidad de aceptar o contradecir lo afirmado por aquella.

- Los actos procesales de comunicación: los actos de comunicación son de vital importancia dentro del proceso. En nuestro sistema procesal civil se cumple este principio pues la Ley de Notificaciones , Citaciones y Otras Comunicaciones Judiciales establece en el artículo 2 una lista de resoluciones que es imprescindible que se notifiquen en forma personal al demandado o interesado para que tenga la oportunidad de ejercer su defensa en forma apropiada.

Es imprescindible acotar que existen circunstancias especiales, que prevén casi todas o todas las legislaciones, en las que no se aplica este principio. Nos referimos al caso de las medidas cautelares las cuales se dictan sin comunicación previa a la parte contra la que se dictan, concretamente en el caso del embargo preventivo, regulado en los artículos 272 y siguientes del Código Procesal Civil. En este caso se justifica que no exista la bilateralidad de la audiencia porque para que el embargo preventivo cumpla su finalidad práctica, es decir, tenga efectividad, es necesario que el embargo se realice ante de que el posible accionado sea



notificado, con el fin de que este no logre sustraer u ocultar los bienes de patrimonio que el acreedor requiere para garantizar el pago de su deuda.

- Plazo para ofrecer la prueba: es necesario que ambas partes tengan oportunidad de presentar las pruebas en que fundamentan sus pretensiones y además la contraprueba para desdecir a la contraparte.

- Igualdad de las partes: en el proceso se debe garantizar a ambas partes igualdad de oportunidades para presentar sus alegatos y para plantear recursos.

- Límites de la sentencia: este tema está estrechamente relacionado con el contradictorio porque la sentencia proferida en un juicio solo afecta a las personas que fueron parte en el mismo, o a quienes jurídicamente ocupen su lugar. En otras palabras, la sentencia sólo afecta a quienes fueron debidamente convocados al proceso y tuvieron oportunidad de ejercer su defensa en el mismo.

- Iniciativa del proceso: el proceso debe comenzar por iniciativa de parte. El juez no puede iniciarlo en forma oficiosa. "La iniciativa en el sistema o principio dispositivo queda librada a la manifestación de voluntad de los interesados, quienes deben



requerir la intervención del órgano judicial, ejerciendo la acción, que da el tema del proceso, al contener una pretensión.”²

- Fijación del objeto del proceso: las partes son las delimitan el objeto del proceso y la discusión debe centrarse en lo planteado por las partes, es decir, las partes fijan los límites del proceso. La consecuencia principal de esto es que el juez debe dictar su sentencia dentro de los límites planteados por las partes.
- Impulso procesal: este aspecto del principio dispositivo llevado a su máxima expresión, determina que toda la actividad del proceso debe ser requerida por los litigantes. Las partes son las únicas que pueden decidir si siguen con el proceso, instándolo para que culmine en una sentencia o bien, si lo abandonan.
- Impulso procesal de oficio. en nuestro Código Procesal Civil, artículo 1 se establece que si bien es cierto el proceso de inicia a petición de parte, también lo es que el mismo se desarrolla por impulso oficial y por actividad de parte. De acuerdo con esta norma, el juez está obligado a impulsar en forma oficiosa el proceso, acercándolo hacia la sentencia, siempre y cuando no se requiera para su avance, la realización de una actuación o actividad que depende en forma exclusiva de la parte.

² Bacre Aldo. **El proceso civil**. Pág. 418.



- Principio de oralidad y escritura: en la actualidad es difícil concebir un proceso oral puro y uno de escritura puro, pues los sistemas en los que predomina la oralidad admiten la escritura en algún grado y aquellos en los que predomina la escritura también admiten la oralidad con respecto a algunos de los actos procesales.
- Principio de inmediación: el juez debe encontrarse en un estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas, prefiriendo entre estas las que se encuentren bajo su acción inmediata. En otras palabras el juez debe procurar tener el mayor contacto con los elementos objetivos y subjetivos del proceso, debe participar en el proceso en forma activa.

El juez debe tratar de concentrar en el tiempo, la mayor cantidad de actos procesales posibles, con el fin de evitar que el proceso se disperse y de darle celeridad al proceso.

La aplicación de este principio al proceso garantiza la posibilidad de un control externo al poder judicial, un control ejercido directamente por los ciudadanos.





CAPÍTULO II

2 Juicio oral de guarda y custodia

El juicio oral se encuentra regulado a partir del artículo 199 del Código Procesal Civil, en donde prevalece el principio de oralidad, ya que todas las actuaciones se pueden solicitar a través de peticiones verales, la guarda y custodia es un procedimiento que se lleva a cabo en esta vía para atribuir a uno de los progenitores de forma compartida, o a una tercera persona, la asistencia y el cuidado de los hijos.

2.1 Antecedentes históricos

En Egipto, la representación de la familia estaba encomendada al padre, quien ejercía como un sacerdote máximo, con un poder total sobre todos los integrantes de su familia, por ser el representante del faraón. Sin embargo, la guarda de los menores recaía en la madre, en cuanto a la alimentación y educación de ellos.

En Roma, existía la institución de guarda de los hijos, concedida especialmente a la madre, quien tenía la obligación de educarlos y alimentarlos hasta los siete años, posteriormente un pedagogo, tenía el encargo de conducirlos a sus lugares de educación, y las niñas debían permanecer bajo la guarda de la madre hasta que contrajeran matrimonio.

En Grecia, sucedía algo similar, ya que la mujer espartana tenía, por encargo del Estado, la guarda de los hijos en cuanto a su educación, sin importar el sexo, ya que

era considerada como la persona mejor transmisora de buenas costumbres y tradiciones que el padre. Sin embargo, la figura paterna seguía teniendo la autoridad y el poder que el Estado le otorgaba.

Durante la Edad Media, el padre tenía una figura preponderante en la educación de los hijos, dejando sin ninguna injerencia a la madre en la familia, por ser considerada una persona sin alma, o bien era considerada como un instrumento del demonio, siendo las creencias de esa época que la mujer había sido establecida en la tierra para causar tentación a los hombres devotos.

En 1811, en Francia, se estableció un sistema denominado de tornos, en donde los niños eran depositados en tornos sin ser vistos y ser recogidos por las casas de expósitos, el fin de este sistema era un intento fallido de disminuir los abandonos e infanticidios en la medida que dicho sistema protegía la identidad del expositor, facilitando la entrega del niño. Sin embargo, este sistema empezó a desaparecer en 1823.

El anterior sistema, es muy similar a la situación que se vive actualmente en el país, cuando se entrega a los menores a hospicios u orfanatos, cuando han sido abandonados por sus progenitores.

En nuestro ordenamiento jurídico actual en materia de familia, la guarda y custodia de los menores la ejercen ambos padres. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su Artículo 9 establece que: "Los Estados Partes velarán porque el niño no

sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos...”. Y, siendo el Estado de Guatemala parte de este convenio, debe cumplir a cabalidad con el anterior precepto para resguardar los derechos humanos de los menores.

Empero, los niños se ven afectados por el aumento de separaciones o divorcios entre los progenitores, quedando en ellos la facultad de poder convenir a favor de quién queda la guarda de los menores hijos, según lo establecido en el Artículo 166 del Código Civil que en su parte conducente indica que: “Los padres podrán convenir a quién de ellos se confían los hijos; pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos...”

Pero si no existiere acuerdo, el padre aún puede exigir el derecho de que se le otorgue la guarda de su menor hijo, a través de la tramitación de su pretensión por la vía oral, potestad que le otorga el Artículo 8 de la Ley de Tribunales de Familia.

Los órganos jurisdiccionales respectivos deben conocer sobre la solicitud, y en base a estudios o informes de Trabajadores Sociales, tienen la obligación de otorgarla al padre o madre que reúnan las condiciones necesarias, y con la estricta observancia de cumplir fielmente con el principio del interés superior del niño, tomando en cuenta además, la opinión de los menores, de acuerdo a su edad y grado de madurez.

Asimismo la guarda de los menores la puede tener la madre soltera o que estuviere separada del padre de los menores. La guarda y custodia son figuras que durante

algunas épocas recayó en tácitamente en la madre y algunas veces expresamente en el padre, siendo la patria potestad ejercida por ambos.

2.2 Definición de guarda y custodia

Encontrar una definición legal de guarda y custodia, es sumamente difícil, puesto que en nuestra legislación guatemalteca, esta institución no está definida, ante lo cual nos encontramos con un vacío al respecto. Es por ello, que reuniendo los elementos esenciales que proporciona la misma ley y, las teorías y análisis de juristas del derecho encontramos podemos encontrar una definición adecuada.

Desde el punto de vista gramatical, al consultar el Diccionario de la Real Academia Española, este documento hace referencia a que guarda es la persona “que tiene a su cargo la conservación de algo. Acción de guardar, conservar o retener. Y, observancia y cumplimiento de un mandato, ley o estatuto”.³ Por otra parte, la palabra custodiar significa “guardar con cuidado y vigilancia”, “acción y efecto de custodiar. Persona o escolta encargada de custodiar a un preso.”⁴

En cuanto al concepto de guarda, el doctor Manuel Ossorio nos proporciona una definición jurídica en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales en donde

³ <http://dle.rae.es/?id=JhXFwFm> . (Consultado el 15 de mayo de 2016)

⁴ <http://dle.rae.es/?id=BmRl1wf>. (Consultado el 15 de mayo de 2016)

la define como “Defensa, conservación, cuidado o custodia”. Y la custodia como: “Cuidado, vigilancia o protección “. ⁵

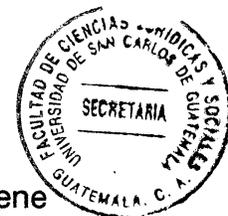
Al realizar un análisis del Código Civil de Guatemala, Decreto 106, el único Artículo que hace referencia a la institución de guarda y custodia de los menores es el Artículo 166 que como se mencionó anteriormente, es otorgada a los padres que soliciten la separación o divorcio, y dándole al juez la potestad de resolver a quien confiara a los menores, únicamente en aquellos casos que se deduzcan de causas graves y motivadas, cuidando de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos.

Los conceptos de guarda y custodia de menores se entienden como aquel derecho que el menor posee en cuanto a su cuidado y educación habitual encomendada a ambos o uno de los progenitores bajo un equilibrado reparto de derechos y deberes de cada uno de ellos, considerándose como un derecho fundamental e irrenunciable de los menores. Los derechos y obligaciones deben ser de mutuo acuerdo y favorables para los menores.

El autor Campo Izquierdo define la guarda y custodia “como un derecho-deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día.” ⁶ Siendo cualquier otra decisión importante que afecte al desarrollo integral del menor, constituyente del ejercicio de la patria potestad.

⁵ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 443

⁶ Campo Izquierdo, Angel Luis. **Guarda y custodia compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?**. Pág.1.



Existen varias definiciones que establecen que la guarda la posee la persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa, observancia y cumplimiento de un mandato, ley o estatuto.

La guarda al relación con la institución de la familia, se compone por las obligaciones que tienen los padres respecto a sus hijos, siendo éstas las de alimentarlos, protegerlos, defenderlos e instruirlos de acuerdo a su capacidad económica.

En la actualidad, no sólo se confía a los padres la guarda de los hijos, sino también su vigilancia, el cuidado de dirigir sus acciones y de vigilar su desenvolvimiento moral. El problema del niño se ha planteado de manera más importante en los últimos tiempos, precisamente por la libertad familiar existente y la menor permanencia de la madre en el hogar, por diferentes razones. Se define entonces la “custodia” como aquella obligación y derecho que tienen los padres, o una tercera persona si así se determina, para el cuidado, protección y bienestar de un menor de edad, cuyo fin es la convivencia con el menor, la vigilancia y el cuidado de su seguridad física, económica y mental.

En cuanto al término de custodia es importante establecer puntos importantes que se desglosan de esta definición, los cuales son:

- **Vigilancia:** En cuanto a que los padres o la persona encargada del cuidado del menor, es responsable de cualquier hecho fuera de la ley o la moral, cometido por aquél.

- Convivencia: El cual es importante para fortalecer la instrucción del menor de edad, la asistencia de éste a un centro educativo para su formación profesional, y el establecimiento de los valores morales, espirituales y sociales que no recibirá de ninguna otra persona, con la debida dedicación que se requiere para su edad.
- Protección en cuanto a su persona: Protección de cualquier daño o peligro que pueda amenazar su salud física o mental.

Para Rivero Arhancet la guarda en sentido amplio comprende: "a) Guarda material o tenencia: inmediatez o relación directa sobre la persona del hijo (mantener al hijo en la casa, alimentarlo, prestarle cuidados personales, etc.) Y b) Guarda jurídica: derecho de dirigir su educación para el desarrollo intelectual, moral y filosófico, corrección, vigilancia, etc.)."⁷ Desde este punto de vista, la guarda en el sentido material involucra la tenencia física de los hijos, manteniendo una comunicación o relación directa.

En este sentido el derecho de guarda, consiste específicamente en la relación de proximidad de los padres con los hijos; relación que no debe de entenderse en términos absolutos, pues no se requiere que el hijo esté las 24 horas del día con sus padres, pero tampoco supone que los padres abandonen a los hijos, ante lo cual pondrían en peligro la vida de ellos o su integridad física.

⁷ Rivero de Arhancet. **Patria potestad. Representación y administración legales.** Pág. 289

Respecto la custodia del menor Planiol y Georges Ripert la definen como un derecho que tiene el hijo de habitar la casa de los padres, siendo éstos sus guardianes y protectores, y el padre puede obligar al hijo a habitar con él y de ser necesario, obligarlo a regresar a su domicilio a través de la fuerza pública. En nuestra legislación el menor de edad carece del derecho de abandonar el domicilio paterno, hasta que haya cumplido su mayoría de edad, que en este caso sería al cumplir los dieciocho años.

La guarda de los hijos además de ser un derecho de los padres; también constituye al mismo tiempo ser una obligación para ellos de la que en principio no pueden renunciar. Actualmente se considera como delito el abandono de un menor de edad. Sin embargo en la práctica ha sido necesario mostrarse comprensivo por recelo de incitar a la comisión de infanticidios. Durante mucho tiempo la custodia del hijo se ha considerado como una condición no endosable de la patria potestad. Los padres que habían abandonado a sus hijos podían reclamarlos posteriormente a los hospicios u orfanatos o a las personas caritativas que los hubiesen recogido y educado, lo anterior sin estar obligadas a pagar los gastos que se hayan producido de su educación, salud y alimentación.

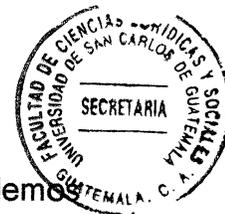
La administración pública hizo esfuerzos vanos para oponerse a estas reivindicaciones tardías, siempre sospechosas y perjudiciales para los hijos; pero la acción de los padres es imprescriptible. Lo más recomendable debió ser quitarles el derecho de guarda y custodia y otorgar a los centros de asistencia pública la custodia definitiva del niño.



Por lo tanto, la guarda comprende siempre la custodia, la asistencia material, vigilancia y orientación moral y educativa de los hijos, así como la facultad de imponerles sanciones adecuadas a su edad y desarrollo físico-mental. Para su ejercicio se necesita tener una relación directa con los hijos y por tanto, el poder decidir acerca del lugar de la residencia de los menores.

Por otro lado, la custodia del hijo es un atributo que conlleva la convivencia o comunicación directa con el hijo, es decir, los hijos deben vivir con sus padres, y a su vez éstos deben procurarle un lugar de residencia para la efectiva convivencia familiar. En cuanto a la asistencia material, ésta se refiere al hecho biológico de la procreación que hace surgir la obligación de los padres de alimentar, mantener y educar a sus hijos, obligación, que a la luz de nuestro derecho es por igual para el padre y la madre dependiendo la capacidad económica de ambos. Siendo la vigilancia un elemento del concepto de guarda, implica que quien tiene a su cargo el cuidado y protección del menor, debe además tener una atención permanente sobre el hijo, en cuanto a su seguridad, educación y salud.

Lo anterior, nos lleva a que los padres o las personas que tienen a su cargo menores de edad tienen responsabilidades que cumplir, se encuentran ante la tarea de custodia y de proporcionar la educación de los menores de edad y, en aquellos casos donde los padres se encuentran separados y por consiguiente, se encuentran en residencias separadas, éstos se encuentran obligados a relacionarse con sus hijos y así tener relaciones paterno y materno filiales, puesto que el hijo debe habitar en el hogar con uno de los padres para no verse afectados en su desarrollo intelectual, moral y físico.



En conclusión, de acuerdo a los elementos doctrinales y jurídicos recabados, podemos definir la guarda y custodia como aquella institución que consiste en un conjunto de obligaciones, en donde el padre, madre o quien ejerza directamente a través de una institución de asistencia social, deben proporcionar el cuidado, protección, vigilancia y relación directa con el menor de edad, para su desarrollo intelectual, y física.

2.3 Juicio oral de guarda y custodia ante juez de primera instancia de familia

El jurista Manuel Ossorio, indica que juicio oral es: "...aquel que se sustancia en sus partes principales de viva voz y ante el juez que atiende el litigio, en el juicio oral las pruebas y los alegatos de las partes se sustancian ante el juzgador. La oralidad es esencial para la inmediación y representa una forma esencial para la recta administración de justicia".⁸

El juicio oral es aquel proceso, establecida en forma total o mixta, es decir oral-escrita, como sucede en nuestra legislación y la práctica tribunalística, que constituye una forma correcta para la administración de justicia en el ramo de familia.

Dentro de nuestra legislación el juicio de forma oral se considera como un avance en el sistema de justicia de nuestro país, ya que a través de este sistema oral se puede lograr la efectiva aplicación de los principios doctrinarios básicos del proceso, como el principio de inmediación, el principio de concentración, el principio de economía

⁸ Ossorio. *Op. Cit.* Pág. 526



procesal y el mismo principio de oralidad, que es la finalidad de todos los procedimientos judiciales.

En el ramo de familia, los asuntos que se deben tramitar en juicio oral son:

- Los asuntos relativos a la obligación de prestar alimentos;
- La obtención de la guarda y custodia y de menores de edad;
- La declaración del derecho de relación paterno-filial o materno-filial;
- Los asuntos relativos a la patria potestad de menores de edad.

El Código Procesal Civil y Mercantil encuentra regulado textualmente el primero de ellos en el Artículo 199, numeral 3. Mientras que los demás asuntos anteriormente individualizados, la base legal es el Artículo 199 numeral 7, del mismo cuerpo legal, complementándose el fundamento jurídico con el Artículo 8 de la Ley de Tribunales de Familia, el cual establece que en todas las cuestiones sometidas a la jurisdicción privativa de los Tribunales de Familia, como lo son los asuntos antes descritos, se deberá observar el procedimiento del juicio oral regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil.



En el juicio oral debe predominar la oralidad, pero no se excluye el lenguaje escrito pues la demanda debe constar en el memorial respectivo, o en el acta que debiere faccionar el Secretario del juzgado. Las actuaciones de todo el juicio deben constar en actas, para que en ellos se conserven todos los actos realizados por las partes en el proceso o diligencias desarrolladas por el tribunal.

El motivo por el cual no se puede eliminar en todo lo posible el procedimiento escrito es por las siguientes razones:

- Las actas son el único testimonio en el cual se conserva todos los actos procesales realizados por las partes y el tribunal dentro del proceso.
- Para que el juzgador recuerde en cualquier momento todo lo sucedido en cada audiencia, y tener así las bases para resolver en sentencia.
- Contra la sentencia dictada dentro del proceso oral, únicamente cabe el recurso de apelación, debiéndose para el efecto remitir lo actuado dentro del mismo a la sala de apelaciones de familia, en donde los miembros de esta sala podrán obtener la prueba de lo sucedido en primera instancia, y puedan confirmar, revocar o modificar la sentencia dictada por el juez de primera instancia.

En los procesos, la oralidad es una herramienta importante para la administración de justicia, especialmente en los procesos relacionados con litigios de familia, donde el

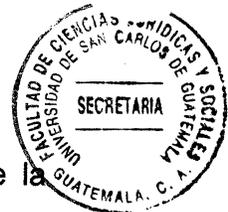


interés primordial es la protección a la familia, por ser una de las instituciones más importantes para el Estado y la sociedad.

La oralidad es esencial para la intermediación, representando una forma esencial para la correcta administración de justicia. Es importante mencionar la existencia del código procesal civil modelo para Ibero América, el cual, según la autora Ordóñez Hernández “es un código tipo que sirve como base a las reformas que se pretenden en todos los países del área iberoamericana. Surgió porque en los países latino americanos, se ha tenido desde hace algún tiempo, la idea de la integración político-institucional, dicho normativo o código, presenta varias estructuras procesales contenciosas en donde la oralidad tiene gran importancia, toda vez que es a base de audiencias, claro que no omite la expresión escrita”.

El proceso de guarda y custodia ante un juez de primera instancia de familia se tramita a través de un procedimiento de juicio oral. Empero, existe el caso que se tramite por escrito, cuando exista un divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, y en el proyecto de bases de divorcio se estipule a quien de los cónyuges quedara delegada el ejercicio de la guarda y custodia del menor, debiendo el juez autorizar el mismo. También, se puede tramitar por un divorcio por voluntad de los cónyuges a través de un juicio ordinario, en donde el juez de la misma manera decidirá a quien de los cónyuges se le otorgara la guarda y custodia.

Existe un vacío legal en cuanto a la tramitación de la guarda y custodia, ya que los padres deben atender a la institución de la patria potestad. En el juicio oral los



cónyuges presentan sus argumentos y pruebas para poder adquirir el ejercicio de la guarda y custodia, habiendo agotado previamente la fase de conciliación, el cual consiste en un acuerdo, en donde el padre que no sea favorecido pueda visitar al menor de acuerdo a las bases que se hayan pactado en esa conciliación, y con ello no perturbar el desarrollo mental y físico del menor.

Si no se llega a un acuerdo en la etapa de conciliación, el proceso continúa, emitiéndose al final una sentencia, en donde el juez debe observar sigilosamente las pruebas y resolver atendiendo al criterio del bienestar del menor como objeto principal de la institución de guarda y custodia.

Se puede dar el suceso de que se delegue la guarda y custodia de forma voluntaria a una institución social, lo anterior sucede cuando los padres tienen un hogar inestable en sus relaciones familiares, o no poseen la capacidad económica para el sostenimiento mínimo de las necesidades básicas de sus hijos, siendo la forma de delegación a través de un documento público, que puede ser una escritura pública o un acta que formaliza un notario, para otorgar la guarda y custodia a una institución social, lo que a veces no es conveniente puesto que existen alternativas como otorgar esta institución a un familiar cercano, para no interrumpir el desarrollo social y personal del menor.



2.4 Estudio de la regulación legal de guarda y custodia

Siendo el proceso de guarda y custodia un conjunto de etapas procesales que se realizan con el objetivo de delegar el ejercicio de la guarda y custodia a uno de los cónyuges, o una institución social, se debe observar estrictamente las bases legales de nuestro ordenamiento jurídico, para una efectiva aplicación del proceso y el cuidado debido de no transgredir los derechos humanos de los menores.

El Artículo 166 del Código Civil establece que los padres podrán convenir a quien de ellos se confían los hijos, pudiendo el juez resolver de forma distinta, motivado por causas graves, el Artículo 167 del mismo cuerpo legal establece la obligación que tienen los padres según como hayan estipulado en el convenio o decisión judicial, con la observancia de conservar el derecho de relación con ellos.

La Ley de Tribunales de Familia establece en el Artículo 1º. Que Se instituyen los tribunales de familia con jurisdicción privativa para conocer en todos los asuntos relativos a familia. El Artículo 2º. De la ley anteriormente citada especifica la regulación de ciertos asuntos que se deben tramitar en estos tribunales, al indicar que: Corresponden a la jurisdicción de los tribunales de familia los asuntos y controversias cualquiera sea la cuantía, relacionados con los alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de personas, reconocimiento de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar.



La anterior ley es clara al mencionar que los tribunales de familia son de jurisdicción privativa, puesto que únicamente estos tribunales podrán conocer sobre asuntos de familia, los cuales se regirán bajo el procedimiento del juicio oral establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, así lo establece el Artículo 8º. de la Ley de Tribunales de Familia: En las cuestiones sometidas a la jurisdicción privativa de los tribunales de familia, rige el procedimiento del juicio oral que se regula en el capítulo II del título II del libro II del Código Procesal Civil y Mercantil.

Dentro de las garantías que se deben observar en el desarrollo del proceso de delegación del ejercicio de guarda y custodia, se encuentran en el Artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia que establece: Los tribunales de familia tienen facultades discrecionales. Deberán procurar que la parte más débil de las relaciones familiares quede debidamente protegida; y para el efecto, dictarán las medidas que considere pertinentes. Asimismo, están obligados a investigar la verdad en las controversias que se les planteen y a ordenar las diligencias de prueba que estimen necesarias, debiendo inclusive interrogar directamente a las partes sobre los hechos controvertidos, y apreciar la eficacia de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. De acuerdo con el espíritu de esta ley, cuando el juez considere necesaria la protección de los derechos de una parte, antes o durante la tramitación de un proceso, puede dictar de oficio o a petición de parte, toda clase de medidas precautorias, las que se ordenarán sin más trámite y sin necesidad de prestar garantía.

Si existiere conflicto entre los padres del menor en cuanto al ejercicio de la guarda y custodia en forma exclusiva, el litigio se debe poner a disposición de un juez de primera



instancia de familia, presentando la demanda con todas las formalidades de ley y, si la misma se ajusta a las prescripciones legales, el juez deberá señalar día y hora para la audiencia en donde las partes deberán comparecer a juicio, presentando debidamente sus medios de prueba, bajo apercibimiento de declararlo en rebeldía si no compareciere alguna de las partes.





CAPÍTULO III

3 La victimología

La victimología en lo amplio del derecho ha sido orientada única y exclusivamente al delito, al delincuente, la pena y las medidas de seguridad y la víctima. La victimología surge desde épocas muy remotas, el primer crimen de la historia, lo narra la Biblia teniendo como protagonistas a los hermanos Caín y Abel en dicho acontecimiento hubo un crimen, una víctima y es notorio por las investigaciones realizadas: la victimología es una ciencia joven, la cual era ignorada por los seres humanos debido a que únicamente se enfocaban en castigar a quien lo merecía dejando en el olvido a la víctima.

3.1 Definición de victimología

La victimología es una ciencia auxiliar del derecho de carácter social que se encarga del estudio de la persona que ha sido víctima de la negligencia, discriminación, marginación, explotación, violencia, crueldad y opresión, punibles por la ley ya sea por acción u omisión a sus derechos fundamentales; así como los efectos y consecuencias que en ella causan los ilícitos y transgresiones directamente o personalmente; y/o que indirectamente. Como a la nueva criminología, la victimología puede ser definirla como “la ciencia empírica e interdisciplinaria que se ocupa del crimen, del delincuente, de la víctima, de la política criminal y del control social del comportamiento desviado”.⁹ La victimología es el estudio de los procesos sociales a través de los cuales individuos y grupos sociales son maltratados, con la consiguiente generación de problemas sociales.

⁹Núñez de Arco, Jorge. *La víctima*. Pág. 27.

“La Victimología nace producto de la preocupación de algunos criminólogos, especialistas en Sociología Criminal por estudiar la víctima del delito, su personalidad y su relación con el imputado. Etimológicamente, Victimología se deriva del latín "víctima" y de la raíz griega "logos" que significa estudio, “podemos decir, entonces, que la Victimología es el estudio de las víctimas del delito, incluyéndose sus derechos, tales como: asistencia social, medica, económica, legal, información judicial, participación en el proceso, etc., mientras que la Victimización es el efecto de sufrir un daño, directa o indirectamente, por un delito, o en otras palabras, supone que una persona, grupo o sector social que fue objeto de un daño o lesión de delito o infracción.”¹⁰

3.2 Origen

En tiempos pasados la medicina forense era la única ciencia que estudiaba a la víctima superficialmente utilizándolo como indicio de prueba con el fin de lograr la punibilidad del delincuente. La Escuela Clásica concentró su interés en el delito sin importar la justa retribución a la víctima por parte del responsable; únicamente inclinando su curiosidad en la conducta delictiva y en el delito, dejando en segundo plano al delincuente, omitiendo simplemente a la víctima. La escuela positiva teniendo como principal exponente a Cesar Lambroso la inquietud de él era la de analizar perfiles criminales que determinaban al delincuente, a medida que avanzaba en sus investigaciones, procuraba encontrar hallazgos que relacionados con su conducta. La Escuela Positiva se perfila en el estudio del hombre antisocial, analizando a la

¹⁰http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152003000200004 (Consultado el 17 de mayo de 2016)



criminología, como el estudio que justificaba la conducta del delincuente y del crimen ignorando a la víctima.

Como resultado del olvido de la víctima en la criminología surge la victimología con el propósito de investigar el papel que jugaba la víctima en el delito; su marco conceptual influido por otro más amplio que concierne a la víctima social, que en muchos casos es elegida por su situación económica, social y familiar. La victimología como ciencia joven incursiona en el campo de los derechos humanos, brindándole protección a los más vulnerables como mujeres y niños maltratados que se originan esencialmente en formas de absoluta discriminación social, humana y constante violación de los derechos humanos. La victimología no se debe limitar únicamente al estudio de las víctimas; sino también a ser aportes que atiendan a las mismas, derivado a la consecuencia de hechos delictivos o no y formar parte de las políticas estatales para la asistencia y auxilio de las víctimas, de manera inmediata y eficaz.

La victimología como disciplina surge de la criminología, tras la segunda guerra mundial, con el objeto del estudio científico de las víctimas y su recuperación, debido a que tanto el derecho, como la criminología, se había centrado solamente en el agresor o delincuente, restándole atención a la parte agraviada. Cabe puntualizar que la victimología en la actualidad responde en el restablecimiento de los Derechos Humanos de la víctima, asimismo la prevención de una revictimización.



3.3 Características

- Es una ciencia auxiliar del derecho
- Es de carácter social
- Estudia a la víctima
- Contribuye a la superación de la víctima
- Fomenta políticas para la protección de la víctima
- Estudia las razones por las cuales se le considera víctima
- Fomenta la restitución de los Derechos Humanos de la víctima
- Se da a través de hechos punibles por la ley
- La Victimología puede ser directamente o indirectamente
- Previene la revictimización

3.4 La víctima, objeto de estudio de la criminología

La palabra víctima viene del latín que significa vencido, dicha palabra no tiene un significado único, sino que se le atribuyen diferentes acepciones según el contexto en el que se emplea, de modo que en ocasiones es sinónimo de agraviado u ofendido.



En el Código Procesal Penal guatemalteco en su artículo 121 “son considerados víctimas:

1. La persona directamente ofendida por el delito.
2. El o la cónyuge o la persona con quien mantenga relación estable de hecho, hijo o hija, o padre adoptivo o madre adoptiva, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y al heredero o heredera, en los delitos cuyo resultado sea la incapacidad o la muerte del ofendido u ofendida.
3. El o la cónyuge o la persona con quien mantenga relación estable de hecho, hijo o hija, o padre adoptivo o madre adoptiva, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, cuando el delito sea cometido en perjuicio de una persona incapaz o de una persona menor de dieciocho años.
4. Los socios o socias, accionistas o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan.
5. Las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses y se hayan constituido con anterioridad a la perpetración del delito. Si las víctimas fueren varias deberán actuar por medio de una sola representación”.



El querellante es otra clase de víctima es considerado un auxiliar del Ministerio Público que lo ayuda en el ejercicio de la acción penal, o se hace cargo del ejercicio de la exclusividad de la misma en los delitos de acción privada. El querellante es el sujeto procesal que está encargado de colaborar y coadyuvar con el Ministerio Público en la investigación y en algunos casos según lo estipulado en la ley será el titular de ejercer la acción penal. Existen dos clases de querellantes, el querellante adhesivo que se encuentra regulado en el Artículo 116 del Código Procesal penal el cual indica que en los delitos de acción pública, el agraviado con capacidad civil o su representante o guardador en caso de menores o incapaces o la administración tributaria en materia de su competencia, podrán provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público. El agraviado es la persona que ha sufrido de la comisión de un hecho delictivo en contra de su persona o de su patrimonio y se encuentra regulado en el Artículo 117 del Código Procesal Penal que regula que se denomina agraviado a:

1. A la víctima afectada por la comisión del delito;
2. Al cónyuge, a los padres y a los hijos de la víctima, y a la persona que convive con ella en el momento de cometerse el delito;
3. A los representantes de una sociedad por los delitos cometidos contra la misma y a los socios respecto a los cometidos por quienes la dirijan, administren o controlen y,



4. A las asociaciones en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses.

El agraviado, aún cuando no se haya constituido como querellante adhesivo de conformidad con el presente Código, tiene derecho a:

- a) Ser informado sobre los derechos que le asisten en el procedimiento penal.
- b) Recibir asistencia médica, psico-social, o cualquier otra que tenga por objeto reducir las secuelas del hecho delictivo.
- c) Que el Ministerio Público escuche su opinión en el procedimiento, fundamentalmente antes de las decisiones definitivas o de las provisionales que implican clausula o extinción de la persecución penal.
- d) A ser informado, conveniente y oportunamente, de las decisiones fiscales y judiciales, e invitado en las audiencias en las que su opinión puede ser vertida.
- e) A recibir resarcimiento y/o reparación por los daños recibidos.
- f) A recibir protección cuando su integridad física corra peligro, como consecuencia de la persecución penal en contra del sindicato.

- g) A que existan mecanismos que disminuyan los riesgos de victimización secundaria durante el proceso penal.

El Ministerio Público estará obligado a garantizar estos derechos por medio de sus órganos correspondientes, pudiendo para el efecto realizar convenios con instituciones públicas o privadas.

A continuación se realiza un análisis de las diversas clases de víctimas:

1. Víctimas al azar: también denominadas inocentes es aquella que nada ha hecho o nada ha aportado para desencadenar el crimen. Su intervención no provoca el acto criminal; la relación entre el agresor y la víctima es irrelevante. A su vez, dentro de esta categoría se distinguen entre víctimas accidentales e indiscriminadas. Las primeras son víctimas sin ser previamente seleccionadas por los delincuentes. Las segundas es más extensa que la anterior, en virtud que no existe un vínculo con el culpable no existen motivos personales en contra de los agraviados.
2. Víctimas no precavidas: su conducta provoca la agresión al no ser prudente en las medidas de seguridad que tiene que adoptar para mantenerse salvo. En muchas ocasiones teniendo en consideración los peligros a los cuales se expone y no obstante, así los comete causa que sea víctima.



3. Víctimas en la familia: estas se desenvuelven en el núcleo familiar del agredido, y encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad por su relación de convivencia doméstica con él agresor, lo que a su vez significa impunidad al existir coacción, las víctimas en las familias generalmente son las mujeres y los niños.

4. Víctimas del Estado: en esta clasificación la víctima es toda la población desprotegida por el Estado, debido que al existir corrupción ponen en peligro al sector más desprotegido de la sociedad, el agresor siempre es un delincuente de cuello blanco que goza del poder para vivir de los recursos del pueblo.

5. Víctimas menospreciadas: En esta clasificación se atiende a las condiciones de edad, ya que a los niños y ancianos suelen ser los más vulnerables para ser agredidos debido a su estado físico y psíquico. De no poderse defender frente a su agresor. También la posición económica, el nivel de vida, el establecimiento de la vivienda, el trato con grupos marginales, por discriminación racial.

6. Víctimas por ideologías: algunas personas sufren violencia por sus inclinaciones políticas, religiosas, por su sistema de valores o creencias familiares a los que pertenece el agraviado, la diversidad de opiniones y criterios provocan discrepancia lo cual no tiene que ser motivo para agredir a otra persona.

7. víctimas fantasmas: no denuncian la agresión que está viviendo por temor a represalias, prefiriendo callar debido al daño psicológico en el cual se encuentra por lo regular estas personas se encuentran en el núcleo familiar y siendo comúnmente el sujeto pasivo la mujer.

3.5 Revictimización del menor de edad

La revictimización puede ser definida como “el hecho en que un individuo sea víctima de violencia interpersonal en dos o más momentos de la vida. Ambas experiencias son separadas en el tiempo y realizadas por parte de al menos dos perpetradores diferentes. Es decir, se refiere a sufrir abuso físico o sexual por parte de un familiar durante la niñez y luego experimentarlo nuevamente durante la vida adulta, cuando el perpetrador es la pareja masculina”¹¹

Otro término que también cabe mencionar es la victimización secundaria para hacer referencia a una revictimización. En este sentido, ésta se deriva primeramente de la agresión de la cual fue víctima y luego de las relaciones de la víctima con los órganos jurisdiccionales en donde les solicitan que vuelvan a narrar los hechos de la agresión en muchos casos frente a su agresor provocando que en ese momento viva nuevamente los hechos.

¹¹Desai, Arias. Thompson & Basile. **Childhood victimization and subsequent adult revictimization assessed in a nationally representative sample of women and men. Violence Vict.** Pág. 85

Sin embargo, en este caso aplicaría la definición de revictimización al tener en cuenta que si una persona ha sido víctima y posteriormente es lastimada por alguna institución porque no se cree su versión o es cuestionada, no se le escucha con respeto o se le niega la justicia, se convierte en víctima del sistema, en virtud que se violan derechos de carácter humano. Las situaciones que se dan en los procesos judiciales revictimizan sometiendo a una persona a interrogatorios innecesarios que reviven la experiencia traumática, escenarios que atentan contra su dignidad, es el caso que enfrentan las víctimas de agresiones o abusos sexuales cuando se interroga sobre el hecho del cual fue víctima. Es lamentable que tanto la legislación penal como su doctrina son mediadores de los intereses de los victimarios, situación que provoque una revictimización.

En la actualidad en la mayoría de casos la situación de la víctima es absolutamente precaria, especialmente en los sectores de escasos recursos, porque además del daño causado a la víctima, su situación se agrava al exponerse a intimidaciones, amenazas o coacciones, incluso a veces durante las audiencias deben soportar la presencia de su agresor o los familiares de éste, además de la falta de orientación, asesoría jurídica y un trato digno.

Como sociedad se hace pertinente que tanto el ente acusador, como los órganos de justicia lleven a cabo un protocolo adecuado en la recepción de denuncias, para que de una manera sutil y adecuada recaben información del delito del cual se es víctima con el objetivo que la persona al momento de dar a conocer el hecho no lo vuelva a revivir.

El cual debería de quedar de la siguiente manera:



- Que la recepción de denuncias este a cargo del personal altamente calificado y con vocación de servicio.
- Que los menores edad puedan presentar su denuncia en sus centros de estudios y estos le informen a la Policía Nacional Civil para que realicen la respectiva prevención policial, así también a la Procuraduría General de la Nación.
- Que al momento de presentar la denuncia se le otorgue asesoría legal y un trato preferente en cuanto a su protección con el fin de evitar posteriores represalias.
- Que su testimonio sea adquirido como prueba anticipada y apartarlo del proceso con el objeto de evitar el contacto constante con el agresor.
- Que las instituciones involucradas en la administración de justicia respeten su derecho a no comparecer a las audiencias posteriormente cuando ya se ha tomado su declaración como prueba anticipada.
- A que las audiencias de juicios orales se celebren a puerta cerrada y que no sea de dominio público a través de medios de comunicación, en los casos de delitos sexuales.



- Que la víctima posteriormente de brindar su declaración testimonial pueda recibir terapias psicológicas que le permitan superar el trauma y continuar con su vida.
- Que se proteja a la víctima frente a represalias, a través de medidas de seguridad que proteccion su vida e integridad.
- Que tengan una reparación digna por el daño ocasionado.

El delito es una actividad realizada por algunos seres humanos la cual se ha justificado ya sea por necesidad o por una desviación mental y este punto de vista lo encontramos presentes en las diversas etapas históricas, dejando a un lado la víctima; existen quienes justifican la actividad criminal en virtud de la falta de oportunidades que existe en ciertos países apuntando como responsable principal al Estado a través de quienes los gobiernan, en virtud de hacer victima al victimario y de esa manera revictimizar a la persona al otorgarle en muchas ocasiones el beneficio de la duda al responsable.

La delincuencia siempre ha sido justificada, es necesario que el Estado trabaje en la prevención del delito a través de políticas disuasivas que analice cual es el entorno modelo en el cual se puede ser propenso a convertirse en delincuente y de qué forma puede rescatarlo y desviarlo de poder adoptar una conducta criminal esto se debería de aplicar pero tristemente el Estado prefiere castigar y no necesariamente a la víctima sino a la población , haciendo caso omiso a las necesidades de la sociedad denegando



la inclusión social teniéndolos en el olvido y limitando cada vez más sus derechos, la indiferencia del Estado contribuye a que toda una población sea afectada siendo el sujeto pasivo sobre quien recae el delito.

El derecho penal guatemalteco puede ser definido según los autores De León Velasco y De Mata Vela manifiestan que aquél es el conjunto de normas jurídico penales que regulan la actividad punitiva del Estado, determinando en forma abstracta los delitos y las penas y medidas de seguridad, y lo definen como: "(...) parte del derecho compuesto por un conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y/o las medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen."¹²Otra definición es la que aporta Antolisei, quien afirma que el derecho penal es el "(...) sistema de normas jurídicas conforme a las cuales el Estado prohíbe, mediante la amenaza de una pena, determinados comportamientos humanos."¹³En Guatemala el estudio de la historia del Derecho penal guatemalteco, se ha reflejado en dos sistemas siendo estos; el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio.

Claro está que el objeto del derecho penal tiende a analizar al delincuente, las faltas, delitos y que conducta humana se debe considerar delictiva, así como la pena o medidas de seguridad a imponer en cada caso concreto y nunca se considera la reparación digna de la víctima a través de la restitución de sus derechos; es importante la creación de instituciones necesarias que permitan brindarle a la víctima su estabilidad

¹²De León Velasco, **Op. cit.** Pág. 4.

¹³ Reyes Echandía, Alfonso. **Diccionario de derecho penal.** Pág. 17.



emocional, el sector justicia y el Ministerio Público deben trabajar eficientemente para que en los procesos penales se ventile la verdad y se castigue al delincuente para el bien común de la sociedad.

El sujeto pasivo del derecho penal es la persona individual o jurídica sobre quien recae una acción típica, antijurídica, culpable y punible; esta persona es comúnmente conocida como víctima ya que sufre el daño que provoca el sujeto activo.

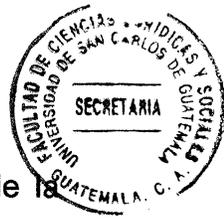
En la actualidad no existen señales para alcanzar una política anti criminal que beneficie a la sociedad guatemalteca con el fin de que disminuya la violencia que aqueja al país; en particular a los guatemaltecos ven más que un adelanto se refleja un retroceso en virtud que el Estado no quiere mejorar las condiciones de vida de los pobladores al no cumplir con los servicios básicos a los cuales tiene la obligación de proveer y en algunas veces los que provee son deficientes y de mala calidad, esto sin duda alguna acorta las oportunidades de quienes al no tener un futuro se inclina en la comisión de delitos con el fin de suplir sus necesidades básicas. En la actualidad los guatemaltecos viven sin esperanzas de negociaciones para mejorar las condiciones sociales de violencia que arrodilla al país y se ven lejos de poder cumplir con ciertos parámetros de seguridad.

Es lamentable que a pesar de que Guatemala cuenta con un código penal y un código procesal penal y una gran cantidad de leyes especiales no resulta ser un disuasivo en los altos índices de violencia en que vive el país. Está claro señalar el desinterés de los últimos gobiernos por frenar esta problemática que muchas veces perjudica en virtud



que se disminuye el turismo, la inversión extranjera y provoca en varias ocasiones una migración forzosa en un país fallido en donde los criminales son pocos pero mejor organizados. Es de suma importancia fortalecer a la niñez guatemalteca a través de una serie de principios que lo protejan de la revictimización dentro de un proceso así mismo en todos los ámbitos de su vida social. Considerándose pertinente los siguientes:

- El interés superior del niño
- Derecho de Opinión
- Derecho de elegir quien es la persona idónea para brindarle abrigo o quien ejerza su guarda o custodia.
- Que su declaración testimonial sea interpretado en su sentido extensivo sin perder el sentido de la declaración.
- Derecho de brindar su declaración testimonial en lugar distinto de donde se encuentra el agresor.
- La reivindicación de sus derechos.



- Contar con una protección preferente por parte de la Procuraduría General de la Nación.

Guatemala aprobó la Convención sobre los derechos del niño el 10 de mayo de 1990, hace 26 años, siendo uno de los primeros Estados a nivel mundial en hacerlo y donde quedó obligado a promover los derechos de las y los infantes, ajustar el marco jurídico en coherencia con las disposiciones de la Convención e informar periódicamente al Comité de los avances y limitaciones en el cumplimiento de la normativa internacional.

Es importante resaltar que a 26 años de ratificar la Convención, en Guatemala existen aún niños y niñas trabajadores, la mayoría de ellos lo hacen en condiciones de riesgo y peligro, se reportan menores esclavizados, maltratados, abusados, violados,, explotados sexualmente, asesinados.

Existe una constante violación a los derechos humanos de los niños debido a que por su condición de necesidad y de querer contribuir a la economía familiar acepta y labora cualquier clase de trabajo sin ser supervisado por la Inspección de Trabajo para ver si las condiciones en que se desenvuelve son aptas, y también si la remuneración es congruente a la actividad laboral que realiza. Violando evidentemente la Declaración sobre los Derechos de la niñez en su Artículo 32 en la cual se regula lo siguiente:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser



peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:
 - a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
 - b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;
 - c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo”.

Otro Derecho violado de la niñez es el Artículo 33 el cual indica lo siguiente “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias”. Tristemente en Guatemala la niñez es coaccionada para la distribución de sustancias estupefacientes por el simple hecho de que gozan de inmunidad.



En la Convención sobre los derechos del niño se encuentra establecido todo a lo que se comprometió a cumplir el Estado de Guatemala en su artículo 34 regula lo siguiente:

“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

Lamentablemente es palpable la situación que se ve en las calles de la zona uno de la ciudad cuando podemos darnos cuenta de la explotación sexual de la cual son víctimas los menores de edad en especial las niñas.

Lamentablemente en Guatemala no se tiene el hábito de la denuncia, situación que ha perjudicado en el combate contra la trata de personas y explotación sexual de la cual las víctimas más vulnerables son los menores de edad, circunstancias que contradicen lo ratificado por Guatemala en la Convención sobre los derechos del niño en el Artículo

35 el cual establece lo siguiente: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.

También cabe resaltar que los tratos crueles e inhumanos de un niño provienen en la mayoría de casos de su núcleo familiar, siendo los principales agresores los progenitores, lo cual no permite el cumplimiento de Artículo 37 de la Convención sobre los derechos del niño que indica :“Los Estados Partes velarán por qué:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al



interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”.

Los Estados que ratificaron la Convención sobre los derechos de los niños tomaran las medidas apropiadas para promover los derechos de los mismos y contribuir a la recuperación física, psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.





CAPÍTULO IV

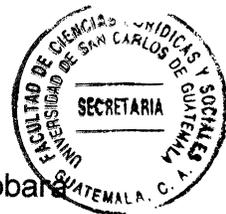
4 Regulación de los juicios orales de guarda y custodia en el derecho comparado

En el ordenamiento jurídico guatemalteco no existe un apartado especial al tema de guarda y custodia, por lo que es necesario tomar la importancia debida que el tema amerita, así como desarrollar un procedimiento adecuado que tienda a la protección del menor de edad y su revictimización. Por lo anterior, es necesario realizar un estudio comparado de este tema de investigación.

4.1 El ordenamiento jurídico mexicano

El ordenamiento jurídico mexicano estipula la custodia como una figura derivada de la filiación y el parentesco, y la encuentran regulada dentro de la institución de la patria potestad.

Los argumentos usados durante mucho tiempo para mantener la custodia y cuidado de los hijos por los padres consistieron en afirmar que para criar y mantener a los hijos en orden y obediencia era necesario dejarlos bajo el cuidado legal del padre hasta la mayoría de edad, ya que la madre carecía y no le era reconocido poder alguno sobre los hijos, y sólo debía ser objeto de reverencia y respeto, es decir una figura decorativa.



La regla era que el padre tenía derecho a la custodia de los hijos, salvo que se probara que era incapaz de tenerla, y que su deber era mantener, proteger y educar a sus hijos, lo cual quedó así establecido por la ley.

“Paulatinamente se presentó un proceso de flexibilidad en la ley y/o en la práctica de la ley, que permitía considerar a la madre como capaz de criar a los hijos cuando éstos fueran menores de siete años. Después de 1900, es cuando progresivamente se comienza a presentar un cambio en la legislación y en los criterios de su aplicación, que consistió en reconocer y regular la custodia de los hijos con preferencia hacia las madres con la misma fuerza que durante tantos años se concedió a los padres.”¹⁴

En el código civil mexicano a pesar de que no hay una regulación expresa respecto a la guarda y custodia de los hijos, existen normas jurídicas propias a la patria potestad, de donde se desprende los atributos de guarda y custodia. De tal forma, aquellas disposiciones establecidas indican que la patria potestad será ejercida por los progenitores mientras ellos vivan durante toda la minoría de edad de los hijos.

En el ordenamiento mexicano hay un artículo que expresamente ordena en primer lugar al padre y en segundo lugar a la madre, los cuales se encuentran expresados en los códigos de 1870 y 1884. Sin embargo, existe una excepción la cual se encuentra en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, cuyo orden de prelación para ejercer la patria potestad se encuentra la patria potestad en el mismo nivel, estableciendo una jerarquía

¹⁴ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/116/art/art8.htm> (consultado el 15 de julio de 2016)



entre abuelos paternos, encontrándose en primer lugar, y entre abuelos maternos encontrándose estos en segundo lugar.

“Asimismo, el Código Civil de 1870 nos presenta una disposición cuyo contenido expresa lo que podría ser un acercamiento a la custodia compartida, en el artículo relativo a las medidas provisionales en el juicio de divorcio que, guardadas las proporciones, correspondería a lo estipulado actualmente por el artículo 282 del código vigente, cuando dice en su artículo 266:

Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente, y sólo mientras dure el juicio las disposiciones siguientes:

1a. ...

2a. ...

3a. Poner a los hijos al cuidado *de* uno de los cónyuges o de los dos...

Queda claro que esta posibilidad sólo ocurría durante el juicio de divorcio, pues una vez dictada la resolución, el cónyuge culpable perdería la patria potestad, lo que definitivamente lo excluiría del ejercicio de la custodia; también se señala que, a pesar de lo anterior, el culpable continuaría con las obligaciones derivadas de la ley para con sus hijos. En los mismos términos se establecen disposiciones en el artículo 244 del Código Civil de 1884 y en el artículo 93 de la Ley de Relaciones Familiares de 1917.”¹⁵

¹⁵ **ibid.**



En Mexico, surgia por el hecho de pensar que los menores necesitaban mas el cuidado de la mama que del padre. Los cambios radicales en la sociedad mexicana y sobretodo la familia, especialmente en atenci{on al principio de igualdad de hombres y mujeres, La Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la jurisprudencia emitida el 27 de junio del año 2014, establecio que los jueces tendrán la obligación de realizar un análisis de las circunstancias de la familia, la situación entre progenitores, valorando los aspectos mas importantes, como el estado psicológico de los niños, el ambiente mas sano para ellos, y el efectivo desarrollo de los niños, ya sea con la madre o con el padre.

En Mexico uno de los preceptos principales que siempre se había suscitado durante varios años en materia de derecho de familia, era lo referente a la controversia que surgia entre progenitores sobre la figura de guarda y custodia de los hijos, el cual casi siempre era automáticamente siempre a favor de la madre.

“GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR [INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO]. Como ya lo ha establecido esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad absoluta que juegue a favor de alguno de los progenitores pues, en principio, tanto el padre como la madre están igualmente capacitados para atender de modo

conveniente a los hijos. Así las cosas, el intérprete, al momento de aplicar el inciso a), de la fracción II, del artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, que dispone que si no se llega a ningún acuerdo respecto a la guarda y custodia, “los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor”, deberá atender, en todo momento, al interés superior del menor. Lo anterior significa que la decisión judicial al respecto no sólo deberá atender a aquel escenario que resulte menos perjudicial para el menor, sino, por el contrario, deberá buscar una solución estable, justa y equitativa que resulte lo más benéfica para éste. La dificultad estriba en determinar y delimitar el contenido del interés superior del menor, ya que no puede ser establecido con carácter general y de forma abstracta; la dinámica de las relaciones familiares es extraordinariamente compleja y variada y es dicha dinámica, así como las consecuencias y efectos que la ruptura haya ocasionado en los integrantes de la familia, la que determinará cuál es el sistema de custodia más beneficioso para los menores. Así las cosas, el juez habrá de valorar las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor y determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad del menor, lo cual se puede dar con ambos progenitores o con uno solo de ellos, ya sea la madre o el padre. En conclusión, la tutela del interés preferente de los hijos exige, siempre y en cualquier caso, que se otorgue la guarda y custodia en aquella forma (exclusiva o compartida, a favor del padre o de la madre), que se revele como la más benéfica para el menor.

Esta tesis se publicó el viernes 27 de junio de 2014 a las 09:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del

lunes 30 de junio de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.”¹⁶

La anterior jurisprudencia pretende cumplir con uno de los principios fundamentales para el niño que es, la tutelacion del interés preferente de los hijos, siendo de forma exclusiva o compartida para el padre o madre.

4.2 El ordenamiento jurídico argentino

En argentina cuando un niño se encuentra en un peligro moral y material, o un estado de abandono, el Estado interviene a través de una institución denominada: Patronato de menores. El Estado otorga la guarda del menor de edad para su protección y cuidado. En este país latinoamericano se le conoce a la anterior situación como una guarda desmebrada de la patria potestad.

Según el ordenamiento jurídico argentino al no existir la patria potestad, ni darse la tutela, surge para ellos una tutela oficial o patronato del Estado, quien es el ente encargado del menor protegiéndolo y por lo tanto delegándole la guarda.

“El art. 10 inc. c) de la ley 10.067 de la provincia de Buenos Aires habla de «la concesión de la guarda» como una de las medidas de protección que puede disponer el juez. Esta sería una guarda desmembrada de la patria potestad y de la tutela y delegada por el titular del Patronato a un particular o a un instituto de protección. La

¹⁶ <https://www.scjn.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx> (consultado el 16 de julio de 2016)

guarda desmembrada de la patria potestad puede ser delegada o de hecho. Es delegada cuando el Estado otorga la tenencia y cuidado de un menor a un tercero que no es su representante legal. Es de hecho «cuando una persona, sin una atribución ni de la ley, ni del juez, por propia decisión, toma un menor a su cuidado». Esta guarda fáctica es una guarda desmembrada pero no delegada legítimamente, se constituye sin intervención de autoridad administrativa o judicial y por ende no hay ninguna evaluación ni de la idoneidad del guardador ni del interés del menor. Quien ejerce la guarda de hecho, asume una de las formas protectoras de la minoridad y, si bien se desarrolla en un marco de precariedad, no puede negarse la producción de consecuencias jurídicas ni la existencia de deberes y derechos inherentes a la tarea que se lleva a cabo.»¹⁷

La guarda con fines de adopción es una guarda delegada que tiene una finalidad específica que es la adopción y que se establece en un doble sentido. «Por una parte cumple con una función tutelar establecida en orden a la protección del menor y por otro lado la guarda aparece como un requisito sustancial para el otorgamiento de la adopción, es decir como presupuesto de ella» El Art. 316 del Código Civil, dispone que «El adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año el que será fijado por el juez. El juicio de adopción sólo podrá iniciarse transcurridos seis meses del comienzo de la guarda. La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal, del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo. Estas condiciones no se requieren cuando se adopte al hijo o hijos del cónyuge». Del articulado se desprende que la guarda judicial es un requisito insoslayable para demandar la adopción. Corresponde

¹⁷ http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/159_gallo.pdf (consultado el 17 de julio de 2016)

interrogarse sobre que ocurre si vence el plazo máximo sin haberse deducido la demanda adoptiva. Cabría considerar que la guarda ha caducado, efecto que la norma no contempla, o que no se satisface un presupuesto para la promoción de la acción. Sin embargo, no deben producirse ni uno ni otro resultado, en tanto con ello se ocasionaría un gravísimo perjuicio al menor sin que medie un respaldo legal para que así acontezca. La guarda de menores aparece como uno de los medios -técnicas o tratamientos no institucionales integrante de la protección del menor y que, como los restantes, procede en subsidio de la máxima institución proteccional constituida por la patria potestad. Cabe en primer lugar, en consecuencia, deslindarla de la tenencia, como derecho-deber, integrante de la patria potestad, que se regula en el art. 275 del código Civil, mas siendo comprendida entre los elementos mencionados en el genérico artículo 265 por conformar uno de los factores de manifestación de la autoridad y cuidado que éste último dispositivo consagra. La guarda presupone una actividad signada por comportamientos de custodia, defensa o conservación, mientras que la tenencia, en cambio, se refiere a un aspecto meramente material o fáctico, implicando la proximidad física de algo o alguien, por lo cual la legislación española hace mención al deber de los padres de tener a sus hijos «en compañía» y la doctrina la individualiza como deber de convivencia o unidad de domicilio.”¹⁸

4.3 El ordenamiento jurídico español

En España la figura de guarda y custodia de los hijos menores son separadas completamente de la institución de la patria potestad.

¹⁸ Ibid.



La figura de la patria potestad se encuentra regulada en el código civil español en el título VII bajo el nombre de “De las relaciones paterno-filiales”, y las figuras de guarda y custodia se encuentran establecidas a partir del artículo 90, estipulándose como uno de los efectos de las figuras de nulidad, separación o divorcio.

Para la legislación española igual que en nuestro ordenamiento jurídico, la guarda y custodia recaen en ambos progenitores, por ser ellos quienes tienen la titularidad de la patria potestad y su ejercicio. Sin embargo, en caso de ruptura de los progenitores, ya sea de hecho o matrimonial, se dan ciertas situaciones sobre la patria potestad, la primera en cuanto a la privación de la patria potestad (art. 170 Cod. Civil Español), y la segunda a la atribución de su ejercicio otorgado a uno solo de los progenitores (Art. 156 Cod. Civil español).

En lo que se refiere a la guarda y custodia de los hijos, ésta puede ser atribuida a uno u otro, o inclusive a ambos pero de forma compartida, lo anterior derivado de la separación de los progenitores.

En España, aquellas comunidades autónomas que no tienen un derecho civil propio deben regirse bajo las normas del Código Civil común, Algunas comunidades como Aragón, Cataluña, Navarra y Comunidad Valenciana, han desarrollado un derecho civil propio, siendo las demás comunidades regidas por el código civil común.

Aquellas reguladas por el Código civil común, se encuentra estipulada los distintos modelos de guarda y custodia, dando exacta preferencia de custodia a un solo



progenitor. Se estableció en un apartado del código civil común que la custodia puede ser compartida para ambos progenitores, siempre y cuando estén de acuerdo, mientras que en otro apartado se indicaba que el juez podía concederla excepcionalmente a petición de uno solo de los conyuges siempre que atienda al interés del menor forma se protege adecuadamente el interés del menor. Hasta su declaración de inconstitucionalidad por Sentencia del Pleno del T.C. nº 185/2012, de 17 de octubre, también era necesario, para otorgar la guarda y custodia compartida, contar con el informe favorable del Ministerio Fiscal. Sin embargo, esta sentencia declaró inconstitucional y nulo el inciso «favorable» contenido en el art. 92.8 del Código Civil.



CAPÍTULO V

5 Revictimización de los menores de edad en los juicios orales de guarda y custodia en Guatemala

Es lamentable que en Guatemala se hayan utilizado los juicios orales de guarda y custodia con el propósito de dejar de pagar una manutención y en el peor de los casos es utilizar a los menores como instrumento de venganza para ocasionarle un daño al cónyuge y de esta forma no pelee a favor de sus hijos una pensión alimenticia.

Tristemente cuando un menor se desenvuelve en un ambiente lleno de conflictos en donde nadie quiere garantizarle su futuro se vuelve un problema que el menor debe enfrentar a su corta edad, es por ello que es importante evitar la revictimización de menores en los procesos en donde tenga que emitir una opinión al respecto.

Los juicios orales de guarda y custodia en Guatemala, se han caracterizado en los últimos años por la revictimización del menor de edad, lo que afecta gravemente el Derecho de opinión de éstos. Lo anterior es derivado de la desavenencia entre los progenitores quienes utilizan a los menores de edad como un instrumento de venganza entre ellos mismos, ocasionando de esta manera la transgresión a los derechos humanos de la niñez.



La situación se torna más difícil hoy en día derivado que se perjudican los derechos de los menores dentro del proceso; al ser coaccionados por sus mismos progenitores para declarar durante el proceso situaciones que muchas veces no son verdaderas, circunstancia que se torna complicada para cualquier menor de edad por el hecho de no querer ofender o perjudicara ninguno de sus progenitores.

Actualmente, la intervención de las instituciones encargadas de velar por la protección de los derechos de los niños no constituye una verdadera garantía de protección para el menor con el fin de evitar la revictimización.

La Procuraduría General de la Nación como institución protectora de los menores de edad deberá estar presente en todos los juicios orales de guarda y custodia para proteger al menor y solicitar las evaluaciones pertinentes a los progenitores para establecer quien es la persona idónea para la guarda y custodia del menor.

Por lo anterior, surge la necesidad de evitar la revictimización del menor de edad en los juicios orales de guarda y custodia, a través de una investigación legal y jurídica de esta problemática para que se dicten sentencias que protejan debidamente el interés superior del niño, evitando la revictimización del mismo producida por la presión psicológica de los progenitores.



5.1 Derecho de familia

Tradicionalmente se ha considerado que el derecho de familia es una rama del derecho civil; sin embargo, puesto que este último se estructura sobre la base de la persona individual y dado que habitualmente se ha estimado que las relaciones de familia no pueden quedar regidas solo por criterios de interés individual y autonomía de la voluntad, en la actualidad gran parte de la doctrina considerada es una rama autónoma del derecho con principios propios, sin embargo para considerarse autónoma es necesario que se den tres supuestos: doctrinal, la independencia legislativa, la independencia judicial.

Varios países han regido legislativamente este cambio doctrinario dictando un código de familia aparte de un código civil. Ese ha sido el caso de Argelia, Bolivia, Canadá, Cuba, Nicaragua, Costa Rica, Salvador, Filipinas, Venezuela, Rusia y Rusia.

Además y por similares consideraciones, desde hace varios años diversos estados han juzdicaturas especializadas en esta materia denominados comúnmente juzgados.

5.2 Tutelaridad de los derechos de la niñez

Antes de entrar al tema de la tutelaridad de los derechos de la niñez se debe conocer el concepto tutelaridad. Los derechos humanos encuentran su fundamento en la

dignidad, pero qué entendemos por la dignidad; el filósofo alemán, señala que la dignidad es “la capacidad de discernir entre el bien que debo lograr y el mal que debo evitar”¹⁹; es decir, el fundamento de la dignidad es la “conciencia moral”.

Esto explica que el ser humano es el titular del goce y ejercicio de sus derechos humanos; materializado en construir su proyecto de vida en “libertad de conciencia” y en “libre desarrollo de la personalidad”, vinculándose de tal forma la dignidad con la autonomía moral.

El ser humano, en esencia, es un fin en sí mismo y no un simple medio. Igualmente, los derechos humanos son atributos que toda persona tiene y que son inherentes a su dignidad y, que el Estado tiene el gran deber de respetar su prevalencia, garantizar su vigencia y satisfacer su plena realización.

De esta manera, todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado. Esto evidencia, no obstante, que es difícil establecer una definición precisa sobre el término.

Efectivamente, en la Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos revela que los derechos humanos son percibidos principalmente como los derechos básicos de las personas, relacionados con la salud, la identidad, la educación, la alimentación, más de la mitad de la población consultada se expresa en este sentido. Otras definiciones de

¹⁹ Vasak, Karel. **Ensayos sobre Derechos Humanos. Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos.** Pág. 37.

menor mención se refieren a que son derechos que nos defienden y que se trata de respeto a los derechos de las personas.

De hecho, considerando como referencia la historia, pasó mucho tiempo para entender el valor y significado de los Derechos Humanos y lograr establecerse como tales: “Ciro el Grande, el primer rey de la Persia Antigua, tras conquistar Babilonia, anunció que “todos los esclavos podrían irse en libertad y que la gente era libre de elegir su religión sin importar de qué grupo era parte”; documentaron sus palabras en una tablilla de arcilla llamada “El Cilindro de Ciro”.

Sin embargo la gente seguía de forma natural ciertas leyes incluso que no se les dijeran que las siguieran, llamaron a esto Derecho Natural.

Pese a todo, los derechos humanos entendidos en aquel tiempo siguieron siendo pisoteados por quienes ostentaban el poder. Frente a esta situación, el rey de Inglaterra expresó lo siguiente: “Nadie puede invalidar los derechos de la gente ni siquiera un rey”. Los derechos de la gente estaban finalmente a salvo y protegidos de quienes ejercían poder; claro que hasta cierto punto.

Dentro de los antecedentes también se encuentran: la Petición del Derecho (1628); la Constitución de Estados Unidos (1787); la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789); y la Carta de Derechos de Estados Unidos (1791); que en su conjunto se materializan como precedentes de los Derechos Humanos en la actualidad.



Posteriormente, serían los temores que dejaron las dos guerras mundiales para que el mundo luche por la dignidad; de esta manera, nace en 1945 las “Naciones Unidas” como una causa mundial tras insistir que se requería un cambio. Su objetivo esencial era “Reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales en la dignidad y el valor de la persona humana”.

Pero, qué significaba, entonces, los Derechos Humanos. En 1946 Bajo la supervisión de Eleanor Roosevelt, quien presidía en aquel momento la comisión de la ONU; conjunto con los demás miembros, se pusieron de acuerdo para una serie de derechos para todo el mundo, estableciéndose un total de 30 derechos, que se agrupan y se les llama sencillamente Derechos Humanos, los cuales se enumeran en la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

Naturalmente, una de las características esenciales del concepto en derechos humanos, es la impresionante expansión de la noción de su contenido. Expansión constante que puede analizarse desde diferentes puntos de vista y que se ha manifestado en un proceso que ha llevado, histórica y conceptualmente, primero al reconocimiento de los derechos individuales y libertades civiles y de los derechos políticos, luego de los derechos económicos, sociales y culturales y, por último, de los derechos llamados de solidaridad o de la tercera generación.

Por otro lado, se debe tener presente que este concepto trasciende la dimensión meramente jurídica. Y, ya dentro del ámbito del Derecho, abarca por igual las esferas



del derecho constitucional y del derecho internacional, lo cual significa que en el sistema legal los derechos humanos están amparados por dos ramos jurídicos

En consecuencia, se puede alegar que una idea global sobre los Derechos Humanos es que son derechos que se tiene simplemente por ser humano. Es la manera que instintivamente esperas que se te trate y el trato que te mereces como persona. Los Derechos Humanos son universales, le corresponde a cada ser humano como titular del mismo en todo el mundo en todas partes.

La tutelaridad de los derechos de la niñez se puede encontrar establecida en la ley integral de protección de la niñez y adolescencia guatemalteca en su Artículo 6. Tutelaridad.

El Derecho de la niñez y adolescencia es un derecho tutelar de los niños, niñas y adolescentes, otorgándoles una protección jurídica preferente. Las disposiciones la presente Ley son de orden público y de carácter irrenunciable.

El Estado deberá velar porque los niños, niñas y adolescentes reciban entre otros:

- a) Protección y socorro especial en caso de desastres;
- b) Atención especializada en los servicios públicos o de naturaleza pública;
- c) Formulación y ejecución de políticas públicas específicas;
- d) Asignación específica de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la niñez y juventud adolescencia.



5.3 Medidas de protección para el menor en los juicios orales de guarda y custodia Propuesta de regulación del proceso oral de guarda y custodia

En Guatemala surge la necesidad de crear un protocolo en la realización de audiencia en donde el menor ejercerá su derecho de opinión; con el propósito a que contribuya a erradicar la reevictimización de menores en los procesos en donde se pretenda restablecer sus derechos, es importante que se crea una institución de la niñez que cuente con departamento jurídico en el cual se vele por los derechos de la niñez y se garantice el fiel cumplimiento de sus derechos.

Es lamentable ver hoy en día un panorama deplorable en donde la familia es disfuncional y nadie le interesa la niñez es más se utiliza como instrumento de venganza entre los progenitores con el fin de vengarse uno del otro sin importarle el daño emocional que le ocasione al menor, es por ello que surge la necesidad de crear una institución de la niñez que supere las deficiencias con las que cuenta la Procuraduría General de la Nación.

Esta institución podría ser un Ministerio de Desarrollo Integral de la Niñez. Este ministerio se hace de vital importancia en la sociedad guatemalteca debido a que cada día se respeta menos el derecho de la niñez, esto surge como producto de la paternidad irresponsable la cual va en aumento en perjuicio de los menores; situación que afecta gravemente los intereses de los menores y su desarrollo integral.



Objeto

El Ministerio de Desarrollo Integral de la Niñez será una institución que tendrá como objeto primordial el velar en pro y beneficio de la niñez guatemalteca, otorgándoles un trato tutelar preferente con el fin que los menores tengan una institución que vele por el fiel cumplimiento de sus derechos y el restablecimiento de los mismos en algunos casos; así también a realizar protocolos pertinentes en los casos en donde los menores haga ejercicio de su derecho de opinión ante los tribunales de justicia.

Ámbito de aplicación

El presente ministerio de iniciar sus operaciones de inmediato en el departamento de Guatemala, debido a que en este departamento es donde se dan los casos en los cuales en donde hay intervención de los menores de edad y en un plazo de un año llegar a todas las cabeceras departamentales del país, para que dicho ente sea de aplicación general.

Principios

Considerando que los principios son el punto de partida de un derecho, es importante el surgimiento de un Ministerio de Desarrollo Integral de la Niñez; para que sirvan atendiendo a la necesidad del restablecimiento de los derechos de los menores. Entre los principios fundamentales están los siguientes:



- El interés superior del niño
- Tutelaridad
- Trato preferente
- Derecho de opinión fuera de la sala de audiencias
- Desarrollo Integral del niño
- Protección moral y psicológica
- Asistencia profesional

Características

La creación del Ministerio de Desarrollo Integral de la niñez se fundará con el ánimo de velar por los intereses de los menores, así también el evitar su revictimización en los procesos orales de guarda y custodia con el fin de evitar ser utilizado por sus progenitores como un instrumento de destrucción hacia alguno de ellos. Este Ministerio tendrá las siguientes características:

- Exclusivo para menores
- Restablecedor de derechos
- Busca el desarrollo integral de la niñez
- Evita la revictimización de menores
- Fomenta el respeto a los derechos de la niñez
- Brinda un respaldo institucional
- Contribuye al bien social



- Garantiza el fiel cumplimiento de los derechos de la niñez
- Sensibilizador

Atribuciones

El Ministerio de Desarrollo Integral de la niñez tendrá una serie de atribuciones las cuales son de carácter obligatorio su cumplimiento, con las cuales se logre la protección de la niñez guatemalteca a través de un departamento jurídico especializado en el tema y de fiel cumplimiento a las siguientes atribuciones:

- Presentar iniciativas de ley que contribuyan al desarrollo integral, social e intelectual de la niñez.
- Mejorar cada año los protocolos a seguir en el caso de participación de un menor en procesos de familia o de niñez, para evitar su revictimización
- Velar por el fiel cumplimiento de los derechos nacionales e internacionales de los cuales debe de gozar la niñez.
- Fomentar políticas de concientización acerca de la niñez y su importancia en la sociedad.
- Restablecer todos los derechos de la niñez que se han perdido con el tiempo.



- Descentralizar dicho ministerio lo pronto posible para garantizarle a la niñez guatemalteca el principio de tutelaridad y preferencia.

5.4 Protocolo que deben seguir los juzgados de familia previo a conocer los juicios orales de guarda y custodia

- .Presentada la demanda
- Se califica
- Si cumple con los requisitos se le da tramite
- El juzgado fija día y hora para la audiencia
- Se notifica al demandado a una Audiencia de conocimiento.
- Llegado el día y hora de la audiencia (El menor es llevado a una sala en donde estará acompañado de un psicóloga la cual en ese momento no le cuestionara acerca de la relación de sus progenitores), el juez conocerá los argumentos por los cuales se presentó la demanda y analizara si es porque el padre no quiere pagar manutención o si es por desaveniencias entre progenitores; o si el proceso únicamente se quiere utilizar como una forma de venganza entre los progenitores o si realmente les interesa el bienestar del menor.



- El juez deberá de resolver de inmediato si existen motivos suficientes para continuar con el proceso o solo se quiere utilizar el sector justicia como un acto de venganza.
- Si a juicio del juez considera pertinente el continuar con el proceso, este se debe de tener por agotado en una única audiencia en la cual el menor haga ejercicio de su derecho de opinión utilizando un protocolo especial para evitar su revictimización.

5.5 Protocolo que deben seguir los juzgados de familia en la única audiencia de los juicios orales de guarda y custodia

- Fijado el día y hora de la audiencia
- El menor quedara a cargo de una psicóloga en una sala privada
- Los progenitores estarán en la sala de audiencias junto con el juez de familia, la oficial de audiencias y una psicóloga del Ministerio de Desarrollo de la Niñez la cual evaluara la conducta de los progenitores.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Los juicios orales de guarda y custodia son los de mayor frecuencia en la sociedad guatemalteca derivado a que existe mucha desintegración familiar de esto se desata los juicios orales de guarda y custodia para ponerse de acuerdo en quien cuidara de los menores. Sin embargo, en la actualidad el alto índice de problemas con que se encuentran las familias desintegradas hace que los menores sufran violencia psicológica, al enfrentarse a estos problemas a su corta edad.

Cuando el menor se ve involucrado como víctima dentro de un problema de sus padres, y surge la necesidad activar dichos juicios, es importante que se lleve a cabo con la mayor concentración posible, evitando radicalmente que pueda tener cualquier percepción o daño, inseguridad y angustia los menores. Merecen un especial tratamiento el caso del menor víctima de los conflictos de los padres. Para el menor supone un sentimiento de angustia añadido el que los padres le hayan hecho objeto de una actuación favoritaria para ambos, estando muchas veces confundido en decidir con quién vivirá si con el padre o la madre. Por otra parte, el procedimiento que aborda el tratamiento del menor tiende a hacer especial en el hecho de que este menor no es tanto un delincuente si no una víctima de los conflictos de los padres un sujeto necesitado de protección. Sin embargo el sistema no parece contemplar como objeto prioritario al menor. Suele ocuparse más de la actuación sobre el conflicto que sobre la víctima que en la mayoría de casos son los menores.





BIBLIOGRAFÍA

BACRE , Aldo. **El proceso civil**. Chile: Ed; Aranch. 2009

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 7ª. Ed. Guatemala: Ed. Estudiantil Fenix, 2013.

CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis. **Guarda y custodia compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informa favorable del Ministerio Fiscal?**. Diario la Ley, número 7206, Sección Tribuna (2009).

COUTURE, EDUARDO J. **“Fundamentos del derecho procesal civil”**. Mexico: Editora Nacional 1984.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**, 10ª ed.; Guatemala: Ed. F&G Editores, 1998.

DESAI, ARIAS, THOMPSON & BASILE. **Childhood victimization and subsequent adult revictimization assessed in a nationally representative sample of women and men**. *Violence Vict.* Vol. 17. Estados Unidos: 2002.

ENGELS, Federico. **Origen de la familia, la propiedad y el Estado**, 5ta. Reimpresión, México, Ed. Editores Unidos, 2000. EISLER, Riane. **“El cáliz y la espada. La mujer como fuerza en la historia**. Trad. Por Renato Valenzuela M. México, Ed. Pax 1997.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. **Derecho civil**. Prorrúa, México: 1993.

GORDILLO, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco**. 6ª. Ed; Guatemala, ed; 2010.

GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. **Derecho familiar**. 2da ed. México, Ed.; UNACH, 1988.

<http://dle.rae.es/?id=BmRI1wf>. (15 de mayo de 2016)



<http://dle.rae.es/?id=JhXFwFm>. (Guatemala, 15 de mayo de 2016)

<http://inforlegal.blogspot.com/2009/06/los-principios-procesales.html>. (Guatemala, 20 de mayo de 2016)

<http://www.derechosinfancia.org.mx/fichasdeasesoria/guardiaycustodia.html#b>(Guatemala, 12 de marzo de 2016)

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/116/art/art8.htm> (consultado el 15 de julio de 2016)

<http://www.monografias.com/trabajos46/procedimiento-civil/procedimiento-civil.shtml>
(Guatemala, 18 de mayo de 2016)

http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152003000200004(Guatemala, 17 de mayo de 2016)

http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/159_gallo.pdf (consultado el 17 de julio de 2016)

<https://www.scjn.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx> (consultado el 16 de julio de 2016)

LOPEZ DEL CARRIL, Julio J. **Derecho de familia**. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. Ed.;1984.

NUÑEZ DE ARCO, Jorge. **La Víctima**. 1ª ed. Bolivia: Ed. Academia Boliviana de Ciencias jurídicas. 2004.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**.1º. ed. Electrónica. Guatemala, Guatemala: ed.;Datasca, S.A. 1981.

OVALLE FAVELA, José. **Teoría general del proceso**. Colección textos jurídicos **Universitarios**. 2º. Ed. México: ed.; San Ángel. 1994.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**. 23º. ed. Madrid, España: Ed.; Espasa, 2014.



REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Diccionario de derecho penal**, 6^a ed.; Colombia: Ed. Temis, 1999.

RIVERO DE ARHANCET, HOWARD, Walter. **Patria potestad. Representación y administración legales.** *Revista de la Asociación de Escribanos de Uruguay* tomo 85, julio a diciembre de 1999.

TMONROY GALVEZ, Juan. **Teoria del proceso**. España: Ed Barcelo. 2007

Vasak, Karel, **Ensayos sobre derechos humanos. Las dimensiones internacionales de los derechos humanos**. Argentina : Ed.; Buenos aires.2002

Legislación:

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

Convención Sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 44/25 del 20/11/1989, en la 44ta. Sesión, ratificada por el Congreso de la República el 06/06/1990. la República de Guatemala, Decreto 97-1996, 1996.

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

Código Civil. Decreto 106 del Congreso de la República de Guatemala, del Gobierno de facto de Enrique Peralta Azurdia, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto 107 del Congreso de la República de Guatemala, 1964.

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

Ley de Tribunales de Familia. Decreto Ley 206, del Gobierno de facto de Enrique Peralta Azurdia, 1964.