

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

**VIABILIDAD DE LA CREACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA GUARDA Y
CUSTODIA COMPARTIDA DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
GUATEMALTECO, EN BENEFICIO DEL MENOR**

MARICRUZ RODAS ARENAS

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2018

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

**VIABILIDAD DE LA CREACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA GUARDA Y
CUSTODIA COMPARTIDA DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
GUATEMALTECO, EN BENEFICIO DEL MENOR**

TESIS

Presentación a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARICRUZ RODAS ARENAS

Previo a conferirle el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre de 2018.

**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:	Lic.	Henry Manuel Arríaga Contreras
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 Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda.	Carmen Patricia Muñoz Flores
Vocal:	Lic.	Saúl Sigfredo Castañeda Guerra
Secretario:	Lic.	Cristóbal Gregorio Sandoval

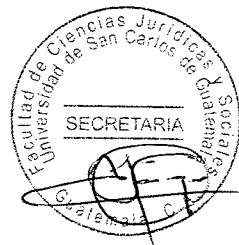
Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Misael Torres Rodas
Vocal:	Licda.	Elisa Álvarez Sontay
Secretario:	Lic.	Wilvi Garibaldi Herrera Clara

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).



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



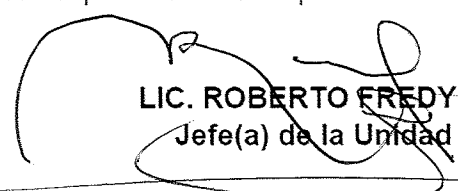
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
22 de septiembre de 2016.

Atentamente pase al (a) Profesional, OMAR RICARDO BARRIOS OSORIO
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
MARICRUZ RODAS ARENAS, con carné 201220810,
intitulado VIABILIDAD DE LA CREACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DENTRO DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO, EN BENEFICIO DEL MENOR.

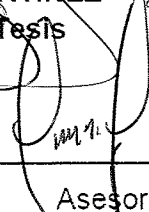
Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

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.


LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 30 / 09 / 2016


Asesor(a)
(Firma y Sello)

Omar Ricardo Barrios Osorio
ABOGADO Y NOTARIO

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala



FORUM

Abogados & Consultores

LICENCIADO OMAR RICARDO BARRIOS OSORIO

Abogado y Notario

14 calle 3-17 zona 1, tercer nivel,

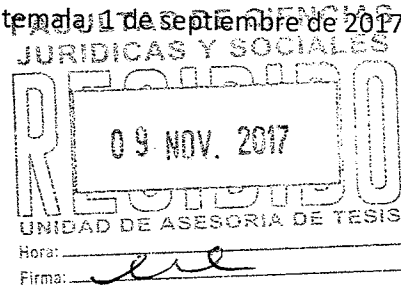
Centro Histórico, Ciudad de Guatemala

Tel. (502) 2251-9234

www.forum.gt

Guatemala, 1 de septiembre de 2017.

Licenciado Fredy Roberto Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente



El infrascrito egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Tricentenaria Universidad de San Carlos De Guatemala, a usted informa:

Que en virtud de nombramiento otorgado con fecha treinta de septiembre de dos mil dieciséis, en relación al trabajo de Tesis de la bachiller Maricruz Rodas Arenas, titulado *"Viabilidad de la creación de la figura jurídica de la Guarda y Custodia Compartida dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, en beneficio del menor"*, al no encontrarme con ningún impedimento y declarando no ser pariente de la estudiante, procedo a emitir el siguiente:

DICTAMEN:

- El trabajo de tesis realizado por la bachiller Maricruz Arenas Rodas cumple satisfactoriamente con los objetivos trazados, tanto en el desarrollo del contenido temático como en los aspectos fundamentales de la investigación, realizando un considerable aporte teórico adicional al esperado.
- En relación a la aplicación de los métodos y técnicas de investigación referidos en el plan, se logró establecer que fueron utilizados en forma acertada desarrollando en forma concreta el método analítico y descriptivo, además de un correcto apoyo en las técnica documentales y bibliográficas que permitieron contar con recopilación de información del problema investigado; la redacción es adecuada para este tipo de trabajo, siguiendo las normas gramaticales adecuadas.
- Con relación a la bibliografía consultada considero que la misma, es suficiente y que respetó los derechos de autor y conexos, elementos que permitieron a la investigadora arribar a una conclusión discursiva que presenta una probable solución al problema investigado, describiendo el problema de la ausencia de la figura de



Omar Ricardo Barrios Osorio
ABOGADO Y NOTARIO

FORUM

Abogados & Consultores

LICENCIADO OMAR RICARDO BARRIOS OSORIO

Abogado y Notario

14 calle 3-17 zona 1, tercer nivel,
Centro Histórico, Ciudad de Guatemala

Tel. (502) 2251-9234

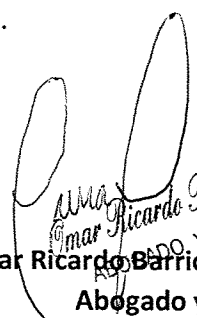
www.forum.gt

Guarda y Custodia compartida en el ordenamiento guatemalteco, determinando de esa forma, la necesidad de incluirla dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

- d) El desarrollo de cada uno de los capítulos permite una secuencia lógica y ordenada que permite arribar a la investigadora a conclusiones de forma concreta y debidamente relacionadas al plan de investigación, lo cual constituye un valioso aporte en el trabajo final. Esa fusión de conocimientos doctrinarios, jurídicos y técnicos, permiten comprobar que la presente investigación se ha efectuado conforme a la metodología diseñada en el correspondiente plan.

Por lo anterior expuesto me permito concluir lo siguiente:

El trabajo de investigación llena los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, sumado al cumplimiento del marco del plan de investigación, procedo a emitir **DICTAMEN FAVORABLE** al trabajo de investigación de la bachiller **MARICRUZ RODAS ARENAS**, para que la misma pueda proseguir con el trámite de rigor.

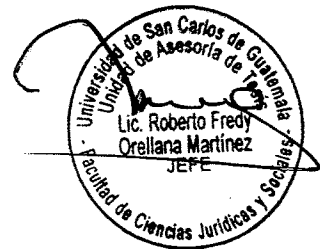

Omar Ricardo Barrios Osorio
Abogado y Notario
Socio Director Área de Derecho Público



"Labor Omnia
Improba Vincit"
El trabajo vence todo lo demás.



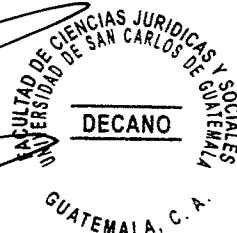
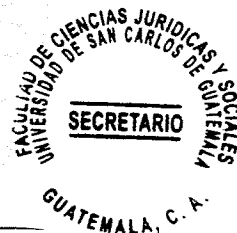
USAC
Tricentennial
RFON/cnchp
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de septiembre de 2018.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MARICRUZ RODAS ARENAS, titulado VIABILIDAD DE LA CREACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO, EN BENEFICIO DEL MENOR. 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/IYRC.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser esa luz en mi camino, por permitirme alcanzar mis metas, mis sueños y cumplir cada anhelo de mi corazón.

A MI ÁNGEL:

Julio Bernal Arenas Siliezar, fuiste luz en mi camino, mi protector y mi compañero, este éxito va dedicado a ti. Te extraño mucho, pero lo logré y fue gracias a ti.

A MI MADRE:

Jacqueline Arenas Arenas, por darme la vida, por creer en mí y siempre apoyarme en todo. Gracias por estar conmigo en cada etapa de esta travesía, sin ti esto no hubiera sido posible.

A MI FAMILIA:

Porque la vida no hubiera sido la misma sin ustedes, gracias por acompañarme en este camino. A mis primas, primos, tíos, tías y en especial a mis sobrinas Isabella Monzón, Sofía Monzón y Samantha Monzón y a mis sobrinos Mateo Monzón e Iker Monzón.

A MIS AMIGOS:

Agradezco infinitamente a Dios haberlos puesto en mi camino, por su apoyo y confianza, en especial a Jorge Pablo Reyes Escobar, Sharon Pamela Vivar Suarez, Luis Ricardo Godoy Ruiz, María Fernanda Girón, Sergio Paolo Gonzales, Edwin Roberto Barrow, Samuel Camey, Michelle Goveia,



Brian Cruz y a todos aquellos que recorrieron conmigo esta etapa.

A MI MENTOR:

Licenciado Omar Barrios Osorio, gracias por haberme enseñado que el derecho es más que una ley y haber sembrado en mí el amor incondicional por mi país.

A:

La Tricentennial University of San Carlos de Guatemala, por acogerme, por ser mi segundo hogar y darme tantas oportunidades.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que durante todo este tiempo me permitió formarme como una profesional.

**A MIS
CATEDRÁTICOS:**

Federico Huitz Ayala, Juan Carlos López Pacheco, Mario Gordillo Galindo, Víctor Hugo Barrios Barahona, Ovidio Parra Vela, Marco Melini, Rocio Segura, gracias por formar verdaderos profesionales.

**AL PUEBLO DE
GUATEMALA:**

Gracias por solventar mis sueños y darme la oportunidad de convertirme en una profesional, prometo devolver su esfuerzo con un trabajo digno

PRESENTACIÓN

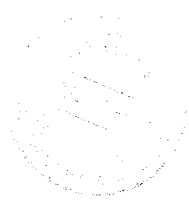


La familia, como base fundamental de toda organización social, conlleva especial énfasis al estudio de los principios, instituciones y normas jurídicas que la regulan. El derecho no puede evitar la posible separación o disolución de un matrimonio, sin embargo, no es ajeno a dicha eventualidad, es por ello que norma sus efectos; entre los cuales se encuentra acordar a quién quedarán confiados los hijos habidos en el matrimonio. En Guatemala, se delega en forma exclusiva la guarda y custodia del menor.

El trabajo de tesis se enmarca dentro del campo del derecho civil, utilizando la investigación de tipo cualitativa, en la cual se identificó cada uno de los componentes que conforman a la guarda y custodia compartida, entre los que se encuentra la familia, el matrimonio, la patria potestad, divorcio y separación. El presente estudio de tesis se situó en la capital de la República de Guatemala, durante el período comprendido del 1 de enero del 2015, al 31 de diciembre del 2015.

El objeto de estudio fueron las normas legales vigentes que regulan lo relacionado con la guarda y custodia del menor, así mismo se realizó una comparación y análisis del ordenamiento jurídico internacional, comprobando la viabilidad de la aplicación de la guardia y custodia compartida; teniendo como sujeto de estudio a los menores de edad.

De esa cuenta el aporte académico del mismo se centra en la necesidad de proteger al menor de cualquier privación a su derecho de familia e interés superior del niño.



HIPÓTESIS

La guarda y custodia tiene como finalidad la protección y resguardo de los menores, garantizando el absoluto goce de sus derechos posteriormente a la ruptura del vínculo conyugal, así como de sus padres avalando la continuidad de su intervención en todos los ámbitos de la vida de sus hijos, sin embargo, la delegación de la misma exclusivamente en uno de los progenitores crea vulnerabilidad a los derechos y principios garantizados principalmente en la Constitución Política de la República de Guatemala y en la Convención sobre los Derechos del Niño.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Para la comprobación de la hipótesis del presente trabajo de investigación se ha utilizado el método analítico jurídico y comparativo, así como técnicas de investigación bibliográfica y documental.

En Guatemala la delegación exclusiva de la guarda y custodia a uno de los progenitores ha creado vulnerabilidad en los derechos de los hijos habidos dentro del matrimonio, puesto que en ocasiones la convivencia familiar se hace imposible y la crisis conyugal limita la igualdad de los roles parentales; por lo que es evidente la validación de la hipótesis formulada.

De conformidad con la experiencia que se ha obtenido de la aplicación de la guarda y custodia compartida en los ordenamientos jurídicos de otros países; de la comprobación de factores axiológicos y filosóficos en los cuales se demuestra que cuando un menor crece bajo este modelo de custodia su desarrollo personal, social, psicológico y principalmente emocional no se ve tan afectado como cuando sufre de la separación para con uno de sus progenitores; así como las diferentes posturas de debate sobre esta figura jurídica y en base a lo que la doctrina ha estudiado y comprobado; se demostró la viabilidad y validez de implementar dicha figura jurídica al ordenamiento jurídico guatemalteco como regla general y no como un caso excepcional.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho de familia	1
1.1. La familia	4
1.1.1. Origen de la familia.....	5
1.1.2. Definición de la familia	7
1.1.3. Concepto de familia	10
1.2. El matrimonio.....	11
1.2.1. Etimología del matrimonio.....	13
1.2.2. Naturaleza jurídica del matrimonio	14
1.2.3. Clases de matrimonio.....	16
1.2.4. Definición del matrimonio	17
1.2.5. Fines del matrimonio	18
1.3. Formas de disolución del matrimonio	19
1.3.1. Separación.....	20
1.3.2. Divorcio	22
1.4. Patria potestad.....	24
1.4.1. Etimología de la patria potestad	25
1.4.2. Naturaleza jurídica de la patria potestad	25
1.4.3. La patria potestad en Guatemala	26
1.4.4. Deberes y derechos de la patria potestad	29
1.4.5. Situaciones que modifican la patria potestad.....	32



CAPÍTULO II

Pág.

2. Guarda y custodia	35
2.1. Etimología de la guarda y custodia	35
2.2. Definición de la guarda y custodia	35
2.3. Guarda y custodia compartida	40
2.3.1. Antecedentes de la guarda y custodia compartida	40
2.3.2. Naturaleza jurídica de la guarda y custodia compartida	46
2.3.3. Definición de la guarda y custodia compartida	48
2.3.4. Concepto de la guarda y custodia compartida	50
2.3.5. Formas de guarda y custodia compartida	52
2.3.6. Ventajas e inconvenientes de la guarda y custodia compartida	56

CAPÍTULO III

3. Principios inspiradores de la guarda y custodia compartida	59
3.1. Principio jurídico	59
3.1.1. Principio de interés superior del niño	60
3.1.2. Principio de corresponsabilidad parental	64
3.1.3. Principio de coparentalidad	68
3.1.4. Principio de universalidad	70



CAPÍTULO IV

Pág.

4. Viabilidad de la creación de la figura jurídica de la guarda y custodia compartida dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, en beneficio del menor	73
4.1. Ordenamiento jurídico guatemalteco y la guarda y custodia	73
4.1.1. Juicio oral de guarda y custodia	74
4.1.2. Procedimiento de la guarda y custodia por la vía oral.....	77
4.2. Convención sobre los Derechos del Niño	82
4.3. Derecho comparado.....	89
4.3.1. España.....	90
4.3.2. Francia.....	94
4.3.3. Argentina	98
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	103
BIBLIOGRAFÍA.....	105

INTRODUCCIÓN



En la actualidad el derecho civil y el derecho de familia se han visto afectados por la eminente evolución de cada sociedad, las instituciones y normas jurídicas han sufrido de innumerables modificaciones que han dado paso a reformas legales. La sociedad guatemalteca ha evolucionado y transformado los roles familiares establecidos en la legislación civil actual, tanto del hombre como de la mujer en el matrimonio y fuera de él, dando margen a implementar nuevas instituciones jurídicas que garanticen la armonía entre los particulares y más aún entre las familias.

Por los diversos cambios en el entorno familiar y las innumerables y crecientes rupturas matrimoniales, el derecho de familia se ve vulnerado, creando cierta inestabilidad en la convivencia familiar y teniendo como principal sujeto perjudicado a los hijos en común.

El Código Civil permite que sean los progenitores quienes decidan por mutuo acuerdo o por resolución judicial a quien quedaran confiados los hijos, sin embargo, la actual legislación delega la responsabilidad legal, representación y cuidado de los menores en uno solo de los progenitores, problemática que ha permitido indagar hipotéticamente si la delegación de la custodia en uno solo de los progenitores vulnera los derechos y principios garantizados a los menores, hijos en común, en los diferentes cuerpos legales.

La investigación tiene como objetivo la comprobación de la posible aplicación de un nuevo modelo de convivencia entre los progenitores y sus hijos, denominado guarda y custodia compartida.

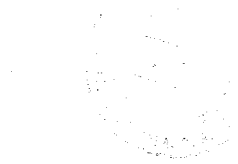
Los métodos empleados en la investigación fueron, el método analítico, utilizado para establecer la importancia de realizar la reforma al modelo de guarda y custodia que impera en Guatemala; el método jurídico empleado para el estudio del ordenamiento jurídico actual del tema en materia; por último, el método comparativo, que permite realizar una comparación legislativa entre las ordenanzas internacionales en materia civil

y familiar. Para la recopilación de datos se han utilizado las técnicas de investigación bibliográfica y documental.



El trabajo de investigación se dividió en cuatro capítulos: el capítulo I, se refiere a las instituciones jurídicas de materia civil que tienen relación directa con la guarda y custodia; el capítulo II, se centra en la guarda y custodia y en específico en su modalidad compartida; los principios sobre los cuales reposa y actúa la guarda y custodia compartida son de importancia para su aplicación, por tal razón se ha dedicado el capítulo III a su estudio; el último capítulo, el capítulo IV, se ha enfocado en el tema principal de la investigación, estableciendo la normativa jurídica vigente y positiva en Guatemala, su aplicación y aportando el estudio de ordenamientos jurídicos internacionales, con la finalidad demostrar la viabilidad de la creación de la guarda y custodia compartida.

Por lo tanto, es necesario reiterar la importancia de la aplicación y creación de una figura jurídica que permita al menor continuar en una convivencia familiar plena y crecer dentro de una atmosfera que proteja y garantice el goce de sus derechos.



CAPÍTULO I

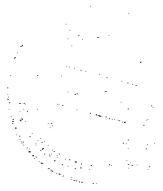
1. Derecho de familia

El derecho de familia surge con la necesidad de regular las instituciones familiares, relaciones jurídicas, los deberes y derechos que surgen en general del vínculo familiar y como esta constituye la sociedad.

La familia se encuentra en disputa constante por no tener una ubicación definitiva entre alguna rama del derecho, algunos autores la consideran de naturaleza de derecho público porque interviene el Estado garantizando el bienestar de la misma; por el otro lado se considera que es de derecho privado porque es una institución que nace de la voluntad de los particulares y que está contemplada dentro del ordenamiento civil, que claramente es una rama del derecho privado.

En contraposición de todo esto se estableció la creación del derecho de familia, se considera que es una rama autónoma puesto que tiene su propia normativa, principios, doctrinas y directrices, sin embargo, se encasilla igualmente como una división del derecho civil.

“En sentido objetivo el derecho de familia es el: conjunto de normas jurídicas que disciplinan esta institución real; y en sentido subjetivo: los derechos de familia son las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que, dentro del grupo familiar,

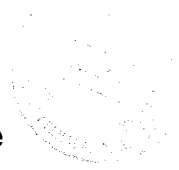


mantiene cada uno de los miembros con los demás, para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar.”¹

El derecho de familia surge en la necesidad de regular las instituciones puramente familiares, en las que se permita crear una serie directrices para la protección de los que convivan en esa familia. Algunas instituciones jurídicas de derecho familiar son: la familia, el matrimonio, la unión de hecho, el divorcio, la separación, los alimentos, la patria potestad, la guarda y custodia, parentesco, la filiación, etc. Distintos autores concluyen en que el derecho de familia es una rama del derecho civil; es indudable que el derecho de familia se gesta en el derecho civil lo cual se define como: el conjunto de preceptos que determinan y regulan las relaciones de asistencia, autoridad y obediencia entre los miembros de una familia, y los que existen entre los individuos de una sociedad.

Antonio Cicu, tratadista italiano, realizó una serie de estudio para determinar en qué rama del derecho se instalaba al derecho de familia, y este acepta que es una parte del derecho privado, ya que Cicu manifiesta que la distinción que se hace entre las ramas del derecho es según la posición que el Estado le reconoce al individuo, en el derecho de familia la relación jurídica tiene los caracteres de la relación de derecho público, interés superior y voluntades convergentes a su satisfacción, protección a la familia; sin embargo establece que esto se debe al deber tutelar del Estado frente a los particulares como los entes públicos de interés general, pero no está sujeta al Estado, sino que tiene la libertad y autonomía de las relaciones particulares, por lo que es de naturaleza privada.

¹ Puig Peña, Federico. **Tratado del derecho civil español**. Pág. 22



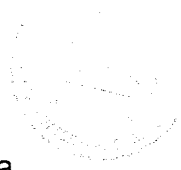
Se puede considerar que el derecho de familia pertenece al derecho privado, aunque tutele intereses generales o colectivos, siendo sus normas irrenunciables, y que tampoco importa que regula las relaciones de sujetos colocados en planos distintos, como son las que derivan la patria potestad y la tutela, “si bien el Estado podrá tener cierta injerencia en la organización de la familia, por ningún concepto puede pensarse que las normas relativas a la misma se refieran a las estructuraciones del Estado, a la que determinación de sus órganos o funciones, con las relaciones entre particulares.”²

El derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución, organización y disolución de las relaciones familiares. El derecho de familia se divide en derecho de familia objetivo y derecho de familia subjetivo.

En sentido objetivo se entiende por derecho de familia al conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares. En sentido subjetivo, derecho de familia es el conjunto de facultades o poderes que pertenecen al organismo familiar como tal o a cada uno de sus miembros. “El derecho de familia objetivo se divide a su vez en derecho de familia personal y derecho de familia patrimonial, el primero tiene como función regir las relaciones personas de los sujetos que integran la institución familiar; el segundo ordenar todo lo concerniente al régimen económico de la familia.”³

² Rojina Villegas. **Derecho civil mexicano**. Pág. 10

³ Fonseca, Gautama. **Curso de derecho de familia**, Pág. 14

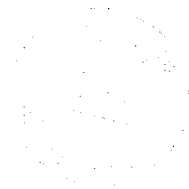


Como base fundamental de la unidad entre hombre y mujer, se funda la familia, esta institución garantiza la armonía de la vida en común, y como fruto de esa unión nacen los hijos, a quienes se les debe garantizar plenamente el goce de sus derechos humanos resguardándolos de cada posibilidad de peligro o vejámenes en su persona. La familia en Guatemala cobra gran importancia, pues la sociedad guatemalteca, es una sociedad conservadora y religiosa, que considera que el hombre y la mujer se deben unir en matrimonio a determinada edad y posteriormente procrear una familia. Todo esto nos forma una especie de estereotipo en el cual la familia es la base de cualquier relación social, económica, sentimental, psicológica, etc.

1.1. La familia

Desde la antigüedad la familia ha sido considerada como el pilar fundamental de la sociedad, la base de las relaciones familiares son el punto de partida de las relaciones sociales que crean vínculos entre personas que les permiten interactuar en relaciones personales, laborales, religiosas, de estudio, etc. En la legislación guatemalteca la familia se considera como el génesis del Estado, por tanto, desde tiempo atrás esta institución ha sido de primordial importancia para la legislación guatemalteca, ya que de ella devienen actos que cobran relevancia e impactan en el mundo de lo jurídico.

La constitución de la familia se remonta hasta los primeros momentos del hombre, incluso numerosas especies animales constan de una organización más o menos compleja en cuanto a materia familiar se refiere. La familia no es un elemento estático, sino que ha



evolucionado en el tiempo en consonancia con las transformaciones de la sociedad.

1.1.1. Origen de la familia

El origen de la familia es un tema que pertenece principalmente a la sociología, sin embargo, por ser la misma el punto de partida de muchas instituciones jurídicas es de mera necesidad que se incorpore al mundo del derecho, con el fin de regular las instituciones familiares.

La familia es “un producto cultural de cada sociedad”⁴, es decir que se considera como el centro de las relaciones sociales, religiosas, políticas, económicas y legales. El sentido cultural de cada sociedad evoluciona rápidamente, lo que era la familia hace cincuenta años ya no lo, es más, debido a ese cambio es necesario entender a la familia como esa institución evolutiva y no estática que necesita llevar consigo a la protección jurídica en sus nuevos surgimientos.

La característica inicial de la familia fue un estado de promiscuidad sexual, que en una evolución posterior deriva en los llamados matrimonios por grupos, en los cuales imperaba el salvajismo y la barbarie a través de la monogamia; lo que significaba que entre los grupos de protección, hombres y mujeres se pertenecían mutuamente.

⁴ Mizrahi, Mauricio Luis. **Familia, matrimonio y divorcio**. Pág.11



Tiempo después se procedió a sacar a la madre e hijos del comercio sexual, por lo que se empezaba a formar un grupo más pequeño de integrantes; y la familia punalúa, en la que se elimina el contacto sexual entre ascendientes y descendientes y el matrimonio entre hermanos. La familia sindiasmica, da el inicio a lo que conocemos como la familia actual, pues se reemplazan las relaciones grupales por relaciones individualistas, en las cuales comienza la vida en pareja, sin embargo, solo se le exige fidelidad a la mujer y el hombre continúa con las prácticas de poligamia.

“Los resabios que dejaron los matrimonios en grupo fueron las certidumbres respecto a la paternidad, pues se sabía perfectamente quien era la madre, más no el padre del nacido. Esta línea materna da origen a la teoría matriarcal, en la cual la madre era el centro y origen de la familia.”⁵ Posteriormente se logra el matrimonio monográfico y es así como se transforma de matriarcal a patriarcal, quedando así reconocida la paternidad y sustituyendo el parentesco uterino por el agnaticio.

En la época romana imperaba la familia que se encontraba en comunidad en el culto, la que buscaba la unión en un mismo hogar sin importar el vínculo de sangre, también existía la agnación ya que la tradición únicamente se tomaba entre los varones con exclusión a la mujer. “Los esclavos y clientes formaban parte de la familia ya que iba más allá de un lazo consanguíneo se necesitaba de la convivencia en el hogar y las relaciones religiosas. Dos hombres podrían llamarse parientes cuando tenían los mismos dioses, el

⁵ Mizrahi.Op. Cit. Pág. 18.



mismo hogar, la misma comida fúnebre.”⁶

Posteriormente con Justiniano aparecen los dos sistemas de parentesco: el tradicional agnatio, es decir de descendencia masculina y el fundando en el vínculo de sangre cognatio, es decir descendencia femenina. Debido a los hechos históricos la regulación legal de la familia se da en forma tardía en el Código de Napoleón, el cual mantuvo el modelo de familia antiguo, en el que imperaba el patriarcado, pero la familia se consideraba como la unión de individuos convivientes en un mismo lugar.

1.1.2. Definición de la familia

Popularmente se considera a la familia como el conjunto de personas que conviven diariamente, bajo un mismo techo, que se auxilian entre sí y que los une un vínculo consanguíneo, que da origen a lazos fraternales y convivencia continua.

“La familia es una rúbrica que une a los individuos que llevan la misma sangre, así mismo expresa que la familia es aquella institución que asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se de satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.”⁷

⁶ Mizrahi. **Op. Cit.** Pág. 35

⁷ Puig Peña. **Op. Cit.** Pág. 3



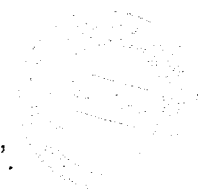
La familia es la institución jurídica tutelada por el Estado, asentada en el matrimonio, la cual se integra por dos o más personas unidas por consanguinidad, afinidad o parentesco civil, que tienen como finalidad la convivencia continua entre lazos de autoridad, afecto y respeto, da cabida a la satisfacción, conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.

Actualmente se constituyen familias de hecho, sin necesidad de que haya vínculos consanguíneos que establezcan una relación directa entre las personas, sin embargo, para la base jurídica y social aun es necesario que la familia inicie desde que un hombre y una mujer contraer matrimonio y tienen la finalidad de convivir, procrear, educar y alimentar a sus hijos.

En el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala, se hace mención a la familia como génesis fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad, dando lugar a los principios axiológicos que son la base de la familia. La Constitución Política de la República establece en el Artículo 47, "El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos."

El Código Civil, Decreto Ley Número 106, no define el término, sin embargo, en el Artículo 1940 numeral segundo establece que: "...en la familia se comprende su: esposa o

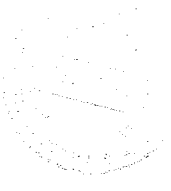
conviviente de hecho, hijos, padres o personas que dependan de él económicamente”.



La Convención sobre Derechos del Niño señala en su Artículo 5: “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, señala en su Artículo 18: “Derecho a la Familia: Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente en una sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia.”

Como base fundamental de la unidad entre hombre y mujer, se funda la familia, esta institución garantiza la armonía de la vida en común, y como fruto de esa unión nacen los hijos, a quienes se les debe garantizar plenamente el goce de sus derechos humanos, civiles, políticos, sociales y culturales, resguardándolos de cada posibilidad de peligro o vejámenes en su persona. La familia en Guatemala cobra gran relevancia a nivel social y jurídico, pues se considera el eje inicial de cualquier relación subyacente.



1.1.3. Concepto de familia

La familia “es una institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza en una unidad total a los cónyuges y a sus descendientes para que, presidida por la razón de autoridad y sublimada por el amor y el respeto, da cabida a una satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.”⁸

Es el conjunto de personas que teniendo como base el matrimonio, concubinato, unión de hecho o filiación se encuentran unidas por lazos de ascendencia, descendencia y por la adopción. La familia implica un conjunto de personas físicas, ya que una sola persona no constituye familia, aunque tenga potencial de crearla y forme parte de una anterior.

Así mismo, “puede afirmarse que la necesidad de la institución familiar se siente en los cónyuges, en los hijos y en la sociedad: En los cónyuges, existe la posibilidad del matrimonio como instrumento articulador de la familia. En los hijos, ya que el ambiente familiar se presenta como vital para su crianza, para el desarrollo de su personalidad, así como para una adecuada integración social. En la sociedad, porque se consigue la integración de sus miembros.”⁹

La familia es el primer lugar de aprendizaje, el principal agente de socialización, el primer núcleo donde el niño va adquiriendo un grado de sociabilidad. En la familia se consigue

⁸ Puig Peña. **Op. Cit.** Pág. 110

⁹ García Urbano, José María. **Instituciones de derecho privado.** Pág. 274



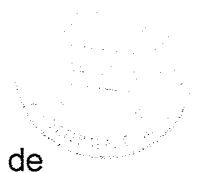
que el niño crezca y se desarrolle en un rol paternal, maternal y fraternal. Está comprobado que la carencia del rol paternal produce en el niño un alto contenido de agresividad; la deficiencia del rol maternal puede dar origen a una falta de identidad en el menor; y un desarrollo defectuoso del rol fraternal puede crear un notable retraso en el proceso de sociabilización.

1.2. El matrimonio

De acuerdo con el derecho romano, específicamente por el Digesto de Justiniano, el matrimonio es la unión libre de hombre y mujer en pleno consorcio de su vida y comunicación del derecho divino y humano. No pudiendo haber matrimonio si no media el consentimiento de todos, es decir, de los contrayentes y de aquellas personas bajo cuya potestad se encuentran.

Por lo que el matrimonio crea una asociación entre los dos esposos, con obligaciones recíprocas; con el objetivo esencial de la creación de la familia. En resumen, el objeto del matrimonio es fundar una familia, establecer comunidad de vida permanente entre un hombre y una mujer y la ayuda mutua.

La familia se funda en el parentesco de sangre, por afinidad o civil (adopción) que exista, haya o no matrimonio. Sin embargo, la forma en que el Estado puede intervenir para mantener, organizar y proteger a la familia es mediante un orden jurídico. Este orden jurídico será el mecanismo para que se puedan ejercitar todos los derechos, así como



cumplir con todas las obligaciones que nacen entre los cónyuges, sin ningún tipo de limitación o exclusión. En resumen, el matrimonio es un estado de derecho que faculta a los consortes para hacer valer todas las disposiciones de carácter familiar ante la autoridad judicial, y así dar paso al nacimiento de derechos y obligaciones entre los consortes y de éstos hacia los menores.

El matrimonio en Guatemala es la base fundamental de la familia, la cúspide de la convivencia humana y entre muchas acepciones el núcleo de la sociedad. La Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 47 regula lo relativo a la protección social, económica y jurídica de la familia, así mismo impone como base legal el matrimonio, y hace énfasis en la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

El Código Civil, Decreto Ley 106, en su Artículo 78, considera al matrimonio como: “una institución social por la cual un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”.

“El matrimonio es la unión legal y permanente de marido y mujer por motivos de amor y, si es posible, para perpetuar la especie.”¹⁰

¹⁰ Ossorio y Ángel Gallardo. **Anteproyecto de Código Civil boliviano**. Pág. 84

El tratadista Lagomarsino-Uriarte, cita a Portalis al decir que: “El matrimonio es una sociedad del hombre y la mujer, se unen para perpetuar su especie, para ayudarse y socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino.”¹¹

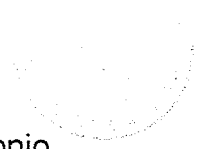
El matrimonio surge como una institución de protección a la familia, uniendo a un hombre y a una mujer para que empiecen una vida juntos con multiplicidad de finalidades. En Guatemala el pensamiento social del matrimonio ha variado y evolucionado, actualmente no toda la población que se encuentra en un estado civil de soltería piensa en solidificar su unión con este acto de expresión de voluntad y vínculo jurídico-social.

En el matrimonio, la procreación de los hijos se presupone como el eje del mismo, los hijos que existan dentro del vínculo matrimonial tienen derecho de tener el cuidado, resguardo y apoyo de sus padres en todos los ámbitos de su vida, mientras que estos sean menores de edad; y los padres tienen la obligación de ejercer la patria de potestad de la mejor manera y siempre velando por el bienestar de los menores. En la actualidad, independientemente de si existe o no el vínculo matrimonial, los padres tienen esa obligación imprescriptible, indelegable e irrenunciable de guardar y custodiar.

1.2.1. Etimología del matrimonio

La palabra matrimonio proviene de las voces “matriz y munium” (madre o gravamen) dando a entender que por esta institución se pone en relieve la carga, el cuidado que la

¹¹ Lagomarsino, Carlos y Jorge Uriarte. **Separación personal y divorcio**. Pág. 21

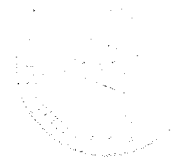


madre ha de tener sobre sus hijos. Con otro sentido expresa que la palabra matrimonio tomó el nombre de las palabras latinas “matriz munium” que significan oficio de madre y que no se le da el nombre de patrimonio, porque la madre contribuye más a la formación y crianza de los hijos en el tiempo de la preñez y la lactancia, es por esa razón que es su inicio se hablaba de una familia matriarcal, ya que el cargo del sostenimiento de la familia recaía en la madre.

1.2.2. Naturaleza jurídica del matrimonio

El matrimonio por ser una institución civil y de relevancia en materia jurídica, necesita encasillar su origen en teorías que expliquen su naturaleza, aunque no existe teoría específica los doctrinarios tratan de explicar el matrimonio de la siguiente manera:

- a) El matrimonio como un contrato, los seguidores de esta tesis afirman que matrimonio como manifestación de voluntad y consentimiento entre los contrayentes le da un valor contractual, del cual se desprenderán derechos y obligaciones.
- b) El matrimonio como acto jurídico mixto, establece que es un acto jurídico por ser un acontecimiento que deviene del hombre y el cual produce efectos jurídicos en la vida de los contrayentes.
- c) El matrimonio como institución social, según este criterio el matrimonio, como institución tutelada por el Estado debe seguir reglas impuesta por este, que forman un todo y al cual las partes no tienen más que adherirse y necesitan de la autorización de un funcionario público para cobre relevancia jurídica dentro del entorno social.



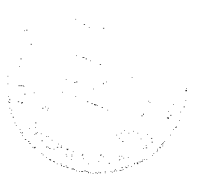
Para interpretar que teoría sigue Guatemala, debemos de hacer referencia a la definición que establece el Código Civil, Decreto Ley 106, en su Artículo 78: “El matrimonio es una institución social por la cual un hombre y una mujer se unen legamente con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.”

La anterior definición nos manifiesta que el matrimonio es una “institución social”, y se considera así ya que el Estado es el encargado de la vigilancia, protección y autorización del acto, por lo tanto, los contrayentes deben de adherirse a las reglas impuestas por el Estado y disfrutar de la protección que este les brinda.

El matrimonio “constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.”¹²

Como base fundamental de la sociedad, el matrimonio tiene una naturaleza jurídica social, ya que es de suma importancia para el Estado; la unión de los particulares da inicio a la creación de los grupos en sociedad, permitiendo que esta institución sea el punto de partida para la creación de normas jurídicas que regulen la protección y resguardo de la familia.

¹² Rojina Villegas. **Op. Cit.** Pág. 259



1.2.3. Clases de matrimonio

Los estudios determinan que las anteriores clases de matrimonio eran:

- a) El matrimonio por grupo;
- b) El matrimonio por rapto;
- c) El matrimonio por compra; y
- d) El matrimonio consensual.

Estas clases remontan a un tiempo en el cual el ordenamiento jurídico no era de gran importancia y se realizaban los actos por mera tradición.

Actualmente se considera que las dos principales clases de matrimonio son:

- a) El matrimonio canónico, celebrado por sacerdote o ministro de culto con los ritos y formalidades de la legislación eclesiástica; y
- b) El matrimonio solemne, celebrado ante la autoridad correspondiente, con las formalidades y requisitos que establezca la ley, que obligatoriamente deben cumplir para que nazca a la vida jurídica.

De esas dos clases de matrimonio (civil y religioso), han surgido los distintos sistemas matrimoniales que son los siguientes:



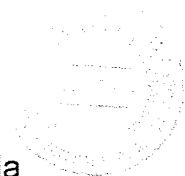
- a) Sistema exclusivamente religioso, solo reconoce los efectos del que fue celebrado ante una autoridad eclesiástica;
- b) Sistema exclusivamente civil, que se rige por las leyes de un lugar y debe de seguir las formalidades y requisitos correspondientes para su celebración.
- c) Sistema mixto, surgió como resultado de la existencia y reconocimiento del matrimonio civil y religioso, en los cuales ambos son de fuerza obligatoria.

Guatemala adopta el sistema civil, ya que para que el matrimonio nazca a la vida jurídica debe cumplir con los requisitos esenciales establecidos en la ley, respetar las prohibiciones para contraer matrimonio y autorizarse por un funcionario con la fe pública suficiente para otorgarle autenticidad al acto, por lo anterior se adopta un sistema civil con base a la legislación guatemalteca.

1.2.4. Definición del matrimonio

Castán Tobeñas citado por Alfonso Brañas, expone que algunos autores como Baundry-Lecantinerie y Houghes-Fourcade para referirse al significado de la palabra matrimonio utilizan diversas fórmulas según se inclinen por una concepción jurídica, sociológica, formalista o finalista. La concepción jurídica define al matrimonio como: “El estado de dos personas de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley.”

Westermarck, autor perteneciente a la corriente sociológica, establece que: “El matrimonio es una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer, que se



prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura”. Para Kipp y Wolf, de la corriente formalista o finalista: “Es la unión de un hombre y de una mujer dirigida al establecimiento de la plena comunidad de vida.”

Dentro de un Estado democrático como el de Guatemala, el matrimonio está establecido como un acto solemne y determinado en las diversas etapas evolutivas de la legislación, todo ello con el único objeto de lograr el bienestar familiar, así como los fines sociales y teleológicos durante la vida del matrimonio.

1.2.5. Fines del matrimonio

“Para determinar los fines del matrimonio, hay que atender a lo que al respecto establecen, Kant, Aristóteles, Santo Tomas de Aquino y sus diversos criterios, así tenemos una doctrina unilateral, la cual establece que el fin primordial del matrimonio es el goce de los instintos sexuales. Una segunda doctrina bilateral, sostiene que los fines son dos: la procreación de los hijos y el complemento mutuo de los esposos. Y la tercera trilateral, que ha recibido el favor de la doctrina que sostiene que el matrimonio tiene dos fines específicos como lo son la procreación y la educación de la prole y un fin individual como lo es el mutuo auxilio de los cónyuges.”¹³

Por su parte la legislación establece en el Código Civil, Decreto Ley 106, en Artículo 78, los fines del matrimonio, de la sola lectura del mismo y son:

¹³ Puig Peña. **Op. Cit.** Pág. 23

- 
- a) La unión de hombre y mujer,
 - b) Permanencia;
 - c) Procreación;
 - d) Alimentación y educación de los hijos; y
 - e) El auxilio mutuo.

1.3. Formas de disolución del matrimonio

La disolución del matrimonio es un proceso legal que pone fin a los derechos y responsabilidades maritales entre los cónyuges, dando lugar a una modificación en su vida personal, económica y social.

“Los problemas normalmente involucrados en un caso de disolución son las causas legales para la misma, clasificación y división de los bienes conyugales, obligaciones actuales y posteriores en dicha disolución, el bienestar de los hijos, si los hubiere, y consecuencias fiscales.”¹⁴

Cuando una pareja considera que su matrimonio ya no cumple con los fines para los que fue creado, el ordenamiento jurídico le brinda las instituciones legales para solucionar el contubernio que existiere, brindándole dos soluciones: la separación o el divorcio, estos a su vez pueden tramitarse de manera voluntaria o a través de un juicio ordinario por causal determinada.

¹⁴ <https://www.courts.mo.gov/page.jsp?id=51161> (Consultado: 07 de agosto de 2018).



1.3.1. Separación

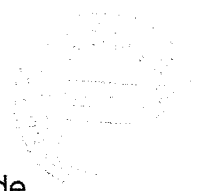
La separación constituye una situación en que se encuentran los casados o unidos de hecho cuando rompen la convivencia matrimonial, o de pareja por haberse producido entre ellos circunstancias que les impiden mantenerla.

La separación implica la interrupción de la vida conyugal sin la ruptura del vínculo y ésta se puede dar por cualquiera de las siguientes causas:

1. Por acto unilateral de uno de los consortes;
2. Por mutuo acuerdo; o,
3. Por decisión judicial.

Esa separación puede ser simplemente de hecho, producida por el mutuo acuerdo entre los cónyuges o por el abandono que uno de ellos hace del hogar conyugal. Pero a esa situación se puede llegar también por resolución judicial cuando el juzgador declara la existencia de una causa de divorcio, dichas causales se encuentran numeradas en el Artículo 154 del Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil, entre las cuales podemos mencionar las más recurrentes:

1. La infidelidad de cualquiera de los cónyuges;
2. Los malos tratos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al honor y, en general la conducta que haga insoportable la vida en común;

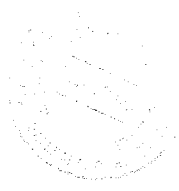


3. La separación o voluntario de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año;
4. La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos;
5. La disipación de la herencia doméstica;
6. Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal; y
7. Asimismo, es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme.

Existen legislaciones en las que la separación lleva consigo la ruptura del vínculo, no se produce una mera separación, sino la disolución total del matrimonio, y de ahí que el concepto de separación está más bien referido a las legislaciones que no admiten el divorcio vincular, en las que queda subsistente el matrimonio e interrumpida tan sólo la convivencia y la cohabitación.

Tal es el caso de lo que en la doctrina se le conoce como separación personal, que a diferencia del divorcio mantiene el vínculo matrimonial, pero cada uno de los cónyuges puede fijar libremente su domicilio o residencia. Existe la posibilidad de que, por vía de conversión, la separación se transforme en divorcio vincular.

Una característica esencial de esta figura radica en la separación de cuerpos entre el hombre y la mujer, y es que se interrumpe de hecho o de derecho, de la cohabitación



entre los mismos, entendida como acceso carnal y como unidad de domicilio, a consecuencia de la nulidad del vínculo, de la discrepancia personal o de una causa forzosa, como la condena a la reclusión o prisión.

Producida tal situación se desprenden de ella algunas consecuencias jurídicas, sea por determinación de la ley, sea por interpretación de la jurisprudencia, especialmente en lo que se refiere a los derechos sucesorios, por cuanto parece adecuado privar de ellos al cónyuge que ha producido injustificadamente la separación por imponerlo así una razón moral.

El Código Civil, Decreto Ley 106, contempla en el Artículo 160 los efectos propios de la separación:

1. Subsistencia del vínculo conyugal;
2. El derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro cónyuge; y
3. El derecho de la mujer de continuar usando el apellido del marido.

1.3.2. Divorcio

En la legislación guatemalteca, el divorcio se originó durante el gobierno del Doctor Mariano Gálvez, quien emitió el Decreto Legislativo de fecha 19 de agosto de 1837, que admitió el divorcio como una de las formas de disolución del vínculo matrimonial, o sea el divorcio vincular, en sus dos formas: divorcio por mutuo consentimiento y divorcio por



causa determinada, disponiendo que los esposos que se divorcien por cualquier causa no podía ya reunirse ni ser reconocidos en ningún concepto como tales esposos, más podía verificarse entre sí un segundo matrimonio, pasado un año de pronunciado el divorcio.

“El divorcio es la institución por medio de la cual se rompe y disuelve en absoluto el matrimonio legítimamente contraído y deja a los cónyuges en libertad de contraer nuevo matrimonio”.¹⁵

El Código Civil, Decreto Ley 106, regula lo concerniente a la separación y el divorcio en los Artículos 153 al 172 y establece: “El matrimonio se modifica con la separación y se disuelve con el divorcio; podrán ser declarados por: 1º. Por mutuo acuerdo de los cónyuges; y 2º. Por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada”.

Ambas modalidades deben de especificar a quien de los cónyuges le corresponderá la guarda y custodia de los hijos, si es por mutuo acuerdo se presentará en el convenio a quien de los dos corresponderá este derecho, así mismo por cuenta de quién de los cónyuges deberán de ser alimentados y educados los hijos y si fuera a ambos en qué proporción contribuirá cada uno. Cuando existe litigio en el procedimiento de divorcio, estos puntos los resolverá el juez de familia correspondiente, pudiendo motivar su decisión en base a estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos

¹⁵http://www.estuderecho.com/estudiantes/paraprivados/derecho%20civil%20i_2_3_4%20actualizado.pd.
(Consultado: 10 de julio de 2017).



especializados en la protección de menores, previendo en todo caso que los padres siempre puedan tener una comunicación directa con sus hijos.

El divorcio en sentencia firme no exime en ningún momento a ninguno de los padres de las responsabilidades con sus hijos, afectivas, sociales, económicas, educativas, etc., tampoco restringe el derecho de relacionarse con ellos, ser parte de su vida y de su desarrollo, esto se entiende como el derecho continuado de la patria potestad.

1.4. Patria potestad

La patria potestad, se define como el conjunto de facultades y deberes que les han sido atribuidas por el ordenamiento jurídico a los padres por haber engendrado o adoptado a su hijos no emancipados o mayores de edad incapacitados, para el cumplimiento de las funciones de asistencia, educación y cuidado, incluyendo la adopción de decisiones trascendentales y asunción de responsabilidades, con independencia de las circunstancias por las que pueda atravesar la relación personal de dichos progenitores entre sí.

La relación jurídica que constituye la relación paterno filial no desaparece nunca, salvo con la muerte de alguno de los sujetos. La relación existente entre ambos producirá determinados efectos jurídicos y personales en función de las determinadas circunstancias por las que atraviesen a lo largo de toda su vida.



1.4.1. Etimología de la patria potestad

La locución de la patria potestad tiene sus orígenes en el derecho romano, proviene del latín *patrius* que significa lo relativo al padre y *potestas* que equivale a decir poder o facultad; constituía el dominio quiritario que ejercía el *paterfamilias* sobre sus hijos y demás descendencia

1.4.2. Naturaleza jurídica de la patria potestad

La patria potestad tiene su origen natural y legal a la vez: "a) por nacimiento de legítimo matrimonio; b) por legitimación mediante siguientes nupcias entre los padres de uno o más hijos; c) por reconocimiento de la filiación natural; d) por obra exclusiva de la ley, en virtud de la adopción; y e) como resultado de los hechos, ante la falta de otras pruebas, por la posesión de estado."¹⁶

La mayor parte de la doctrina considera que "la patria potestad no es un derecho subjetivo sino una función, un deber que se atribuye a los padres biológicos o adoptivos para con los hijos menores de edad. Ese deber o mejor dicho esa función, les ha sido encomendada por el ordenamiento jurídico al haber adquirido la condición jurídica de padres en sus dos vertientes, la biológica y la adoptiva. La dicotomía entre deber y derecho tiene en la patria potestad, tienen la obligación de actuar en defensa del interés del hijo frente a terceros, e incluso frente a las opiniones de los mismos cuando éstas

¹⁶ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 696

sean claramente contrarias a su interés. De ahí que deba considerarse la patria potestad, intransmisibile, irrenunciable e imprescriptible.”¹⁷

Actualmente ha dejado de ser considerada un derecho de los progenitores, a ser catalogada como una función o deber para con los hijos. Función que supone el nacimiento de un conjunto de deberes que la ley impone a quien la ejerce, en beneficio de los sometidos a ella. En el sentido de obligación no de facultad.

Para los autores Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, la patria potestad, se considera como un “poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes, es por ello que se equipara con una función Pública, de aquí que debemos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal período.”¹⁸

La figura jurídica de la patria potestad, considerada como un oficio, un derecho y un deber, tiene carácter instrumental, ya que las facultades que posee no son de libre ejercicio, sino que las impone la ley a través de un mandato que ejercen los padres sobre sus hijos. Esta misma naturaleza la caracteriza como una función de resguardo que recae sobre los menores que tienen limitada capacidad de ejercer sus derechos y obligaciones

¹⁷ Yzquierdo Tolsada. **La patria potestad**. Pág. 50

¹⁸ Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía, Buenrostro Báez. **Derecho de familia y sucesiones**. Pág. 227

y vela por el cuidado, alimentación, educación, etc.

1.4.3. La patria potestad en Guatemala

En la legislación guatemalteca encontramos regulada la institución de la patria potestad, la cual se encuentra en el Código Civil, Decreto Ley 106, en el libro I que regula lo relativo a las personas y a la familia, específicamente en el capítulo VII; sin embargo, no expresa una definición específica acerca de esta institución.

En el Artículo 252 del Decreto Ley 106, Código Civil, respecto a la patria potestad se desarrolla a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad, regulando expresamente: “En el matrimonio y fuera de él. La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.”

Respecto a otros elementos que podemos encontrar en el Código Civil, Decreto Ley 106, encontramos las obligaciones que deberán cumplir ambos padres, regulado en el Artículo 253 que literalmente cita: “El padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales de cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad.”



En caso de la actuación del menor de edad en el mundo jurídico, se desarrolla la representación del menor en el Artículo 254 que regula: “La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición.”

El ordenamiento jurídico guatemalteco regula la patria potestad como una institución de resguardo a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, por considerarse los menores carentes de capacidad para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de obligaciones deben auxiliarse indudablemente de sus padres.

Podemos definir la patria potestad como el conjunto de derechos y obligaciones que la ley atribuye a los padres en cuanto a sus hijos menores de edad y no emancipados, relativa a la vida de estos, el cuidado y representación de su persona y en el ámbito patrimonial.

La patria potestad es un deber personalísimo de los padres, no se puede delegar, ni transferir a tercera persona, sin embargo, es prescriptible, ya que los hijos al cumplir la mayoría de edad no se resguardan más en esta institución, a menos que sean declarados en estado de interdicción por autoridad competente; así mismo la patria potestad se puede ejercer conjunta o separadamente por alguno de los padres.

La patria potestad es “el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no mancipados, como medio de realizar su función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole.”¹⁹

Además, es definida como “la asistencia, protección y representación jurídica de los hijos menores por sus padres, determinan la adscripción de aquellos al núcleo familiar e implica reconocer relaciones jurídicas fundadas en la autoridad paterna y materna, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines que obedece; primordialmente la formación integral de los hijos.”²⁰

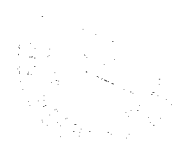
La patria potestad es la representación que se ejerce sobre los menores que se ven limitados de capacidad legal, a través de sus padres ellos pueden ser parte de diferentes instituciones jurídicas, gozando de derechos, así como adquiriendo ciertas obligaciones, esto claro, cuando los padres consideren idónea y adecuada su intervención. La patria potestad en Guatemala es la figura jurídica que establece el vínculo familiar y se encarga del resguardo y representación de los menores o mayores de edad declarados en estado de interdicción.

1.4.4. Deberes y derechos en el ejercicio de la patria potestad

Los padres en el ejercicio de la patria potestad deberán:

¹⁹ López del Carril, Julio. **Derecho de familia**. Pág. 332

²⁰ Zannoni, Eduardo. **Derecho de familia**. Pág. 677

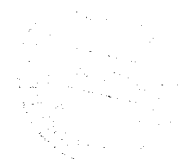


- a) Velar por los hijos y tenerlos en su compañía;
- b) Alimentarlos;
- c) Educarlos y procurarles una formación integral;
- d) Representarlos en los actos de la vida civil; y
- e) Administrar sus bienes.

Los derechos y los deberes se confieren a los titulares de la patria potestad, no sólo atendiendo a sus intereses, sino, principalmente, considerando a los del menor. Los derechos que se confieren implican correlativos deberes.

Este conjunto derecho, deberes y obligaciones se pueden resumir en:

1. Dirección de la crianza;
2. Elección de profesión u oficio, con previos estudios o aprendizaje;
3. Su representación en juicio y extrajudicialmente;
4. Ciertos servicios compatibles con la edad;
5. Corrección moderada;
6. Percepción del usufructo de los bienes privativos de la prole;
7. Administración del patrimonio filial;
8. Autorización del matrimonio; y
9. Mejoramiento sucesoriamente cuando sean varios los hijos.



Como obligaciones principales figuran:

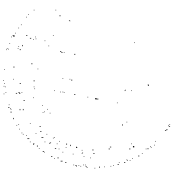
1. Criar y educar a los hijos;
2. Alimentarlos en el sentido más amplio que en lo jurídico posee la voz;
3. Responder civilmente por los daños que causen; y
4. En ciertos ordenamientos, dotar a las hijas cuando se casen.

La patria potestad es “el conjunto de los derechos y de las facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores.”²¹

En síntesis, la patria potestad comprende dos grandes aspectos de la vida de los hijos, por un lado, se encuentra el aspecto personal, entendido éste, como la facultad que tienen el padre y la madre conjuntamente de guiar, proteger o amparar al menor en sus relaciones; y por el otro lado, tenemos el aspecto económico, consistente en la administración de sus bienes ejercitando el derecho de goce como sus representantes legales.

Dentro de la esfera de patria potestad, la obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación, vestimenta, habitación, asistencia y gastos de enfermedad. El poder de corrección de los padres, se debe de entender como el derecho de los padres de corregir a sus hijos menores, y debe ser ejercido con moderación debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores.

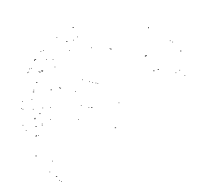
²¹ Planiol, Marcelo y Jorge Ripert. **Tratado práctico de derecho civil francés**. Pág. 312

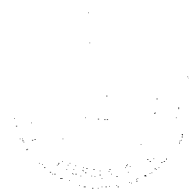


1.4.5. Situaciones que modifican la patria potestad

Dentro del vínculo existente entre padres e hijos, se pueden dar las siguientes circunstancias:

- a) Cesación de la patria potestad: Se acaba por circunstancias que no implican un juicio disvalioso respecto de la conducta de los padres, sino que significa que los hijos ya no están bajo la esfera de la autoridad de los padres. Se acaba por muerte de los padres o de los hijos, por ingresar unos u otros a institutos monásticos, por llegar a la mayor edad el hijo, por su emancipación legal, y por ser adoptado por un tercero, sin perjuicio de que se restituya la patria potestad en caso de revocación o nulidad de la adopción.
- b) Suspensión del ejercicio de la patria potestad: El ejercicio queda suspendido mientras dure la ausencia declarada judicialmente, en caso de interdicción del progenitor, su inhabilitación por embriaguez habitual, uso de estupefacientes o disminución de sus facultades mentales, hasta que sea rehabilitado. En los casos de entrega del niño a un establecimiento de protección, los jueces podrán disponer la suspensión del ejercicio de la patria potestad.
- c) Pérdida de la patria potestad: La patria potestad se pierde:
 - 1. Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el

- 
- trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares;
2. Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores;
 3. Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos;
 4. Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado;
 5. Por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito; y
 6. También se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona.





CAPÍTULO II

2. Guarda y custodia

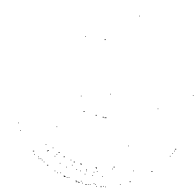
El derecho de guarda y custodia nace en el derecho romano, pues es una institución que estriba en mantener el cuidado y conservar la cosa ajena y mantenerla constantemente vigilada para que no se fuera a perder. La guarda y custodia tiene como finalidad la protección y resguardo del menor, teniéndola a cargo sus progenitores.

2.1. Etimología de la guarda y custodia

El término de guarda y custodia proviene del latín *custos*, que significa guarda o guardián y a su vez de *curtus*, de viene del verbo *curare* que significa cuidar; entonces es la acción y efecto de custodiar o sea guardar alguna cosa con cuidado.

2.2. Definición de la guarda y custodia

La guarda y custodia es “la figura por la cual se guarda al menor hijo, implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la



satisfacción de todas sus necesidades.”²²

El Código Civil guatemalteco, no establece una definición específica acerca de lo que se debe entender por guarda y custodia, ya que la patria potestad se cree como la principal institución que vela sobre el cuidado de los hijos, sin embargo, la misma solo podrá ser ejercida por los que tengan la patria de potestad de los menores o incapaces.

La patria potestad la pueden ejercitar los padres conjunta o separadamente, y puede ser ejercida cuando los progenitores fueren casados, unidos de hecho o no haya vínculo conyugal alguno, sin embargo la guarda y custodia únicamente se inclina cuando los padres de los menores fueren casados y quisieran disolver el vínculo matrimonial, la guarda y custodia se entiende como la patria de potestad que se otorga a uno solo de los padres, teniendo este la responsabilidad de tener bajo su resguardo al menor, sus bienes y representándolo en los actos de la vida jurídica.

Para poder entender la guarda y custodia es necesario tener un referente acerca de la patria de potestad, ya que únicamente quien tuviere ese derecho podrá ejercer la guarda y custodia de los menores o incapaces. La guarda y custodia es una figura jurídica de poca relevancia en Guatemala, pues las relaciones de los menores con sus padres se fundan en la patria potestad o tutela según su caso.

²² Galindo Gartifas Ignacio. **Derecho civil. Personas y familia.** Pág. 701

Unos de los principales objetivos del presente trabajo de tesis es hacer notar la importancia de la figura jurídica de la guarda y custodia en la vida de un menor, puesto que la misma pasa desapercibida en la mayoría de los casos, ya que a través de un convenio se determina a quien quedaran confiados los hijos cuando se lleva a cabo la separación o divorcio de forma voluntaria por los padres del menor y por el otro lado cuando entre estos hay disputa la autoridad competente toma la decisión de a quién confiará los hijos.

Guatemala ha ratificado una infinidad de convenios que buscan la protección del menor, pues se considera una persona indefensa y carente de capacidad legal y discernimiento suficiente para los actos de su vida personal como en las relaciones sociales, jurídicas, laborales, etc.

La guarda y custodia es una institución que se delega en la mayoría de casos a la madre de los menores, ya que por los antecedentes, estudios y demás los hijos tienen más apego a la madre y esta se considera la persona idónea para el cuidado de los mismos, tanto en los elementos personales y materiales; sin embargo, con el transcurso del tiempo, las sociedades han evolucionado notablemente y en la actualidad la madre ya no juega el rol de permanecer en casa, no trabajar y dedicarse únicamente al cuidado de los hijos.

Esto no implica un avance en la sociedad al que el ordenamiento jurídico debe adaptarse y resguardar el derecho de familia que le otorga la Constitución Política de la República

de Guatemala y los Convenios Internacionales; en tal caso se debe analizar a profundidad que es una evolución positiva para el desarrollo de la mujer, ya que su progreso permite que los hijos tengan una visión mas adaptada de la actualidad y un mejor estilo de vida.

El problema no oscila en los roles de los progenitores en la familia o como se aplican en cada caso, sino el eje del presente estudio tiene lugar cuando estos pretenden modificar su estado civil a través del divorcio o la separación y existen hijos en común a los cuales esta decisión afectará directamente en sus vidas. Puede que la vida conyugal sea imposible y sea mejor disolver esa unión; sin embargo, es necesario recordar que una de las finalidades del matrimonio es la procreación de los hijos, el cuidado, alimento, educación, representación legal de los mismo, por lo tanto, es una decisión que se debe tomar con apego a la ley ya que de su surgimiento dará vida a otras figuras jurídicas que afectaran la vida de los menores.

En Guatemala la mayoría de divorcios tiene lugar bajo vía ordinaria, o sea por causal determinada y esto significa que existe un eminente contubernio o disputa entre los cónyuges, lo cual desemboca en mera tensión y enojo que repercute directamente en los hijos.

El divorcio es un proceso difícil psicológica y emocionalmente para los menores y por este motivo es que se busca avenir a las partes para que decidan voluntariamente quien ejercerá la guarda y custodia, empero en ocasiones se vuelve imposible ese convenio y el juez, que es un tercero ajeno, con ayuda de informes y dictámenes de expertos busca

proteger al menor dándolo en guarda y custodia al progenitor que considera con las mayores aptitudes para la protección y bienestar de los hijos en común.

En la mayoría de casos, en la resolución jurídica o acuerdo entre los progenitores los hijos se confían a la madre, por hechos históricos, sociales, culturas y psicológicamente porque se considera que el menor se encontrara mejor con quien tuvo una filiación directa desde el momento de su concepción.

El otorgar la guarda y custodia a la madre no es un problema, pues se entiende que esta cuidara con esmero a sus hijos, también se establecen las formas equánimes en las cuales el padre podrá realizar visitas a sus hijos, el derecho de relacionarse constantemente con ellos, seguir siendo parte integral de su vida, así como brindarles cumplir con la obligación jurídica de brindar la pensión alimenticia.

El problema oscila, indistintamente de las pequeñas riñas que se puedan seguir ocasionando entre los ex cónyuges, es en la falta de acatamiento de ley por quien ostenta la guarda y custodia, ya que en ocasiones este limita el derecho del otro progenitor a relacionarse directamente con sus hijos, ya sea por mero capricho, por circunstancias poco fundadas y vagas; en este momento nace el verdadero problema pues acá se limita a los menores el derecho de familia y la disolución del matrimonio afecta directamente vida cotidiana y su desarrollo psicológico, emocional; viéndose limitado al otro progenitor su derecho de paternidad, participación en la vida de sus hijos y su derecho de familia, pues aunque el matrimonio se disuelva el vínculo de parentesco y filiación no se

interrumpido, no se rompe, continua.

La guarda y custodia compartida se considera en otros países como la alternativa perfecta para que ambos padres puedan continuar teniendo una relación directa y sólida con sus hijos.

2.3. Guarda y custodia compartida

Antes de abordar los aspectos históricos de la guarda y custodia compartida, es importante aclarar que esta figura es una exención de lo que nuestro derecho civil regula como la patria de potestad, cuyo origen deviene del hecho natural de la filiación. En el ordenamiento jurídico guatemalteco la patria de potestad le corresponde al padre y a la madre, a la persona en cuyo poder este el hijo, esto constituye la obligación de representarlo en todos los actos de su vida civil, así como administrar sus bienes y aprovechar sus servicios, entre otro cumulo de derechos y obligaciones dentro de los que se encuentra la guarda y custodia.

2.3.1. Antecedentes de la guarda y custodia compartida

No fue, sino hasta hace un par de décadas que se esclareció la diferencia entre la guarda y custodia y la patria potestad, ya que como veremos más adelante; en la antigüedad, desde el derecho romano, no existía diferencia clara entre una figura y la otra.

- En Roma

En la antigua Roma se manejaban conceptos propios de la época. “Para el derecho romano la familia o *domus*, como se le denominaba, era regida por el *paterfamilias*, quien, definido por Margadant era “el dueño de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes y titular de los *iura patronatus* sobre los libertos.”²³, es decir, que era el único a quien se le reconocía una personalidad jurídica, así también, una capacidad jurídica, puesto que durante la monarquía y principios de la república, era el único miembro de la familia romana con la facultad para adquirir bienes y obligaciones ejerciendo sobre su prole un poder casi absoluto denominado *patria potestas*.

La patria potestad era “originalmente y en principio una potestad sobre la vida y muerte del hijo, pero ya desde sus orígenes, y según la tradición de los romanos, por lo menos la potestad sobre la vida y muerte no era de ningún modo ilimitada.”²⁴ Este poderío casi absoluto se ejercía sobre la mujer pues “el derecho romano no reconoce una potestad de los padres, sino solo una potestad del padre. La potestad de la madre sobre los hijos no podía desenvolverse por cuanto la madre se hallaba equiparada a sus propios hijos en la cuasi patria potestad del padre”²⁵, en una situación inexistente de paridad, la patria potestad era ejercida exclusivamente por el hombre, restándole a cero la participación de la mujer.

²³ Floris Margadant, Guillermo. **El derecho romano como introducción a la cultura jurídica**. Pág. 196

²⁴ Kipp, Theodor y Wolf Martín. **Derecho de familia**. Pág. 43

²⁵ Kipp. **Op. Cit.** Pág. 45



“La patria potestad en Roma es una autoridad en sus principios absoluta, vitalicia. Para ejercer sus funciones de autoridad suprema dentro del grupo familiar, el *paterfamilias* se hallaba investido de un poder que respecto de mujer era la mano y respecto de los hijos ese poder era la patria potestad.”²⁶

No fue hasta el imperio que la figura de la patria potestad como derecho absoluto y despótico modifica su concepción en favor de los hijos. “La patria potestad que, en su origen, fue un derecho establecido en beneficio del padre, se convirtió durante la fase imperial en una figura jurídica en la que encontramos derechos y deberes mutuos”²⁷. En cuanto a la mujer, se le comenzaron a reconocer un número limitado de derechos, dentro de ellos, una participación en la patria potestad, pudiendo manifestar el abuso de autoridad que estuviese prohibido al padre.

Desde el aspecto económico, “el poder que ejercía el *paterfamilias* a través de la patria potestad comprendía la propiedad y disposición del patrimonio familiar, hasta la aparición del sistema de peculios, el cual llamándose *peculium profecticum* al constituido por bienes que el hijo recibía del padre para que los administrara; *peculium castrense* al constituido por bienes adquiridos en la milicia o con ocasión de ella; *peculium quasi castrense* al que se formaba con los adquiridos mediante el ejercicio de profesiones liberales, y *peculium adventicium* al que se constituía con bienes adquiridos de la madre, o en general, de cualquier persona distinta del padre, o por industria o suerte.”²⁸

²⁶ Galindo Garfias, Ignacio. **Op. Cit.** Pág. 688

²⁷ Floris Margadant. **Op. Cit.** Pág. 201

²⁸ Chávez Asensio, Manuel. **La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales.** Pág. 267

Los peculios, si bien continuaban siendo patrimonio del padre, ya que jurídicamente la descendencia no podía tener patrimonio propio, suponían una independencia de derechos del hijo frente al padre; comprendía la hacienda o caudal que el *paterfamilias* o señor permitía al hijo o siervo para su uso y comercio y como figura jurídica le reconocía a los hijos de familia un principio de independencia patrimonial.

En lo que respecta al concepto de custodia en Roma “proviene del latín *custos* que significa guardar o guardián, y este a su vez deriva de *curtos*, forma del verbo *curare* que quiere decir cuidar”²⁹, es decir, “que su aserción deriva de una acción de vigilancia, cuidado o protección; significa una clase especial de diligencia que debía aplicar al deudor de cuidar la cosa debida como un *bonus paterfamilias*. En general esa clase de diligencia debía emplearse en todo caso en el cuidado de una cosa ajena a fin de conservarla y vigilar de tal manera que no pudiera perderse, o ser robada o usucapiada por terceros.”³⁰

Este concepto era utilizado por los romanos en el contrato de depósito, en donde el depositario tenía las mismas responsabilidades de custodia que el *paterfamilias* respecto del bien depositado, el cual constituía el patrimonio del padre entre los que se incluía a los hijos por ser considerados “cosas” objeto de resguardo por terceros. De lo anterior deriva el antecedente más directo del concepto de guarda y custodia el cual evolucionó de ser una obligación contractual que suponía la guarda y custodia de los hijos

²⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Nuevo diccionario jurídico mexicano**. Pág. 965.

³⁰ **Ibid.**

considerados bienes, a ser una figura jurídica de cuidado y vigilancia de los hijos por los padres.

- **Edad Media**

Posterior a la caída del imperio romano de occidente, se introdujeron dos corrientes al derecho romano de la época, éstas fueron el derecho germánico y el cristianismo. “En el derecho germánico encontramos un antecedente importante del concepto moderno de patria potestad: la *Munt*, que tuvo un carácter tuitivo (que defiende, ampara o protege), como actualmente lo tiene. El poder de los padres era compartido y no era vitalicio, como sucedía en algunos casos del derecho romano.”³¹

Contrario a la participación compartida en la vida del infante de la que hace alusión el autor Ibarrola sostiene que “por lo que hace a la patria potestad germánica, en ella la familia (*Sippe*, el linaje), presenta un tipo más reducido, casi de carácter militar. Al casarse, el marido adquiere una potestad que se llama *Munt* sobre la mujer y los hijos de esta. La patria potestad se parece a la romana; la ejerce solamente el padre; este tiene la facultad de corrección que puede llegar hasta la pena de muerte, por ejemplo, si el padre sorprende bajo el techo paterno en adulterio a su hija, puede “hacer de ella lo que quiera”. La hija no puede contraer matrimonio sin consentimiento del padre, quien puede venderla. El contacto con los romanos descompensó en cierto modo esta organización

³¹ Elías Azar, Edgar. **Personas y bienes en el derecho civil mexicano**. Pág. 370

de la familia hasta el punto de que, en pueblos germanos, se estableció el divorcio.”³²



A pesar de la discrepancia en algo podemos estar de acuerdo, y es que el derecho germánico y el derecho romano eran totalmente diferentes, ya que en el primero la guarda y custodia del menor significaba un deber y derecho de protección que se extinguía al momento de alcanzar éste la independencia; la injerencia del padre en la vida del niño se manifestaba en todas sus relaciones familiares, sociales y jurídicas, mientras que la de la madre solamente a lo interno de la familia.

- **El cristianismo**

Bajo la cultura bizantina, que abarcó desde la caída del imperio romano (Siglo V) hasta la caída de Constantinopla en manos de los turcos (Siglo XV), la concepción romana respecto de la patria potestad sufrió una drástica transformación, desde el poder absoluto del padre hasta una relación en igualdad de dignidad. La obligación de cuidado del niño abarcaba la principal característica de educarlo bajo los valores y principios del dogma cristiano.

Al respecto la doctrina cristiana tuvo decisiva influencia en la moderación de la patria potestad que se traduce en algunos derechos que se le confieren a la madre y que aparecen en el derecho de Justiniano y más acentuadamente en el de Constantino.

³² De Ibarrola, Antonio. **Derecho de familia**. Pág. 42

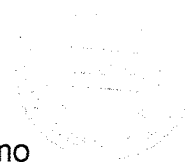
Luego de las revoluciones del renacimiento, el humanismo y la ilustración que marcaron el paso de la edad moderna a la contemporánea en donde la declaración de los derechos humanos son su mayor estandarte y configura la patria potestad como un deber de los padres hacia los hijos, erradicando cualquier rastro de esclavitud y maltrato físico presentes en su origen.

“El derecho civil francés termina con el carácter coercitivo inflexible e inamovible de la patria potestad, modificando su concepto al grado en que se afirmaba que la patria potestad no existía a la luz de ese derecho, lo que era inexacto ya que solo se mantenía la institución con características atenuadas, suaves, sin traumatismos autoritarios y sin los excesos que tenía el *paterfamilias* sobre la persona y bienes del menor, en los derechos romano y germánico.”³³ Precisamente, actualmente la patria potestad se conoce como protectora del hijo conjuntamente por el padre y la madre.

2.3.2. Naturaleza jurídica de la guarda y custodia compartida

Antes de comenzar a exponer sobre la institución que atañe, es oportuno hacer mención sobre lo que se entiende por naturaleza jurídica en general. Para tal efecto el jurista Güitrón Fuentesvilla menciona que: “Determinar la naturaleza jurídica de una institución, de un acto jurídico, de un contrato o de cualquier figura jurídica en Derecho, permite conocer su ubicación, saber a qué rama de las diversas que integran la ciencia jurídica pertenece y, sobre todo, que para el investigador o estudioso preocupado por la

³³ Elías Azar. **Op. Cit.** Pág. 370.



colocación adecuada de la figura que se está analizando en el derecho, permitirá, como ocurre con los casos de la guarda y custodia, saber determinar o cuando menos, tener una idea aproximada del sitio o lugar que debe ocupar el acto o la institución de que se habla, porque en función de ello, podremos con toda claridad, definirla y sobre todo entenderla.”³⁴

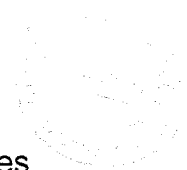
De acuerdo con el autor, la naturaleza jurídica de la guarda y custodia no sólo nos permite conocer el principio generador de su desarrollo como institución sino también, descubrir su pertenencia en el vasto universo del derecho.

Para comprender la naturaleza jurídica de la guarda y custodia compartida debemos partir del hecho que como figura jurídica se desprende de la patria potestad la cual a su vez pertenece a la rama del derecho de familia. A pesar que la patria potestad se encuadra dentro de la materia civil, la guarda y custodia no comparte la misma naturaleza de derecho privado ya que la familia “no se rige por las normas del derecho privado, no es un ente privado desde el punto de vista del derecho, con fines privados y particulares, pero tampoco es un órgano del Estado. Es, eso sí, una colectividad con fines sociales protegida por el Estado. Esto afirma la convicción, de quien esto escribe, de que se trata hoy en día, de una institución que pertenece al campo del derecho social.”³⁵

Un planteamiento que sustenta la postura anterior, es que, si bien la patria potestad

³⁴ Güitrón Fuentevilla, Julián. **Responsabilidad civil**. Pág. 100

³⁵ Batres Guadarrama, Martí. **Los derechos de las familias en la ciudad de México**. Pág. 68



atiende a una relación jurídica entre padres e hijos, este conjunto de derechos, poderes y obligaciones son conferidos por el Estado a través de las leyes, con el objetivo de intervenir en las relaciones de los particulares, en este caso, familiares, para equilibrar las desigualdades que existen entre los mismos.

Su función protectora de los derechos de uno de los sectores vulnerables de la sociedad como lo son los niños y las niñas, hace que su contenido se identifique con la rama del derecho social. “El orden público funciona como un límite (o mejor dicho un equilibrio), por medio del cual se restringe la facultad de las personas en relación con ciertos actos. Es decir, desde este punto de vista considera un conjunto de normas e instituciones que no pueden ser alteradas, ni por voluntad de los individuos por que la autonomía de la voluntad está limitada, ni tampoco por la aplicación del derecho extranjero.”³⁶

De lo expuesto anteriormente, se puede concluir que la guarda y custodia compartida como parte de la patria potestad, es una institución que, si bien se encuentra regulada por el derecho privado, es de interés social, así como también, está limitada por el orden público.

2.3.3. Definición de la guarda y custodia compartida

La objetividad de la presente investigación depende en gran medida de la conceptualización de los términos más importantes de los que está compuesta, entre los

³⁶ Chávez Asencio, Manuel. **Convenios conyugales y familiares**. Pág. 65

que se incluyen la guarda, la custodia, la patria potestad y la guarda y custodia compartida como tal.

Al respecto el diccionario del español jurídico señala que es una “medida de seguridad que deja al sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el juez de vigilancia penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.”

En sentido amplio “la guarda del hijo comprende todos los derechos que se ejercen sobre una persona, en sentido estricto comprende especialmente el derecho de retener al hijo en el lugar escogido por los padres.”³⁷ De acuerdo con estos autores, la potestad que ejercía el padre sobre el hijo, abarcaba todos los aspectos de su vida, incluso los de su muerte, ya que solamente el padre tenía el derecho de decidir sobre la sepultura de su hijo.

Como se estableció anteriormente, en el derecho romano, la custodia abarcaba el cuidado que debía tener el poseedor de una cosa de la cual era deudor, refiriéndonos a las obligaciones derivadas de contratos como el de depósito o comodato, entre los cuales las “cosas” que podían ser objeto de depósito se incluían a los hijos. Así, en el derecho romano, la custodia comprendía la conservación del hijo de otro, el cual era el objeto de la obligación, con todas las diligencias propias del *paterfamilias*.

³⁷ Planiol y Ripert. **Op. Cit.** Pág. 344.

Si bien la jurisprudencia trata en forma independiente a la patria potestad y la custodia, de conformidad con nuestro Código Civil, esta última es un atributo inherente de la patria potestad, la cual comprende el poder que se tiene sobre los hijos menores, y en su caso, sobre los hijos mayores de edad cuando hayan sido declarados en estado de interdicción, de representarlos legalmente en todos los actos de la vida civil, así como de administrar sus bienes.

2.3.4. Concepto de la guarda y custodia compartida

La importancia de la conceptualización radica en sintetizar su alcance jurídico y definir su significado, ya que el modelo de guarda y custodia compartida no se encuentra regulado ni mucho menos definido en nuestro ordenamiento jurídico, debiéndolo considerar como un concepto jurídico indeterminado.

El concepto estudiado se entiende como “aquella modalidad de ejercicio de responsabilidad parental en la que ambos progenitores conviven en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro.”³⁸

³⁸ Ortuño Muñoz. **El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial**. Pág. 60

Garrica Gorina, por su parte, lo establece de esta forma: “es un criterio de atribución de la guarda de los hijos en casos de crisis matrimonial o de pareja, que consiste en atribuirla a cada uno de los progenitores en la medida de su dedicación histórica a las tareas del cuidado de los hijos antes de la ruptura.”³⁹

Por su parte Vela Sánchez, considera que la custodia compartida supone “una igual implicación legal y física de los progenitores en la crianza de los hijos, una alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de los padres.”⁴⁰

De conformidad con los autores citados anteriormente, no cabe discusión en cuanto a que la guarda y custodia es una potestad inherente de los padres respecto de hijos menores o incapacitados que abarca todas las obligaciones de la vida diaria y ordinaria de éstos: la alimentación, el cuidado, la educación o formación, vigilancia, así como su representación judicial o extrajudicialmente. Sin embargo, su anexión al adjetivo compartida supone una interpretación distinta, no sólo gramatical, sino que afecta el sentido del término.

Cuando se habla de guarda y custodia compartida ya se está ante el supuesto de la disolución del vínculo matrimonial o bien la separación, pero en ambos casos, se interrumpe la cohabitación de los padres, lo que en la doctrina se le conoce como guarda y custodia alternativa o también llamada sucesiva, consistente en que tras la ruptura

³⁹ Garrica Gorina. **El criterio de continuidad frente a la guarda conjunta**. Pág. 6

⁴⁰ Vela Sánchez. **Aspectos actuales de la protección jurídica del menor**. Pág. 65

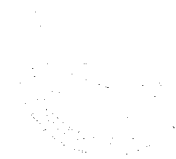
parental el hijo convive con el padre o la madre por períodos alternos o sucesivos, de manera que la guarda y custodia la tendrá el progenitor con quien de momento esté conviviendo el menor; contrario a ello, es la guarda y custodia conjunta o simultánea, la cual es ejercida por los padres que conviven en un mismo lecho común.

Por lo tanto, no es conveniente hablar de una guarda y custodia conjunta, porque es indudable la separación de cuerpos de ambos padres, lo que hace imposible su ejercicio al mismo tiempo; correcto es referirse a una guarda y custodia alterna, ya que la custodia del hijo no se comparte, sino que se alterna. Tal y como establece Lathrop Gómez que “no se trata de una rotación matemática entre los padres de los tiempos de convivencia con el hijo sino una sucesión equilibrada y proporcionada de los mismos.”⁴¹ Este sistema conjunto es el que comúnmente se le conoce como custodia compartida, o de responsabilidad y tiempo compartido, como la doctrina y jurisprudencia le denomina.

2.3.5. Formas de guarda y custodia compartida

Para iniciar con los siguientes puntos, es importante hacer la salvedad que modalidades de guarda y custodia compartida hay muchas, cada una varía dependiendo a cada caso concreto y atendiendo al interés superior de los menores, sin perjuicio de que la mejor opción será la que los padres adopten de común acuerdo.

⁴¹ Lathrop Gómez. **Custodia compartida de los hijos**. Pág. 50



- **Custodia compartida simultánea**

La custodia compartida simultánea es una modalidad de custodia en la que luego de la disolución del vínculo conyugal o la separación implica la continuación de la convivencia de ambos progenitores, o sea, su presencia física en un mismo hogar. Para la consecución satisfactoria de esta forma de guarda y custodia es imprescindible la convivencia armónica de ambos progenitores en la misma casa luego de la crisis matrimonial.

Esta forma de guarda y custodia compartida es la más acertada y utilizada actualmente, cuando ambos padres se relacionan con sus hijos, participan en su vida, forman parte de las decisiones trascendentales y son responsables del bienestar de los mismos, se logra que la armonía familiar no se vea tan vulnerada luego de una ruptura conyugal. Este modelo ha tenido efectos positivos en la vida de los menores, puesto que su entorno familiar cambia, pero no lo hace una manera radical.

- **Custodia compartida con traslados de los hijos comunes al domicilio de cada uno de los progenitores**

La forma más habitual, parte de la alternancia de la convivencia de los hijos con los padres en la vivienda en la que el padre y la madre hayan fijado sus residencias tras la separación o divorcio, es la llamada custodia compartida con traslados de los hijos comunes al domicilio de cada uno de los progenitores.



En principio esta fórmula supone que el juez no hace atribución del uso de la vivienda familiar ni a los progenitores, ni a los hijos, aunque también puede suceder que se atribuya el uso al progenitor en cuya compañía queden los hijos por más tiempo, o atribuirla al progenitor más necesitado de protección. En cualquiera de estos casos, los hijos siempre se trasladan a la casa del otro progenitor en los momentos en que les corresponde quedar bajo su cuidado. En esta fórmula de custodia compartida, en principio, es conveniente la cercanía de los domicilios de los progenitores para facilitar que los hijos continúen su vida sin mayores complicaciones, aunque no es indispensable.

Sus detractores alegan que los cambios de residencia generan inseguridad e inestabilidad en los menores.

Los adeptos a este sistema aluden a la bondad del régimen de custodia compartida, en los casos en que ello es posible, por todos los beneficios que comporta. “Se fomenta la coparentalidad, lo que es de suma importancia pues los hijos siguen contando en forma real y efectiva con un padre y una madre, y es que los hijos necesitan siempre a ambos progenitores.”⁴²

La convivencia continua entre los progenitores y sus hijos a través de esta modalidad de guarda y custodia, permite el acompañamiento constante y permanente, brindándoles la oportunidad de entablar una relación estrecha, buscando una alternativa para que el

⁴² <http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9645/Virginia%20Betelu.pdf> (Consultado: 27 de septiembre de 2017).

vínculo paternal no se vea afectado por el cambio de entorno; sin embargo, hay que considerar que los cambios de residencia que se efectuarían podrían repercutir en forma negativa al menor, pues no se le brinda un hogar estable, sino únicamente la opción de movilizarse para convivir con sus progenitores.

- **Custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar o el sistema denominado “casa nido”**

Una tercera modalidad de custodia compartida es aquella en la que los hijos permanecen constantemente en el domicilio familiar, siendo los progenitores quienes alternan para residir con sus hijos, la llamada custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar o el sistema denominado de casa nido. Los padres son quienes deben trasladarse desde el suyo a éste de manera alterna. No son muchas, pero existen sentencias en las que se resuelve que sean los padres los que se trasladen alternativamente de domicilio para ocuparse de los hijos comunes.

La principal ventaja redunda en el bienestar del menor, y es que los hijos no cambian de entorno y continúan su vida en unas mismas condiciones.

Este sistema presenta un inconveniente de naturaleza económica para los progenitores, pues obliga a cada progenitor a tener su propio lugar de residencia y, al mismo tiempo, mantener la vivienda familiar común.



“Esta solución resulta insostenible en el plano económico para muchos. A ello hay que sumar que suelen surgir problemas por las formas de vida del padre y de la madre en la vivienda común durante los periodos de alternancia, y es que el estado de la vivienda en cuanto a orden o limpieza antes de cada cambio suele ser principal foco de conflictos. No cabe duda, que esta modalidad requiere por parte de ambos padres un gran espíritu de colaboración.”⁴³

Esta modalidad es una de las menos frecuentes y utilizadas, el constante desequilibrio que generaría la movilidad de los progenitores a la casa en la que habitarían los menores, crearía en ellos un sistema de visitas controlado, no un lazo de convivencia continua; en la actualidad el costo de vida que tendría la aplicación de este método será excesivo y no reflejaría ninguna ventaja para los menores.

2.3.6. Ventajas e inconvenientes de la guarda y custodia compartida

Implementar el modo compartido de guarda y custodia en otras legislaciones, como veremos más adelante, nos ha permitido conocer sus beneficios, así como los perjuicios, enfocados principalmente en la forma que éstos influyen en la vida de los menores.

Entre los argumentos a favor que podemos mencionar, se encuentra el hecho de la presencia simultánea de ambos padres en la vida cotidiana de los hijos; el trauma

⁴³ <http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9645/Virginia%20Betelu.pdf> (Consultado: 27 de septiembre de 2017).

psicológico no tiene mayor trascendencia debido a que en el seno familiar no se generaron cambios tan abruptos como lo supondría el abandono del hogar por uno de los padres. El fin de la guarda y custodia compartida es que los hijos mantengan una relación constante con ambos padres y así no quebrantar el vínculo emocional.

Otro aspecto positivo a tomar en cuenta, es que se evita la separación del menor con el padre no custodio, erradicando cualquier estatus de no idoneidad que se le pudiera atribuir al mismo. Por otro lado, se garantiza el ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad por ambos padres y en igualdad de condiciones quienes asumen las cargas en una forma proporcional que conlleva la paternidad.

Así como hay partidarios que abogan por la guarda y custodia compartida como un modelo viable y benéfico a los intereses de los menores, también se encuentran los detractores del mismo.

De acuerdo con la opinión de la jurista canadiense Marie Pratte, "este sistema tiene ciertas desventajas, ya que si bien es cierto que la custodia compartida permite que los hijos vivan de manera alternada y en contacto directo e íntimo con sus padres, convivencia que logra mantener una confianza y afecto filial que suelen perderse durante el proceso del divorcio, también es cierto que el hijo tiene que desplazarse alternativamente, del domicilio de uno de sus progenitores al del otro, por lo que se podría opinar que no establecería una estabilidad moral pues debe cambiar periódicamente de



domicilio, escuela, o incluso país, causando con ello un grave daño que se refleja en su vida.”⁴⁴

Otra desventaja que se puede hacer mención es el detrimento en la relación de los progenitores ya que el contacto continuo incentiva la conflictividad y da margen a crear tensión y discusiones continuas en las que únicamente se ven repercutidos los menores, cuya estabilidad psíquica y emocional se daña.

⁴⁴ www.juridicas.unam.mx (Consultado: 27 de septiembre de 2017).

CAPÍTULO III

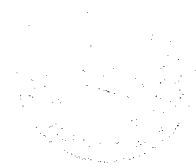
3. Principios inspiradores de la guarda y custodia compartida

La guarda y custodia compartida, como se ha establecido anteriormente, a través de los años, ha sido tema de debates principalmente jurídico sociales, y hoy en día, es una realidad perceptible entorno a la familia y particularmente en el bienestar de los hijos; esa existencia real y efectiva justifica su estudio como materia, la misma que al igual que otros campos del saber suscita en las razones fundamentales sobre las cuales procede.

Los principales principios sobre los que se fundamenta la guarda y custodia compartida son: el interés superior del niño, la corresponsabilidad parental, coparentalidad y por último el principio de universalidad.

3.1. Principio jurídico

Desde un punto de vista etimológico, principio jurídico es “la relación razonada que correlaciona un estándar establecido como relevante para el derecho con aquello que se deba relacionar, siendo la relación razonada el elemento determinante del principio jurídico, y el estándar, su esencia. Tienen una función determinante y se aplica para resolver casos y una función regulatoria por la que limita la obtención del resultado. En los diferentes casos sometidos a consideración de los juzgadores participan ciertos



contenidos normativos que regulan la aplicación de las normas.”⁴⁵

El principio jurídico se considera como una idea fundamental, el punto de partida que da origen y sentido a las normas jurídicas y legales que existen en un país. Actúan como fuente de derecho y son referente para la interpretación del ordenamiento legal y su aplicación en caso concreto; los principios jurídicos tienen un ámbito de acción y propia efectividad, estableciendo conductas que se consideran valiosas y por tanto deben ser realizadas.

3.1.1. Principio de interés superior del niño

Partiendo genéricamente de los derechos humanos, como derechos inherentes a todo ser humano, de los cuales el Estado participa como garante de su efectiva protección, promoción y cumplimiento, el principio de interés superior del niño atiende a derechos específicos que tienden a la protección de un sector de la población determinado, en este caso, referente a los niños.

Atendiendo a estos derechos específicos, la Convención sobre los Derechos de los Niños, firmada en 1989 por las Naciones Unidas, se consagra como un ordenamiento jurídico de carácter internacional, con la finalidad de otorgar una tutela efectiva de los derechos del niño, en el marco de la seguridad jurídica. Dentro de su normativa,

⁴⁵ <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr26.pdf> (Consultado: 15 de octubre de 2017).



específicamente en el Artículo 3, la Convención recoge del anterior derecho de familia el principio del interés superior del niño.

El Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 ha consagrado universalmente el principio del interés superior del menor, aunque no ha concretado qué debe entenderse por tal al decir: "(...) en todas las medidas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés del menor. Mientras que, por ejemplo, en el Artículo 21 de la misma Convención en el que se hace referencia a la adopción se especifica que en ella, el interés del menor será la consideración primordial. Ello parece indicar que se hace una distinción entre el interés del menor en el derecho de familia en donde su consideración será la más relevante y en el resto de relaciones en las que esté implicado el menor en la que tendrá una consideración primordial."⁴⁶

Para la interpretación del principio del interés superior del niño no hay una forma taxativa que delimite sus alcances ni que establezca un máximo y mínimo al límite de su extensión; debido a ello, autores lo han calificado de impreciso, permitiendo la discrecionalidad en cuanto a su aplicación en resoluciones judiciales discrepantes a la seguridad jurídica lo que menoscaba la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

Se parte de considerar que el interés superior del niño es una alocución que ha entrado

⁴⁶ González, Martín. **Adopción internacional**. Pág. 46

en la historia jurídica de la humanidad de manera muy reciente, primero bajo la noción del bien del niño, después en su forma actual como principio general por la consagración que le ha dado la Convención sobre los Derechos del Niño en su Artículo 3. Es, por tanto, “un concepto jurídico muy moderno, que apenas ha sido objeto de estudios de manera global, ya que el contenido permanece bastante impreciso y las funciones son múltiples.

Es en consecuencia más examinado respecto a un punto preciso o aplicado en la jurisprudencia, que verdaderamente explicado de manera sistemática.”⁴⁷

De esta forma, el principio del interés superior del niño no debe ser interpretado de forma aislada, sino por el contrario, su interpretación deberá ser en el entendido que constituye un componente dentro del conjunto de disposiciones que se consagran en la Convención.

De su estudio aunado al conocimiento empírico se deberá obtener una concepción jurídica precisa, sistemática y armónica a las normas de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica del derecho civil.

“El panorama histórico, anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño, muestra que antes del siglo XIX los ordenamientos jurídicos regulaban la situación de la infancia sólo a partir de las atribuciones de los padres sobre sus hijos. Es a partir del siglo XIX que se fue construyendo el concepto. La respuesta del derecho respecto a la niñez se

⁴⁷ Martínez, Jorge Alfredo. **Derecho civil y familia**. Pág. 603

centró en el intento de plasmar este concepto en el ámbito de interés superior del niño a partir de la consideración de los intereses o necesidades de la infancia”.⁴⁸

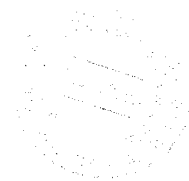
Como concepto en proceso de madurez, el principio del interés superior del niño ahonda en una noción de los derechos humanos inherentes a todas las personas, en las que se incluyen a los niños. De esta forma, la Convención sobre los Derechos de los Niños ha elevado a una categoría de norma fundamental el presente principio, lo que orienta hacia una cultura de igualdad y respeto de los derechos de todas las personas.

Así ha sido reconocido por el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio rector-guía de ella.

De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, “todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.”

En la legislación nacional, este principio se materializa en el Artículo 262 del Código Civil, Decreto Ley Número 106, al otorgarle al juez la facultad de adoptar las providencias urgentes que exija el interés y conveniencia del menor cuando la conducta de los padres sea perjudicial a este y se demande la suspensión o pérdida de la patria potestad; y

⁴⁸ Martínez. **Op. Cit.** Pág. 603



puede disponer también, mientras resuelve en definitiva, que salga de la casa de sus padres y quede al cuidado del pariente más próximo, o de persona de reconocida honorabilidad, o si fuere posible, de un centro educativo.

El interés superior consiste en que para el adecuado desarrollo del niño en sus relaciones sociales, familiares y jurídicas todos los que se ven involucrados en ellas y principalmente juez, padres y sociedad quienes juegan un papel protagónico en la vida del infante, deben optar por el mejor beneficio y conveniencia, en razón del lugar, actividad o educación que éste reciba, es decir, que en la guarda y custodia debe prevalecer lo que signifique una mejor calidad de vida para el niño.

3.1.2. Principio de corresponsabilidad parental

Los antecedentes del principio de corresponsabilidad parental no se remontan a más allá de la segunda mitad del Siglo XX, período en el que, como resultado de un largo proceso, se consagraron un grupo de tratados internacionales, de entre los cuales, se destacaba la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948) la que marcaba un fin a la Segunda Guerra Mundial y un precedente garantista de la dignificación humana. Con respecto a la familia, en su Artículo 16 señala: “1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. (...)”.

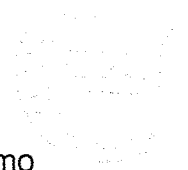


En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su Artículo 23, numeral cuarto declara: “Los Estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.”

Por último, cabe destacar que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978 y comúnmente es conocida como “Pacto de San José” adopta la misma directriz: “Artículo 17 (...) 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.”

Guatemala como Estado parte de la comunidad internacional, debe orientar la implementación de un ordenamiento jurídico cuyos pilares sean los tratados en materia de derechos humanos a partir de los cuales se edifica la conceptualización del principio de corresponsabilidad parental.

A pesar que el principio de corresponsabilidad parental no está regulado expresamente es a través de la igualdad en cuanto a derechos y obligaciones entre los cónyuges



durante el matrimonio o del padre y la madre cuando este vínculo no existe o el mismo se disuelve, que los tres tratados consagran con respecto a los hijos, y como bien señala la profesora Marcela Acuña “cuando se habla de las responsabilidades de los cónyuges no puede pensarse solo en aquellas que los vinculan recíprocamente, sino también en aquellas responsabilidades que los unen a sus hijos aún después de la disolución del matrimonio.”⁴⁹

Pero no es hasta la entrada en vigencia de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer el 18 de diciembre de 1979 que se comienza a abordar concretamente este principio comenzando por la parte introductoria la cual establece que “(...) para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional, tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”, el Artículo 5 señala “los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.”

Estas nuevas teorías con respecto a la filiación sosiegan toda una historia marcada por roles que tanto el padre como principalmente la madre debían asumir por la simple condición de sexo. Hoy en día, aún sobre los vestigios de una sociedad estereotipada, vemos que la guarda y custodia compartida está siendo implementada en los diversos ordenamientos jurídicos, atendiendo a contextos históricos, sociales y geográficos, desde los cuales se aborda paralelamente al divorcio o en su caso la separación. No es ajeno

⁴⁹ Acuña, Marcela. **El principio de corresponsabilidad parental.** Pág. 9

el caso de Guatemala, en donde las cifras del divorcio y la separación son cada vez más altas.

La corresponsabilidad parental se define como “el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos”.⁵⁰ En este contexto, vemos como el matrimonio es un vínculo disoluble en cuanto a la unión conyugal, pero no en cuanto a las relaciones paterno-filiales.

De conformidad con el principio de corresponsabilidad parental, “a partir de la separación o el divorcio la aplicación de una responsabilidad compartida supondría el involucramiento en conjunto del padre y la madre dentro de la vida del hijo, sin despojarlo de una parte de sus raíces afectivas y de parentesco y así propugnar la indisolubilidad de la filiación y afirmar el carácter incondicional y la seguridad del vínculo filial.”⁵¹

El principio de corresponsabilidad parental transforma positivamente los esquemas tradicionales de las relaciones personales paterno-filiales, con el objetivo de crear entre los progenitores espacios de equidad y balance entre sus obligaciones y sus derechos. La equitativa delegación de las responsabilidades da la oportunidad de tomar las decisiones que afecten en la vida del menor de una manera más razonada y fundamentada.

⁵⁰ Lathrop, Fabiola. **Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos**. Pág. 22

⁵¹ M.T. Meulders-Klein, **Las familias y la justicia: en busca de un modelo de justicia**. Pág. 633

3.1.3. Principio de coparentalidad

En contraposición al modelo exclusivo de cuidado por un solo padre, surge la figura jurídica de la coparentalidad cuyos postulados se basan en no interrupción de los lazos filiales afectivos que existen entre padre y madre con el hijo tras la ruptura del vínculo conyugal o la unión de hecho declarada. “El reconocimiento del derecho del hijo a la coparentalidad consiste en garantizar la continuación de las relaciones afectivas del hijo con ambos progenitores, no obstante, la crisis familiar.”⁵² El derecho a la coparentalidad surge en contraposición a las críticas del cuidado personal unilateral del infante.

“La fuerte impresión de la ruptura del seno familiar que causa en un niño se ve reflejada en relaciones inadecuadas, irregulares y hasta inexistentes por mencionar sólo algunos de los efectos psicológicos negativos de la custodia unilateral. El cuidado personal compartido busca preservar la cotidianeidad de las relaciones paterno-materno-filiales de manera que se desarrolle un contacto continuo con ambos padres.”⁵³

Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en dos de sus apartados la protección de dicho principio. En primer lugar, el Artículo 9 numeral tercero establece que “Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.” Siguiendo

⁵² Lathrop. **Op. Cit.** Pág. 27

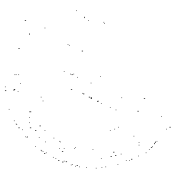
⁵³ Sánchez-Eznarriaga, **Temas de actualidad en derecho de familia**, Pág. 58



la misma directriz la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del año 2000, en su Artículo 24 numeral tercero regula “Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.”

Países como Francia, ya han reconocido este derecho en sus legislaciones internas, tal es el caso del *Code*, al establecer en su Artículo 371-4 que “el hijo tiene derecho a mantener relaciones personales con sus ascendientes. Sólo motivos graves pueden impedir este derecho”. Por su parte, el párrafo segundo del Artículo 373-2 del mismo cuerpo legal, haciendo referencia al ejercicio de la autoridad parental por los padres separados, ordena que “cada uno de los padres debe mantener relaciones personales con el hijo y respetar los vínculos que éste tenga con el otro padre”, agregando su párrafo tercero que cualquier cambio de residencia de uno de los progenitores que modifique la forma de ejercicio de la autoridad parental, deberá notificarse previamente y en tiempo hábil, al otro padre, garantizando así el normal desarrollo del régimen de comunicación y estancia.

Por otro lado, el Artículo 373-2-1 del *Code* establece que, salvo motivos graves, no se podrá negar al padre no conviviente el ejercicio del derecho de visita y el de tener en su compañía al hijo. Y, por último, el Artículo 373-2-6 ordena la adopción judicial de las medidas que permitan garantizar la continuidad y la efectividad de la conservación de los vínculos del hijo con cada uno de sus padres.



Este principio tiene como objetivo permitir que los padres separados de sus hijos, tradicionalmente excluidos de la relación, puedan estar presentes, al pendiente de las necesidades de sus hijos e involucrándose de una manera continua en su vida. Actualmente la coparentalidad ha cobrado mucho auge, creando una modalidad de crianza compartida, en la que no exista obstrucción de vínculos parentales.

3.1.4. Principio de universalidad

Independientemente, la universalidad es entendida como aquello que comprende o es común a todos, a una especie o clase; como principio, su origen deviene de la Declaración de los Derechos Humanos, el cual comprende el reconocimiento a la dignificación de toda persona por el simple hecho de ser un miembro de la raza humana, sin distinguir nacionalidad, credo, sexo y principalmente aplicado al presente caso, sin distinción de edad. Con el desarrollo de la normativa en materia de derechos humanos, se adoptó una ideología inclusiva, en la que cada ser humano pertenece a un mismo núcleo, en igualdad de condiciones frente al resto sin perjuicio de sus características individuales.

La Convención sobre los Derechos del Niño, afianza esta tendencia, y a los infantes se les reconoce su personalidad y participación en el mundo de lo jurídico en forma personal y no en forma perteneciente a un padre, madre o quien ejerce sobre el mismo la patria potestad.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, considerando el interés superior del

niño, establece que para su efectiva tutela siempre se deberá tomar en consideración todo aquello que beneficie al menor. Haciendo una interpretación más extensiva de este principio, y en concordancia con el principio de universalidad, podemos establecer que su naturaleza proteccionista va más allá, pues este principio consiste en aplicar el criterio de la norma más protectora del menor, por sobre otros derechos, incluso los de los propios padres.

De conformidad con el principio de universalidad, el régimen de guarda y custodia no está subordinado al tipo de filiación, tanto si es matrimonial como extramatrimonial, natural o incluso adoptiva. Esto es, “que en el vínculo matrimonial subsiste la posibilidad de su disolución partiendo de su carácter como un acto variable, lo que carece de importancia, siempre que la responsabilidad parental esté fundamentada en el hecho del vínculo familiar, el que se constituye como un hecho permanente.”⁵⁴

El principio como fuente de toda normativa jurídica se aplica de manera extensiva, esto quiere decir, que si existiera una norma que beneficie al menor, se debe aplicar, sin importar las circunstancias; el principio de universalidad manifiesta que le es indiferente la situación conyugal de los progenitores, su principal objetivo es buscar la protección y el debido cumplimiento de los derechos de los menores, respaldándolos en su totalidad.

⁵⁴ Echevarría Guevara, K.L. **La guarda y custodia compartida de los hijos**. Pág. 79

CAPÍTULO IV

4. Viabilidad de la creación de la figura jurídica de la guarda y custodia compartida dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, en beneficio del menor

En base a la constante evolución de la sociedad, las nuevas doctrinas y los diversos estudios jurídicos y sociales, el derecho se ve en la obligación de modernizar sus normas y adaptarse a la evolución jurídica. En Guatemala el ordenamiento legal se encuentra descontinuado, ya que las reformas jurídicas que se realizan no van de acorde a la realidad de la actual sociedad guatemalteca. El presente capítulo hace referencia a las normas jurídicas aplicadas en Guatemala sobre el tema de investigación y se realizará una comparación con otros ordenamientos jurídicos, con el objetivo de demostrar la viabilidad y necesidad de la creación de la figura jurídica de la guarda y custodia compartida en pro del menor.

4.1. Ordenamiento jurídico guatemalteco y la guarda y custodia compartida

El derecho civil guatemalteco no es ajeno a la urgente necesidad de su reforma, datando del primero de julio de 1964, sus preceptos normativos no encuadran más con la realidad social y jurídica; en el caso de la guarda y custodia, este derecho aún no se encuentra expresamente regulado, y menos aún las distintas formas que puede adoptar, como la forma compartida. Al ser un concepto indeterminado da pauta a su errónea interpretación, y sólo se puede partir de lo que limitadamente regula el Código Civil, Decreto Ley 106,



en el apartado del ejercicio de la patria potestad de conformidad con los siguientes

Artículos:

Artículo 252: “La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.”

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

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

Y más específicamente con respecto a quién quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio se encuentra lo establecido en los siguientes artículos:

4.1.1. Juicio oral de guarda y custodia

Antes de iniciar en este punto es importante partir de lo que por juicio se entiende; para



Caravantes, “por juicio se refiere a la controversia que, con arreglo a las leyes, se produce entre dos o más personas, ante un juez competente, que le pone término por medio de un fallo que aplica el Derecho o impone una pena, según se trate de enjuiciamiento que en el presente caso se trata en materia civil.”

Según Estriche, “la controversia y decisión legítima de una causa ante y por el juez competente; o sea, la legítima discusión de un negocio entre el actor y el reo ante juez competente, que lo dirige y termina con su decisión o sentencia definitiva.”

“Los elementos esenciales de todo juicio son:

1. El derecho cuestionado o cosa litigiosa;
2. Las partes discrepantes;
3. La ley o procedimiento conforme a los cuales se instruye la causa, y;
4. El juez que juzga y resuelve.”⁵⁵

En cuanto al juicio oral, es “aquel que se sustancia en sus partes principales de viva voz y ante el juez o tribunal que entiende en el litigio, sea este civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etc. En el juicio oral, las pruebas y alegatos se efectúan ante el juzgador. La oralidad es esencial para la inmediación y, según muchos autores, representan una forma esencial para la recta administración de justicia (...). La oralidad en los juicios, establecida en la generalidad de los países, bien en forma absoluta, bien en forma mixta

⁵⁵ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 517

escrita-oral, es sin embargo resistida por la legislación y la doctrina de algunos países.

Ello, no obstante, la oralidad se abre camino cada vez con mayor fuerza.”⁵⁶

La oralidad significa un avance dentro del derecho procesal ya que se cumplen los principios esenciales de inmediación, concentración así como el principio de economía procesal ya que se desarrolla en audiencias con el fin de concentrar el mayor número de etapas procesales en el menor número de ellas; y por último cabe mencionar el propio principio de oralidad a pesar que actos como la demanda, la contestación de la demanda, interposición de excepciones, proposición de prueba, e impugnaciones también se pueden tramitar en forma verbal.

De conformidad con el Artículo 199 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley Número 107 en esta vía se tramitan:

1. Asuntos de menor cuantía;
2. Asunto de ínfima cuantía.;
3. Los asuntos relativos a la obligación de prestar alimentos;
4. Rendición de cuentas por parte de todas las personas a quienes les impone esta obligación la ley o el contrato;
5. La división de la cosa común y las diferencias que surgieren entre copropietarios en relación a la misma;
6. La declaratoria de jactancia; y

⁵⁶ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 521.

- 
7. Los asuntos que por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban seguirse en esta vía.

Ahora bien, en el ramo de familia, los asuntos que se deben tramitar por la vía del juicio oral son los siguientes:

1. Los asuntos relativos a la obligación de prestar alimentos;
2. La obtención de la guarda y custodia de menores de edad;
3. La declaración de filiación; y
4. Los asuntos relativos a la patria potestad de menores de edad.

4.1.2. Procedimiento de la guarda y custodia por la vía oral

El procedimiento es el conjunto de etapas ordenadas que tienen como finalidad una resolución. La guarda y custodia como figura jurídica de interés social, que tiene lugar entre los particulares, debe ser normada y regulada a través de un procedimiento que logre resolver el contubernio que existiere entre los progenitores de los menores, resguardando de cualquier vejamen en sus derechos.

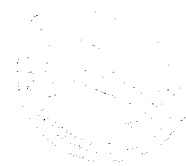
Dicha figura jurídica se ubica dentro del derecho de familia, que a su vez tiene relación con el derecho civil, a través de un procedimiento llevado a cabo por la vía oral, el juez determinará a quien quedarán confiados los hijos, la modalidad de visitas que tendrá uno de los progenitores y el aporte económico que este debe brindar.

El trámite de la guarda y custodia por la vía oral se fundamenta en el numeral séptimo del Artículo 199 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, al establecer que asuntos determinados contemplados en una ley especial se tramitarán por esta vía, lo que nos remite al Artículo 8 de la Ley de Tribunales de Familia, el cual establece que “En cuestiones sometidas a la jurisdicción privativa de los Tribunales de Familia, rige el procedimiento del juicio oral, mismo que está regulado en el Capítulo II y IV del Título II del Libro II del Código Procesal Civil y Mercantil.”.

- Interposición y admisión de la demanda

Previo al inicio de las etapas del proceso regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, en el ejercicio de la labor judicial dentro de los tribunales de familia, se agota una primera instancia ante el oficial conciliador, quien en su función de auxiliar del juez, adviene a las partes empleando medios de convencimiento y persuasión a manera de llegar a un acuerdo previo a tramitar sus peticiones por la vía judicial, con el fin de descongestionar los órganos jurisdiccionales así como las resultas de un beneficio inmediato para los solicitantes. Sin embargo, cuando no se logra llevar a cabo un acuerdo se procede a la interposición y admisión de la demanda.

La demanda de guarda y custodia deberá presentarse en forma oral ante el secretario del juzgado, quien levantará el acta respectiva; o bien, su presentación podrá ser en forma escrita ante el Centro de Servicios Auxiliares de la Administración de Justicia, dependiendo de la competencia territorial de cada caso.



Este primer escrito deberá llenar los requisitos formales establecidos en el Artículo 61 del Decreto Ley Número 107, Código Procesal Civil y Mercantil; se deberá establecer con claridad y precisión los hechos sobre los que versare, el fundamento de derecho en que se apoya la solicitud, la cita de leyes y formular la petición, así como ofrecer la prueba que irá a rendirse acompañando los documentos en que funde su derecho. En el presente caso, la certificación de la partida de nacimiento del menor constituye el documento esencial para acreditar documentalmente el parentesco.

Si se acredita la filiación del menor, se decreta provisionalmente la guarda y custodia del mismo a favor del progenitor que la solicite, si no es solicitada, el juez la decretará de oficio haciendo uso de las facultades discrecionales que le confiere el Artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia, y en base al informe socioeconómico que rinda la trabajadora social del Tribunal de conformidad con el Artículo 7 del mismo cuerpo legal y en aplicación del Código Civil, Decreto Ley 106, específicamente a lo establecido en el Artículo 166 es cual establece “Los padres podrán convenir a quien 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.”

Si la demanda se ajusta a los requisitos establecidos en la ley, el juez emite una primera resolución de trámite en la que señala el día y la hora para que las partes comparezcan a juicio oral y en su defecto declarará su rebeldía. Cabe destacar en este punto, que la rebeldía podrá hacerla de oficio y en contra de ambas partes o de una u otra si fuere el caso. Otro punto de resolución al que alude el Artículo 202 del Código Procesal Civil y



Mercantil, Decreto Ley 107, es la prevención que el juez hace de presentar las partes sus medios de prueba.

Esta primera resolución deberá ser notificada para dar inicio a la etapa denominada emplazamiento, la cual abarca un plazo de por lo menos tres días entre la notificación al demandado y la primera audiencia señalada.

- Comparecencia de las partes a la audiencia del juicio oral

En la primera audiencia del juicio oral, se realiza el mayor número de etapas procesales, las cuales inician con la comparecencia de las partes, el oficial comprueba su presencia, así como la de sus respectivas defensas corroborándola junto a sus respectivos documentos de identificación. Posteriormente, al iniciarse la diligencia, el juez ocurrirá a las partes a un acuerdo conciliatorio, proponiendo para el caso fórmulas ecuanímes de conciliación y que se ajusten al interés superior del menor y la aplicación de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, entendido que, en el supuesto de discrepancia, el actor podrá ratificar o ampliar la demanda, y si el demandado no se conforme con las pretensiones del actor deberá manifestarse al respecto.

Procesalmente, esta manifestación se conoce como las actitudes del demandado, establecidas para el proceso ordinario, las cuales se resumen en la rebeldía, allanamiento, contestación negativa de la demanda, contestación negativa de la demanda con interposición de excepciones perentorias y finalmente la reconvencción.



Otra diferencia frente al proceso común la encontramos en este punto, y es que de conformidad con el Artículo 205 del cuerpo legal en mención, el momento procesal para la interposición de excepciones previas y perentorias será al contestar la demanda o en la reconvención, el juez podrá resolverlas en la misma audiencia o en auto separado suspendiendo la audiencia por un plazo de veinticuatro horas.

- Proposición y diligenciamiento de los medios probatorios

Un último paso dentro de esta primera audiencia será la proposición de la prueba, pero la ley contempla el caso que si no fuere posible rendir todas las pruebas en la primera audiencia, el juez señalará una segunda audiencia solamente para diligenciar la prueba dentro de un término que no podrá exceder de quince días; extraordinariamente se señalará una tercera causa con el mismo fin y media vez no hubiese sido posible aportar todas las pruebas por circunstancias ajenas al Tribunal o a las partes; sin embargo, se puede dar el caso en el que las partes omitan aportar pruebas o bien éstas son insuficientes, para el efecto el juez de familia recurrirá a los informes rendidos por las trabajadoras sociales, y en para el caso que se discuta la guarda y custodia de un menor, se recurrirá al derecho del menor a ser escuchado cuando se establezca que tiene la capacidad para comprender la situación mediante el auxilio de la Unidad de Psicología Clínica del Organismo Judicial.



- Diligencias para mejor proveer y sentencia

Posterior al diligenciamiento de la prueba, los jueces y tribunales, antes de pronunciar su fallo, y para mejor proveer, podrán realizar las diligencias en un plazo no mayor de quince días de:

1. Que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.
2. Que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que consideren necesario o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho.
3. Traer a la vista cualquier actuación que tengan relación con el proceso.

Dentro de los cinco días posteriores a la última audiencia, el juez dictará sentencia; excepcionalmente, y sólo en el caso de allanamiento a la demanda o confesión de los hechos, el juez dictará sentencia dentro del tercer día. En este tipo de proceso sólo se podrá apelar la sentencia, y deberá hacerse dentro del tercer día a partir de la notificación de la resolución, el juez señalará día para la vista, que se verificará dentro de los ocho días siguientes, y posteriormente se dictará sentencia dentro de los tres días siguientes.

4.2. Convención sobre los Derechos del Niño

Dentro del complejo engranaje del Estado, la familia es un elemento fundamental que forma las bases de toda sociedad, dentro de la misma, se cultivan los principios y valores

que regirán a cada individuo para su incorporación como miembro activo de la sociedad, a partir de ella se desenvuelve el crecimiento y bienestar de cada uno de los miembros que la conforman, principalmente los niños, quienes para alcanzar un desarrollo pleno es necesario que crezcan en el seno familiar, dentro de un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

El pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de cada niño adquiere principal relevancia jurídica al momento que el Estado mediante la implementación de normas y disposiciones de carácter ordinario y procesal debe promover, garantizar y en última instancia restaurar los derechos tutelares de la familia y la niñez.

Es así que, sobre la base de un Estado tutelar, Guatemala ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño el 6 de junio de 1990 la cual entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 de conformidad con el Artículo 49 de la resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989.

La Convención fue la culminación de años de esfuerzos de reconocimiento de los derechos del niño, los cuales iniciaron a partir del año Internacional del Niño en 1979, cuando por iniciativa del Gobierno de Polonia se iniciaron las primeras conversaciones de lo que hoy conocemos como la Convención.

A pesar que el gobierno de Polonia fue preponderante en el tema, la comunidad internacional ya se había pronunciado al respecto, puesto que en 1924 la Liga de las



Naciones, y en 1959 las Naciones Unidas ya habían adoptado declaraciones sobre los derechos de los niños, incorporando disposiciones específicas en relación a los niños a tratados internacionales, pero varios Estados miembros se pronunciaron sobre la creación de un tratado que contemplara en todo su contenido los derechos del niño.

Fue así que se inicia con el proyecto de la convención encabezado por el gobierno polaco y realizado por un grupo de trabajo nombrado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas entre los que figuraban la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), así como varias organizaciones no gubernamentales.

El equipo de trabajo se conformaba por miembros que atendían a las condiciones precarias por las que atravesaban los menores, situaciones de abuso, explotación sexual, trabajo forzado, niños encarcelados, refugiados o víctimas de conflictos bélicos, y una alta tasa de mortalidad infantil son sólo algunas de las razones para asumir una actitud de compromiso sobre los menores como un sector especialmente vulnerable debido a su incapacidad de dirigir su vida con absoluta autonomía.

En la Convención están consagrados cuatro principios generales. Su objetivo es ayudar a interpretar la Convención en su conjunto, proporcionando así orientación a los programas nacionales de aplicación. Los cuatro principios figuran, en particular, en los Artículos 2, 3, 6 y 12.



- No discriminación (Artículo 2): Los Estados partes asegurarán que todos los niños sujetos a su jurisdicción gocen de sus derechos. Ningún niño debe sufrir discriminación. Esto se aplica a todos los niños "independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".

El mensaje esencial es la igualdad de oportunidades. Las niñas deben tener las mismas oportunidades que los niños. Los niños refugiados, los niños de origen extranjero, los niños de grupos indígenas o minoritarios deben tener los mismos derechos que todos los demás niños. Los niños discapacitados deben tener iguales oportunidades de gozar de un nivel de vida adecuado.

- Los intereses superiores del niño (Artículo 3): En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Este principio se refiere a las decisiones de los tribunales judiciales, los órganos administrativos y legislativos, y las instituciones de bienestar social, tanto públicas como privadas. Es un mensaje fundamental de la Convención, cuya aplicación plantea un importante desafío.

- El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (Artículo 6): En el artículo sobre el derecho a la vida se mencionan el derecho a la supervivencia y al desarrollo, que se deben garantizar en la máxima medida posible.

En este contexto, el término desarrollo debe interpretarse en sentido amplio, agregando una dimensión cualitativa: se refiere no sólo a la salud física sino también al desarrollo mental, emocional, cognitivo, social y cultural.

- Las opiniones del niño (Artículo 12): Los niños deberán estar en condiciones de formarse un juicio propio sobre todos los asuntos que les afectan y esas opiniones se deben tener debidamente en cuenta "en función de la edad y madurez del niño". La idea subyacente es que los niños tienen el derecho a ser escuchados y a que sus opiniones se tengan en cuenta seriamente, incluso en cualquier procedimiento de tipo judicial o administrativo que les afecte.

La implicación jurídica de la Convención sobre los Derechos del Niño en relación a la figura de la guarda y custodia compartida radica en cuanto consagra que los niños gozarán de la protección de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, así como de los Tratados Internacionales de los que Guatemala sea parte, especialmente la Convención y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico.

Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño no regula taxativamente las figuras



de protección a la niñez (como la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia) dentro de su articulado, el mismo otorga las pautas abstractas para una interpretación extensiva aplicada a nuestro sistema jurídico y social.

Adicionalmente a los artículos mencionados anteriormente, el Artículo 9 establece:

1. “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (...)”

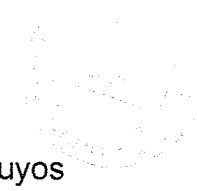
Lo preceptuado por el Artículo 19 establece el derecho del niño a continuar el contacto con ambos progenitores para después de la crisis familiar; al respecto Antonio De Ibarrola

se refiere que “los casos más significativos, por su frecuencia y efectos, serán la separación paterna seguida del otorgamiento de la tenencia o guarda y custodia, a uno de los progenitores; a su vez, estos supuestos son los que mayores conflictos acarrearán en las relaciones personales de los padres.”⁵⁷

Sin embargo, el precepto de mayor transcendencia, y el principal fundamento jurídico internacional de la guarda y custodia compartida es lo que a la letra el Artículo 18 establece:

1. “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.
2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

⁵⁷ De Ibarrola. **Op. Cit.** Pág. 47.

- 
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.”

En consonancia junto al principio del interés superior del menor, regulado en el Artículo 3 de esta Convención, y del derecho que goza el menor a la convivencia conjunta con el padre y la madre que establece el Artículo 9, el Artículo 8 responsabiliza a los Estados partes a propiciar las condiciones necesarias para garantizarle al menor su crianza y desarrollo dentro de un círculo en el que ambos progenitores, en igualdad de derechos y obligaciones, le brinden los cuidados y vigilancia para que se pueda desarrollar en un ambiente sano y de afecto.

4.3. Derecho comparado

Derecho comparado es una disciplina que se ocupa del estudio de instituciones jurídicas o sistemas de derecho localizados en lugares o épocas diversas. “Las principales finalidades perseguidas por el derecho comparado son: investigar la esencia del derecho y las leyes o ritmos de su evolución; investigar el derecho positivo, contrastando entre sí distintos conceptos jurídicos, categorías de conceptos, sistemas jurídicos o grupos de sistemas.”⁵⁸ Su finalidad es indagar puntos de coincidencia y diferencias específicas, haciendo referencia a la evolución y desarrollo de tales instituciones y sistemas,

⁵⁸ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-comparado/derecho-comparado.htm> (Consultado: 10 de octubre de 2017).

permitiendo aportar datos tendentes a su mejor conocimiento, y subrayar carencias susceptibles de ser corregidas en el futuro.

Uno de los principales objetivos de la presente investigación es establecer la comprobación de la hipótesis sobre la base de la experiencia que otros Estados han obtenido en la implementación de la guarda y custodia compartida, comparando las distintas soluciones que diversos ordenamientos jurídicos han adoptado para el mismo caso planteado. Comenzando en el viejo continente con España y Francia, quienes han sido precursores sobre la materia, continuando con Argentina como referente americano.

4.3.1. España

El 19 de julio de 2013 fue aprobado el anteproyecto de ley de guarda y custodia compartida que regulaba el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad del matrimonio la separación y el divorcio. Aunque por tratarse de un anteproyecto, no será hasta su aprobación cuando ostente el carácter de ley, sin embargo, entraremos a analizar algunos de los puntos más importantes.

Primeramente, es de mencionar que el anteproyecto de ley que reforma el derecho civil español, si bien fue una conquista a favor de los derechos de los niños, no entrará a regir como disposición prevalente y automática, su aplicación variará respecto de las particularidades de cada caso en concreto, así como del territorio en donde se siga el proceso de separación y divorcio.



En cuanto a la guarda y custodia compartida, las comunidades autónomas que presentan las diferencias más notables son:

- Aragón

En el caso de Aragón, a través del Código del Derecho Foral de Aragón, sección VI, se configura la guarda y custodia compartida como norma preferente frente a la individual.

- Comunidad Valenciana

En la Comunidad Valenciana encontramos una postura inequívoca acerca de la guarda y custodia compartida; según se puede apreciar en el Artículo 5, epígrafe 2 de la Ley 5/2011: “Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.”

- Cataluña y Navarra

Por el contrario, en Cataluña y Navarra, plantean de forma prioritaria el acuerdo de entre el padre y la madre a través de la mediación familiar. En caso de ausencia de acuerdo determinan unos requisitos para el establecimiento del régimen compartido, promocionando en todo caso un plano de igualdad de ambos progenitores en las relaciones con sus hijos. Para Cataluña esto queda reflejado a través del artículo 233-11

“Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda” de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. En el caso de Navarra este planteamiento viene dado por la Ley Foral 3/2011 sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, del 17 de marzo.

- País Vasco

Se otorga carácter prioritario al régimen de guarda y custodia compartida siempre que sea solicitado por uno de los progenitores y no sea perjudicial para el interés del menor. Aclara de forma contundente que la oposición a este régimen de uno de los progenitores o las malas relaciones entre los mismos no son motivo ni impedimento para el establecimiento del ejercicio compartido de la guarda y custodia del menor.

- La guarda y custodia en el resto de España

Es importante aclarar que el anteproyecto de ley no se posiciona con carácter preferente y/o general sobre el establecimiento de la guarda y custodia compartida en los procesos de separación y divorcio. Únicamente elimina la rigidez y preferencia sobre la guarda y custodia monoparental de la legislación española actual, permitiendo al Juez adoptar esa medida si así lo considera oportuno, en aras de proteger el interés superior del menor.



“Actualmente el Artículo 92.8 del Código Civil prevé el establecimiento de la guarda y custodia compartida por parte del juez, con carácter excepcional. Es precisamente esa excepcionalidad la que queda suprimida con la nueva reforma, dotando al régimen de guarda y custodia compartida de la misma normalidad que reviste la guarda y custodia a favor de alguno de los dos progenitores (guarda y custodia monoparental).”⁵⁹

De acuerdo con el Artículo 92 del Código Civil de España, el juez previo a decretar el régimen de guarda y custodia deberá tomar en consideración el informe del Ministerio Fiscal; oír a los menores cuando ya tengan 12 años cumplidos, o en su defecto, tener a la vista el informe del Equipo Técnico Judicial que documente la falta de juicio del menor; los alegatos de la defensa de cada una de las partes; así como la prueba practicada. Un nuevo cambio que trajo el anteproyecto de ley de guarda y custodia compartida es que adiciona nuevos criterios a tener en cuenta por el juez como la edad y opinión del menor; la relación que exista entre los padres y los hijos; la actitud cooperativa que asuma cada padre en relación con el otro progenitor y los hijos; la situación residencial; el número de hijos; y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

De esta forma el anteproyecto le otorga nuevos criterios, que el juez deberá valorar destacando la subjetividad y el grado emocional de algunos de ellos.

⁵⁹ <https://www.debelareabogados.es/guarda-y-custodia-compartida-abogados-madrid/> (Consultado: 20 de octubre de 2017).



4.3.2. Francia

La Asamblea Nacional (Cámara de Diputados) el 13 de diciembre de 2001 aprobó por unanimidad, el proyecto de ley que regula la custodia compartida, la cual pone en paridad los derechos y deberes de padres y madres frente a los hijos luego de la crisis matrimonial o de pareja. Hasta este momento la custodia recaía únicamente en la madre.

La iniciativa intitulada “La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias”, impulsada por el Gabinete socialista de Lionel Jospin, marcó un precedente en Europa al implementar un régimen de alternancia de la convivencia entre padres e hijos. En el presente caso, se suprime el derecho de visita y se da lugar a una forma en la que el hijo convive físicamente con ambos padres.

A pesar de los muchos aspectos positivos que se derivan de esta modalidad de guarda y custodia, principalmente que es la más conveniente para el desarrollo del niño, no hubo quien no se opusiera a su implementación, como lo fue la Asociación Francesa SOS PAPA, oposición que argumentaba la dificultad que conlleva llegar a una conciliación o negociación entre los progenitores, tomando en cuenta, que uno de los motivos de hallarse sobre esa situación fueron sus diferencias de pareja. Esta falta de voluntad conciliatoria y hasta hostilidad, obstaculizan la posibilidad de optar por esta medida.

A continuación, se presentan algunos fragmentos considerados de mayor relevancia de la iniciativa:

"Reforma de la Autoridad Parental: Refundar, renovar y sostener la autoridad de los padres.

Principios:

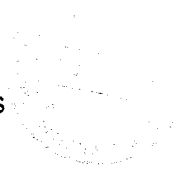
1. Afirmar el fundamento de la noción de autoridad otorgándole todo su sentido (refundar).
2. Ejercer en común la autoridad parental, en condiciones igualitarias entre el padre y la madre (coparentalidad) y, consecuentemente, consolidar la función de los padres y la función paterna (renovar y sostener).
3. Definir un derecho común a todos los niños, con independencia de que sus padres vivan juntos o estén divorciados, y sean o no casados, a fin de estabilizar la filiación. (Renovar).
4. Ayudar a las familias más necesitadas (sostener): grupo de trabajo sobre familia y pobreza; ya que las familias pobres no son pobres familias y los padres deben ejercer su responsabilidad con la misma dignidad y su autoridad con la misma eficacia. (...)

Igualar la responsabilidad parental entre el padre y la madre y, por tanto, consolidar la función paterna y revalorizar el papel de los padres. Un adolescente de cada cuatro vive con uno solo de sus padres y, la mayor parte de ellos, no tiene contacto educativo con el padre. Una pensión alimenticia de cada cinco queda sin pagar, y el sentimiento de marginación del padre tiene mucho que ver con ese hecho. Mejorando un aspecto, se mejorará otro.

Debe darse prioridad a los acuerdos amistosos entre el padre y la madre, sobre todo en lo que respecta a la organización de la custodia y a la función de terceros...

En consecuencia, es preciso:

1. En cuanto a la reforma del derecho de familia (anteproyecto de ley):
 - a. Armonizar las reglas aplicables a todos los padres, y suprimir la condición de comunidad de vida para que los padres no casados puedan ejercer la autoridad parental;
 - b. Introducir en el Código Civil la posibilidad de la custodia alterna de los niños en caso de divorcio; y
 - c. Facilitar el acceso de las parejas al juez de familia para homologar los acuerdos que ambos miembros de la pareja establezcan entre ellos, con independencia de que estén o no casados.
2. Medidas concretas de coparentalidad
 - a. Crear un libro de paternidad, en el momento en que la madre recibe su documento de maternidad (...);
 - b. Estudiar la posibilidad de establecer un permiso de paternidad, ya que estudios suecos han demostrado la presencia de vínculos más fuertes en los padres que se han ocupado del bebé;
 - c. Desarrollar la mediación familiar para evitar conflictos al niño;

- 
- d. Ayudar a los padres antes del nacimiento y durante el primer año: prevenir las separaciones debidas a la llegada del niño (...);
 - e. Igualdad de ambos padres respecto de la escolaridad de sus hijos: ficha informativa con ambas direcciones, boletines de notas, procedimientos disciplinarios, orientación, derecho de voto (...); y
 - f. Doble libro de familia, para que el padre divorciado que no tenga la custodia no se vea privado de toda documentación relativa a su hijo;

3. Coparentalidad e igualdad hombre-mujer

El ejercicio de la función parental no puede considerarse con independencia de las cuestiones de igualdad, igualdad social e igualdad entre los sexos. (...).

Promover una coparentalidad es permitir a los padres y a las madres el establecimiento de un equilibrio entre la vida profesional, la vida familiar y la vida social. La consideración de la vida familiar en la organización del tiempo profesional debe afectar tanto a los hombres como a las mujeres.

Por motivos culturales, la paternidad sigue estando poco amparada en la vida profesional: las encuestas demuestran que el 20% de los hombres, sobre todo los padres jóvenes, desearían ejercer más sus responsabilidades familiares en comparación con sus responsabilidades profesionales.



Propuestas:

La palabra custodia define a la vez el derecho y el deber de un padre de mantener al hijo en su hogar familiar, así como el derecho y el deber de ese padre de atender las necesidades de su hijo y prodigarle los cuidados que necesite cada día. La separación conlleva necesariamente una alternancia de la custodia, ya que el niño debe repartir su tiempo entre ambos padres, con independencia del modo de alternancia establecido.

En ese sentido, no se puede ya hablar de un padre custodio y un padre no custodio; cuando se fija una residencia habitual en el domicilio de uno de ellos, éste es el padre que aloja a título principal al niño, modalidad de repartición del tiempo del niño que no tiene ningún efecto jurídico.”⁶⁰

4.3.3 Argentina

Otro ejemplo en materia de guarda y custodia compartida nos lo otorga Argentina. A pesar que esta figura no se encuentra regulada por el derecho civil argentino, se ha sentenciado al respecto interpretando normas vigentes. Para el derecho de familia argentino, posterior a una crisis conyugal o de pareja sólo se otorga una custodia monoparental, en la que los menores viven sólo con un progenitor.

⁶⁰ <http://www.anupa.com.ar/articulos/page2.html> (Consultado: 15 de marzo de 2017)

Sin mayor estudio, la ley presume la idoneidad de la madre, ya que naturalmente está predispuesta a la crianza de los hijos, una posición de ventaja y disparidad frente al padre. Ahora bien, si la coyuntura entre pareja no implica litigio, el entorno jurídico favorece las relaciones familiares entre padre, madre y principalmente el menor. En el caso que las partes tramiten la separación o el divorcio de común acuerdo el juez, posterior a los dictámenes que para el efecto brinden los Asesores de Menores, podrá fallar declarando con lugar la tenencia compartida.

Ya en la práctica, se ha optado por soluciones temporales alternas, en caso de que exista una controversia insoluble extrajudicialmente, los progenitores optan por iniciar un largo proceso para la obtención de la tenencia del menor, procurando evitar fallos provisorios a favor de uno de las partes; y es que, durante el proceso, la custodia se otorga en forma compartida mientras no se dicte sentencia.

Un claro ejemplo de lo expuesto anteriormente es el caso de la sentencia dictada por la Dra. Zulema Wilde, presidenta de la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, a la que se adhirieron la Dra. Brilla de Serrat y el Dr. Zaccheo, magistrados de esa Sala. Este Tribunal falló en declarar con lugar la custodia compartida a pesar que la misma no era un derecho vigente; fundamentados en las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, argumentaron que el hecho que la figura jurídica no esté contemplada en la ley no le da el carácter de ser una norma prohibida, y por tratarse la Convención de una norma de rango constitucional en Argentina, la misma tiene preeminencia sobre el resto del ordenamiento jurídico.



A continuación, se presenta un resumen del juicio en primera instancia:

“En el acuerdo presentado al tribunal, los padres habían puesto de relieve que tomando en cuenta fundamentalmente el interés y bienestar de nuestros hijos, asumiendo el compromiso para participar en el cuidado, protección y formación integral de los mismos convinimos en compartir la sentencia y guarda de nuestros hijos, ya que ambos nos consideramos con idoneidad para velar por la protección y formación integral de nuestros hijos. Y se añadía que ese régimen se venía aplicando desde la separación, de hecho, con resultado muy favorable para padres e hijos.

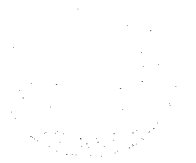
Después de la audiencia celebrada con los padres y el asesor de menores, las partes ratificaron el convenio e insistieron en que nuestra mayor preocupación era preservar la estabilidad emocional de los menores, manteniendo un vínculo de los hijos con ambos padres, ratificando nuestra responsabilidad como padres, proveer a sus necesidades, participar en la formación, educación y crianza de nuestros hijos, evitando vulnerar lo menos posible la relación con los mismos.

Sin embargo, en su resolución final, el tribunal de primera instancia rechazó ese acuerdo y otorgó la guarda y custodia, exclusivamente a la madre”. (Juicio de apelaciones. Sentencia dictada en Buenos Aires de fecha 24 de noviembre de 1998).

Este sistema suscita el acercamiento de las relaciones entre padres e hijos, por tanto el estudio de lo anterior nos demuestra que la aplicación de la figura jurídica de la guarda y



custodia compartida en beneficio del menor es viable, que la equiparación de roles, igualdad de posiciones y la continuidad de la convivencia familiar se debe de normar jurídicamente buscando claramente el beneficio de los menores, promoviendo sus derechos, resguardándolo de cualquier vejamen al que pudiera ser vulnerado y otorgándole la oportunidad de crecer bajo una relación parental estrecha y estable. España, Francia y Argentina han implementado este modelo de custodia a nivel general y aunque la tasa de divorcios sigue incrementando los problemas que de esto pudieren suscitar han disminuido, pues el derecho no se pierde, solo se modifica.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Los conflictos emocionales asociados con la separación o el divorcio de los padres se intensifican convirtiendo a los hijos en víctimas de situaciones de manipulación, por parte de uno o ambos progenitores para despertar rivalidad entre ellos, creando inestabilidad en el entorno de los menores.

La guarda y custodia compartida es un sistema legal para asignar las responsabilidades, derechos y deberes de los progenitores sobre los hijos, posterior del cese de la convivencia o por el divorcio. No existe un modelo de guarda y custodia único, el sistema es diverso y su aplicación se basará en las circunstancias particulares de cada situación, principios jurídicos y doctrinarios, los cuales parten del supuesto que ninguno de los progenitores es más idóneo que el otro por la simple razón de su sexo.

El derecho comparado ha demostrado que la implementación de esta figura ha tenido resultados positivos en el desarrollo de los menores; y la falta de regulación en el ordenamiento jurídico pone en manifiesto la necesidad de modificar y ampliar el modelo de guarda y custodia exclusiva que impera en Guatemala. La aplicación de esta figura deberá ser dictada por un órgano jurisdiccional competente, quien a través de una resolución judicial establecerá la modalidad que se le aplicará al caso concreto, brindando seguridad jurídica y autenticidad al fallo; a través de este se asegurará la protección del menor y la garantía de crecer dentro de una familia que conviva de una manera armónica a pesar de una ruptura conyugal, en pleno goce de sus derechos.





BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA, Marcela. **El principio de corresponsabilidad parental**. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 20 - N.º 2, 2013.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía. **Derecho de familia y sucesiones**. México D.F. México. 4ª edición. Ed. S.E, 1990.
- BATRES GUADARRAMA, Martí. **Los derechos de las familias en la Ciudad de México**. México D.F. México. 1ª edición. Ed. Porrúa, 2010.
- CHÁVEZ ASECIO, Manuel. **Convenios conyugales y familiares**. México D.F. México. 5ª edición. Ed. Porrúa, 2005.
- CHÁVEZ ASENSIO, Manuel. **La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales**. México D.F. México. Ed. Porrúa, 2005.
- DE IBARROLA, Antonio. **Derecho de familia**. México D.F. México. Ed. Porrúa, 1981.
- DEL CARRIL, Julio. **Derecho de familia**. México D.F. México. Ed. Compatria, 2000.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. **Derecho civil, familia**. México D.F. México. 2ª edición. Ed. Porrúa, 2010.
- ECHEVARRÍA GUEVARA, K. L. **La guardia y custodia compartida de los hijos**. Granada, España. Editorial de la Universidad de Granada, 2011.
- ELÍAS AZAR, Edgar. **Personas y bienes en el derecho civil mexicano**. México D.F. México. Ed. Porrúa, 1997.
- Enciclopedia jurídica**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Omeba, 1979.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo. **El derecho romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea**. México D.F. México. 26ª edición. Ed. Esfinge, 2008.
- FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, UNICEF COMITÉ ESPAÑOL. **Convención sobre los Derechos del Niño**. Madrid, España. 2006.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. **Derecho civil. Personas y familia**. México D.F. México. Ed. Porrúa, 2012.



GALLARDO, Ángel. **Anteproyecto de Código Civil boliviano**. Buenos Aires, Argentina, 1943.

GARCÍA URBANO, José María. **Instituciones de derecho privado**. Madrid, España: Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1997.

GARRICA GORINA. **El criterio de continuidad frente a la guarda conjunta**. Revista para el análisis del Derecho, recuperado de: www.indirect.com, 2008.

GONZÁLEZ, Martín. **Adopción internacional**. México D.F. México. Ed. UNAM, 2009.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. **Responsabilidad civil**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Nuevo diccionario jurídico mexicano**. México D.F. México. Ed. Porrúa, 1998.

KIPP, Theodor y Wolf Martín. **Derecho de familia**. Barcelona, España. Ed. Bosch, 1952.

LAGOMARSINO, Carlos y Jorge Uriarte. **Separación personal y divorcio**, Buenos Aires, Argentina. Ed. Universidad, 1991.

LATHROP GÓMEZ. **Custodia compartida de los hijos**. Madrid, España. Ed. La Ley, 2008.

LATHROP, Fabiola. **Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos**. Revista chilena de derecho privado No. 10, Granada, España, 2008.

MEULDERS-KLEIN, M.T. **Las familias y la justicia: en busca de un modelo de justicia**, in M.T. Meulders-Klein (sous la direction de Famille et Justice, Paris, Francia. Ed. LGDJ, 1997.

MIZRAHI, Mauricio Luis. **Familia, matrimonio y divorcio**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Astrea, 1998.

MUÑOZ ORTUÑO, José Pascual. **El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial**. Barcelona, España. Ed. Civitas, 2006.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina. Ed. Heliasta S.R.L. 2000.

PLANIOL, Marcelo y Ripert, Jorge. **Tratado práctico de derecho civil francés.** México D.F. México. Ed. Cultural, 2002.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español.** Madrid, España, 1971.

SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. en L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga y otros, **Temas de actualidad en derecho de familia,** Madrid, España. Ed. Dykinson, 2006.

VILLEGAS ROJINA, Rafael. **Derecho civil mexicano.** México D.F. México. Ed. Porrúa, 2014.

YZQUIERDO TOLSADA. **La patria potestad.** Madrid, España. Ed. Aranzadi, 2011.

ZANNONI, Eduardo. **Derecho de familia.** Buenos Aires, Argentina. Ed. Astrea, 1978.

Legislación:

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

Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. Decreto 6-78, Congreso de la República de Guatemala, 1978.

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.

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

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

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

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. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 206, 1964.